

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL
(Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana)

Tesis Doctoral

Tesis realizada por el Lcdo. Ricardo León MOLINA LÓPEZ para la colación del grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del Prof. Dr. D. José MARTÍN OSTOS, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

Sevilla, octubre de 2010.

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL

«El uso corriente que, según cree el Filósofo, ha de seguirse al denominar las cosas, ha querido que comúnmente se llame sabios a quienes ordenan directamente las cosas y las gobiernan bien. De ahí que, entre otras cualidades que los hombres conciben en el sabio, señala el Filósofo “que le es propio el ordenar”. Mas la norma de orden y gobierno de cuanto se ordena a un fin se debe tomar del mismo fin; porque en tanto una cosa está perfectamente dispuesta en cuanto se ordena convenientemente a su propio fin, pues el fin es el bien propio de cada ser».

Santo TOMÁS DE AQUINO.

Suma contra los gentiles, Cap. I: El deber del sabio.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN.....	23

PARTE PRIMERA

PROCESO PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL

I.	LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	35
	1. Configuración y funcionamiento del sistema penal: el respeto por las garantías penales y el reconocimiento de la víctima.....	38
	A. Criminalización primaria: la creación de las leyes penales...	39
	B. Criminalización secundaria: la aplicación de las leyes penales.....	43
	C. El necesario reconocimiento de la víctima.....	46
II.	EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	49
	1. Concepto de proceso penal.....	49
	A. Fundamento político.....	53
	B. Fundamento jurídico.....	54
	2. El proceso penal debe ser acusatorio.....	56

III.	FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL Y COLOMBIANO.....	61
	1. Fuentes directas o legales.....	62
	A. En el ordenamiento español.....	63
	1) La Constitución española.....	63
	2) Los Tratados internacionales y la normativa europea.....	63
	3) La Ley de Enjuiciamiento Criminal y la legislación complementaria.....	64
	B. En el ordenamiento colombiano.....	66
	1) La Constitución Política de Colombia.....	66
	2) Los Tratados internacionales.....	68
	3) El Código de Procedimiento Penal y la legislación complementaria.....	69
	2. Fuentes indirectas o jurisprudenciales.....	71
	A. En el ordenamiento español.....	71
	B. En el ordenamiento colombiano.....	72

CAPÍTULO II

RELACIÓN DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

I.	RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL.....	77
	1. La necesaria distinción del proceso penal frente al proceso civil.....	79
	A. Diferencias entre el objeto del proceso penal y el proceso civil.....	82
	1) En cuanto a la naturaleza del objeto principal del proceso.....	82
	2) En cuanto a la relación de los sujetos frente al objeto principal del proceso.....	85
	B. La actual preponderancia del proceso civil frente al proceso penal o la prevalencia del objeto accesorio sobre el objeto principal del proceso penal.....	86

2. La relación sincrónica que debe existir entre el Derecho penal sustantivo y el proceso penal.....	90
A. Influencia del Derecho penal sustantivo en la configuración y funcionamiento de un modelo de proceso penal.....	96
1) Algunas influencias en la configuración del proceso penal.....	97
a) El dolo y su prueba.....	97
b) La redacción de tipos penales abiertos y los procesos sin «pretensión».....	98
2) Algunas influencias en el funcionamiento del proceso penal.....	100
a) Los tipos penales de simple tenencia o la instrucción penal a cargo de los cuerpos de policía.....	100
b) La pena de prisión y su aplicación anticipada como quebranto a la presunción de inocencia.....	103
II. PENA Y PROCESO PENAL.....	106
1. Teorías de la pena: fundamentos de la intervención punitiva.....	106
A. Teorías absolutas.....	109
1) Relación con el principio de oportunidad.....	114
B. Teorías relativas.....	115
1) Relación con el principio de oportunidad.....	119
C. Teorías mixtas.....	121
1) Relación con el principio de oportunidad.....	123
D. Teorías de la reparación a la víctima.....	125
1) Relación con el principio de oportunidad.....	128
2. La actual paradoja de la intervención penal.....	129
3. Fines de la pena como prescripción normativa.....	131
A. En el ordenamiento español.....	131
B. En el ordenamiento colombiano.....	133
4. Uso y abuso de la pena de prisión.....	135
III. LAS PENAS ACCESORIAS.....	136

1. Concepto de penas principales y accesorias.....	136
A. Las penas accesorias en el ordenamiento español.....	137
1) Clases.....	138
2) Fines.....	139
B. Las penas accesorias en el ordenamiento colombiano.....	140
1) Clases.....	141
2) Fines.....	142

CAPÍTULO III

EL MINISTERIO FISCAL

I. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL.....	145
1. En el ordenamiento jurídico español.....	147
A. La identidad del Ministerio Fiscal.....	149
2. En el ordenamiento jurídico colombiano.....	151
A. Propuestas de reforma a la Fiscalía General de la Nación....	155
B. Órgano con iniciativa legislativa.....	157
C. Diferencias entre la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público.....	158
II. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL.....	160
1. En el ordenamiento jurídico español.....	162
A. Estructura.....	162
B. Funcionamiento.....	164
2. En el ordenamiento jurídico colombiano.....	166
A. Estructura.....	166
B. Funcionamiento.....	169
III. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL DENTRO DEL PROCESO PENAL.....	170
1. En el ordenamiento jurídico español.....	171
A. En ejercicio de la acción penal.....	172

B. Como garante del respeto a la legalidad y el debido proceso.....	173
C. El debate sobre el papel del Ministerio Fiscal.....	174
2. En el ordenamiento jurídico colombiano.....	178

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	185
	1. Apunte histórico.....	185
	2. Oportunidad y principios: una relación necesaria.....	189
II.	APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	194
	1. Despenalización y desjudicialización.....	196
	A. Despenalización.....	196
	1) Clases.....	196
	B. Desjudicialización.....	201
	1) Clases.....	202
	a) Filtros formales a la criminalización secundaria.....	203
	i) Propios del Derecho penal sustantivo.....	205
	ii) Propios del Derecho procesal penal.....	208
	C. Amnistía e indulto.....	210
	2. La discusión en torno al principio de oportunidad.....	214
	A. Argumentos favorables al principio de oportunidad.....	215
	B. Argumentos contrarios al principio de oportunidad.....	217
III.	DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	221
	1. Naturaleza.....	221
	A. La confusión de lenguajes: lo jurídico y lo económico.....	224
	B. La oportunidad ¿Principio o excepción?.....	228
	2. Concepto.....	238
	A. En el ordenamiento español.....	240
	B. En el ordenamiento colombiano.....	242
	3. Clases de oportunidad.....	247

A. Sistema de oportunidad abierta.....	249
B. Sistema de oportunidad cerrada.....	254
C. Sistema mixto de oportunidad.....	255
4. Funcionamiento del principio de oportunidad.....	265
A. El uso de la proporcionalidad.....	269
5. La conformidad como manifestación del principio de oportunidad.....	272
A. Los fines de la pena como criterios orientadores.....	273

PARTE SEGUNDA

LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO V

APROXIMACIÓN A LA CONFORMIDAD EN LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	283
1. En el proceso penal español.....	283
2. En el proceso penal colombiano.....	287
II. ANÁLISIS COMPARADO: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS....	293
1. Origen de la institución.....	293
2. Clases de conformidad.....	298
A. En el ordenamiento procesal español.....	298
B. En el ordenamiento procesal colombiano.....	300
3. Delitos en los que procede.....	302
A. En el ordenamiento procesal español.....	303
B. En el ordenamiento procesal colombiano.....	305
4. Momento procesal para su utilización.....	310
A. En el ordenamiento procesal español.....	310
B. En el ordenamiento procesal colombiano.....	313

III.	LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONFORMIDAD.....	317
	1. Argumentos desfavorables.....	317
	A. De carácter jurídico.....	318
	B. De carácter económico.....	331
	2. Argumentos favorables.....	331
	A. De carácter jurídico.....	332
	B. De carácter económico.....	333
IV.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD.....	335
	1. Disposición de derechos por parte del procesado.....	336
	A. Disposición del derecho de defensa.....	337
	B. Allanamiento frente a la pretensión penal.....	339
	2. Disposición de la acción y pretensión penales.....	350
	A. Transacción sobre la acción y la pretensión.....	350
	B. Flexibilización en el ejercicio de la acción y el sostenimiento de la pretensión penal.....	352
	3. Los derechos de las víctimas.....	355
	A. En el ordenamiento español.....	356
	B. En el ordenamiento colombiano.....	357
V.	PLANTEAMIENTO CONCLUSIVO.....	360
	1. La situación actual del proceso penal.....	360
	2. Un punto de inflexión: la modulación entre la realidad y el Derecho.....	366

CAPÍTULO VI

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE

I.	EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO.....	371
	1. Conformidad en la calificación.....	372
	2. Conformidad en el acto del juicio oral.....	375
II.	EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.....	375
	1. Conformidad en el reconocimiento de los hechos.....	377

2. Conformidad con el escrito de acusación.....	380
3. Conformidad en el acto del juicio oral.....	384
4. Requisitos de validez.....	385
A. Requisitos objetivos.....	385
B. Requisitos subjetivos.....	388
C. Revisión judicial de la conformidad.....	391
III. EN LOS JUICIOS RÁPIDOS.....	395
1. Órgano competente y acumulación de funciones procesales.....	397
2. Requisitos de validez.....	399
A. Requisitos objetivos.....	399
B. Requisitos subjetivos.....	402
3. Consecuencias de la conformidad ante el Juez de Guardia.....	403
IV. EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.....	407
V. EN EL PROCESO PENAL DE LOS MENORES.....	412
1. Conformidad en el escrito de alegaciones del letrado del menor...	413
A. Requisitos.....	415
2. Conformidad en la fase de audiencia.....	418
3. Sentencia e impugnación.....	420

CAPÍTULO VII

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA VIGENTE

I. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, LEY 906/2004.....	425
1. Clases de conformidad.....	426
A. Aceptación de la pretensión punitiva.....	427
1) Durante la audiencia de formulación de imputación.....	428
a) Aceptación de la imputación durante la etapa de indagación.....	431
2) Durante la audiencia preparatoria.....	433
3) Durante la instalación del juicio oral.....	436

	B. Responsabilidad penal preacordada o negociada.....	438
	1) Desde la formulación de la imputación hasta antes de presentarse el escrito de acusación.....	440
	2) Desde la presentación del escrito de acusación hasta el inicio del juicio oral.....	441
	2. Requisitos de validez y reglas comunes.....	442
	A. Requisitos objetivos y reglas comunes.....	443
	B. Requisitos subjetivos.....	447
	3. Fundamentos probatorios.....	450
	A. La confesión como medio de prueba y fundamento de los hechos.....	454
	B. Exclusiones probatorias.....	462
	4. Participación de las víctimas.....	463
II.	CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, LEY 1098/2006.....	469
	1. Clases de conformidad.....	471
	A. Aceptación de la imputación.....	472
III.	CÓDIGO PENAL MILITAR, LEY 1407/2010.....	474
	1. Clases de conformidad.....	475
	A. Aceptación de la pretensión punitiva.....	476
	1) Durante la audiencia de formulación de imputación.....	476
	2) Frente al escrito de acusación presentado por el FPM....	478
	3) Durante la audiencia preparatoria a la Corte Marcial.....	479
	4) Durante la instalación del juicio de Corte Marcial.....	480
	B. Responsabilidad penal preacordada o negociada.....	481
	1) Desde la presentación del escrito de acusación hasta el inicio de la audiencia de acusación.....	481
	2) Terminada la audiencia de acusación hasta el inicio del juicio de Corte Marcial.....	482
	2. Requisitos de validez, reglas comunes, fundamentos probatorios y participación de las víctimas.....	483

CAPÍTULO VIII

OTROS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN PENALES POR COMPORTAMIENTOS POST-DELICTIVOS POSITIVOS

I.	PLANTEAMIENTO.....	487
II.	EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	491
	1. La confesión como atenuante punitiva.....	492
	2. La reparación del daño.....	494
	3. El arrepentido procesal.....	496
III.	EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.....	503
	1. Beneficios por colaboración eficaz con la justicia.....	503
	A. El arrepentido procesal.....	506
	B. Declaración del coimputado.....	510
	C. Colaboración del testafiero.....	513
	2. Justicia transicional en Colombia.....	514
	A. Ley de Justicia y Paz, Ley 975/2005.....	515
	1) Procedimiento establecido.....	515
	2) Participación de las víctimas.....	517
	B. Justicia transicional residual.....	520
	C. Los menores del conflicto armado.....	522
	CONCLUSIONES.....	527
	ANEXO LEGISLATIVO DE NORMAS COLOMBIANAS.....	543
I.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA (CPCol).....	543
II.	LEYES.....	553
	1. Código Civil colombiano (CCC), adoptado por la Ley 57/1887..	553
	2. Ley 2/1984, de enero 16.....	554
	3. Ley 30/1986, de enero 31.....	554
	4. Ley 65/1993, de agosto 19.....	554
	5. Ley 81/1993, de noviembre 2.....	554
	6. Ley 270/1996, de marzo 7.....	560

7. Ley 365/1997, de febrero 21	561
8. Ley 599/2000 (CP), de julio 24.....	562
9. Ley 685/2001, de agosto 15.....	575
10. Ley 890/2004, de julio 7.....	575
11. Ley 906/2004 (CPP), de agosto 31.....	576
12. Ley 938/2004, de diciembre 30.....	599
13. Ley 975/2005, de julio 25.....	601
14. Ley 1121/2006, de diciembre 29.....	606
15. Ley 1098/2006 (CIA), de noviembre 8.....	606
16. Ley 1285/2009, de enero 22.....	610
17. Ley 1312/2009, de julio 9.....	611
18. Ley 1407/2010 (CPM), de agosto 17.....	613
III. DECRETOS.....	617
1. Dcto. 1199/1987, de junio 30.....	617
2. Dcto. 180/1988, de enero 27.....	617
3. Dcto. 2047/1990, de septiembre 5.....	618
4. Dcto. 2790/1990, de noviembre 20.....	618
5. Dcto. 3030/1990, de diciembre 14.....	620
6. Dcto. 303/1991, de enero 29.....	621
7. Dcto. 2265/1991, de octubre 4.....	621
8. Dcto. 264/1993, de febrero 5.....	622
9. Dcto. 1072/1995, de junio 23.....	623
10. Dcto. 4932/2009, de diciembre 18.....	623
BIBLIOGRAFÍA.....	627

ABREVIATURASⁱ

I. DE FUENTES NORMATIVAS Y NOMBRES LEGALES DE USO FRECUENTE EN EL DESARROLLO DEL TEXTOⁱⁱ

ABREV.	SIGNIFICADO
A.L.	Acto Legislativo
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CASDH	Convención Americana Sobre Derechos Humanos
CCC	Código Civil colombiano, Ley 57/1887
CCE	Código Civil español, Real Dcto. de 24 de julio de 1889
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIA	Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098/2006
CP	Código Penal colombiano, Ley 599/2000
CPCol	Constitución Política de Colombia de 1991
CPE	Código Penal español, LO 10/1995
CPM	Código Penal Militar colombiano, Ley 1407/2010
CPP	Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 906/2004
CSJ	Corte Suprema de Justicia
Dcto.	Decreto
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EOFGN	Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, Ley 938/2004

ⁱ Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía de la lengua española: ed. revisada por las Academias de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, 1999, pág. 97: «No es posible establecer un número fijo y constante de abreviaturas, ya que hay libertad para crear las que se consideren oportunas, especialmente en obras como diccionarios, catálogos, bibliografías, colecciones epigráficas, etc., donde resultaría molesto repetir palabras de clasificación o especificación común a muchos artículos del libro. Al frente de tales obras se sitúa siempre la tabla de abreviaturas que se han utilizado».

ⁱⁱ Cuando una Ley o Código es mencionado por primera vez en el desarrollo del escrito se cita por su título y fecha completos, añadiendo a continuación, entre paréntesis, la abreviatura con la que será designado en lo sucesivo.

EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981
FGE	Fiscalía General del Estado
FGN	Fiscalía General de la Nación
FPM	Fiscalía Penal Militar
FJ	Fundamento Jurídico
inc.	Inciso
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Dcto. de 14 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, LO 05/2000
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, LO 5/1995
M.P.	Magistrado Ponente
MF	Ministerio Fiscal
num.	Numeral
parág.	Parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
Res.	Resolución
SCC/ C-	Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia
STC/ SU-	Sentencia de Unificación de Tutela de la Corte Constitucional de Colombia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

II. DE REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICASⁱⁱⁱ

ABREV.	NOMBRE DE LA REVISTA / PUBLICACIÓN
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i> ; Ministerio de Justicia (Madrid)
ADCL	<i>Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano</i> ; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México D.F.)
ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i> ; Ministerio de Justicia e Interior (Madrid)
AER	<i>The American Economic Review</i> ; American Economic Association (Nashville, Tennessee, EEUU)
AJA	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i> ; Thomson/Aranzadi Edit. (Cizur Menor, Navarra)
AJM	<i>Anuario de Justicia de Menores</i> ; Astigi Edit. (Sevilla)
AP	<i>Actualidad Penal</i> ; Actualidad Penal Edit. (Madrid)

ⁱⁱⁱ Todas citadas por número, año y página.

BCLR	The <i>Buffalo Criminal Law Review</i> ; Buffalo Criminal Law Center at State University New York, Buffalo School of Law (Buffalo, New York, EE. UU.)
BIEC	<i>Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales</i> , Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda (Bogotá)
Cap. Crim.	<i>Capítulo Criminológico</i> ; Revista del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia (Maracaibo)
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i> ; Consejo General del Poder Judicial (Madrid)
CJH	<i>Crónica Jurídica Hispalense</i> ; Facultad de Derecho Univ. de Sevilla (Sevilla)
<i>Communio</i>	<i>Communio</i> ; Revista de los dominicos andaluces (Sevilla)
CP	<i>Cassazione Penale</i> ; Dott. A. Giuffrè editore (Milán)
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i> ; Instituto universitario de criminología de la Univ. Complutense (Madrid)
<i>Criminalia</i>	<i>Criminalia: revista de ciencias penales</i> ; Órgano de la Academia mexicana de ciencias penales (México D.F.)
<i>Criterio</i>	<i>Criterio</i> ; Revista de la Universidad Autónoma de Colombia (Bogotá)
CSES	<i>Center for the Study of the Economy and Society</i> ; Cornell University (Ithaca, NY; EE. UU.)
DDP	<i>Diálogos de Derecho y Política</i> ; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia (Medellín)
Doxa	<i>Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho</i> ; Univ. de Alicante (Alicante)
DPC	<i>Derecho Penal Contemporáneo</i> ; Edit. Legis (Bogotá)
DPP	<i>Derecho y Proceso Penal</i> ; Edit. Aranzadi (Cizur Menor, Navarra)
DPPro	<i>Diritto penale e processo</i> ; Ipsoa editore (Milano)
EJCL	<i>Electronic Journal of Comparative Law</i> ; Facultades de Derecho de Maastricht, Tilburg y Utrecht.
Ethics	<i>Ethics</i> ; The University of Chicago Press (Chicago, EE. UU.)
HILJ	<i>Harvard International Law Journal</i> ; Harvard Law School (Cambridge, Ma., EE. UU.)
HJLPP	<i>Harvard Journal of Law & Public Policy</i> ; Harvard Law School (Cambridge, Ma., EE. UU.)

ICJR	<i>International Criminal Justice Review; College of Health and Human sciences, Georgia State University (Atlanta, EE. UU.)</i>
Iusta	<i>Iusta; Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás (Bogotá)</i>
Justicia/(año)	<i>Justicia; José María Bosch Edit. (Barcelona)</i>
JPD	<i>Jueces Para la Democracia; Asociación Jueces para la Democracia (Madrid)</i>
JYD	<i>Justicia y Desarrollo; Corporación Excelencia en la Justicia (Bogotá)</i>
La Ley (d)	<i>Diario La Ley; La Ley Edit. (Madrid)</i>
La Ley (r)	<i>La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía; La Ley Edit. (Madrid)</i>
LIP	<i>L'Indice Penale; CEDAM (Milán).</i>
LLP	<i>La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario; La Ley Edit. (Madrid)</i>
LSR	<i>Law and Society Review; The Law and Society Association, University of Massachussets (EE. UU.)</i>
MLR	<i>Michigan Law Review; The Michigan Law Review Association (Michigan, EE. UU.)</i>
NDP	<i>Nueva Doctrina Penal; Editores del Puerto (Buenos Aires)</i>
NFP	<i>Nuevo Foro Penal; N. AGUDELO y F. VELÁSQUEZ (Eds.) [1978-1992]; U. de A. [1999-2003]; Univ. EAFIT [2003-] (Medellín)</i>
PC	<i>Política Criminal; Centro de Estudios de Política Criminal de la Universidad de Talca (Chile)</i>
PJ	<i>Poder Judicial; Consejo General del Poder Judicial (Madrid)</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Procesal; Ediar (Buenos Aires)</i>
RDPe	<i>Revista de Derecho Penal, Lex Nova (Valladolid)</i>
RDPr	<i>Revista de Derecho Procesal; Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales (Madrid)</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología; UNED, Facultad de Derecho (Madrid)</i>
RDPP	<i>Revista Derecho y Proceso penal; Aranzadi Edit. (Cizur Menor, Navarra)</i>
RECPC	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Univ. de Granada (Granada)</i>

REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i> ; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid)
Regulation	<i>Regulation</i> : the Cato review of business and government; Cato Institute (Washington D.C.)
RFDCP	<i>Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas</i> ; Univ. Pontificia Bolivariana (Medellín)
RGD	<i>Revista General del Derecho</i> ; Revista General del Derecho Edit. (Valencia)
RGDP	<i>Revista General del Derecho Penal</i> ; Edit. Iustel (Madrid)
RGDPR	<i>Revista General del Derecho Procesal</i> ; Edit. Iustel (Madrid)
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i> ; Revista de legislación (Madrid)
RIDP	<i>Revista Iberoamericana de Derecho Procesal</i> ; Instituto español de Derecho Procesal (Madrid)
RIDPP	<i>Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale</i> ; Dott. A. Giuffré editore (Milán)
RJCL	<i>Revista Jurídica de Castilla y León</i> ; Junta de Castilla y León (Valladolid)
RMF	<i>Revista del Ministerio Fiscal</i> ; (Madrid)
RP	<i>Revista Penal</i> ; La Ley Edit. (Madrid)
RPJ	<i>Revista del Poder Judicial</i> ; Consejo General del Poder Judicial (Madrid)
RU	<i>Revista Universitas</i> ; Pontificia Univ. Javeriana (Bogotá)
SJLTA	<i>Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas</i> ; Southwestern Law School (Los Ángeles, EE.UU.)
TP	<i>Temas Procesales</i> ; Revista del Centro de Estudios de Derecho procesal (Medellín)
TYLJ	<i>The Yale Law Journal</i> ; The Yale Law Journal Company (New Haven, Connecticut, EE. UU.)
UCLR	<i>The University of Chicago Law Review</i> ; University of Chicago
ULR	<i>Utah Law Review</i> ; University of Utah College of Law (Salt Lake City, Utah, EE. UU.)
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i> ; Universität Augsburg Juristische Fakultät (Augsburg, Alemania)

INTRODUCCIÓN

La aceptación de responsabilidad penal dentro del proceso penal es una de las figuras procesales que más importancia y protagonismo ha venido adquiriendo en los últimos tiempos. No obstante que la *conformidad* existe en el ordenamiento español desde hace más de 150 años, la potenciación de ésta como una forma de disposición de la pretensión penal comienza con la reforma hecha a la LECrim en el año 1988 por medio de la Ley Orgánica 7, de 28 de diciembre. En el caso colombiano, ésta es una institución procesal que data de finales de la década de los años ochenta del siglo pasado. A pesar de su corta andadura, se ha convertido en el eje sobre el que se asienta la última reforma procesal penal llevada a cabo en dicho ordenamiento por medio de la Ley 906/2004.

La evolución en las últimas décadas de las legislaciones procesales penales, tanto en España como en Colombia, evidencia unas características que señalan una clara apuesta por la opción del *proceso penal truncado*. En efecto, el concepto del debido proceso según la tradición jurídica continental europea –del cual los ordenamientos hispanoamericanos son tributarios– regido por principios garantistas acordes con la noción de Estado de Derecho, va cediendo terreno ante el paso avasallante de las tendencias jurídicas que anteponen el factor económico a los principios jurídicos.

Esta similitud, evidenciada *a priori*, fue la que motivó la realización de una investigación desde la perspectiva del Derecho comparado de los ordenamientos español y colombiano.

Asumir un modelo de proceso penal con vigencia de la discrecionalidad para acusar, en el cual se combinen los criterios de oportunidad con la obligación de perseguir penalmente las conductas delictivas, es una opción política que no se amolda fácilmente a los postulados de los textos constitucionales vigentes en España y Colombia. En este último caso, ello requirió de una reforma constitucional que modificó la parte orgánica de la Constitución pero que no tocó su parte dogmática, dejando latentes posibles antinomias frente a la legislación procesal penal ordinaria.

Con todo, nuestra propuesta teórica apunta a señalar que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción y la posibilidad de disposición de la pretensión penal es posible, siempre y cuando se entienda que la *oportunidad* es un principio que sirve para modular al de *legalidad*. A esos efectos, también se hace necesario justificar la institución de la *conformidad negociada* como un acto de disposición de la pretensión penal encuadrable dentro del *principio de oportunidad*.

Para el desarrollo de la hipótesis planteada, el trabajo presenta un contenido dividido dos partes las cuales contienen en total ocho capítulos, cuatro cada una. Inicialmente, a manera de referente teórico para el análisis del Derecho positivo vigente, se hacen unas consideraciones sobre el proceso penal en el marco de un Estado social de Derecho, dejando en claro que la configuración de éste debe obedecer a las líneas de política criminal válidas dentro de esa forma de organización política. En todo caso, se hace énfasis en que, más allá de la denominación formal, un verdadero proceso

acusatorio debe respetar unas líneas principialísticas que reivindicuen la separación de las funciones procesales, el derecho de defensa, la participación de las víctimas y a la acusación como núcleo de toda la actuación.

Nuestra propuesta está enmarcada por una concepción de la política criminal orientada a las consecuencias jurídicas, de donde se infiere que las finalidades que se le asignan a la pena se convierten en las bases de la configuración y funcionamiento de todo el sistema penal.

En armonía con lo anterior, en el capítulo segundo se presenta una exposición de las teorías de la pena asumidas de *lege data* por los ordenamientos español y colombiano. En este apartado se da noticia de la relación de dichas teorías con el *principio de oportunidad* y de cómo éstas han de verificarse de una manera práctica, dentro de un proceso penal, de modo tal que se posibilite la disposición de la acción y la pretensión penales. Teniendo en cuenta el enfoque funcionalista con el cual se desarrolla este trabajo, resulta por demás evidente la importancia de acudir a las diversas justificaciones de la pena de cara a un juicio sistemático sobre la *conformidad*.

El Ministerio Fiscal también tiene un peso específico dentro de toda la problemática abordada, considerando que este órgano es quien debe decidir sobre el ejercicio de la acción penal. En el caso español, el debate sobre el Fiscal y sus funciones dentro del proceso penal cobra mucha más relevancia porque en este ordenamiento no sólo existe el Juez de instrucción como órgano investigador, sino una pluralidad de sujetos legitimados legalmente para actuar como acusadores.

El planteamiento acerca de la naturaleza del *principio de oportunidad* y la toma de posición en relación con éste se presentan en el capítulo cuarto, uno de los más extensos del trabajo. En el acápite mencionado se realiza una breve aproximación histórica para conocer algunos antecedentes remotos del principio; allí también se expone la significación etimológica del término *oportunidad* para demostrar que su inclusión dentro del proceso penal debe estar modulada por los postulados del Estado de social de Derecho, evitando de esta forma que lo *oportuno* jurídicamente se convierta en *oportunismo* político. Del mismo modo, se hace una descripción y análisis de los argumentos a favor y en contra que se dirigen sobre los criterios de *oportunidad* por la doctrina española y colombiana. También se demuestra allí cómo puede ser considerada, de una manera válida, la conformidad como una manifestación del *principio de oportunidad* a la luz de las teorías de la pena prolijadas por los ordenamientos jurídicos estudiados.

En el capítulo quinto, ya dentro de la segunda parte del trabajo, se realiza una aproximación histórica a la *conformidad*, tanto en España como en Colombia, haciendo seguidamente una exposición en paralelo de sus formas de aplicación dentro de las diversas clases de procesos penales existentes en aquellos ordenamientos. También se ponen de presente los argumentos a favor y en contra de la *conformidad* en el proceso penal como institución procesal individualizada, para luego analizar su naturaleza jurídica de acuerdo a las particularidades de su regulación en los sistemas procesales que se estudian.

En los dos capítulos siguientes, el sexto y el séptimo, se elabora de manera detallada la descripción y el análisis de las formas de conformidad existentes en España y Colombia, respectivamente. Además, ya que dentro de los ordenamientos de estos países se presentan otras formas de

disposición de la acción y la pretensión penales, en el capítulo octavo se quiso dar cuenta de ello exponiendo de manera sintética aquellos comportamientos post-delictivos positivos que generan las consecuencias anotadas. Finalmente, como es de rigor en una Tesis doctoral, se ofrecen unas conclusiones fruto de la investigación desarrollada.

El tipo de estudio elaborado parte de un enfoque prevalentemente dogmático sobre las normas penales y procesales penales de los ordenamientos español y colombiano, sin dejar de lado las demás fuentes reseñadas en el capítulo primero, entre las cuales cabe destacar la jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales; a todo ello se añadió pronunciamientos del Tribunal Supremo y de la Corte Suprema de Justicia. Esta visión ha sido complementada por referencias normativas y doctrinales de otros ordenamientos, lo cual amplía el panorama analítico sobre el objeto de estudio. En ese sentido, se resalta el estudio de la doctrina norteamericana e italiana al respecto.

Si, como se sostiene en esta Tesis, la *conformidad* –tal cual hoy se viene aplicando en España y Colombia– tiene una marcada impronta norteamericana, era necesario acudir a las aportaciones doctrinales que desde esa latitud se han elaborado sobre esa institución procesal y otras semejantes. También se acude, aunque en menor medida, a las aportaciones de la doctrina italiana buscando aprovechar los conocimientos adquiridos allí luego de la inclusión de estas formas de terminación anticipada del proceso penal en el año 1988.

En cuanto a la bibliografía empleada, se evidencia la preponderancia de las monografías y los artículos especializados extraídos de publicaciones colectivas y periódicas. Lo anterior no ha implicado dejar de lado los manuales de texto –según la normatividad vigente– y los textos clásicos de

Derecho procesal penal. Así pues, en lo tocante a las publicaciones periódicas, el trabajo contiene un índice de abreviaturas donde aparece el inventario de las que se han utilizado, especificando la institución que aparece como editora de cada una de ellas; de esa manera se pretende guiar al lector de una manera exacta para la búsqueda de las referencias bibliográficas apuntadas en el contenido del texto.

Dentro de este estudio también se han incluido las Memorias de la Fiscalía General del Estado español, así como las Instrucciones más relevantes relacionadas con el tema. En el caso del Derecho colombiano se ha hecho acopio también de los textos oficiales y doctrinales producidos por la Fiscalía General de la Nación.

Procurando evitar las *traiciones* que a veces implican una traducción libre, se ha optado por realizar la citación textual de aquellos apartes que aparecen como notas de pie de página en lenguas diferentes al castellano.

Se acude al mecanismo de la cita literal, ubicada las más de las veces al pie de página, buscando una síntesis en el discurso que facilite la lectura del cuerpo del texto, lo cual contribuye, además, a evitar decir con palabras propias aquello que otros ya han dicho con autoridad y quizá de una manera más acertada.

Siendo conscientes de la dificultad que entraña para los lectores ajenos al ordenamiento colombiano el conocimiento de las fuentes normativas señaladas en relación con este país, se agrega al final un anexo legislativo que las contiene, buscando de esa manera facilitar la lectura completa del texto.

Sobre el uso del término *conformidad* es válido realizar un apunte metodológico: dicha denominación es propia del ordenamiento español, lo cual no obsta para que la misma pueda utilizarse de manera extensiva con el propósito de abarcar las instituciones similares que existen en el ordenamiento colombiano. De hecho, es común que algún sector de la doctrina en Colombia equipare nominativamente estas instituciones atendiendo a la similitud que las une con la naturaleza de la centenaria, pero harta reformada, figura procesal española.

En cuanto a los agradecimientos, debo reconocer en esta Introducción el apoyo incondicional brindado por la Fundación Carolina y la Universidad Pontificia Bolivariana, instituciones que de manera conjunta me concedieron una beca doctoral para la realización de los estudios en la Universidad de Sevilla. Este esfuerzo concertado es una muestra de los lazos que unen a España y Colombia en unas relaciones centenarias de intercambio cultural.

No puedo olvidarme, y menos a la hora de agradecer, de todo el personal que labora en la Sala de Investigadores de la Biblioteca de la Facultad de Derecho: su disposición absoluta para hacer más llevadera la actividad de los doctorandos, y su excelso don de gentes, los convierten en protagonistas de primer orden de todo este largo proceso investigativo.

Finalmente, es más que un deber protocolario manifestar mis profundos agradecimientos al Prof. José MARTÍN OSTOS, quien con su infinita paciencia ha dirigido mis pasos académicos en este lado del mundo; durante varios años me atendió en su despacho universitario generando un espacio de diálogo, fruto del cual es esta Tesis doctoral.

PARTE PRIMERA

PROCESO PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL

I. LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

España y Colombia –a partir de sus textos constitucionales de los años 1978 y 1991, respectivamente– adoptaron como forma de organización política la del Estado social y democrático de Derecho¹. Esta fórmula recoge el contenido del Estado de Derecho, que se entiende tanto en clave de garantía para los individuos frente al poder como en la posibilidad del intercambio civilizado con los demás²; pero también acoge, en su contenido Social, una serie de prestaciones positivas a cargo del Estado que buscan la inclusión de todas las personas para la satisfacción de sus necesidades a partir del desarrollo de políticas de bienestar tendentes a garantizar un orden económico y social justo³. Dentro de este marco se

¹ Vid. Constitución Política de Colombia (CPCol) art. 1: «Colombia es un Estado social de derecho [...]»; del mismo modo que la Constitución española de 1978 (CE), la cual fue asumida como modelo en Colombia por parte del constituyente de 1991, que dispone en su art. 1: «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político [...]».

² Así, J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional* (revisada y puesta al día por M. CARRASCO DURÁN), Madrid, Marcial Pons, ¹¹2007, págs. 165-170; además, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, ⁹2005.

³ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*), Madrid, Trotta, 1995, pág. 861: «[...] cuando un ordenamiento constitucional incorpora solamente prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpora también obligaciones, que requieren prestaciones

ubica el planteamiento sobre la forma en que se debe llevar a cabo la intervención penal como un mecanismo subsidiario y mediato de control social, visualizada dentro de los contenidos de la *política criminal* del Estado.

La reflexión teórica sobre la política criminal siempre ha sido vencida por las demandas de protección que la sociedad presenta y que los poderes políticos están prestos a ofrecerle. Pero, ¿qué debe entenderse por *política criminal*? Por tal, puede entenderse aquella parcela de la política general del Estado enfocada hacia el control de los conflictos de índole criminal que puedan surgir dentro de su elemento poblacional. La conceptualización de la política criminal es un punto que suscita muchas discusiones porque, si bien es lo cierto que puede existir un consenso en cuanto a la finalidad que ésta persigue –*el control de los conflictos de índole criminal*– también lo es que dicho consenso no opera en lo que se refiere al *momento* en que ha de llevarse a cabo el control aludido y los *medios* que deben utilizarse⁴.

Dependiendo de la concepción política imperante, el control de los conflictos criminales puede hacerse de dos maneras fundamentalmente: así, en primer término, en una organización política de carácter *autoritario*, el control del conflicto delictivo se presenta, por lo general, una vez que éste haya surgido reaccionando frente a él por medio de la pena. En esta perspectiva se presenta una reacción punitiva contra una conducta que muchas veces es consecuencia de la misma estructura social; a esta

positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*».

⁴ Vid. A. BARATTA, «*Política criminal: entre la política de seguridad y la política social*», en: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004, pág. 152: «Política criminal, en primer lugar, es un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, de otro».

concepción no le interesa indagar por las causas de la conducta objeto de la intervención penal; simplemente efectúa una reacción agresiva que, de una manera real o simbólica, envía el mensaje a la sociedad de que el poder estatal existe y está ahí para proteger a sus asociados de las agresiones más fuertes que puedan sufrir sus *bienes jurídicos* o sus *expectativas* de convivencia. Así pues, en un sentido autoritario, la política criminal será concebida como un instrumento de *reacción punitiva* frente al delito, limitándose por tanto a una política estrictamente penal.

En segundo lugar, en la perspectiva de un Estado *democrático*, la política criminal busca el control de los conflictos criminales, al igual que en el Estado autoritario, pero distinguiéndose de éste por el momento y la forma en las que lleva a cabo la actuación. Así, un Estado democrático no se interesará tan sólo en reaccionar de manera principalmente punitiva frente a un conflicto delictivo; aquél buscará establecer las causas del surgimiento de la situación delictiva, articulando su solución a futuro, evidentemente, de una manera preventiva, a partir de los fines que constitucionalmente asume el Estado⁵. En otras palabras, el Estado ante una situación de conflicto delictivo no se limitará a reaccionar por medio de la pena, sino que buscará evitar el surgimiento de ese mismo tipo de situaciones desde el cumplimiento de sus compromisos de política social acogidos por la organización estatal. Así pues, la política criminal en un Estado democrático debe ser ante todo una política preventiva de carácter marcadamente social que, por un lado, atienda o tenga en cuenta a todos los sectores de la sociedad y, por el otro, persiga la satisfacción razonable y posible de las necesidades básicas de éstos⁶. En esta visión, el Estado sólo

⁵ Cfr. Preámbulo de la CE; también la CPCol en su preámbulo y art. 2.

⁶ Por ejemplo, *vid.* S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 53: «En estos momentos sobra esa inflación de control social punitivo, y faltan políticas sociales educativas. La educación es la base esencial para alcanzar una disminución de la delincuencia». Con sobrada razón, afirma L.

recurrirá a la reacción punitiva cuando –no obstante haberse cumplido los fines mencionados, y haber evaluado la situación conflictiva y presentado las soluciones extrapenales– la pena cumpla de manera real y no simbólica los fines que se le asignan⁷. Esto implica, necesariamente, que se tenga también en cuenta los intereses legítimos de la víctima⁸.

1. Configuración y funcionamiento del sistema penal: el respeto por las garantías penales y el reconocimiento de la víctima

Entendida la política criminal de carácter reactivo en el sentido expresado, es pertinente establecer la forma en que esa política debe asumirse operativamente dentro del Estado social y democrático de Derecho.

La plasmación normativa que configure la intervención penal debe realizarse con una pretensión sistemática⁹; ello es, con la idea de construir un conjunto normativo compuesto por normas penales de carácter

M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000, pág. 28: «Es más fácil y, sobre todo, más barato tipificar determinadas conductas como delito que adoptar medidas eficaces de política social».

⁷ Vid. A. BARATTA, «Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)» (trad. de B. Lenzi), en: *Criminología y sistema penal* (compilación *in memoriam*), Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004, pág. 328: «[...] la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la única alternativa democrática a la política criminal». En similar sentido, *cfr.* E. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 22.

⁸ En este sentido, *cfr.* S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, Barcelona, Reppertor, ⁸2008, pág. 46.

⁹ En la misma línea lo exponía L. POLAINO ORTEGA, «Correlación entre el delito y el proceso», en: *RDPr*, n.º IV, 1965, pág. 83: «En todo sistema legislativo los distintos cuerpos legales no sólo deben obedecer a unos mismos principios políticos, sino que deben estar compuestos en mutua relación, como partes articuladas de un organismo vivo y activo, cuyo buen funcionamiento depende tanto de la propia estructura de cada uno de sus órganos como del más exacto encaje entre las distintas piezas legales que lo integran. Todo lo que se oponga estas directrices sólo producirá roces y fricciones, cuando no obstáculos más o menos insuperables, en la vida jurídica de la sociedad de derecho a que está llamada a regir aquella legislación».

sustantivo, procesal y de ejecución penal, orientadas coherentemente por los fines que constitucionalmente se le asignan a las consecuencias jurídicas de las que dicho sistema penal puede valerse legítimamente¹⁰. Pero, una vez construido normativamente el sistema, éste debe funcionar de tal manera que ese conjunto normativo sea aplicable a la realidad frente a la cual se va a intervenir. La etapa de construcción del mencionado sistema, que es una etapa claramente estática, puede denominarse como etapa de *criminalización primaria*, y en ella se verifica el surgimiento, como consecuencia de la actividad del poder legislativo, de las normas penales sustantivas, procesales y de ejecución penal. La fase de aplicación práctica a los casos de la vida real de dicho conjunto normativo corresponde a intervenciones de los poderes ejecutivo y judicial; ésta tiene un carácter funcional u operativo y se conoce como *criminalización secundaria*.

A continuación veremos qué contenidos, cuáles agencias estatales y qué personas están relacionadas con el sistema penal dentro del modelo de Estado constitucional adoptado por España y Colombia.

A. Criminalización primaria: la creación de las leyes penales (sustantivas, procesales y penitenciarias)

Por virtud del principio de *reserva legal*, es el poder legislativo quien tiene la potestad de crear la ley penal, ya que ostenta la legitimidad popular.

¹⁰ Vid. F. VON LISZT, *La idea del fin en el derecho penal* [Programa de la Universidad de Marburgo, 1882] (trad. de C. Pérez del Valle), Granada, Comares, 1995, pág. 49: «La pena, a través de la idea del fin, adquiere extensión y profundidad, y así se desarrollan tanto los presupuestos de la pena (el delito) como el contenido y alcance de la misma (el sistema penal). Con la influencia de la idea del fin, la fuerza de la pena se convierte en Derecho penal. La misión a cumplir en el futuro es conducir el desarrollo iniciado en el mismo sentido y transformar consecuentemente la reacción ciega en protección de bienes jurídicos orientada al fin». En esa misma línea se ubica el planteamiento de S. MOCCIA, «*Función sistémica de la política criminal: principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*» (trad. de F. J. Melero Merino), en: B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y J. M. SILVA SÁNCHEZ [ed. española], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1995, págs. 73-98, *passim*.

Así pues, la restricción de libertades más severa que puede adelantar de manera legítima un Estado en contra de las personas debe estar precedida de una serie de discusiones abiertas en las cuales todos los representantes de la sociedad tengan la posibilidad de presentar sus diferentes puntos de vista, para que la creación de las leyes penales y procesales sea una decisión política de cuño democrático y no dirigida de antemano hacia un interés particular.

El legislador penal, en uso de la potestad de configurar el sistema penal, es decir, como titular del *ius puniendi*, debe establecer, en primer término, qué conductas define como delito y cuáles consecuencias jurídicas le asigna a quien las realice desobedeciendo la prohibición; en otras palabras, debe crear la *ley penal sustantiva*. Algunas conductas son definidas como delitos o faltas, y se les asigna como consecuencia jurídica de carácter penal una pena o una medida de seguridad, según se trate de un autor imputable o inimputable¹¹; la reparación del daño es otra consecuencia jurídica que surge como una fuente obligacional por virtud del ordenamiento civil.

Cuando el legislador define una conducta como delictiva debe tener en cuenta que ésta afecte de manera grave los bienes jurídicos más preciados para la convivencia social, pero también debe considerar qué finalidad se persigue con dicha definición. El legislador debe establecer también qué finalidad le asigna a las consecuencias jurídicas imponibles a quien sea autor de un delito. Por tanto, la finalidad que se pretenda lograr con la consecuencia jurídica es un parámetro de importancia capital, tanto para definir una conducta como delictiva, como la consecuencia jurídica

¹¹ En lo sucesivo se hará referencia exclusiva al término *delito* como sinónimo de conducta prohibida por la ley penal sustantiva, y a la *pena* como su consecuencia jurídica de carácter penal.

que su realización acarreará¹². Desde este momento se comienza con la construcción de un sistema que debe buscar la relación de la parte con el todo y del todo con la parte; el núcleo de la construcción del sistema viene dado por la respuesta a la pregunta *¿por qué se imponen penas?*¹³ Cuando el legislador resuelve este interrogante establece las bases de toda la intervención punitiva, que se comienza a manifestar de manera normativa, creando, como ya hemos dicho, la ley penal sustantiva.

Desde que el legislador –teniendo en cuenta los fines que le asigna a la pena– define una conducta como delictiva y le asigna una pena en particular, debe considerar cómo aplicar esa prescripción normativa a las situaciones de la vida real. Por tanto, debe también diseñar un instrumento que le permita establecer si una persona en una situación concreta ha realizado un delito y, en caso afirmativo, decidir la pena imponible de manera concreta. Ese instrumento es el proceso penal, cuya construcción, siendo coherente con la sistemática adoptada, debe orientarse no sólo por los derroteros tenidos en cuenta al momento de crear la ley penal sustantiva sino también por aquellos que hayan surgido de ésta¹⁴. Al crear un determinado modelo de proceso penal se debe considerar qué conductas se han definido como delito y cómo puede llevarse a cabo una metodología del conocimiento que permita construir una verdad sobre la conducta realizada por una persona en el mundo real. En otras palabras, el diseño del proceso

¹² Vid. V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, ³2008, pág. 37: «El legislador puede manejar un amplio abanico de posibilidades y adecuar con mayor precisión las sanciones a cada concreta infracción delictiva, pues así se puede enfocar mejor el cumplimiento de los fines que se atribuyen a la sanción penal que trasciende del propio castigo», en el mismo sentido, *cfr.* S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 26.

¹³ *Cfr.* F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal: parte general*, Medellín, Comlibros, ⁴2009, pág. 54.

¹⁴ Vid. G. JAKOBS, *Derecho penal: parte general fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, ²1997, pág. 103: «Si no se quiere que las normas jurídico-penales sean arbitrarias, tienen que estar interconectadas y en este sentido formar un sistema».

penal es el diseño de un método de conocimiento que permita llegar a la construcción de una verdad legítima de conformidad con los principios inherentes al Estado social y democrático de Derecho¹⁵. El especial cuidado que se debe poner en la construcción de este método de conocimiento estriba en las consecuencias tan gravosas que se generan cuando, a partir de la verdad encontrada de esa particular manera, se establece que una persona ha cometido un delito; es decir, cuando se puede predicar de una persona en particular su responsabilidad penal. Como se indicará a lo largo de los primeros acápites de este trabajo, el proceso penal debe venir determinado por los contenidos del Derecho penal sustantivo¹⁶, pero moldeado por los principios propios de la teoría general del proceso, en general, y del proceso penal, en particular, dentro del modelo político constitucional referido¹⁷.

El diseño del modelo de proceso penal configurado por el legislador debe plasmarse normativamente en la ley, con lo cual se establece, de conformidad con la legalidad propia del Estado de Derecho, el *debido proceso penal*. Así, y continuando dentro de la criminalización primaria, se crea la legislación procesal penal.

¹⁵ Cfr. CE art. 24 y CPCol art. 29. Sobre ello, vid. E. BELING [1903] «*Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*» (trad. de O. J. Guerrero Peralta), en: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009, pág. 3: «La existencia humana, imperfecta como es, está ubicada entre la verdad y el error, y es por ello que todo el pensamiento humano es, en última instancia, una lucha contra el error, un esfuerzo por encontrar la verdad».

¹⁶ Vid. L. POLAINO ORTEGA, «*Correlación entre el delito y el proceso*», cit., pág. 84: «[...] el derecho sustantivo antecedente condicionará siempre al procesal subsiguiente, que por él y para él debe estructurarse».

¹⁷ Vid. C. ROXIN, «*De la dictadura a la democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán*» (trad. de M. A. Cano Paños), en: *CPC*, n.º 100, 2010, pág. 28: «El Derecho penal y procesal penal, así como su configuración acorde con el Estado de Derecho, son hoy en día más importantes que nunca»; también, J. B. J. MAIER, «*¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*», en: E. GARCÍA VITOR *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 114: «Debo confesar, ya desde un comienzo, que por motivos culturales me sería imposible separar al Derecho Procesal Penal de su concepción conforme al Estado de Derecho. Dicho más fácilmente: no puedo entender o definir en absoluto al derecho Procesal Penal sin Estado de Derecho».

Concebido el proceso penal como un mecanismo para determinar la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, la ejecución de dichas consecuencias es otro asunto del cual debe ocuparse el legislador. Así, continuando con la construcción armónica del sistema penal, ha de tenerse en cuenta también la ejecución de la pena, aspecto éste que igualmente viene determinado –como debe serlo todo el sistema, se reitera–, por los fines que se le asignen a la pena. El legislador dispondrá por vía legal la determinación de los jueces encargados de tomar las decisiones jurisdiccionales relativas a la ejecución, de la forma de ejecución, de los lugares de ejecución, de las agencias encargadas de controlar dicho proceso y de la efectiva realización de los derechos que no le hayan sido suspendidos al condenado. De este modo, pues, el tercer elemento normativo que integra el sistema penal dentro de la criminalización primaria es el que contiene la legislación penitenciaria –cuando se habla de pena de prisión– y de ejecución penal en general cuando se abarca a otro tipo de consecuencias derivadas de la declaración de responsabilidad penal.

El cuerpo normativo que compone la criminalización primaria o configuración normativa del sistema penal se torna dinámico o funcional cuando se convierte en referente de actuación del Estado en la reacción frente al delito, lo que se verifica en la denominada criminalización secundaria.

B. Criminalización secundaria: la aplicación de las leyes penales

Las leyes penales de carácter sustantivo, procesal y de ejecución, contienen las manifestaciones del *ius puniendi*, el cual, más que un derecho subjetivo del Estado es una *potestad* cuya legitimidad –no pocas veces

cuestionada¹⁸ se encuentra en la configuración política plasmada en la Constitución. Ahora bien, la aplicación de este conjunto normativo, actividad a la que nos hemos venido refiriendo como criminalización secundaria, también se conoce con el nombre de *ius persecuendi*; por tal podemos entender, entonces, la potestad estatal de adelantar la persecución de una persona para dar aplicación a los preceptos normativos de carácter penal previamente establecidos.

La persecución estatal únicamente tiene validez en un Estado democrático cuando se realiza con fundamento y dentro de los límites que impone el conjunto normativo comprendido dentro de la criminalización primaria. Cuando se habla de persecución se entiende que de manera concomitante surge una privación de las libertades del perseguido. Esta restricción de libertades en un comienzo puede ser tenue, pero luego –a medida que el Estado avanza en su ejercicio persecutorio– puede alcanzar extremos verdaderamente gravosos imponiendo medidas totalmente restrictivas de la libertad individual –como la prisión provisional– y de otros derechos fundamentales, como la propiedad, entre otros.

La criminalización secundaria comienza su andadura cuando a una persona se le atribuye la realización de un delito, bien sea porque haya sido sorprendido o capturado en situación de flagrancia, porque haya sido denunciado o querrellado por alguien, o porque algún organismo estatal, con competencia para ello, reciba una *notitia criminis*. La actuación en el proceso de aplicación corresponde fundamentalmente al Estado y éste, a través de sus organismos, debe guiarse en todo momento por la normativa de la legislación procesal penal. Si bien es la ley penal sustantiva la que a

¹⁸ Cfr. N. CHRISTIE, «Los conflictos como pertenencia» (trad. de A. Bovino y F. Guariglia), en: *De los delitos y las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, págs. 157-182; también, L. HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de S. Politoff), Barcelona, Ariel, 1984, *passim*.

través de su definición de los delitos y las penas se erige como fundamento del funcionamiento del sistema penal, lo cierto es que las normas que regulan el primer contacto de una persona que se encuentra perseguida por aquel sistema vienen dadas desde el ordenamiento procesal. Es la ley procesal penal la que establece cuándo una *notitia criminis* puede y debe ser recibida; del mismo modo, es allí donde se establece qué es la flagrancia y cuándo una persona puede ser detenida sin autorización judicial. La ley procesal penal establece el marco genérico de actuación que en un primer momento cobra vida e importancia en esta fase; de ahí la importancia de reivindicar el Estado de Derecho como fuente de principios garantistas que limiten el uso del poder punitivo.

Cuando se denuncia la realización de una conducta presuntamente delictiva, son los organismos policiales quienes generalmente reciben primero la información y por tanto se convierten en el filtro que selecciona las conductas que van a entrar dentro de la órbita operativa del sistema penal; en otros términos, podría decirse que la institución policial es la que comienza a tender la redes del sistema para luego escoger de manera selectiva las conductas que serán judicializadas¹⁹.

Partiendo del supuesto según el cual ningún sistema penal tiene la capacidad de perseguir todas las conductas presuntamente punibles que se realizan dentro de su ámbito de aplicación u operatividad²⁰, resulta importante detenerse en el proceso de selección que debe llevarse a cabo para establecer cuáles conductas entran a ser objeto de conocimiento de la jurisdicción. Esta selectividad puede llevarse a cabo de manera *arbitraria* por los organismos policiales, es decir, sin estar orientada por ningún tipo

¹⁹ Así, E. R. ZAFFARONI, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, págs. 28-29.

²⁰ Cfr. E. R. ZAFFARONI; A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires/Bogotá, Ediar/Temis, 2005, pág. 12.

de regulación normativa, o puede realizarse por los caminos propios del Estado de Derecho, con apego a la legalidad. Políticamente la opción dentro del modelo de Estado existente en España y Colombia indica que el respeto a la legalidad es la opción legítima; ello indica que la selectividad debe conducirse por los cauces que el sistema penal traza dentro de la legalidad. Éste es uno de los eventos en los que cobra importancia el *principio de oportunidad*, como mecanismo excepcional que dentro de la legalidad del Estado de Derecho establece las pautas de una selectividad moderada en la persecución penal.

La fase dinámica del sistema penal comienza, pues, con la aplicación de la ley procesal a la persecución penal estatal. En la ley procesal se establece, además, no sólo la composición y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales –tanto de instrucción como de juzgamiento–, sino también la definición de las partes en el proceso y el inventario de sus derechos y deberes; también se indican los supuestos sobre los que se deben asentar las diferentes etapas procesales y los fundamentos necesarios de los actos de decisión. Con especial relevancia hay que aludir a la posibilidad de disposición del ejercicio de la acción y la pretensión penales, como claras manifestaciones del principio de oportunidad.

C. El necesario reconocimiento de la víctima

Una especial referencia merece la víctima en el contexto de la criminalización secundaria²¹. Tradicionalmente, en la creación y el funcionamiento del sistema penal, se pone el énfasis en el concepto de garantía que emana del Estado de Derecho; ello ha dado pie para que el centro de atención se ubique en la persona que es objeto de la persecución

²¹ Vid. C. ROXIN, «La posición de la víctima en el sistema penal», en: ID., *Pasado, Presente y futuro del derecho procesal penal* (trad. de Ó. J. Guerrero Peralta), Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2007, págs. 71 y ss.

penal, a quien le cabe enfrentar de manera directa el poder punitivo del Estado. Pero, por lo general, la conducta de aquella persona que ha de enfrentarse con el poder punitivo del Estado recae sobre otra persona, quien sufre de manera directa los efectos de la conducta delictiva: la víctima²². El sistema penal dentro del Estado social y democrático de Derecho debe considerar la protección de la víctima y la participación efectiva de ésta en el proceso penal. El contenido social de dicha forma de Estado debe reconocer y propender hacia una materialización del derecho de las víctimas a una participación real y efectiva en el proceso penal, dentro del contenido genérico del derecho al acceso a la justicia²³. La víctima debe actuar no sólo como parte con una pretensión encauzada a la obtención de una reparación, sino también como sujeto cognoscente que participa en la construcción de la verdad y con miras a la realización de la justicia²⁴. Esto implica que el proceso penal no deba entenderse exclusivamente en clave de garantía para el procesado sino que también debe concebirse como escenario de inclusión de la víctima, modulando su participación de una

²² Entendemos por víctima «tanto al sujeto pasivo del delito (el ofendido) como a quien directamente sufre, en su esfera patrimonial, los efectos del mismo (el perjudicado)», así, M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*, Madrid, La ley, 2007, pág. 42. También presenta un concepto unificado de víctima, M. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Madrid, Edersa, 1996, pág. 330. Igualmente, al respecto, *cfr.* P. CADAVID LONDOÑO, «La víctima en la Ley 906 de 2004», en: R. POSADA MAYA (Coord.), *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Edic. Uniandes/Edit. Temis, 2008, pág. 277 y ss.

²³ Ello implica un cambio en el paradigma tradicional, ya que «Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos», como lo señala J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en: *JPD*, n.º 49, 2004, pág. 29.

²⁴ *Vid.* J. MARTÍN OSTOS, «La víctima en el proceso penal abreviado», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra t. II*, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pág. 1551: «La víctima, la parte más involuntariamente involucrada en la relación jurídico-procesal criminal, ajena en su voluntad a todo el cúmulo de actuaciones derivadas del ilícito del que ha sido mero sujeto pasivo, ha de gozar de esa mínima facilidad en el seno de la Administración de Justicia. El Estado se encuentra en deuda con ella y ha de prestarle suma atención».

manera que ésta sea real y eficaz, pero sin menoscabar las garantías procesales²⁵.

La inclusión de la víctima en el contexto de la criminalización secundaria, en general, y en el proceso penal, en particular, abre espacios de diálogo en un escenario permeado tradicionalmente por la violencia. Con la participación directa de la víctima, instituciones como la mediación, propia de la justicia restaurativa, se presentan como alternativas válidas frente a la exclusión característica del sistema penal. En los espacios de diálogo que se puedan crear, como grandes bolsas dentro del proceso penal, la víctima puede llegar a conocer a su victimario y ello, en muchas ocasiones, facilita la solución del conflicto generado por el delito²⁶.

Pero la posibilidad de participación de la víctima, a partir de las prestaciones positivas que le debe ofrecer el Estado social, se reitera, debe modularse con el contenido derivado del Estado de Derecho, de tal manera que se llegue a un verdadero equilibrio entre víctima y ofensor en el proceso penal. Así pues, el reconocimiento de la víctima no debe hacer que la balanza se incline *a priori* a su favor, lo cual ocurre no pocas veces en la criminalización secundaria. Los derechos de las víctimas, reales o supuestos, tampoco pueden convertirse en una punta de lanza que amplíe y agudice el espectro de intervención del sistema penal, porque ello

²⁵ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 332: «Además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados». Para conocer un planteamiento que apunta en la misma dirección, *cfr.* L. BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», en: ID. (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 48.

²⁶ M. HERRERA MORENO, «Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor: hacia la paz social por la conciliación», en: *RDPC*, n.º 6, 1996, pág. 381.

fácilmente conduce al *neopunitivismo de los derechos humanos*²⁷. En efecto, cuando a partir de las demandas de criminalización y persecución –enarboladas como defensa *por y para* las víctimas– se llega a una hipertrofia del sistema penal, lo que se genera es un nivel de violencia mayor al que se busca limitar²⁸. Por tanto, la modulación de los extremos derivados del contenido del Estado social y democrático de Derecho es un paso que allana el camino hacia un proceso penal marcado por el respeto a quienes en él intervienen²⁹.

II. EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Una vez conocidos los presupuestos normativos del sistema penal en el Estado social y democrático de Derecho, conviene establecer el concepto del *proceso penal* dentro de esta forma de Estado, ubicando sus bases políticas y jurídicas.

1. Concepto de proceso penal

Para una conceptualización del proceso penal es necesario determinar su *finalidad* y su *objeto*. En primer lugar, para establecer cuál es la finalidad del proceso penal debemos responder a una pregunta: *¿para qué*

²⁷ Cfr. D. PASTOR, «La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos», en: *NDP*, 2005/A, pág. 73-114, *passim*.

²⁸ Vid. M. JAÉN VALLEJO, «Derechos procesales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en sistema de recursos», en: *DPC*, n.º 18, 2007, págs. 12 y 13: «Pero el proceso penal no solo debe proteger al imputado. También debe proteger a la víctima, su dignidad, aunque sin que ello sea excusa para una posible relajación de la protección del imputado, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido [...]». También, cfr. A. BARATTA, «Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», cit., págs. 299-333, *passim*.

²⁹ Un interesante planteamiento sobre el papel de la víctima dentro del proceso penal es el que presenta W. T. PIZZI, «Victims' rights: rethinking our "Adversary System"», en: *ULR*, n.º 2, 1999, págs. 349-368.

sirve el proceso penal? El proceso penal es un instrumento que sirve para posibilitar la aplicación de las normas de Derecho penal sustantivo –aquellas que establecen los fundamentos jurídicos genéricos de imputación, definen específicamente los delitos y les asignan las penas– a una hipótesis comportamental verificada en la realidad. En la medida que estamos dentro de un modelo político que asume el respeto al Derecho como una de sus columnas, esa aplicación del Derecho penal material al caso concreto debe hacerse de una manera civilizada, esto es, respetuosa de la dignidad humana³⁰.

Y en segundo lugar, para saber cuál es el objeto del proceso penal, hemos de solucionar otro interrogante: *¿qué es lo que el proceso procesa?* El proceso penal se desarrolla como una experiencia de conocimiento que evoluciona hacia la búsqueda de la certeza de la realización de una *conducta delictiva* por parte de un *autor* determinado. El proceso penal, pues, busca establecer si una persona cometió un delito; de allí que el objeto principal del proceso penal esté compuesto por esa unidad inescindible compuesta por los elementos *delito-autor*.

Entonces, el proceso penal tiene como finalidad la aplicación del Derecho penal sustantivo o material al caso concreto, y esa aplicación debe recaer necesariamente sobre un autor determinado a quien se le imputa la comisión de un delito.

³⁰ En este sentido, *cfr.* Á. VARGAS «*El debido proceso penal colombiano*», en: *TP*, n.º 11, 1993, págs. 85 y ss.: «Concebido el proceso penal [...] como el método del cual se vale la jurisdicción de ese ramo, para el ordenado logro de su cometido, que no es otro que el de garantizar la efectiva pero civilizada aplicación del derecho penal material a los casos concretos [...]»; en igual sentido, B. SCHÜNEMANN, «*Determinación de la estructura del proceso penal por medio del derecho penal material*», en: *El estado actual de las ciencias penales: Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Univ. de Antioquia*, Medellín/Bogotá, Univ. de Antioquia/Grupo Edit. Ibáñez, 2009, pág. 354: «[...] el curso inevitable de las cosas nos revela dónde se halla la primera finalidad del derecho procesal: simple y llanamente en la imposición del derecho material, es decir, en la realización de la amenaza penal en caso de desprecio culpable hacia ella [...]».

Entendidas así las cosas, y en la medida que el proceso penal sea concebido como un instrumento gobernado por los principios propios del Estado de Derecho, el respeto a la *presunción de inocencia* debe permear todo el trasegar del averiguatorio encaminado a decidir si se impone una pena³¹. Por tanto, el proceso penal no puede tener otras finalidades, como las que a veces se le asignan: el proceso penal no puede cumplir una finalidad de prevención enviando un mensaje a la sociedad, porque se estaría tornando más grave el proceso penal en sí mismo que las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito³². El proceso penal tampoco debe buscar la *reinserción* del imputado o procesado, porque éste se encuentra amparado, se reitera, por la presunción de inocencia, y el Estado, por tanto, no tiene la legitimidad para intervenir en su autonomía ética hasta tanto no le imponga una consecuencia jurídica orientada hacia esa finalidad³³.

³¹ En el mismo sentido, *vid.* M. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «*La confesión del acusado como única prueba de cargo*», en: *JPD*, n.º 64, 2009, pág. 117: «alrededor de la presunción de inocencia del imputado y de su derecho a la defensa se estructura toda una serie de principios constitucionales relativos al ámbito del ejercicio de la acción penal». Según lo dicho, compartimos también la afirmación categórica de M. COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho procesal penal español*, Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008, pág. 96: «Un Derecho procesal penal que no conozca de la total y absoluta vigencia, sin fisura de clase alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede ser concreción de un Estado democrático de Derecho, en manera alguna».

³² No obstante, algunos autores consideran que el proceso debe cumplir ese tipo de fines; al respecto, *vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ «*Prevención del delito y reducción de la violencia*», en: *La Ley (d)*, n.º 7160, abril 23 de 2009, pág. 3: «El proceso penal puede entenderse como una reacción jurídico-penal en sí misma, esto es, como un elemento del sistema jurídico-penal (un instrumento de la Política criminal) [...] constituye un instrumento autónomo de prevención (*eigenständiges Präventionsinstrument*)».

³³ A favor de una finalidad de rehabilitación del proceso penal para el imputado, aunque reconociendo la poca ortodoxia de dicha propuesta, *vid.* V. GIMENO SENDRA, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2008, pág. 41. En el mismo sentido, *vid.* T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 28: «Además de esta finalidad de actuación del *ius puniendi*, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes, otros dos fines del proceso penal: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del delincuente».

El proceso penal debe permitir la participación de la víctima, pero no debe tener como finalidad la protección de la víctima. El imputado gozará de la presunción de inocencia, y por tanto siempre será tratado como presunto autor; la víctima también será presunta frente al imputado dentro del proceso penal, y sólo será una víctima cierta de *ese autor*, cuando a éste se le venza en juicio desvirtuando la presunción de inocencia que le arropa. Que en ciertos casos existan víctimas cuya afectación puede constatarse objetivamente no implica que se quiebre la presunción de víctima frente a un autor determinado y que por ello el proceso penal deba protegerla. La protección de la víctima, previa al dictado de una sentencia condenatoria en contra de un autor determinado, debe estar bajo la responsabilidad del *sistema penal* pero no del proceso penal como una finalidad de éste. El sistema penal –a partir de la actuación de los cuerpos de policía y otras agencias estatales creadas con ese fin específico– debe buscar la especial protección de la víctima para evitar futuros atentados en su contra; pero, se reitera, ello no es una finalidad del proceso penal. Cosa muy distinta es que a la víctima dentro del proceso penal se le faculte para participar activamente en la búsqueda y la obtención de la verdad, la justicia y su reparación.

En síntesis, el proceso penal puede definirse como un instrumento que sirve para realizar la aplicación del Derecho penal material al caso concreto de una manera civilizada y –en la medida en que cualquier sistema político que se precie de democrático debe orientarse por el respeto a la presunción de inocencia– cualquier finalidad que se le quiera adicionar no es ni más ni menos que la asunción del modelo de la *pena del banquillo*, verdadera pena predelictual, violatoria a todas luces de la más valiosa e importante garantía penal: el respeto a la presunción de inocencia³⁴.

³⁴ Vid. L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, Salamanca, *ratio legis* Librería Jurídica, 2005, pág. 25: «El Derecho procesal penal no

A. Fundamento político

La concepción del proceso penal asumida viene determinada, como ya se ha insistido, por los principios políticos que fundamentan la forma estatal asumida. Debe existir una coherencia entre la articulación de un determinado modelo procesal penal y los principios básicos del Estado; de allí que, ciertamente, el examen del proceso penal de una sociedad es un indicador que permite medir el nivel de civilidad y de compromiso por el respeto a las personas³⁵.

En el Estado social y democrático de Derecho la sociedad tiene la oportunidad de configurar un modelo de proceso penal que puede ser al mismo tiempo garantista y abierto a la participación. Es decir, el componente del Estado de Derecho sirve para construir un proceso penal en clave de garantía para la persona que se ve sometida a la persecución penal del Estado; de allí que se establezcan como parámetros de legitimidad de la actuación estatal el respeto a la dignidad humana, el reconocimiento de la presunción de inocencia y el necesario apego a la legalidad de todos los

puede dejar de presentarse como un asunto constitucional, el proceso penal puede afectar de manera grave los derechos fundamentales de las personas y por ello es menester encontrar un punto de equilibrio entre la necesaria investigación de los hechos punibles y la salvaguarda de los derechos fundamentales y la dignidad humana».

³⁵ Así, J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935* [original en castellano], Barcelona, Casa edit. Bosch, 1935, pág. 67: «Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución». En el mismo sentido, *vid.* C. ROXIN, *Derecho procesal penal* [²⁵alemana, ²reimp.] (trad. por G. Córdoba y D. Pastor), Buenos Aires, Eds. del Puerto, 2003, pág. 10: «¡El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal»; de igual manera, *vid.* W. HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy* (trad. de P. Ziffer), Buenos Aires, Ad-Hoc, ²2003, pág. 72: «Visto de este modo, tanto jurídico-políticamente como científicamente, tiene sentido caracterizar al procedimiento penal no sólo como la realización del derecho penal material, sino también como *derecho constitucional aplicado* o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política».

intervinientes en el proceso. Y el carácter social del Estado permite la participación de la sociedad en general y de la víctima en particular en el desarrollo del proceso; esto se verifica cuando dichos componentes pueden actuar impulsando el desarrollo de la actividad procesal, participando activamente en su control, facultados para ejercer sus pretensiones encaminadas a la obtención de la verdad, la justicia y la reparación.

La modulación adecuada de las posibilidades que otorga el modelo de Estado social y democrático sirve para establecer un proceso penal garantista y a la vez participativo. La defensa de las garantías no puede ser el fundamento de la exclusión de la participación de la sociedad y de las víctimas en la búsqueda de una solución al conflicto o, por lo menos, de una disminución de las consecuencias de éste. Tampoco la defensa de los intereses de la sociedad y de la víctima puede conducir a una persecución eficientista e irracional –o cacería, como dicen algunos– de una persona para aplicarle sin miramientos los efectos de la ley penal. Tomando lo mejor de ambos mundos se encuentran las bases para construir un mecanismo que posibilite la aplicación del Derecho penal material al caso concreto de una manera civilizada³⁶.

B. Fundamento jurídico

Este fundamento proporciona las herramientas para leer y entender la estructura y funcionamiento de ese delicado y complejo instrumento llamado proceso penal. El fundamento jurídico del proceso penal es

³⁶ Vid. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 120: «El equilibrio entre los conceptos de libertad y de seguridad, de ciudadano y de sociedad, de garantías y de celeridad debe estar presente en cualquier reforma procesal». En el mismo sentido se expresa, A. VÉLEZ MARICONDE, «*La instrucción en la doctrina*», en: *RDP*, año IX, n.º 3-4, 1951, pág. 352: «La misión de la ley procesal, en consecuencia, estriba en conciliar esos dos derechos, en hacer efectivo un equilibrio que permita la consecución del fin represivo de tal modo que se asegure la salvaguarda del derecho individual».

necesario para conocer la naturaleza de éste, y de allí delimitar el contenido y alcance de las diversas instituciones que lo integran. En todo caso, la naturaleza jurídica del proceso penal viene determinada por los fines que se le asignen a la pena como consecuencia jurídica derivada del delito.

Jurídicamente la naturaleza del proceso penal debe entenderse desde la perspectiva de los planos del *deber ser* y del *ser*; es decir, tanto desde la óptica de lo *prescriptivo*, como de la óptica de lo *descriptivo*. Así, desde lo dispuesto por las normas constitucionales y legales, puede concebirse al proceso penal como un continente en el que se encuentran una serie de *relaciones jurídicas* que se presentan entre el imputado y la jurisdicción, la víctima y la jurisdicción, y la víctima con el imputado. La modulación de los contenidos del Estado social de Derecho posibilita la creación de un encuentro relacional de las partes que componen los extremos del conflicto y de aquél llamado legítimamente a resolverlo, sin perjuicio de otorgar esta facultad para que sea ejercida directamente por los involucrados. Esta perspectiva normativa nos presenta una serie de derechos y deberes que involucran a todos los sujetos que participan en estas relaciones: el procesado tiene el derecho a que se respeten sus garantías, pero tiene el deber de actuar con lealtad procesal. La víctima tiene el derecho a ser escuchada y participar en el ejercicio de sus pretensiones, pero tiene el deber de respetar las reglas del debido proceso; de igual manera el acusador estatal tiene el derecho a ejercer sus pretensiones, pero respetando en todo momento el respeto a la legalidad vigente. El juez en esta relación ejerce funciones de dirección y decisión del debate, haciendo efectivo el poder jurisdiccional del Estado, y en ello debe respetar el debido proceso, en clave de garantía frente al procesado, y de participación y atención, tanto a la víctima como al acusador.

En el plano descriptivo o del ser, el proceso puede ser entendido como una *situación jurídica* en la cual se van presentando una serie de deberes, cargas y obligaciones³⁷, que deben ser resueltas inmediatamente por los interesados, para avanzar al procedimiento posterior, en una cadena de sucesión lógica de actos que comporta una verificación del principio lógico antecedente-consecuente, en la búsqueda de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes.

Aunando tanto el plano prescriptivo como el normativo, puede concluirse que el proceso penal en sí mismo es una institución en la cual un órgano de la jurisdicción decide sobre la aplicación del Derecho penal sustantivo, luego de escuchar los planteamientos de las partes, considerando los deberes, cargas y obligaciones que a cada una le corresponde, dentro de la relación jurídica procesal establecida³⁸.

2. El proceso penal debe ser acusatorio

Más allá de cualquier calificativo «*políticamente correcto*» y simbólicamente expresado, el proceso penal dentro de un Estado social y democrático de Derecho debe estar estructurado de una manera que se corresponda con un modelo fundamentalmente acusatorio. Formalmente hablando, son comunes las prescripciones normativas que proclaman la vigencia de un proceso penal acusatorio; y para acrecentar la imagen de civilidad de dicha institución se desprestigia expresamente cualquier otra forma de procesamiento penal, sobre todo si se hace alusión al proceso

³⁷ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., págs. 46 y 47.

³⁸ En esta afirmación se presenta una matización de la tradicional concepción del proceso como *institución jurídica*; sobre esta concepción, vid. J. GUASP, *Concepto y método de derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1997, págs. 35 y ss. También es importante destacar el planteamiento que al respecto se describe en N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y R. LEVENE (Hijo), *Derecho procesal penal* t. II, Buenos Aires, Edit. Guillermo Kraft Ltda., 1945, págs. 125 y ss.

inquisitivo³⁹. Pero hay que pensar detenidamente cómo debe ser un proceso acusatorio en el que realmente se articulen y minimicen los eventuales conflictos entre las garantías para el procesado y las posibilidades de actuación de las partes acusadoras. El simple nominalismo no puede bastar para acreditar un proceso penal como legítimo, porque en muchas ocasiones son cantos de sirena los que resuenan coreando la palabra acusatorio⁴⁰.

El proceso penal como instrumento metodológico establecido para encontrar una verdad sobre la comisión de un delito por un autor determinado, esto es, para establecer el presupuesto fáctico que permita aplicar el derecho penal material al caso en concreto, debe estar precedido, por lo menos, de una etapa instructiva: en esta fase, por medio de la averiguación de los hechos –a partir de la utilización de los medios de prueba válidos– se debe llegar a la construcción racional de una acusación

³⁹ Vid. J. MARTÍN OSTOS, *El proceso penal en el Salvador (propuestas y reflexiones)*, Sevilla, Astigi, 2009, págs. 41 y 42: «[...] parece percibirse a menudo cierto desviacionismo intencionado; todas las alabanzas son para el sistema acusatorio (por el que nos pronunciamos en términos generales, pero, del que no debemos olvidar, por ejemplo, la naturaleza jurídico-privada que, en su origen, atribuyó al delito, con la consecuencia de que el proceso penal era exclusivo de las partes) y las críticas, sin excepción, para el inquisitivo (en su globalidad, sin tener en cuenta su evolución y que las manifestaciones actuales del mismo poco tienen que ver con el modelo que rigió hace siglos; recuérdese, por ejemplo, la presencia del abogado durante la fase de instrucción). Un pronunciamiento a favor del sistema acusatorio no debe excluir radicalmente toda manifestación del otro sistema (por ejemplo, cualquier atisbo de escritura, el secreto excepcional en la instrucción, determinadas pruebas de oficio, etc.)». En la misma línea lo expone L. BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», cit., pág. 46: «Quizá haya llegado el momento de desmitificar el concepto de acusatorio como paradigma de la *fairness* y de la igualdad».

⁴⁰ Vid. T. ARMENTA DEU, «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en: J.-L. GÓMEZ COLOMER y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997, pág. 313: «El principio acusatorio se ha convertido en un elemento recurrente cuya apelación resulta común y frecuente en todas las recientes reformas procesales [...] En una época en que se asiste a un abuso de los principios con el riesgo de convencionalismo e irrealidad que ello comporta, el principio acusatorio parece ser el paradigma incontestable del proceso penal de un Estado de derecho». De la misma opinión es L. BUJOSA VADELL, «Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano», en: J. L. VÁZQUEZ SOTELLO (*Liber amicorum*) *Rigor Doctrinal y práctica forense*, Barcelona, Atelier, 2009, pág. 236.

para concretar la pretensión penal. El fin de la instrucción debe ser la búsqueda de la verdad; de tal manera que se construya una acusación que delimite claramente los extremos que fundamentan la responsabilidad penal, en un nivel de conocimiento en el cual como mínimo se exija una certeza sobre la ocurrencia del hecho y un nivel de probabilidad –próximo a la certeza– sobre la responsabilidad del autor. En este sentido, la instrucción debe ser dirigida y adelantada por un órgano, bien sea el Juez de Instrucción o la Fiscalía. Aunque resulta muy importante establecer *quién* será el instructor, a todas luces termina siendo más relevante la respuesta a las preguntas del *cómo* se debe instruir y *qué* instruir, que nos delimitan tanto el método como el objeto de esta etapa. De nada sirve rodear de garantías formales la actuación procesal de un órgano instructor si éstas se ven desdibujadas desde la misma delimitación del objeto de la instrucción; ello ocurre, por ejemplo, cuando en la Parte especial del Derecho penal sustantivo se crean figuras típicas que revierten el concepto de la carga de la prueba, o cuando se tipifican los llamados delitos de tenencia⁴¹. En esos casos, el objeto mismo de la instrucción está diseñado para tergiversar garantías procesales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa, entre otros⁴².

Ahora bien, en los eventos en los cuales la instrucción sea asignada al Ministerio Fiscal o la Fiscalía –como en el caso colombiano–, su actuación debe desarrollarse bajo el control posterior de un Juez de control de garantías; en aquellos procedimientos que impliquen restricción de derechos fundamentales el órgano instructor debe obtener, sin embargo, la autorización previa del juez controlador. En un proceso acusatorio la verdad no puede buscarse y encontrarse a cualquier precio, y por eso se debe velar

⁴¹ *Vid. infra*, Cap. II, II, 1, 2, A, 2), a).

⁴² *Vid.* W. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal* (trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Barcelona, Bosch, 1984, pág. 149: «El Derecho Penal sustantivo proporciona las casillas que el proceso ha de rellenar [...]».

por el respeto hacia las garantías del Estado de Derecho en la actuación del órgano instructor⁴³.

Cuando la pretensión punitiva, concretada en la acusación, tenga la aptitud de ser discutida en juicio, de una manera pública, por todas las partes procesales, frente a toda la comunidad y ante un órgano jurisdiccional de conocimiento con poder decisorio sobre el objeto del proceso, se inicia el proceso penal propiamente dicho. El proceso penal acusatorio consiste pues, en un instrumento que brinda la posibilidad para realizar una discusión racional –a todas las partes procesales– sobre la pretensión penal ante un Juez, de una manera pública.

Esta esencia del proceso acusatorio implica, como ya se ha dicho, que la verdad no se puede buscar de cualquier manera⁴⁴: en primer lugar, la naturaleza jurídica, la estructura orgánica y la forma de operar el Ministerio Fiscal, son asuntos que revisten una importancia superlativa. De poco sirve hablar de un proceso acusatorio si la instrucción es adelantada por un Ministerio Fiscal sometido a los dictados del poder ejecutivo, con una estructura orgánica y funcional verticalizada, bajo el mandato de la obediencia debida. El Ministerio Fiscal debe actuar como parte y como tal ejercer sus funciones: al momento de decidir si ejerce o no la acción penal debe presentar su decisión ante el Juez de control de garantías, para que éste avale la acusación, el sobreseimiento o una eventual aplicación del principio de oportunidad.

⁴³ Vid. F. MUÑOZ CONDE, «*La búsqueda de la verdad en el proceso penal*», en: *RDPP*, n.º 1, 1999, pág. 71: «Por eso, a diferencia de lo que sucedía en el procedimiento inquisitivo, en el moderno proceso penal acusatorio del Estado de Derecho, la práctica de la prueba viene limitada en tiempo y forma [...]».

⁴⁴ Vid. W. HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, cit., pág. 86: «Si se mira el concepto de verdad del proceso penal bajo el punto de vista del derecho constitucional, se advierte que los límites en la búsqueda de la verdad material no son de lamentar, sino que se les debe dar la bienvenida».

En segundo término hay que destacar que un proceso acusatorio no sólo debe proclamar formalmente el respeto a la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminarse como garantías para el procesado, sino que debe materializarlas en las instituciones que regule. Así, de nada vale proclamar el respeto a la presunción de inocencia si la imposición de la prisión provisional es la medida regular incluso desde la etapa de la instrucción. Tampoco vale de nada prescribir el derecho a no autoincriminarse, si otras normas de la ley procesal permiten y avalan figuras como la de los *agentes provocadores*; lo mismo ocurre si el procesado debe hablar en el juicio como testigo, acosado por el juramento que debe prestar; en esta misma línea, también resulta impropio de un modelo acusatorio el hecho de que al procesado se le ofrezca constantemente la posibilidad de obtener rebajas punitivas si acepta su responsabilidad penal por fuera de los hechos probados válidamente.

En tercer lugar, la admisión de la acusación como presupuesto para el ejercicio de la acción penal no debe estar a cargo del Juez que conozca del juicio, porque se estarían concentrando finalmente en él dos de las funciones procesales básicas, como lo son las de acusación y juzgamiento, convirtiendo el proceso en una actuación marcadamente inquisitiva, habida cuenta la parcialidad adquirida por el juzgador⁴⁵.

Por las razones expuestas, como una conquista de la civilización, a falta de un instrumento mejor y más fiable, el proceso penal debe configurarse con una estructura realmente acusatoria que, desde las normas

⁴⁵ En el mismo sentido, *vid.* A. VÉLEZ MARICONDE, «*La instrucción en la doctrina*», cit., pág. 341: «Cualquiera que sea el sistema de ejercicio de la acción penal, el poder de excitar la jurisdicción no puede corresponder al propio órgano jurisdiccional».

y en la práctica, reivindique la asunción política de los principios del Estado social y democrático de Derecho⁴⁶.

III. FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL Y COLOMBIANO

En el Estado de Derecho, como uno de los componentes de la fórmula política constitucional adoptada en España y Colombia, según ya hemos anotado, el apego a la legalidad es la piedra angular de toda la construcción y el funcionamiento de la organización política. Con mayor razón en materia de intervención punitiva –donde está por medio el ejercicio legítimo de la violencia estatal en contra de una persona– debe reivindicarse la vigencia del principio de legalidad en clave de garantía para el individuo. Según lo expresado, es pertinente, pues, hablar de las *fuentes de conocimiento* del Derecho procesal penal, entendiendo por tales aquellas que revelan un precepto jurídico o lo dan a conocer⁴⁷. Los preceptos jurídicos que nos interesan son aquellos cuyo contenido regulan o disciplinan el proceso penal, independientemente del lugar en el cual se encuentren ubicados, pero sí verificando su efecto vinculante conforme a las disposiciones constitucionales.

Este apartado encuentra su justificación en la pretensión de fijar un mapa normativo de regulación del proceso penal; esto, porque hoy en día es fácil perderse en la gran cantidad de disposiciones de derecho interno, comunitario y provenientes de organismos multilaterales, todas con efecto vinculante, que aparecen dentro del mundo del proceso penal sin que apenas pueda conocerse su existencia y considerarse sus efectos. A lo

⁴⁶ Vid. W. HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, cit., pág. 73: «Los problemas para el estado de derecho que plantea el procedimiento penal residen generalmente no en la *lex lata* sino en la forma y el modo en que el estado se maneja efectivamente frente al ciudadano sospechado de un hecho punible».

⁴⁷ Así, J. GUASP, *Concepto y método de derecho procesal*, cit., pág. 125.

anterior hay que sumar la intensa labor de los tribunales constitucionales de España y Colombia, y sobre todo la de este último, que han venido generando un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales que inciden de manera directa en la labor del cuerpo legislativo, actuando como verdaderos *legisladores negativos* a partir de los diversos fallos de constitucionalidad emitidos sobre las normas integradoras del ordenamiento procesal penal.

Vamos a repasar en los epígrafes siguientes las fuentes directas e indirectas del Derecho procesal penal. Por fuentes *directas* hemos de entender aquellas que revelan por sí mismas el Derecho procesal penal, mientras que las *indirectas* lo expresan sólo en la medida en que contribuyen a esclarecer o determinar el contenido de las *directas*⁴⁸. Toda vez que sólo la ley –y eventualmente la jurisprudencia en aquellos casos de sentencias de inconstitucionalidad proferidas por los tribunales constitucionales⁴⁹, tiene el carácter de fuente según los ordenamientos español⁵⁰ y colombiano⁵¹, serán éstas las que se consideren a continuación.

1. Fuentes directas o legales:

Por fuentes *directas*, como ya quedó dicho, se entenderán aquellas que revelan por sí mismas el Derecho procesal penal; es decir, las que expresan el conjunto de normas que sirven de referente normativo para la regulación del proceso penal.

⁴⁸ Cfr. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 216.

⁴⁹ Cfr. CE art. 161.1.a); CPCol arts. 241 num. 1, 243 y Ley 270/1996, arts. 45 y 46.

⁵⁰ Cfr. CE art. 117 num. 1 y 3; y LOPJ arts. 1-5.

⁵¹ Vid. CPCol art. 230: «Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley [...]».

A. En el ordenamiento español

1) La Constitución española

En primer lugar debe ubicarse la Constitución española, vigente desde 1978, de la cual se predica una regulación de asuntos procesales penales de una manera muy superior a los textos análogos de otros países⁵². Esta contiene disposiciones que afectan de modo directo y decisivo al proceso penal y que, entre otros muchos aspectos, hacen referencia a cuestiones tales como, la detención (art. 17); la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18); el derecho de defensa, el derecho a la asistencia letrada, a ser informado de la acusación, a un proceso público y con todas las garantías, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no confesar contra sí mismo ni declararse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2); también estipula el principio de predominio de la oralidad (art. 120.1); la acción popular y el jurado (art. 125) y la existencia, señalando sus funciones básicas, de la Policía Judicial (art. 126).

2) Los Tratados internacionales y la normativa europea

En segundo término deben ubicarse los Tratados internacionales los cuales, por disposición expresa de la CE, tienen efecto vinculante, convirtiéndose así en referente normativo e interpretativo del ordenamiento

⁵² Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2007, pág. 83. Debe tenerse en cuenta, además, que «El fenómeno de la constitucionalización del proceso no ha sido en absoluto, innovación de la Constitución de 1978. En efecto, ya desde 1812, fecha de nuestro primer texto legal supremo, conocido como Constitución de Cádiz, por lo que respecta a mi país, y por influencias indudablemente americanas y francesas, el legislador constitucional ha creído siempre necesario regular normas procesales penales en nuestras Cartas Magnas», así lo afirma, J.-L. GÓMEZ COLOMER, «*La constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal*», en: *NFP*, n.º 26, 1984, pág. 462.

procesal penal⁵³. En este apartado se tienen en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 14 de noviembre de 1950, ratificado el 4 de octubre de 1979; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vigente desde el 1 de diciembre de 2009 por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁵⁴. Esta carta, en su Título VI, rubricado como *de la Justicia* –que comprende los arts. 47 al 50–, incorpora el reconocimiento de una serie principios propios de un proceso penal democrático que si bien son existentes en la mayoría de los ordenamientos internos del entorno, no está de más recordarlos en el ámbito de la Unión Europea en general⁵⁵.

3) Ley de Enjuiciamiento Criminal y leyes complementarias

Un tercer referente normativo lo representa la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), promulgada mediante un Real Decreto del 14 de septiembre de 1882. Este texto legal ha sido considerado como una de las

⁵³ Cfr. CE arts. 10.2, 93 y 96.1: «Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]».

⁵⁴ Cfr. La LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa.

⁵⁵ Vid. Carta de Derechos de la Unión Europea, así: art. 47: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; art. 48: Presunción de inocencia y derechos de la defensa; art. 49: Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas; y, art. 50: Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción. Sobre la nueva política criminal europea, un colectivo de académicos se ha pronunciado en los siguientes términos: «Las normas europeas de aproximación del derecho penal determinan en la actualidad en una medida considerable la legislación penal de los Estados Miembros. Esta tendencia será aún más intensa tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Las instituciones europeas se ocupan, por ello, de manera muy importante de la política criminal, sin que ésta sea reconocida como una política europea propia, y sin que en consecuencia exista una concepción político-criminal coherente», así: VV. AA., «*Manifiesto sobre la política criminal europea*» [original en castellano], en: *ZIS*, n.º 12, 2009, pág. 727.

aportaciones procesales de vanguardia para el momento en que fue creado, si nos atenemos a la exaltación que de dicha ley han hecho eminentes procesalistas⁵⁶. No obstante, en sus ya casi 130 años de vida, esta codificación ha sido víctima de un constante *parcheo normativo*⁵⁷ que ha modificado o derogado algunas de sus disposiciones aniquilando la coherencia de la legislación procesal penal básica o fundamental, por lo cual se reclama la promulgación de una Ley de Enjuiciamiento Criminal de la democracia⁵⁸. En otros casos, el legislador de turno ha procedido a la expedición de legislación procesal penal de una manera que a veces resulta desmedida; ejemplo de ello son las siguientes leyes:

– Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, por la que se estableció un procedimiento para delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

– Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

– Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se estableció el procedimiento abreviado.

– Ley Orgánica 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado.

– Ley 10/1992, de 10 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal.

– Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

⁵⁶ Vid. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «Evolución de la doctrina procesal», en: *Estudios de teoría general de historia del proceso (1945-1972)*, t. II, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1974, pág. 295: «[...] España cuenta desde 1882 con una ley o código de enjuiciamiento criminal considerado por el eminente procesalista alemán GOLDSCHMIDT como el mejor del mundo [...]».

⁵⁷ Así, M. POLAINO NAVARRETE, «Reformas penales (desde 1995 a 2002)», en: J. BARJA DE QUIROGA y M. ZUGALDÍA ESPINAR (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 645.

⁵⁸ Cfr. J. MARTÍN OSTOS, «A la expectativa de reformas orgánicas y procesales», en: *CJH*, n.º 4, 2006, pág. 381; ID. «El Derecho Procesal hoy», en: *CJH*, n.º 1, 2003, pág. 298.

- Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de violencia de género.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la cual se modificó la Ley Orgánica 10/2005 del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, para dotar de eficacia en la Unión Europea a las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas.
- Ley Orgánica 13/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

B. En el ordenamiento colombiano

1) La Constitución Política de Colombia

En primer lugar debe ubicarse la Constitución Política de Colombia (CPCol), vigente de 1991, la cual fue creada por los constituyentes tomando como modelo la española de 1978. La mayoría de las apreciaciones que puedan hacerse frente a esta última son aplicables de cara a la CPCol: así, es perfectamente válido afirmar que si es una extrañeza de la CE establecer expresamente la fórmula política asumida⁵⁹, ello también ocurre en la CPCol. También puede sostenerse que en el texto constitucional colombiano se estableció una extensa regulación del proceso penal; en efecto, allí aparecen disposiciones como las siguientes: reconocimiento del

⁵⁹ Así, J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional...*, cit., pág. 165.

debido proceso como un derecho fundamental⁶⁰; como componentes del derecho fundamental al debido proceso se establece el principio de legalidad procesal haciendo énfasis en el respeto a las formas propias de cada juicio; el principio de favorabilidad de las leyes penales y procesales; el reconocimiento de la presunción de inocencia y del derecho a la defensa en sentido material y técnico; el derecho a un proceso público y sin dilaciones injustificadas; el derecho a conocer las pruebas y controvertir las que se alleguen en contra; el derecho a controvertir los fallos y a no ser procesado dos veces por el mismo hecho; y finalmente, se reconoce el derecho a que los medios de prueba que obren dentro del proceso sean válidos, ya que se establece de manera expresa que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso⁶¹. Encontramos otras normas, así: sobre la detención y el *habeas corpus*⁶²; la inviolabilidad del domicilio⁶³ y el secreto de las comunicaciones⁶⁴; derecho a no confesar contra sí mismo⁶⁵; sobre la prohibición de la extradición por crímenes políticos⁶⁶. Finalmente, se establece la imprescriptibilidad de las penas y de las acciones⁶⁷. En cuanto a la forma del proceso penal que debe seguirse, la conformación de los órganos de la jurisdicción y otros relacionados directamente con la sistemática de la estructura procesal, la CPCol fue modificada *ex professo* en el año 2002 para introducir en Colombia un sistema de procesamiento penal de tipo acusatorio. De este modo, con el Acto Legislativo 03/2002 se cambió el contenido de los arts. 116, 250 y 251 de la Carta, con lo cual se introdujo en el ordenamiento constitucional una nueva estructura orgánica y funcional de la Fiscalía

⁶⁰ Cfr. CPCol art. 29.

⁶¹ Cfr. CPCol art. 29.

⁶² Cfr. CPCol arts. 28 y 30.

⁶³ Cfr. CPCol art. 32.

⁶⁴ Cfr. CPCol art. 15.

⁶⁵ Cfr. CPCol art. 33.

⁶⁶ Cfr. CPCol art. 35.

⁶⁷ Cfr. CPCol art. 28.

General de la Nación, destacando que en el art. 250 se establece en sede constitucional el principio de oportunidad.

2) Los Tratados internacionales

En cuanto a los Tratados internacionales, la CPCol les asigna un efecto vinculante; incluso de manera prevalente dentro del ordenamiento interno, siendo aquellos también un referente normativo e interpretativo del ordenamiento procesal penal⁶⁸. Igualmente, son considerados como elementos que componen el llamado *bloque de constitucionalidad*⁶⁹. Así pues, dentro de este grupo hay que aludir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, incorporado a la legislación interna mediante la Ley 74/1968. Con surgimiento en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, incorporado a la legislación interna mediante la Ley 16/1972. También es pertinente incluir la «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las

⁶⁸ Cfr. CPCol art. 93; también Código de Procedimiento Penal (CPP), Ley 906/2004, art. 3: «*Prelación de los tratados internacionales*. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad».

⁶⁹ Vid. SCC/C n.º 225 de 1995, M.P.: A. MARTÍNEZ CABALLERO: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas *normas y principios* que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido *normativamente integrados a la Constitución*, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues *verdaderos principios y reglas de valor constitucional*, esto es, son *normas situadas en el nivel constitucional*, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Para conocer la definición, el contenido y alcance del Bloque de Constitucionalidad, Cfr. R. POSADA MAYA, «*El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio*», en: BIEC, n.º 15, 2008, págs. 7-40. En España existe el concepto de *Bloque de Constitucionalidad* pero con un alcance más limitado: referido a las leyes de competencias que se le otorgan a las autonomías territoriales; al respecto vid. L. FAVOREU y F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid/Sevilla, Civitas/Univ. de Sevilla, 1991.

víctimas de delitos y abusos de poder», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985.

3) El Código de Procedimiento Penal y la legislación complementaria

En tercer lugar está el Código de Procedimiento Penal colombiano (CPP), Ley 906/2004. Si la LECrim ha tenido una vida útil que ya se acerca a los 130 años, no obstante el *parqueo normativo*, lo cierto es que en ese periodo de tiempo en Colombia han existido cerca de siete códigos procesales penales; la cifra no puede ser exacta porque en el camino se quedan algunas leyes que, habiendo contenido toda una codificación, fueron declaradas inexequibles o contrarias a la Constitución Política vigente para el momento respectivo. También, al igual que en el caso español, ha existido una gran profusión legislativa debido a múltiples factores en los que no es del caso profundizar, porque la simple enumeración de ellos ya consumiría buena parte del espacio previsto para este texto. Con todo, la legislación procesal penal básica o fundamental, aplicable a los procesos ordinarios en Colombia, es la contenida en la Ley 906/2004, con la cual se pretendió, previa reforma constitucional, implementar un proceso penal de corte acusatorio. La entrada en vigencia de esta ley ha sido de manera parcial en el territorio nacional –no obstante ser Colombia una república unitaria– con lo cual el desarrollo de su aplicación comenzó en enero de 2005 en algunos distritos judiciales, siendo aplicada en todos los ellos a partir de enero de 2008. Es una ley que ya había sido modificada aun sin haber entrado en vigencia en todo el territorio nacional. Al día de hoy existen nueve leyes que la han adicionado o reformado, así:

– Ley 937/2004, que otorga competencia a ciertos órganos jurisdiccionales para decretar la extinción de la pena.

– Ley 985/2005, que otorga competencia a un órgano de la jurisdicción para conocer del delito de trata de personas.

– Ley 1121/2006, otorgando competencia a un órgano de la jurisdicción para conocer del delito de financiación de actividades terroristas; además modificando un supuesto de aplicación del principio de oportunidad reglado.

– Ley 1142/2007, reformando el CPP, otorgando facultades a la Fiscalía General de la Nación para ordenar la captura de personas sin autorización judicial; dichos apartes de la ley fueron declarados inexecutable⁷⁰.

– Ley 1153/2007, llamada «*Ley de pequeñas causas*», en la cual se establecía un proceso especial y abreviado para las contravenciones penales (equiparables a las faltas que regula el ordenamiento penal español); toda esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁷¹.

– Ley 1257/2008, modificando la ley procesal penal estableciendo eventos en los cuales se puede prescindir de las audiencias públicas cuando se trate de delitos sexuales.

– Ley 1273/2009, que otorga competencia a un órgano de la jurisdicción para conocer de los delitos informáticos.

– Ley 1312/2009, modificando en su integridad todo el régimen procesal del principio de oportunidad; ello también implicó, entre otras cosas, una nueva estructura procesal de perfil inquisitivo porque la Fiscalía

⁷⁰ Cfr. SCC/C n.º 425 de 2008, M.P.: M. G. MONROY CABRA.

⁷¹ Cfr. SCC/C n.º 879 de 2008, M.P.: M. J. CEPEDA ESPINOSA.

General de la Nación puede disponer de la aplicación del principio de oportunidad no sólo decidiendo no ejercer la acción penal, sino también disponiendo de la pretensión durante el juicio, usurpando competencias que son propias del Juez de conocimiento.

– Ley 1395/2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

2. Fuentes indirectas o jurisprudenciales

Por fuentes *indirectas* se entenderán aquellas que revelan el derecho procesal penal en la medida en que contribuyen a esclarecer o determinar el contenido de las fuentes *directas*; en este sentido se alude a la jurisprudencia.

A. En el ordenamiento español

Por regla general la jurisprudencia no es fuente del derecho procesal, al tenor de lo dispuesto por el Código Civil español en su art. 1.6 y por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 5.1. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo complementan el ordenamiento jurídico y pueden servir de criterios de interpretación; pero no completan, ni modifican, ni adicionan el ordenamiento⁷².

No obstante lo anterior, los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que comporten declaraciones de inconstitucionalidad y recaigan sobre una norma jurídica con rango de ley, tendrán efectos sobre aquella; es decir, las declaratorias de inconstitucionalidad emanadas de fallos proferidos por el Tribunal

⁷² Cfr. J. MARTÍN OSTOS, *Introducción al derecho procesal*, Sevilla, Astigi, 2008, pág. 22.

Constitucional tienen como efecto modificar el ordenamiento, cumpliendo así un papel de legislador negativo, según lo dispuesto por la CE en su art. 160.1.a). Es importante destacar que del mismo texto constitucional se desprende que los efectos de dichos pronunciamientos son hacia el futuro, con lo cual no cabe la posibilidad de su aplicación retroactiva.

B. En el ordenamiento colombiano

Al igual que en el ordenamiento español, los jueces en sus providencias únicamente están sometidos al imperio de la ley. De esta manera queda clara la reivindicación del Estado de Derecho, otorgándole a la ley la categoría de fuente del derecho procesal penal. La CPCol establece además en su art. 230 que la equidad, jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Así pues, por regla general, la jurisprudencia emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no tiene el carácter de fuente. Pero la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad sí tiene tal carácter: ello se concluye de lo dispuesto por la CPCol en sus arts. 241 num. 4, 5, 7, 8 y 10; 243 inc. 1; y, 153 inc. 2; y de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270/1996, arts. 45 y 46.

En Colombia no obstante existir las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, la legislación de carácter procesal penal no tiene esta naturaleza sino la de ley ordinaria, es decir, no sometida a ningún trámite de aprobación especial en el Congreso de la República, como el que tienen las dos anteriores que son de rango superior y que conforman el llamado *bloque de constitucionalidad*. Es un hecho curioso que ha venido ocurriendo de espaldas a la misma CPCol, porque ésta dispone en su art. 152 lit. a) que mediante leyes estatutarias el Congreso regulará las materias

relativas a derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. Por todo lo anterior, es frecuente que sobre la legislación procesal penal se presenten una gran cantidad de demandas de inconstitucionalidad, ya que el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad está a la mano de cualquier ciudadano colombiano, y no es poco frecuente el caso de catedráticos de derecho que establecen como un deber del curso académico presentar una demanda contra una ley. Ello, aunado a otros factores, ha generado una inflación jurisprudencial hasta un nivel que supera con creces la producción legislativa; y aunque la afirmación parezca exagerada, es la descripción de una cruda realidad.

En tanto la Corte Constitucional tiene poderes de legislador negativo porque, como ya se indicó, sus sentencias de constitucionalidad tienen efectos sobre el ordenamiento jurídico –bien eliminando, adicionando o aclarando el contenido y alcance de disposiciones normativas, mediante sentencias manipulativas o aditivas–, el conocimiento cierto de la legislación procesal penal vigente se convierte en un *opus herculeum*, ya que los pronunciamientos de dicho Tribunal son incesantes y están caracterizados, además, por una llamativa voluminosidad. El alcance de los pronunciamientos sobre constitucionalidad por regla general tienen efectos hacia el futuro, pero la Corte Constitucional tiene la posibilidad de establecer por vía excepcional el alcance retroactivo de los mismos en los casos que estime convenientes⁷³.

⁷³ Vid. Ley 270/1996, art. 45: «Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del art. 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario».

CAPÍTULO SEGUNDO

RELACIÓN DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

CAPÍTULO II

RELACIÓN DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

I. RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho penal sustantivo sólo es aplicable a un caso concreto a través del proceso penal¹. Esta afirmación puede ser enfocada como una característica del Derecho penal objetivo o como una garantía propia del proceso penal. En el primer sentido, habría que decir que el Derecho penal se caracteriza por tener una vigencia con marcado carácter judicial²; entendido como garantía del proceso penal, se entiende que el Derecho penal sólo puede ser aplicado por la vía estrictamente jurisdiccional³.

Considerando que el Derecho procesal penal contiene el conjunto normativo que regula el proceso penal⁴, es perentorio sostener que entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal existe una relación de medio a fin. El Derecho penal material o sustantivo desciende desde su órbita

¹ Vid. J. BAUMANN, *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales* (trad. de C. A. Finzi, de la ed. alemana ampliada de 1979), Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 37: «El derecho penal material se realiza en el proceso penal y (no así en el ámbito del derecho civil) *solamente* en él. En un procedimiento ordenado, la determinación de la consecuencia jurídica de un hecho punible sólo la puede realizar el juez (un sujeto procesal)».

² Así, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 177.

³ Cfr. CE art. 24, 25 y 117.3; CPE art. 3.1 y CPCol art. 29.

⁴ Vid. J. BAUMANN, *Derecho procesal penal...* cit., pág. 37: «Las normas del derecho procesal penal regulan el procedimiento para determinar y realizar la pretensión penal estatal».

normativa, en la cual se caracteriza por ser un ente abstracto y general, para particularizarse frente a una hipótesis comportamental concreta, de la realidad, a través del proceso penal.

Esta relación se presenta entre dos parcelas del ordenamiento jurídico que están unidas recíprocamente de manera necesaria: cualquier aplicación de una norma de Derecho procesal penal debe hacerse con fundamento en la posible imputación de responsabilidad penal, a partir de la existencia de una norma de Derecho penal sustantivo. Y viceversa: la aplicación de una norma de Derecho penal sustantivo sólo puede hacerse a través del proceso penal, lo cual indefectiblemente presupone la existencia de una norma propia del ordenamiento procesal penal⁵. Así, por ejemplo, una persona sólo podrá ser capturada en flagrancia si se parte del supuesto que ha cometido una conducta que se encuentra prescrita como delito en el Derecho penal sustantivo y que acarrea como consecuencia jurídica una pena de prisión⁶. Dentro del mismo ejemplo, es evidente que a la persona capturada, si se le quiere imputar formalmente responsabilidad penal para ejecutar sobre ella, seguidamente, una consecuencia jurídica, debe someterse a un debido proceso penal para determinar allí su responsabilidad y, eventualmente, la consecuencia jurídica que se le impondría.

⁵ Con razón, algunos autores confirman la particularidad de esa relación; así, por ejemplo, *vid.* L. POLAINO ORTEGA, «*Correlación entre el delito y el proceso*», cit., pág. 84: «La necesaria relación que debe existir entre el derecho procesal y el derecho material que por aquél se actúa, es aún más estrecha y fuerte cuando se trata de derecho penal sustantivo y de derecho procesal penal»; y E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. I (Introducción - Arts. 1 a 51), Barcelona, Bosch, 1947, pág. 33: «De lo expuesto se desprende que entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal existe una relación *sui generis* muy distinta a la que une el derecho privado con el proceso civil».

⁶ *Vid.* C. ROXIN; G. ARTZ y K. TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal* (trad. de L. Arroyo Zapatero y J.-L. Gómez Colomer), Barcelona, Ariel, 1989, pág. 133: «[...] el proceso penal puede ser designado como “dinámico” en relación con el más estático Derecho Penal material».

En este apartado se presentará la necesidad de considerar los extremos de esta relación y su desenvolvimiento, con las respectivas consecuencias que ello presenta dentro de la configuración y funcionamiento de las instituciones procesales. En particular, interesa establecer cómo los fines de la pena, y de las consecuencias jurídicas en general, participan en la determinación de la estructura y funcionamiento de un determinado proceso penal. Este enfoque permitirá a lo largo del trabajo servir como base para construir el referente que se utilizará para analizar, desde una perspectiva dogmática propiamente dicha, el principio de oportunidad y la conformidad como una institución derivada de aquel.

1. La necesaria distinción del proceso penal frente al proceso civil

A lo largo de la etapa *científica* del Derecho procesal ha existido un debate en cuanto a la autonomía del Derecho procesal civil y la dependencia del Derecho procesal penal de aquél. No fueron pocas las disputas que, sobre todo durante la primera mitad del siglo XX, se originaron a partir de la defensa de la supremacía del Derecho procesal civil sobre el penal; o lo que es lo mismo, en la reivindicación de una concepción *unitaria* del proceso⁷. Los procesalistas de cuño civilístico se dieron a la labor de reclamar como suyas la creación científica de categorías generales

⁷ Es necesario resaltar algunas posiciones al respecto, por ejemplo, *vid.* J. MARTÍN OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1981, pág. 24: «Por otra parte, lo que llegó a constituir un tópico dentro del Derecho procesal y que señalaba una distinción radical entre proceso civil y proceso penal, entendiendo que en el primero solamente existía un interés privado y en el segundo el interés era público, está hoy día totalmente superado. La justicia es única e indivisible y el proceso es un instrumento que el Estado utiliza para la protección del ordenamiento jurídico, dirimiendo los conflictos suscitados. No es lógico, pues, afirmar que el Estado sólo deba preocuparse de la esfera penal, abandonando la civil»; además, *cfr.* J. E. VÁSQUEZ ROSSI, «Sobre la necesidad de un enfoque integrado de la materia penal sustantiva y realizativa», en: E. GARCÍA VITOR *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 272.

del proceso, como las de acción y el concepto de parte⁸. De ahí que se criticara la pretendida científicidad de algunos cultores del Derecho penal sustantivo, a quienes se les endilgaba absoluto dominio de los delitos y de las penas pero su falta de cultivo en el campo de la ciencia procesal⁹. Con todo, algunas voces del penalismo se alzaban pregonando una concepción *dualista* de los procesos civil y penal, reivindicando la capacidad de configurar un modelo de procesamiento autónomo¹⁰.

En la actualidad, el desarrollo de la dogmática constitucional y de las dogmáticas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal demuestran que es necesaria la diferenciación del contenido de las categorías procesales que se aplican al proceso penal, en razón, fundamentalmente, a la naturaleza de los derechos que se ubican dentro del ámbito de la intervención punitiva¹¹; y también, muy especialmente, de la naturaleza de las consecuencias jurídicas que el Derecho penal trae consigo

⁸ Un interesante trabajo sobre las nociones de parte en el proceso civil y el proceso penal es el que presenta V. SILVA MELERO, «*La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte*», en: *RIDP*, año II, n.º 2, 1946, págs. 247-272; en concreto es destacable cuando afirma en la pág. 257: «La diferencia evidentemente profunda entre el proceso civil y el penal, no radica, por consiguiente, en que en uno existan partes y en otro no aparezcan sujetos procesales con tal cualidad, sino que lo que ocurre es que el concepto dista mucho de presentar las mismas características en un tipo de proceso que en otro, siendo precisamente a través de esta noción donde vamos a percibir la imposibilidad de sistematizar ambos conforme a los mismos principios».

⁹ Vid. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y R. LEVENE (Hijo), *Derecho procesal penal* t. I, Buenos Aires, Edit. Guillermo Kraft Ltda., 1945, págs. 37 a 39, en especial cuando afirman en esta última: «[...] bien miradas las cosas, la polémica en torno a la unidad o diversidad del Derecho procesal acaso podría presentarse bajo otro signo: como una contienda entre procesalistas civiles y *penalistas*, o mejor aún, como el empeño de éstos por arrancar el *proceso* penal del campo procesal para incorporarlo al de las ciencias penales».

¹⁰ Es destacable el ahínco de esta reivindicación en E. FLORIÁN, *Elementos de derecho procesal penal* (trad. de L. Prieto Castro), Barcelona, Librería Bosch, 1934, pág. 20: «Hay quienes defienden la tesis de la identidad de los dos procesos pero nosotros estimamos que tal opinión radicalmente y a la luz del derecho vigente, es inadmisibile».

¹¹ Así, C. ROXIN; G. ARTZ y K. TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal...* cit., págs. 133 y 134, respectivamente: «El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el Poder soberano del Estado [...] la situación conflictiva indicada, entre ciudadano y poder estatal, es en último término un problema de Derecho constitucional».

y de las finalidades que a éstas se asignan. En síntesis, pues, a partir del objeto del proceso es donde surge la perentoria necesidad de establecer las diferencias entre el proceso penal y el proceso civil¹².

El objeto sobre el cual recae el proceso penal se encuentra regulado por normas cuya naturaleza es de orden público; es decir, normas no susceptibles de disposición por los particulares¹³. Por el contrario, el objeto sobre el cual recae el proceso civil está constituido sobre normas fundamentalmente de orden privado. Las normas de orden privado son aquellas que por esencia regulan intereses particulares y por ende su libre disposición es permitida por el ordenamiento¹⁴. De ahí precisamente surge la diferencia en la aplicación de las normas del ordenamiento civil y del ordenamiento penal: frente a las primeras, los particulares ostentan la potestad de su aplicación autónoma, sin necesidad de acudir a ningún orden jurisdiccional. En cambio, las normas que componen el ordenamiento penal sustantivo, en cuanto a su aplicación, requieren de una necesaria intervención de los órganos de la jurisdicción para que ésta sea válida, lo cual es considerado como una garantía dentro del Estado de Derecho¹⁵. La

¹² Vid. V. MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal* t. I (trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín), Buenos Aires, EJEJA, 1951, pág. 109: «El proceso penal se diferencia del proceso civil principalmente por su objeto». También, P. ARAGONESES ALONSO, *Proceso y derecho procesal (introducción)*, Madrid, Edersa, ²1997, pág. 312: «Ninguna duda ofrece la existencia de un proceso penal desgajado del proceso civil, al que estuvo unido en sus primeros tiempos, y que debe referirse a la actuación de pretensiones fundadas en normas de carácter penal».

¹³ Vid. CCE art. 6.2: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»; y CCC arts. 15: «Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia».

¹⁴ Al respecto, *cfr.* Á. CARRASCO PERERA (Coord.), *Derecho civil*, Madrid, Tecnos, ²2004, págs. 27 y ss.; J. Á. MARTÍNEZ SANCHIZ (Coord.), *Instituciones de derecho privado* t. I *Personas* vol. I., Madrid, Civitas, 2003, pág. 61; y C. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, s.i.e., 1959, pág. 156.

¹⁵ Vid. E. FLORIÁN, *Elementos de derecho procesal penal*, cit., págs. 20 y 21: «El proceso penal, como se ha dicho, es el instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso; el civil, en cambio, no es siempre necesario para

aplicación del Derecho penal material al caso concreto obedece a una concepción estricta de la legalidad; el ámbito de la decisión del Juez penal es, por tanto, más reducido¹⁶.

A. Diferencias entre el objeto del proceso penal y el proceso civil

1) En cuanto a la naturaleza del objeto principal del proceso

El objeto principal del proceso penal está determinado hacia el esclarecimiento de una hipótesis comportamental que se adecue a la estructura y naturaleza de la norma penal; el objeto del proceso lo constituye pues esa unidad inescindible compuesta por una dualidad de elementos: el autor a quien se le imputa un delito.

Si bien es cierto que tanto la norma penal como la norma civil participan de los mismos caracteres estructurales, esto es, ambas están compuestas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, la diferencia se manifiesta en la naturaleza de cada uno de estos extremos: en primer lugar, es importante tener en cuenta la vigencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, lo que equivale a decir que en materia penal sustantiva no se pueden crear o aplicar supuestos de hecho que no aparezcan determinados de una manera previa, cierta, escrita y estricta en la ley¹⁷, producida por el órgano estatal competente, que en este caso será el legislativo, de acuerdo al *principio de reserva legal*. Por el contrario, en materia civil, además de los supuestos determinados en la ley, se pueden crear nuevos supuestos que no se encuentren tipificados; la autonomía de la voluntad goza de amplios márgenes para la creación de

actuar las relaciones de derecho privado; hasta tal punto que es un índice de civilización jurídica la disminución de las causas en los asuntos civiles».

¹⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, «El juicio penal», en: ID., *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones Fontamara, 2006, págs. 231-252, *passim*; también ID., *Derecho y razón...*, cit., pág. 542.

¹⁷ Cfr. CE art. 25 y CPCol. art. 29.

supuestos de hecho, limitados según la regla general por los conceptos de *orden público y buenas costumbres*¹⁸. De allí que, por ejemplo, en materia civil y mercantil tenga gran acogida la teoría de los contratos atípicos al lado de los contratos típicos regulados legalmente de una manera específica; así pues, se abren las puertas para que el Juez civil realice una heterointegración de la norma de derecho sustantivo aplicable, de cara a una materialización de la justicia¹⁹. En materia penal en cambio, se reitera, el supuesto de hecho debe estar previamente determinado por el legislador, reivindicando así la garantía hacia la libertad individual, llevándole al destinatario de la norma el mensaje de certeza sobre las hipótesis en las cuales su libertad podrá ser conculcada legítimamente por el poder punitivo del Estado.

Ahora, en segundo lugar, en cuanto a la consecuencia jurídica, es evidente que aquella que viene aparejada preponderantemente al supuesto de hecho penal –la pena de prisión– tiene unas características que la diferencian de las consecuencias jurídicas del orden civil. La pena, como consecuencia jurídica asociada por excelencia al delito, reúne unas características que la convierten en la reacción más gravosa que puede aplicar el titular del *ius puniendi*; en efecto, la pena debe caracterizarse por comportar una delimitación drástica de derechos fundamentales. De allí que la pena por excelencia desde el siglo XVIII sea la prisión. Con todo, es importante aclarar que el ordenamiento penal cuenta dentro de sus posibilidades de restricción de derechos fundamentales con otras penas, pero que en todo caso no alcanzan las dimensiones de agresión al individuo

¹⁸ Vid. CCE art. 1255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»; del mismo tenor es el CCC art. 16: «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres».

¹⁹ Cfr. M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil* (trad. de M. Aramburo Calle), Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 27.

que comporta la pena de prisión; así, en los ordenamientos penales aparece también la pena de multa y las denominadas penas *accesorias* o *restrictivas de otros derechos*²⁰.

No sólo la gravedad de la restricción de derechos que comporta la pena de prisión manifiesta una clara diferencia frente a la consecuencia jurídica del orden civil. Como ya quedó dicho desde el capítulo anterior, la pena debe estar orientada por una finalidad, no sólo en el momento en el que el legislador decide establecerla para un determinado delito al momento de crear la ley penal –*criminalización primaria*– sino también cuando el Juez la aplica como consecuencia jurídica derivada de la previa declaratoria de responsabilidad penal en un caso en particular (*criminalización secundaria*). Mientras que la pena siempre debe orientarse por los fines establecidos de manera expresa en el ordenamiento penal²¹, la consecuencia jurídica derivada de la materialización de un supuesto de hecho civil, las más de las veces no lo está; y cuando aparecen definidos algunos fines que debe perseguir el ordenamiento civil por medio de las consecuencias jurídicas de las cuales este dispone, resulta que éstos no son equivalentes a los concebidos penalmente²². Por ejemplo, cuando de manera genérica se habla de la propiedad como función social²³, difícilmente las consecuencias jurídico-civiles que se orienten por este principio podrán ser asimilables a las finalidades que asigna el ordenamiento penal, como por ejemplo lo que tiene que ver con la *prevención especial* o la *prevención general*.

Y, finalmente, puede decirse que las penas, en todo caso, están regidas por el principio de legalidad, lo cual no permite que éstas sean de

²⁰ *Vid. infra*, Cap. II, III, 1

²¹ *Cfr.* CE art. 25.1 y CP art. 4.

²² En similar sentido se expresa S. MOCCIA, «*Función sistémica de la política criminal: principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*», cit., págs. 73 y 74.

²³ *Cfr.* CE art. 33 y CPCol art. 58.

libre creación por parte de los operadores jurídicos; mientras que en el ordenamiento civil es válida, por regla general, la aplicación de consecuencias jurídicas por acuerdo *inter partes*.

2) En cuanto a la relación de los sujetos del proceso frente al objeto principal del proceso

La primera gran diferencia emerge en cuanto a las consecuencias de establecimiento del objeto. Los sujetos son libres de configurar el objeto del proceso en materia civil, de allí que la pretensión venga determinada por un interés estrictamente particular; y de ese interés particular surge la posibilidad de disposición del objeto incluso antes de su judicialización. El titular de un derecho de carácter privado podrá disponer de él, salvo las excepciones ya mencionadas; y esa disposición puede consistir en sustraerse al ejercicio la acción, procesalmente hablando, o una vez ejercida ésta puede optar libremente por desistir de ella. Es más, puede que una vez ejercida la acción pierda todo interés en ella y no continúe con el impulso del proceso, generando así su perención.

En materia penal, en cambio, la configuración del objeto emerge como un mandato para las autoridades competentes las cuales deberán avocar conocimiento de cualquier conducta que presuntamente revista los caracteres de delito. No hay libertad para disponer de la configuración del objeto, salvo las excepciones de los delitos privados.

De lo anterior surge que en materia civil existen partes en un sentido estricto; es decir, por un lado habrá un sujeto que de manera parcial llevará a cabo la construcción o establecimiento de su pretensión²⁴. En materia penal, la delimitación del objeto principal del proceso y, por tanto, de la

²⁴ Cfr. V. SILVA MELERO, «La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte», cit., pág. 251.

pretensión punitiva, debe orientarse por criterios imparciales de la búsqueda de la verdad material²⁵. Así pues, en materia civil existe libertad de las partes para configurar el objeto y su pretensión, mientras que en materia penal esta delimitación no sólo está orientada a la verdad material, sino que debe ser encauzada hacia una imputación jurídica concreta.

Aunque en ambos procesos existe la carga de la prueba frente al objeto, es cierto que en el proceso civil algunos hechos se dan por probados por medio de presunciones *iure et de iure* o *iuris tantum*; por ejemplo la no comparecencia a una diligencia judicial o el silencio que se guarde, puede ser utilizado por una de las partes para soliviar la carga de la prueba²⁶. En el proceso penal la carga de la prueba emerge como corolario del principio rector de la presunción de inocencia: quien alegue la pretensión punitiva debe cargar con la obligación de establecer dentro del proceso la existencia de sus extremos hasta el grado de la certeza. Esto a su vez conlleva que el papel de los órganos sea distinto en ambos tipos de procesos: mientras el Juez civil queda limitado por la discusión *inter partes*, el órgano instructor en materia penal no sólo debe, sino que tiene la obligación buscar la verdad en el sentido de establecer tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

B. La actual preponderancia del proceso civil frente al proceso penal o la prevalencia del objeto accesorio sobre el objeto principal del proceso penal

En la concepción tradicional del proceso penal, éste se estructura a partir de dos objetos: uno *principal* que, como ha quedado dicho, se compone de la dualidad inescindible delito-autor, siendo así que queda

²⁵ Algunos autores discrepan de la equiparación entre objeto principal del proceso penal y pretensión punitiva; así, por ejemplo, *cfr.* A. GONZÁLEZ NAVARRO, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 27.

²⁶ *Cfr.* V. MANZINI, *Tratado de Derecho procesal penal* t. I, cit., pág. 110.

determinado lo que el *proceso procesa* de manera principal y autónoma²⁷. El segundo objeto, el *accesorio*, estrictamente dependiente del principal, busca establecer la responsabilidad civil u obligación de indemnizar derivada del delito; objeto este que se caracteriza también por su contingencia. Se dice que el objeto accesorio es dependiente del principal, porque se basa en la declaratoria de responsabilidad penal; y es contingente, porque puede darse o no, en la medida en que no todos los delitos producen unos perjuicios susceptibles de ser indemnizados.

Con todo, esta visión del proceso penal, la cual podría calificarse de *tradicional*, y que viene fundamentada en esencia por una concepción política liberal, no sólo en términos legislativos sino también en términos económicos y sociológicos, ha venido siendo transformada a lo largo del siglo XX y con mayor fuerza durante lo que va del XXI. Dicha transformación consiste, en esencia, en el intercambio de la prelación de los objetos del proceso: la regulación de las instituciones procesales penales está quedando supeditada a la concreción de mecanismos de extinción de la acción penal que dependen de la extinción de la obligación de solventar los perjuicios ocasionados con el delito²⁸.

Cuando el objeto accesorio del proceso penal se convierte en el principal y viceversa, la pretensión punitiva pende de la posibilidad de disposición de la indemnización, de tal manera que una eventual negociación que genere una convención sobre la obligación de indemnizar aniquila la imposición de cualquier consecuencia jurídica punitiva. De esta manera, la pretensión punitiva termina por depender de la discusión y un

²⁷ Así, Á. VARGAS, «*La acusación como núcleo del proceso penal*», en: *Iusta*, n.º 16, 1990, pág. 97, col. 1: «¿Qué es, como diría en frase feliz algún procesalista, qué es aquello pues, que el proceso en la fase del sumario procesa? Algún autor, señala que *el objeto del proceso es aquello que el proceso procesa*».

²⁸ Al respecto, *cfr.* R. MOLINA LÓPEZ, «*La McDonaldisación del proceso penal*», en: *RFDCP*, n.º 109, 2008, págs. 307-321, *passim*.

eventual acuerdo sobre la pretensión indemnizatoria que realicen las partes involucradas. Este cambio de orden en las prioridades trae consigo varias consecuencias en la actividad de la intervención punitiva: el Estado, con la escasa soberanía que ostenta en un mundo globalizado –por el dominio hegemónico de los mercados–, opta abiertamente por el camino del *eficientismo* evitando desgastes políticos y económicos²⁹. El Estado se encarga de desarrollar una intervención punitiva más en el plano de lo *simbólico* que de lo *real* y para ello acude a múltiples figuras que aplica tanto en la criminalización primaria como en la secundaria; las que utiliza en esta última pueden ser cobijadas por el *principio de oportunidad*. En la criminalización primaria al hecho procesal de la reparación se le otorga el efecto de circunstancia atenuante³⁰ e incluso de eximente de responsabilidad³¹. En la criminalización secundaria el legislador procura omitir el procesamiento penal con instituciones de naturaleza reparadora-indemnizatoria como la conciliación o la mediación; incluso hasta en la ejecución penal, última fase de la manifestación del *ius puniendi*, se busca evitar la materialización de la pretensión punitiva a favor de la pretensión indemnizatoria³².

²⁹ Vid. L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 15: «Nuestro actual modelo de sociedad post-industrial [...] presenta una problemática complejísima para los sistemas de enjuiciamiento criminal contemporáneos, que reaccionan frente al contexto de crisis agudizado por estas nuevas amenazas sociales con criterios de solución que pretenden distanciarse del modelo punitivo liberal».

³⁰ Vid. CPE art. 21.5: «Son circunstancias atenuantes: [...] 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral», y CP art. 55.6: «Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: [...] 6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible».

³¹ Cfr. CPE art. 305.4

³² En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, cfr. CPE art. 81.3; y CP arts. 63 y 65.3; en lo relativo a la concesión de la libertad condicional, cfr. CPE art. 90.1.c) y CP arts. 64 y 65.3.

Resulta paradójico que mientras en la criminalización primaria es evidente la expansión del ámbito de actuación de la intervención punitiva³³, en la criminalización secundaria el Estado como detentador del poder punitivo procura evitar la aplicación del Derecho penal sustantivo utilizando la mayor cantidad de instrumentos a su alcance, privilegiando aquellos mecanismos procesales propios del ordenamiento civil como la transacción, la mediación o conciliación, y el desistimiento de la acción.

Otra de las manifestaciones que tornan perceptible la preponderancia de la disponibilidad, que como ya se dijo surge desde la esfera de una discusión de carácter patrimonial, aparece en las negociaciones que se hacen de manera directa sobre la pretensión punitiva a través de figuras como la conformidad frente a la responsabilidad penal³⁴. Con ésta se le otorgan beneficios punitivos al procesado, o a veces se llega hasta eliminar la imputación, para evitarle al Estado el desgaste político y económico de un procesamiento penal; siendo discutible la posibilidad de disposición de los derechos objeto de la negociación³⁵, como será planteado más adelante³⁶.

El acercamiento entre el Derecho penal y el Derecho civil, y por ende entre el Derecho procesal penal y el Derecho procesal civil, no es de entrada cuestionable por sí mismo. De hecho, la alternativa más robustecida

³³ Se habla de una expansión del Derecho penal que se manifiesta a partir de la creación de nuevos *bienes jurídicos*, de la ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, de la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía; al respecto *cfr.*, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, ²2001.

³⁴ *Cfr.* LECrim arts. 652 y ss., 688 y ss., 784.3, 787 y 801; y CPP arts. 324 y 348 al 354.

³⁵ En este sentido, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., pág. 29.

³⁶ *Vid. infra*, Cap. V, IV, 1 y 2.

para suprimir la violencia estatal, propia de la intervención punitiva, cruza por las sendas propias del derecho privado³⁷. Así pues no debe rechazarse una influencia mutua entre estos ordenamientos; lo importante es que queden delimitadas sus bases políticas, normativas y teóricas, para concretar los conceptos operativos y de esta forma de asumir la pretendida solución de los conflictos surgidos del delito sin enturbiar la naturaleza pública del *ius puniendi*³⁸.

2. La relación sincrónica que debe existir entre el Derecho penal sustantivo y el proceso penal

De todo lo dicho se colige la estrecha relación que existe entre el Derecho procesal penal y el Derecho penal sustantivo: una relación entre medio y fin, en tanto que el proceso penal es el instrumento que posibilita aplicar el Derecho penal sustantivo para la solución de los casos concretos o hipótesis fácticas que se presentan en la realidad. Pero de la anterior afirmación surge un interrogante que merece ser destacado, por las consecuencias que de su respuesta se derivan: ¿Debe el fin determinar al medio; o viceversa, el medio determinar el fin? La respuesta a esta pregunta delimita la relación existente entre el Derecho penal sustantivo *–fin–* y el Derecho procesal penal *–medio–*. Se trata, sin lugar a dudas, de una relación en la cual el proceso penal es el medio que debe posibilitar la consecución

³⁷ Cfr. L. HULSMAN y J. BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana...*, cit., *passim*, y C. ROXIN, «Pena y reparación» (trad. de E. Gimbernat Ordeig), en: *ADPCP*, vol. 52, 1999, págs. 5-15.

³⁸ Así, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2006. Vid. además, A. ESER, «Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la privatización del proceso penal?» (trad. de M. L. Villamarín López), en: K. AMBOS y E. MONTEALEGRE LYNETT (Comps.), *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, pág. 51: «Entre los síntomas que apuntan a un “latente cambio en la estructura del proceso penal figuran, dese hace unos años, sobre todo los acuerdos y arreglos que tiene lugar en el proceso penal, justo en el núcleo donde operan los intereses públicos”».

de los fines que persigue el Derecho penal sustantivo³⁹, que al parecer no son otros que los *finés preventivos* que se le asignan a la *pena* en la actualidad de manera preponderante⁴⁰, aunque por algunos sea discutida tanto su legitimidad como su constitucionalidad⁴¹.

El planteamiento, sobre el cual queremos hacer énfasis, es que las teorías de la pena aportan las bases de la construcción del ordenamiento penal sustantivo y, por ende, también del procesal penal⁴². Por ello, al proceso penal no se le puede reconocer que cumpla unas finalidades más allá de las que se le asignan a la pena⁴³. El proceso penal como entidad

³⁹ Así, E. BELING, *Derecho procesal penal* (trad. y notas de M. Fenech), Barcelona, Edit. Labor, 1943, pág. 4: «La separación conceptual de ambos derechos no debe llevarse tan lejos que parezca que nada tengan que ver entre sí. En realidad no son más que sectores de un ordenamiento jurídico idéntico, de forma que el procesal está llamado únicamente servir al penal».

⁴⁰ Cfr. M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general* t. I (actualizada, completamente renovada y puesta al día con la colaboración de M. POLAINO-ORTS), Barcelona, Bosch, 2008, págs. 70 y ss.; en el mismo sentido J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Prevención del delito y reducción de la violencia», cit., págs. 1-5, *passim*.

⁴¹ Cfr. E. R. ZAFFARONI, «El sistema penal ante las exigencias del presente», en: E. GARCÍA VITOR *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 13 y 14; *vid.*, ID., *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Grupo Edit. Ibáñez/Universidad Santo Tomás, 2006, pág. 117: «La única manera de legitimar el poder punitivo reconociendo –pasando por alto o subestimando– la selectividad es apelando al valor meramente simbólico de la pena y a su consiguiente funcionalidad como prevención general positiva».

⁴² En el mismo sentido, *vid.* J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pág. 9: «[...] la remisión a una investigación de la esencia de la pena en realidad suministra un nuevo método para la solución de este problema desesperado, a saber: el método procesal»; a nuestro entender, en idéntica orientación, *vid.* B. SCHÜNEMANN, «Determinación de la estructura del proceso penal por medio del derecho penal material», cit., pág. 361: «La capacidad que el derecho material posee para estructurar el proceso no se limita solamente a estos principios de los que me he ocupado hasta ahora. Sino que de la estructura concreta de cada diferente delito, derivan también los requisitos especiales para una ordenación del proceso penal que sea acorde con el Estado de Derecho»; también, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 447.

⁴³ Con claridad manifiesta lo expresa A. L. CALLE CALDERÓN, «Acerca de la reforma procesal penal: una primera aproximación», en: *NFP*, n.º 67, 2005, pág. 149: «El proceso penal, es decir, la persecución penal, constituye un instrumento al servicio de la discusión de una hipótesis de delito y nunca en fin un sí mismo. Dicho política y jurídicamente, el proceso carece de autonomía definitoria de cualquier *thelos* diferente a su utilidad para racionalizar los términos de aquella hipótesis, justamente el objeto principal del proceso penal»; en la misma dirección se pronuncia P. GALAIN PALERMO,

autónoma tiene como finalidad la aplicación del Derecho penal material al caso en concreto; y la finalidad del derecho sustantivo no puede ser otra que aquella que se le asigna normativamente a sus consecuencias jurídicas.

Por tanto, la simple formulación de una imputación a una persona no puede entenderse, ni manejarse operativamente, como la imposición de la *pena del banquillo*; la imposición de medidas cautelares de carácter personal –prisión preventiva–, o real –embargo de bienes–, no pueden constituirse en la aplicación y ejecución de penas predelictuales. Lo mismo debe apreciarse con la aplicación del *principio de oportunidad*: éste no debe ser aplicado sin que existan en el proceso, por lo menos, los fundamentos probatorios mínimos que permitan formular la imputación por la presunta comisión de una conducta punible a una persona, porque de lo contrario se estarían trayendo al escenario del proceso penal situaciones solucionables por otras vías. Con estas hipótesis, que se presentan a guisa de ejemplo, se evidencia que la concesión de finalidades autónomas al proceso penal lleva al desconocimiento de principios procesales, verdaderas *garantías procesales*, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el Derecho de defensa y la lealtad procesal, entre muchos otros⁴⁴.

La reparación del daño como equivalente funcional de la pena, Montevideo, Facultad de Derecho Univ. Católica/Konrad Adenauer Stiftung, 2009, págs. 375 y 376. En contra, *vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ «Prevención del delito y reducción de la violencia», cit., pág. 3: «El proceso penal puede entenderse como una reacción jurídico-penal en sí misma, esto es, como un elemento del sistema jurídico-penal (un instrumento de la Política criminal). Como tal, entra en juego cuando *supuestamente* (la incertidumbre es lo consustancial al proceso) se ha cometido un hecho constitutivo de delito. Se trata, pues, de algo más que de una condición necesaria para la imposición de sanciones (prueba de los hechos e interpretación del Derecho) y de ahí su gran diferencia con respecto al proceso civil: constituye un instrumento autónomo de prevención». Una posición mixta al respecto es la que asume, T. ARMENTA DEU, «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», en: *Estudios sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Eds., 2008, pág. 13: «Si bien una primera apreciación tiende a reclamar una orientación paralela, o al menos no contradictoria, entre fin del proceso y fin de la pena, no resulta exacto tampoco exigir una asimilación completa».

⁴⁴ No en vano algunas concepciones teóricas cuestionan la necesidad de *vigencia* de la presunción de inocencia frente a los etiquetados como enemigos, como lo describe G. PORTILLA CONTRERAS, «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal

No obstante, actualmente se presenta una separación entre el desarrollo, legislativo y dogmático, de las partes sustantiva y procesal del Derecho penal. La dogmática penal se ha desligado de la realidad del proceso penal y a veces se pierde en elaboraciones teóricas abstractas que son imposibles de aterrizar al campo del proceso penal⁴⁵; y viceversa: a veces quienes teorizan y construyen categorías sobre el proceso penal se olvidan de una ciencia que lleva más de una centuria construyendo un concepto dogmático de la conducta punible. Y así, en determinados momentos, nos encontramos con instituciones procesales que son absolutamente incompatibles con el desarrollo de la dogmática penal. Un ejemplo paradigmático de ello es el desplazamiento de la teoría del delito del escenario del debate procesal, atribuible a los modelos de procesamiento penal estadounidenses. Esto se debe a que el modelo de proceso penal norteamericano no es fruto de un desarrollo paralelo de la teoría del delito. En los Estados que conforman la unión americana nunca se ha desarrollado una ciencia penal de corte dogmático, fundamentalmente porque no existen

del enemigo», en: *JPD*, n.º 49, 2004, pág. 45: «Junto a Jakobs, su discípulo H.H. Lesch, siguiendo la teoría de Stuckenberg en la que se define la presunción de inocencia como un principio opuesto a la exigencia de veracidad en el procedimiento, ha desarrollado la figura del Derecho Penal del enemigo y especificado las armas que el Estado puede y debe utilizar». Al respecto también, *cfr.* G. JAKOBS, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad» (trad. de M. Cancio Meliá), en: M. CANCIO MELIÁ y B. FEIJÓ SÁNCHEZ (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad* (Seminario con Günther Jakobs en la UAM), Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, en concreto, las págs. 57-59.

⁴⁵ Así, A. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 37: «La falta de reconocimiento que la dogmática penal ha hecho del contexto procesal es una de las razones que han permitido que ella se desarrolle en el vacío y por lo tanto no reconozca limitaciones y condicionantes que son esenciales desde el punto de vista del sistema de garantías». También, *vid.* J. C. FERRÉ OLIVÉ, «Punibilidad y proceso penal», en: *RGDP*, n.º 10, 2008, pág. 3: «En efecto, el Derecho Procesal puede ayudar a interpretar mejor muchas cuestiones que se plantean a la dogmática jurídico-penal. Porque limitar el análisis del delito a la concurrencia de una serie de elementos, haciendo abstracción mental de su demostración práctica es plenamente posible –no es otra cosa lo que se ha venido practicando por la ciencia penal a lo largo de todo un siglo– aunque puede llevar a resultados no del todo satisfactorios»; también, *vid.* G. BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal* (trad. de F. Gutiérrez-Alviz Conradi), Barcelona, Bosch, 1977, pág. 196: «Las categorías dogmáticas del proceso penal deben buscarse, por tanto, en contacto con los valores que el proceso pretende tutelar o realizar».

fuentes normativas de Derecho penal como las que se conocen en la tradición jurídica europea-continental. Conceptos como el de tipo penal, bien jurídico, antijuridicidad, etc., son en esencia ajenos a la tradición jurídico penal norteamericana⁴⁶. La tradición jurídica europea-continental ha desarrollado una dogmática de la parte general del Derecho penal a la par que avanza en el abordaje científico del Derecho procesal penal⁴⁷.

Pues bien, si el proceso penal es un instrumento que sirve para aplicar el Derecho penal sustantivo al caso concreto, el modelo de proceso penal que se adopte viene determinado por la particular concepción del delito que el ordenamiento penal sustantivo haya asimilado en su Parte general y por la configuración que realice de los tipos penales en la Parte especial. Esto es lo que se ha venido conociendo en la doctrina alemana como el *sistema integral de Derecho penal*: un sistema en el cual se sistematizan tanto el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, con el Derecho procesal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores⁴⁸.

⁴⁶ Vid. K. AMBOS, «Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible», en: *PC*, n.º 5, 2008, pág. 3: «Quien haya tenido la oportunidad de estudiar o ejercer el Derecho penal en países europeos del entorno jurídico propio del *civil law* en los que el nivel científico del Derecho penal no es tan elevado, habrá podido apreciar con rapidez las ventajas inherentes a una dogmática jurídico-penal desarrollada y de un pensamiento sistemático [...]».

⁴⁷ Vid. R. MOLINA LÓPEZ, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Edit. Univ. Pontificia Bolivariana, 2010, págs. 73 y 74: «Es importante destacar que Ernst BELING, pionero en la construcción del concepto dogmático del tipo penal a comienzos del siglo XX, fue también el autor de una obra de Derecho procesal penal con notoria influencia en los ámbitos europeos e hispanoamericanos: nos referimos a su *Derecho procesal penal*. La armonía existente entre la dogmática penal y la ciencia del proceso penal se evidencia a todas luces en la obra del autor alemán». Lo mismo podría predicarse de la obra de James GOLDSCHMIDT, Vincenzo MANZINI y Eugenio FLORIÁN, entre otros. Téngase en cuenta que entre las aportaciones descolantes de los clásicos debe ocupar una ubicación principal la obra de Francesco CARRARA, quien no sólo iluminó a la academia con sus aportaciones de Derecho sustantivo sino con su construcción procesal, elaboradas ambas con una clara orientación hacia la contención del poder punitivo.

⁴⁸ Así, G. FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del Derecho penal» (trad. de R. Ragués I Vallés), en: J. WOLTER y G. FREUND

Por tanto, esa instrumentalidad del proceso penal debe ser idónea para aplicar los fundamentos jurídicos básicos de imputación frente a un caso concreto⁴⁹. En otras palabras, la particular concepción del delito que asuma un ordenamiento penal debe ser susceptible de ser aplicada en la realidad, frente a un caso en concreto, por medio del proceso penal⁵⁰. La verificación y discusión procesal acerca de las categorías dogmáticas que componen el concepto de conducta punible debe ser una meta alcanzable por medio del proceso penal. En ese sentido, se debe entender que cualquier *modificación estructural* del proceso penal tiene que hacerse de manera simultánea con la del ordenamiento penal sustantivo, buscando una sincronía. Y lo afirmado cobra más relevancia cuando se busca, por medio de la aplicación de criterios de oportunidad, la solución a los conflictos de trascendencia penal. El *principio de oportunidad* no es otra cosa que el desarrollo para la aplicación, por medio del proceso penal, de los contenidos del principio de necesidad de intervención y necesidad de pena.

(Eds.), *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 93. En sentido similar, *vid.* E. M. SÁNCHEZ HERRERA, «La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio», en: *DPC*, n.º 7, 2004, pág. 115: «La Constitución, la dogmática y el proceso penal de corte europeo continental, funcionan con coherencia, formando una especie de cadena lógica, supremamente conciliables en sus conexiones internas y externas, la segunda es un mecanismo inspirado en la primera y el tercero hacer realidad los valores de la Carta».

⁴⁹ *Vid.* C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 6: «La relación del Derecho procesal penal con el Derecho penal material es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales. Bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones de ambos están en una relación necesariamente complementaria. Algunas veces institutos del Derecho penal material y del Derecho procesal penal son, incluso, funcionalmente equivalentes [...] En la práctica, un orden jurídico-penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material».

⁵⁰ En el mismo sentido, *vid.* D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», en: *ADPCP*, vol. 47, fasc. I, 1994, pág. 109.

A. Influencia del Derecho penal sustantivo en la configuración y funcionamiento de un modelo de proceso penal

El Derecho penal sustantivo tiene una profunda influencia en la configuración de un sistema de procesamiento penal. Cualquier discusión sobre el proceso penal cruza las más de las veces por asuntos que son propios tanto de la Parte general como de la Parte especial del derecho penal sustantivo⁵¹. De tal manera, que aquella discusión que pregonaba la exclusión de los penalistas de la ciencia del proceso ha tomado otros rumbos. Hoy se puede afirmar sin ninguna duda que el estudioso del Derecho procesal penal debe serlo necesariamente del Derecho penal sustantivo. Y a ello debe agregarse conocimientos en el campo de la criminología y la victimología, para que las elaboraciones teóricas no se limiten a la formulación de postulados prescriptivos sino que cumplan con el cometido de servir en el plano práctico, como referentes verdaderamente aplicativos.

La influencia del Derecho penal sustantivo en la configuración y funcionamiento de un determinado modelo de proceso penal se evidencia en ejemplos como los que a continuación se presentan. En éstos se ve claramente cómo conceptos e instituciones de la Parte general y de la Parte especial cumplen con unos cometidos que soterradamente modifican instituciones netamente procesales; y las más de las veces, el estudioso del Derecho procesal en general, o del Derecho procesal penal en particular, no está en la capacidad de identificarlas en la medida que desconoce el lenguaje normativo y su significado.

⁵¹ Vid. W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 37: «El Derecho penal material y el Derecho procesal penal están, en última instancia, en íntima relación funcional y, por eso, un Derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de Derecho es sólo posible contando con un Derecho penal material basado en los mismos principios: es decir, presidido por el principio de legalidad, concentrado en bienes jurídicos precisos y limitado a funciones que pueda cumplir».

1) Algunas influencias en la configuración del proceso penal

a) El dolo y su prueba

Cuando el legislador tipifica una conducta como delictiva en la Parte especial del Código Penal, lo hace teniendo en cuenta el concepto genérico de conducta que adopta en la Parte General. Hoy en día se asume un concepto de conducta que se compone de elementos subjetivos y objetivos, a partir de lo cual el tipo penal debe contener no sólo la descripción del aspecto objetivo o externo de la conducta, sino también el aspecto subjetivo o interno. El legislador criminaliza conductas que subjetivamente se puedan imputar a título de dolo y de culpa, y en algunas legislaciones, como la colombiana, se presenta la imputación subjetiva a título preterintencional⁵².

Centrándonos en las imputaciones a título doloso, vamos a considerar cómo la prueba del dolo en el proceso penal ha ido suponiendo una modificación de éste. En efecto, ante las dificultades para cumplir las exigencias probatorias que señalan la perentoria necesidad de establecer todos los elementos que componen el delito hasta un nivel de conocimiento que vaya más allá de toda duda razonable⁵³, o *para el más seguro descubrimiento de la verdad*⁵⁴, el legislador ha venido acudiendo a la introducción de mecanismos por medio de los cuales se considera probado lo que realmente se tiene el deber de probar materialmente⁵⁵. Ello ocurre

⁵² Cfr. CP arts. 21 y 25; sobre ese tema en particular, cfr. R. MOLINA LÓPEZ, *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006.

⁵³ Vid. CPP art. 372: «Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe».

⁵⁴ Cfr. LECrim arts. 701 inc. 6 y 726.

⁵⁵ Vid. R. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, José María Bosch editor, 1999, pág. 189: «Es indiscutible que toda condena por delito doloso exige acreditar que el acusado ha realizado el hecho delictivo con determinados conocimientos. Estas afirmaciones sobre el conocimiento de los acusados se realizan en la práctica con una extraordinaria frecuencia, aunque los jueces o tribunales no suelen explicitar cuál es su auténtica naturaleza»; así mismo, J. HRUSCHKA, «*Sobre la difícil prueba del dolo*» (trad. de R. Ragués i Vallés), en: P. SÁNCHEZ OSTIZ (Ed.), *Imputación y*

cuando se acrecientan dentro del proceso penal los mecanismos orientados a buscar una aceptación de responsabilidad penal de parte del procesado, dejando de lado la necesidad de adelantar una etapa de instrucción y el desarrollo de un juicio oral, como debería ser, para cumplir con la carga de la prueba para efectos de desvirtuar la garantía de la presunción de inocencia.

Ante la incapacidad de establecer el elemento subjetivo de carácter doloso, establecido en el ordenamiento penal sustantivo, el legislador opta por estimular la aceptación de responsabilidad, cuidándose eso sí, de no equiparar dicha aceptación con una confesión. En la medida que se evite esta equiparación, se omite, además, revestir la aceptación de responsabilidad de las formalidades propias, que en clave de garantía, arrojan una confesión.

Así pues, es llamativa la forma en que la ley invita repetidamente a la aceptación de responsabilidad. Ello se manifiesta no sólo en los beneficios punitivos que se ofrecen dentro de la cuerda del proceso ordinario, sino también con la creación de procesos especiales, siempre de carácter abreviado, que terminan configurando un eficiente sistema procesal penal de *condenas exprés*.

b) La redacción de tipos penales abiertos y los procesos sin «pretensión»

Si en la redacción de un tipo penal no se utiliza un lenguaje de una manera específica para describir de manera cierta el contenido de la

Derecho penal: estudios sobre la teoría del delito, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pág. 145: «[...] el conjunto de hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible es un subconjunto dentro del conjunto compuesto por los hechos relevantes para la decisión del caso», aunque este autor aboga por una *imputación* normativa del dolo en desmedro de la prueba de éste dentro del proceso penal.

prohibición o mandato, en su aspecto objetivo y subjetivo, sino que por el contrario se utiliza un lenguaje equívoco, la construcción de una imputación dentro del proceso penal se convierte en un elemento que ataca de manera directa el derecho de defensa⁵⁶. El lenguaje difuso permite que el contenido del tipo penal no se concrete en una conducta específica, dando cabida de esta manera a acusaciones de tipo anfibológico que aniquilan el principio de congruencia. ¿Cómo se puede plantear una defensa ante una pretensión punitiva, si la pretensión punitiva nunca aparece concretada? ¿Cómo hablar de un verdadero proceso sin la existencia de una pretensión?

Piénsese, por ejemplo, en la tipificación de las conductas atentatorias contra la «*Salud pública*», las cuales se caracterizan por la utilización excesiva de verbos rectores, convirtiéndose en tipos penales de conducta alternativa que, como se sabe, se entienden consumados con la ejecución de cualquiera de las acciones allí prescritas⁵⁷. Ciertamente, la redacción de estos tipos penales muchas veces resulta ilegible para el operador jurídico, ya que éste no puede llegar a concretar cuál es el ámbito de la prohibición o el mandato.

La utilización, cada vez más frecuente de imputación fáctica en vez de una imputación jurídica, permite que quien ejerza la “*pretensión*” punitiva pueda vislumbrar una posible condena sin cortapisas: en todo caso, ya en la sentencia, encontrará el Juez el modo de ubicar típicamente la conducta que genéricamente se ha imputado. O, siendo menos optimistas, también el Ministerio Fiscal encontrará la forma de convencer al procesado

⁵⁶ Así también, L. FERRAJOLI, «*El juicio penal*», cit., pág. 240.

⁵⁷ Cfr. CPE arts. 359 al 372 y CP arts. 368 al 385; en el caso colombiano, específicamente y a título de ejemplo, resulta esclarecedor el tipo penal contenido en el art. 376: «*Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*-. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia [...]».

para que acepte su responsabilidad frente a una imputación que no se puede concretar.

2) Algunas influencias en el funcionamiento del proceso penal

a) Los tipos penales de simple tenencia o la instrucción penal a cargo de los cuerpos de policía

Una de las discusiones de más relevancia en relación con la modificación de la LECrim española tiene que ver con la asignación de la competencia para adelantar la instrucción a un órgano determinado. Frente a los partidarios de mantener la instrucción penal en manos del Juez de Instrucción, se presenta la alternativa de entregar esta competencia al Ministerio Fiscal. Esta misma discusión se presentó en Colombia durante las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente que en el año 1991 fue encargada de la redacción de la carta política colombiana que hoy rige. En el caso español actual, como en el caso colombiano, los partidarios de ambas posturas las han sostenido con argumentos válidos. La discusión acerca de *quién* instruye es, en España –y fue en Colombia–⁵⁸, la piedra angular de una reforma procesal penal de hondo calado⁵⁹.

Sin embargo, más allá de discutir sobre el órgano encargado de instruir el proceso penal, valdría la pena detenerse a considerar, de manera preponderante, sobre *¿qué es lo que se va a instruir en el proceso penal?* Cuando se establece el objeto de la instrucción y por ende del proceso penal, aparecen algunas manifestaciones de la influencia del Derecho penal sustantivo en el funcionamiento del proceso penal. No obstante la existencia de un Ministerio Fiscal o un Juez de Instrucción que actúe con

⁵⁸ Al respecto *vid.*, entre otros, H. LONDOÑO JIMÉNEZ, *La Fiscalía General y el sistema acusatorio*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995; y Á. VARGAS, *La Fiscalía General de la Nación desde el «Sueño de la mariposa»*, Ibagué (Colombia), Forum-Pacis, 1998.

⁵⁹ *Vid. infra*, Cap. III.

independencia del poder ejecutivo y desarrolle sus funciones de manera imparcial bajo la orientación del *principio de investigación integral* –que lo conmina a establecer los elementos favorables y desfavorables al procesado–, lo relevante es que el objeto a investigar no termine por quebrantar las garantías procesales. Si, a título de ejemplo, la conducta a investigar encuadra jurídicamente en una descripción típica de las llamadas de *tenencia*⁶⁰, será poca la actividad investigadora que pueda y deba adelantar el órgano instructor competente, en tanto que dicha labor termina siendo ejecutada por las autoridades de policía. Cuando éstas sorprenden a una persona con tenencia de algún elemento o sustancia prohibida –piénsese en el caso de tenencia de material pornográfico protagonizado por menores de edad⁶¹ o de sustancias psicotrópicas, etc.–, la sola situación de flagrancia es dada por válida para configurar los elementos de la descripción comportamental establecida en el tipo penal; por tanto, bastará el informe o atestado policial para concretar y dar por probado lo que se considera como objeto del proceso. En realidad, en estos casos, los elementos del delito terminan quedando circunscritos únicamente al aspecto objetivo del tipo penal, retornando al tristemente famoso *versari in re illicita*⁶².

En síntesis, pues, estas conductas aparecen redactadas de tal forma en la Parte especial del Derecho penal sustantivo que la responsabilidad

⁶⁰ Por medio de esta clase de tipos penales se criminaliza la *tenencia* de un objeto prohibido, independiente del uso que se haga de éste. Son verdaderos tipos de peligro abstracto. Al respecto *cfr.* S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 229; y F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., págs. 638 y 639.

⁶¹ *Cfr.* CPE art. 189.2 y CP art. 218.

⁶² *Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* [el que realiza algo prohibido responde criminalmente de todas las consecuencias de su hacer]. Recalcando, además, que este tipo de responsabilidad se encuentra proscrita en los ordenamientos penales español y colombiano; *cfr.* CPE arts. 5 y 10, y CP arts. 9 y 11.

penal se convierte en una responsabilidad netamente objetiva y cada vez se hace menos necesaria la instrucción en el proceso⁶³.

La instrucción en el proceso penal es una garantía en sí misma, porque establece la forma en que el conocimiento sobre la realización de una conducta delictiva y la probable responsabilidad del presunto autor debe llegar al juicio para ser considerado un objeto de discusión válido de cara a la determinación de la responsabilidad penal por parte de un Juez. Y en ese sentido, es importante que quien instruya realice esta actividad con independencia e imparcialidad. Pero esta garantía se ve avasallada cuando el legislador tipifica conductas de modo tal que la instrucción sobre las mismas se agota en la actividad desplegada por las autoridades de policía, convirtiendo a éstas, de manera más que soterrada, en los verdaderos instructores del proceso penal, generándose lo que algunos llaman *criminalística de precinto*⁶⁴ o de comisaría. Por esta vía, entonces, el Poder ejecutivo logra lo que muchas veces se quiere evitar otorgándole las funciones de instrucción al Ministerio Fiscal.

También es importante agregar que como consecuencia de esta forma de tipificación penal de conductas, la teoría de las *exclusiones*

⁶³ Vid. W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., pág. 34: «Los costos de los delitos de peligro abstracto son obvios y han sido ya mencionados: la reducción de los presupuestos de la pena supone también una reducción de las posibilidades de defensa y de pautas informativas del legislador que orienten a los jueces».

⁶⁴ Así, C. A. ELBERT y F. BALCARCE, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2009, pág. 75. También, vid. B. HUBER, «Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán» (trad. de J.-L. Gómez Colomer), en: *RP*, n.º 22, 2008, pág. 44, col. 1: «De hecho hoy existe una expresión de moda en Alemania: *Verpolizeilichung*, que quiere decir más o menos que la fase de investigación del proceso penal se ha vuelto predominantemente policial»; y E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, cit., pág. 95: «La pobreza de medios para la instrucción de los procesos, lleva a que las policías dependientes del poder ejecutivo sean las verdaderas autoridades de instrucción o sumario». Sobre ello también, J. NIEVA FENOLL, «El discutido valor probatorio de las diligencias policiales (I)», en: *La Ley (d)*, n.º 6780, 17 de septiembre de 2007, págs. 1-9.

probatorias surge como un dique de contención frente a este poder de instrucción no manifiesto de las autoridades de policía, dependientes siempre –en cuanto a su estructura y funcionamiento–, del Poder ejecutivo. Aunque hay que reconocer que este dique es cada vez más flexible frente a las demandas de efficientismo punitivo⁶⁵.

b) La pena de prisión y su aplicación anticipada como quebranto a la presunción de inocencia

Si durante el siglo XVIII la pena de prisión fue considerada una forma de dulcificar la reacción punitiva en relación con las penas draconianas que prevalecían por entonces, lo cierto es que hoy la pena de prisión se ha vuelto una reacción cuyo contenido vindicativo ha calado hondamente en el ámbito de la psique de las sociedades occidentales⁶⁶. A tal punto que todos los días se escucha el clamor de la opinión pública solicitando la criminalización de conductas, exigiendo que a estas les corresponda como sanción la prisión; incluso, en no pocos casos, el estribillo se completa pidiendo la prisión perpetua⁶⁷. Este ruido *neopunitivista* se ve patentizado en las reformas penales, las cuales se

⁶⁵ Cfr. S. C. THAMAN, «*L'impatto dell'11 settembre sulla procedura penale americana*», en: *CP*, n.º 01, 2006, págs. 251-264; también, Ó. J. GUERRERO PERALTA, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Edic. Nueva Jurídica, 2009, págs. 256 y ss.

⁶⁶ No está de más recordar la advertencia que frente a este tipo de fenómenos hacen M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general* (con la colaboración de M. POLAINO-ORTS), Barcelona, Bosch, 5ª 2004, pág. 132: «[...] el derecho penal no puede actuar a tenor del impulso emocional de las *reivindicaciones sociales*, con harta frecuencia alentadas al calor de lacerantes casos de la realidad social, pues de lo contrario la Política criminal corre el peligro de ser insatisfactoria, insuficiente, ineficaz, regresiva o directamente contraproducente».

⁶⁷ Así, por ejemplo, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «*La libertad vigilada*», en: *La Ley (d)*, n.º 7386, 22 de abril de 2010, pág. 1: «La prisión perpetua existe en todas las grandes democracias europeas, empezando por el Reino Unido, Alemania, Francia e Italia. Sirvió, donde aún no existía, para llenar el vacío dejado por la abolición de la pena de muerte. La prisión perpetua se ha consolidado en dichos países pese a las alternancias de los gobiernos de derechas e izquierdas a lo largo de varias décadas. No se trata de que el reo muera siempre en la cárcel, sino de que no salga a la calle mientras no cuente con un pronóstico serio de resocialización».

centran casi exclusivamente en mayores posibilidades de imposición de la pena de prisión y en el aumento de su duración⁶⁸.

En un escenario así planteado, es por demás evidente que si la pena por excelencia es la privativa de la libertad, necesario será concluir que dentro del proceso penal se anticipe la detención del procesado⁶⁹. Y ello porque en aras de garantizar el efectivo cumplimiento de la consecuencia jurídica, la prisión preventiva toma un impulso como medida asegurativa⁷⁰. Con todo, nuevamente se pone de presente la forma en que la ley sustantiva encauza la ley procesal.

Si la pretensión punitiva busca de manera preponderante la imposición de una pena de prisión, el proceso penal es el momento en que, bajo el argumento de asegurar la eventual –y por tanto futura– materialización de lo pretendido, se terminan imponiendo penas predelictuales⁷¹, quebrantado, una vez más, la presunción de inocencia⁷², la

⁶⁸ Cfr. I. RIVERA BEIRAS (Coord.), *El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)*, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 2005, pág. 49. Muy ilustrativo al respecto es lo que nos describe M. POLAINO NAVARRETE, *La reforma penal española de 2003*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 19: «Ya ha dicho entre nosotros Enrique Gimbernat que “hace ya unos cuantos años que en los países democráticos –no sólo en España– los políticos descubrieron que en el Derecho Penal –más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal– había una gran cantera de votos. Corren malos tiempos”».

⁶⁹ Así, J. E. VÁSQUEZ ROSSI, «Sobre la necesidad de un enfoque integrado de la materia penal sustantiva y realizativa», cit., pág. 277.

⁷⁰ Vid. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale: parte generale*, Bologna, Zanichelli editore, 2007, pág. 713: «Sotto il profilo della connessione tra dimensione sostanziale e dimensione processuale, va segnalato un ulteriore e ben noto fenomeno patologico: alludiamo alla impropria funzione di «pena anticipata» che in non pochi casi è andata assumendo la «custodia cautelare» rispetto a forme di criminalità che, ancorché non lievi (si pensi ad esempio ad alcune ipotesi di delinquenza politico-amministrativa), consentono poi in sede di giudizio il ricorso al patteggiamento e/o alla sospensione condizionale ovvero il ricorso a misure alternative in fase esecutiva».

⁷¹ Para enlazar las voces críticas, del pasado y del presente, nos referimos en esta nota a dos apreciaciones de indiscutible valía: vid. V. COVIÁN Y JUNCO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre del año 1921*, Madrid, Reus S.A., 1921, pág. CVII: «La prisión provisional es el principio de una de las penas de privación de la libertad, y si no dígalos el abono de la preventiva; el

cual claramente enuncia que ninguna persona podrá ser considerada como penalmente responsable hasta tanto haya sido vencida en un juicio⁷³. Obsérvese, además, que la fundamentación para imponer este tipo de medidas asegurativas proviene de la aplicación dentro del proceso penal de principios propios del proceso civil, como son los de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*. El origen de estos principios está ligado a la naturaleza misma de la pretensión civil la cual recae sobre derechos personales o reales; y estos derechos en ningún caso pueden ser equiparados a la persona humana, porque se comienza por desdibujar a ésta en cuanto a su dignidad al tratársele como una cosa. También se evidencia que por medio del proceso penal se pretenden cumplir funciones que el Derecho penal sustantivo debe buscar a partir de la aplicación de la consecuencia jurídica⁷⁴. En ese sentido, se tergiversa el orden de los extremos que componen la relación medio-fin, y el proceso que debe ser considerado un medio, termina por convertirse en un fin en sí mismo: la imposición de la consecuencia jurídica del procesamiento, o la llamada *pena del banquillo*. A tal punto, que el destinatario de las normas penales sustantivas termina incubando un sentimiento que lo lleva a temer más por el procesamiento que por la consecuencia jurídica imponible.

derecho de acordarla no debe ser concedido al funcionario que está constituido en acusador del procesado; puede abusar de ello, forjándose una ilusión fundado en sus investigaciones tendenciosas que cuanto mayor suma de cuidados le hayan costado, tanto más verosímiles creará las sospechas que haya concebido»; también, *vid.* E. R. ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, cit., pág. 91: «La medida cautelar es pena cautelar, o sea que, por precaución, el poder punitivo se ejerce condenando materialmente a todos los sindicados a una medida y revisando con gran parsimonia esas condenaciones, tomándose años para ello, a efectos de verificar si corresponde una pena formal. La excarcelación o cese de la prisión preventiva o provisional importa una absolución, pues surte casi todo sus efectos».

⁷² Cfr. CE art. 24.2 y CPCol. art. 29.

⁷³ Así también, B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal* (s.i.t.), Madrid: Dykinson, 2005, pág. 32.

⁷⁴ Así, J. E. VÁSQUEZ ROSSI, «Sobre la necesidad de un enfoque integrado de la materia penal sustantiva y realizativa», cit., pág. 282: «[...] entre la descripción fáctica ínsita en la norma sustantiva y la sanción igualmente prevista debe mediar inexorablemente el tránsito procesal, el que, en muchos casos, cumple de hecho las finalidades que teóricamente se asignan al ordenamiento sustantivo».

Con lo dicho hasta ahora se nota claramente la influencia del Derecho penal sustantivo en la configuración y funcionamiento de un determinado modelo de proceso penal; o lo que es lo mismo, en el contexto del Estado de Derecho, el Derecho penal sustantivo determina el Derecho procesal penal. Por el momento se han puesto de presente ejemplos que evidencian una influencia negativa; pero ello no necesariamente tiene que ser así. Las influencias también se pueden manifestar en aspectos susceptibles de ser considerados positivos. En particular, nos interesa saber qué tipo de relación puede existir entre las normas del ordenamiento penal sustantivo con el principio de oportunidad. En este punto, nuestro criterio es que cualquier consideración de carácter procesal sobre el *principio de oportunidad* debe cruzar necesariamente por los linderos de las aportaciones de la dogmática penal⁷⁵. Como veremos posteriormente el núcleo de las decisiones para aplicación de criterios de oportunidad en el proceso penal se basa en la discrecionalidad del órgano encargado de adelantar la instrucción; pero esta discrecionalidad no es ilimitada, sino que aparece orientada por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, los cuales a su vez, en materia de responsabilidad penal, se nutren de las aportaciones que ha ido elaborando la ciencia penal⁷⁶.

II. PENA Y PROCESO PENAL

1. Teorías de la pena: fundamentos de la intervención punitiva

La pena es la restricción más grave de derechos fundamentales que pueda ejercer un Estado frente a las personas. Por tanto, dicha restricción de derechos debe obtener una fundamentación política y filosófica que le

⁷⁵ En el mismo sentido, vid. J. F. PERDOMO TORRES, «*Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad*», en: *CPC*, n.º 94, 2008, pág. 143: «[...] el estudio de los temas procesales como el planteado debe apoyarse en la tan elaborada dogmática de la parte general del Derecho penal y, por ende, reflejar allí todo aquel contenido filosófico».

⁷⁶ *Vid. infra*, Cap. IV, III, 4 y 5.

otorguen legitimidad. Sin perder de vista las diversas clases de penas que se han utilizado a lo largo de la historia y las diferentes bases en las que se ha asentado su aplicación, nos centraremos en hablar de los elementos teóricos que en la actualidad justifican la imposición de una pena. Y ello con la finalidad de establecer el referente de análisis de cara a lo que debe ser la estructuración y funcionamiento del principio de oportunidad y dentro de éste, de manera particular, la institución de la conformidad⁷⁷.

Pretendemos hacer una descripción de las principales teorías que responden a la cuestión fundamental de la intervención punitiva: *¿Por qué se imponen penas?* La respuesta a esta pregunta establece la base misma del *ius puniendi*. Esta es una pregunta cuya respuesta siempre quedará circunscrita a factores filosóficos, religiosos, políticos, económicos. Por tanto, se trata de una pregunta y una respuesta que siempre se plantearán como nuevas⁷⁸.

Sin perder de vista que el hombre se empecina en reaccionar contra sus semejantes encerrándolos en jaulas, como si fueran bestias, para vender el sentimiento de tranquilidad a los demás⁷⁹, los planteamientos que aquí se presentarán sobre los fundamentos de la pena están referidos a todos los

⁷⁷ Vid. B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 4^a 2005, pág. 45: «No es necesario insistir en la importancia que tiene para el sistema penal un acuerdo sobre los fines de la pena, que, en definitiva, no pueden ser contrarios, ni siquiera distintos a los fines que la sociedad exige a esta rama de la justicia». También, G. FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del Derecho penal», cit., pág. 93: «[...] o se consigue demostrar que la idea del fin es aquello que legitima e inspira la integridad del Derecho penal o nuestra aplicación del Derecho penal carece de la legitimación que necesita».

⁷⁸ Cfr. C. ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en: *Problemas básicos del derecho penal* (trad. de D.-M. Luzón Peña), Madrid, Reus, 1976, pág. 11.

⁷⁹ Así, A. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., pág. 31. También, A. E. PÉREZ LUÑO, «Kant y los derechos humanos», en: ID., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica (Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor; homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla)*, Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2009, pág. 129.

tipos de consecuencias jurídicas que se pueden abarcar dentro de ese concepto.

La pena puede definirse como la reacción que, a título de consecuencia jurídica, le asigna el Estado al delito. La pena dentro del Estado social y democrático de Derecho no puede sobrepasar los límites permitidos, teniendo en cuenta los aspectos cualitativos y cuantitativos⁸⁰. Así pues, la pena es una reacción de violencia por parte del Estado en contra de una persona encaminada a la restricción determinada, o medida, de algunos de sus derechos fundamentales; esta reacción no puede llegar a convertirse en un trato inhumano ni degradante de la categoría de persona⁸¹.

La justificación de esta restricción de derechos fundamentales, así concebida, plantea una tensión entre la libertad de la persona y el poder que legítimamente ostenta Estado para establecer el orden en la comunidad. Ahí, pues, se halla el centro, el núcleo, de aquello que hace posible que la libertad personal quede supeditada a criterios de *orden social*⁸². Y no es poco asunto pensar en ello, y mucho menos si se tiene en cuenta que el

⁸⁰ Cfr. B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 22; y ss., y F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., págs. 1029 y ss.

⁸¹ Cfr. CE art. 15 y CPCol. art. 12. Con todo, ha de tenerse en cuenta que la pena necesariamente ha de comportar un mal para el individuo; al respecto, *vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 387: «Es obvio que las penas, si quieren desarrollar la función preventiva que tienen asignada, deben consistir en hechos desagradables, o, en cualquier caso, en “males” idóneos para disuadir de la realización de otros delitos y evitar que la gente se tome la justicia por su mano».

⁸² *Vid.* E. DEMETRIO CRESPO, «*Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*», en: M. J. BERNUZ BENÉITEZ y A. I. PÉREZ CEPEDA (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación sociojurídica*, Logroño, Servicio de publicaciones Univ. de la Rioja, 2006, pág. 107: «Como veremos, estos tópicos, “libertad-seguridad”, “hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad”, “ser-deber ser del derecho”, conectan con modelos de pensamiento de la Filosofía Política, que a su vez se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena. Estos constituyen el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de reflexiones que afectan a su evolución dogmática o/y político-criminal».

medio que otorga legitimidad a la efectiva restricción de libertades es el proceso penal.

Las teorías de la pena se orientan a justificar la reacción en contra de la persona desde un punto de vista *retrospectivo* o *prospectivo*. De manera *retrospectiva*, la pena se impondrá por la conducta que la persona ha cometido; la pena así concebida tiene un *sentido*. De una manera *prospectiva*, la pena se justifica por lo que la persona podrá hacer en el futuro; en esta concepción la pena busca una *finalidad*. En ese orden de ideas, las teorías de la pena se pueden agrupar en las teorías *absolutas* o *retributivas*, y en las teorías *relativas*, *utilitarias* o de la *prevención*. También, aunando elementos comunes de ambos grupos, surgen las teorías de la *unión* o *eclécticas*. Con todo, no faltan al día de hoy otras posturas que, a partir de considerar el papel relevante que se le debe reconocer a la víctima durante la intervención punitiva, aboguen por una finalidad reparadora como otra base de fundamentación⁸³.

A. Teorías absolutas

Las teorías absolutas se asientan en la asignación de un mal a la persona que ha cometido un delito. Como su mismo nombre lo indica, se trata de una reacción que subsiste por sí misma independiente de una finalidad específica. Guardan una estrecha relación con la reacción talional del *ojo por ojo, diente por diente*⁸⁴.

⁸³ Cfr. C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., págs. 5-15; y G. STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I* (trad. de M. Cancio Meliá y M. Sancinetti), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, págs. 37 y 38.

⁸⁴ Vid. HAMMURABI, *Código de Hammurabi* (ed. preparada por F. Lara Peinado), Madrid, Editora Nacional, 1982, pág. 114 [leyes 196 y 200]: «196.- Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor se le reventará su ojo. 200.- Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes».

La pena que se impone viene determinada tanto por el daño causado con la conducta delictiva como por la culpabilidad, o ejercicio de libertad, que el autor haya dispuesto para su realización. Las teorías absolutas pretenden, entonces, justificar una reacción proporcional al daño causado con el delito y a la culpabilidad con que el autor haya actuado. El daño causado puede entenderse en un sentido social o personal; en el primero se hace alusión al daño a la sociedad en general y en el segundo, a la víctima en particular⁸⁵.

Tanto el concepto de daño causado como el grado de culpabilidad, conllevan necesariamente una valoración metafísica con lo cual la concreción de dichos conceptos las más de las veces resulta demasiado etérea⁸⁶.

Las teorías absolutas sólo se preguntan por el *sentido* de la pena; el sentido de la pena no es otro que aplicar una retribución al autor del delito. Pero dicha retribución no tiene un referente claro, porque los conceptos que supuestamente la determinan no son susceptibles de una delimitación estricta. La reacción retributiva puede plantearse en términos éticos, como en la perspectiva kantiana⁸⁷; o jurídicos, como en la perspectiva hegeliana⁸⁸.

⁸⁵ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 253: «Son teorías “absolutas” todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como un fin en sí mismo, es decir, como “castigo”, “compensación”, “reacción”, “reparación” o “retribución” del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aun un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento».

⁸⁶ Vid., A. VON HIRSCH, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena» (trad. de A. Nieto Martín), en: L. ARROYO ZAPATERO, U. NEUMANN y A. NIETO MARTÍN (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Edic. de la Univ. de Castilla La Mancha, 2003, pág. 126: «Un aspecto sombrío de las teorías absolutas es su tendencia hacia la oscuridad: resulta complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena».

⁸⁷ Cfr. I. KANT, *La metafísica de las costumbres* [1797] (trad. de A. Cortina y J. Conill Sancho), Madrid, Tecnos, 1999, págs. 166 y ss.

⁸⁸ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho* [1821] (trad. de E. Vásquez), Madrid, Edit. Biblioteca Nueva, 2000, págs. 168 y ss.

Incluso, hay quienes alcanzan a concebir la retribución en términos netamente económicos⁸⁹. El Idealismo alemán ha sido, fundamentalmente, el sostén los planteamientos retribucionistas que han tenido amplias repercusiones en el Derecho penal moderno. En esencia puede decirse que a partir del Idealismo alemán se establece la racionalización de la Ley del Tali6n.

En la concepci6n kantiana, la pena debe imponerse porque la ley penal es un imperativo categorico que as6 lo ordena. Por tanto, 6sta no admite excepciones ni exclusiones; con ello, se imposibilita cualquier aplicaci6n instrumental o utilitarista de la pena. En consecuencia, al delito debe seguir necesariamente la imposici6n de una pena, porque de esa manera se realiza la justicia, obligando a la persona a responder 6ticamente por el delito cometido. En s6ntesis, la idea de la retribuci6n kantiana considera al destinatario de la ley penal como un sujeto titular de una autonom6a 6tica, un ser que es un fin en s6 mismo⁹⁰, al cual no se le puede instrumentalizar para el logro de fines que vayan m6s all6 de la realizaci6n de la justicia.

⁸⁹ En este pasaje se menciona de manera indirecta que para un condenado puede tener m6s sentido retributivo una condena al pago de perjuicios a la v6ctima, que la pena de prisi6n; *vid.* F. CARRARA, *Programa de Derecho criminal* vol. IV (trad. de J. Guerrero y J. J. Ortega Torres), Bogot6/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1986, p6gs. 169 y 170: «En varias ocasiones he encontrado condenados m6s afligidos por tener que pagarle indemnizaci6n a la v6ctima, que por la pena afligida contra ellos; y aunque les hiciera presente que aqu6l es un deber de conciencia, tuve el dolor de o6rles responderme con imprudencia que hubieran preferido un castigo m6s severo con tal de no tener que dar nada; este hecho les dar6 a los pensadores ocasi6n para que mediten en la eficacia de las penas con relaci6n a cierta clase de pasiones».

⁹⁰ *Vid.* I. KANT, «*Fundamentaci6n para una metaf6sica de las costumbres*» [1785] (trad. de R. R. Aramayo), en: ID., *Kant II*, Madrid, Gredos, 2010, p6g. 74: «Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en s6 mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia s6 mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*».

La concepción hegeliana entiende la retribución en un sentido jurídico: el delito aparece como un ente que implica una negación de lo prescrito por la ley; ésta determina las conductas que son consideradas como delito para asegurar de esta forma los valores que posibilitan la convivencia social. El delito es una negación de la ley que lo prohíbe bajo la amenaza de una pena. La pena a su vez es una reacción que niega al delito⁹¹. Por tanto, con la pena se restablece la norma violada con el delito. Es una retribución, pero el concepto metafísico se concreta en la antijuridicidad de la conducta delictiva. Por ello se habla de una retribución jurídica. También excluye el uso utilitario de la pena, porque considera que el hombre no puede ser tratado como un ser irracional al cual se le pueda moldear, ejerciendo sobre él violencia, para buscar su instrumentalización futura. Es paradigmática la comparación que la tesis hegeliana hace con un perro al cual se le adiestra bajo la fuerza de su amo, para demostrar que la persona no puede ser tratada como una bestia⁹². Así pues, no se puede acudir a la manipulación de los sentimientos bajo la amenaza de la pena o la promesa del castigo, porque se estaría dejando en un segundo plano la esencia del ser humano que es su racionalidad. A la persona condenada por haber cometido un delito se le honra cuando se le impone la pena, porque se está evidenciado con ello que se reacciona jurídicamente contra un ser racional maduro, que ha tenido la capacidad de resquebrajar con su conducta el orden jurídico.

Una tercera forma de retribución, pero ya en un sentido material, puede ser la que concibe el pago de perjuicios como el mayor mal que se le puede causar a una persona por haber cometido un delito. Esta puede ser

⁹¹ Vid. C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., pág. 14: «Cuando Hegel, el gran filósofo del idealismo alemán, enseñaba que lo injusto es “anulado” mediante la pena, esto no pasa de ser una anulación ideal, es decir: un acontecimiento que tiene lugar en un mundo normativo e, incluso, metafísico».

⁹² Cfr. G. W. F. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, cit., pág. 170.

viable en un contexto netamente liberal donde los individuos presentan una adhesión a los bienes materiales. La retribución se concretará, entonces, en la obligación de pagar tanto a la víctima como a la sociedad por los daños causados con el delito⁹³.

Las teorías retributivas o absolutas de la pena fundan su imposición en el delito cometido y la reacción penal va encaminada a restaurar el quebrantamiento del orden moral, la vigencia del derecho o, en un tercer caso, el bienestar material de la víctima y de la sociedad. Son teorías que conciben su aplicación en términos retrospectivos y no tienen en cuenta las consecuencias que a futuro generen su imposición. Vistas así las cosas, queda claro que la intervención punitiva estará obligada a perseguir todas las conductas delictivas para retribuir a sus autores de las formas antes descritas. De allí emerge el principio de legalidad en materia procesal penal, entendido como la obligación de aplicar la pena sin excepción a quienes sean responsables culpablemente de la comisión de un delito. Por tanto, el ejercicio de la acción penal sería obligatorio, lo que conllevaría, en principio, a la exclusión de cualquier posibilidad de disposición de la acción y pretensiones penales.

Desde la perspectiva de la práctica judicial y de la psicología social, esta parece ser la concepción imperante al momento de efectuarse la imposición de la pena. Ello se conoce como el ejercicio de la función vindicativa de la pena, en donde la pena aparece en el imaginario como un mal que se aplica en venganza por el mal causado con el delito⁹⁴. Con este punto de partida es fácil de entender cuál es el soporte al que se acude cuando se reivindica la prisión perpetua o la pena de muerte; a partir de este

⁹³ Cfr. R. GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. de P. Dorado Montero), Madrid, La España moderna, 1890, pág. 58.

⁹⁴ Cfr. M. FOUCAULT, *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*, (trad. de A. Garzón del Camino), Madrid, Siglo XXI, ⁸1992.

tipo de reacciones punitivas se termina por excluir socialmente de por vida, o eliminar físicamente, a una persona.

Además, dentro del apartado de la psicología social y su concepto de retribución, se percibe de una manera palmaria cómo el procesamiento penal mismo es tenido como una retribución, independientemente de que éste logre establecer o no la responsabilidad de la persona sometida a él.

Evidentemente, la retribución no debe ser una opción válida dentro de un Estado social de Derecho, porque se estarían dejando soluciones alternativas más adecuadas al cumplimiento de los fines sociales de dicha forma de Estado, como por ejemplo la búsqueda de la convivencia pacífica y la participación de todos los miembros en el desarrollo de la comunidad⁹⁵.

1) Relación con el principio de oportunidad

Las teorías retributivas de la pena, al buscar la materialización de la justicia, excluyen la posibilidad de aplicar reacciones alternativas a la pena previamente establecida. Ello, porque entienden que la ley determina la consecuencia imponible teniendo en cuenta el nivel de daño causado con la conducta y la culpabilidad imputable a su autor. Así pues, la pena establecida en la ley es la que *merece* quien haya realizado la conducta delictiva, en aras de la materialización de la justicia. Vistas así las cosas, el titular del poder punitivo siempre tendrá el deber de realizar la persecución de todas aquellas conductas que revistan las características de punibles para imponerle a su autor la pena que en justicia se merece. Se erige así, como principio, la obligación de la persecución penal sin ninguna otra

⁹⁵ Así también, B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 48; S. MIR PUIG «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en: *ADCPC*, t. 39, fasc. I, 1986, pág. 50; y G. FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del Derecho penal», cit., págs. 91 y 92.

consideración adicional a la búsqueda de la justicia. Como es obvio, así se excluye la posibilidad de realizar una persecución selectiva, o que permita la consideración de excepciones en su realización. En el fondo lo que se busca es que la pena recaiga de manera indistinta frente a cualquier persona que haya cometido un delito, sin excepción de ninguna clase. Es una forma de materializar el principio liberal de la igualdad entre las personas.

Es de tener en cuenta que el fundamento de la responsabilidad penal en esta concepción es la culpabilidad, la cual debe ser demostrada en el proceso materialmente, es decir, el proceso penal también está encaminado a la búsqueda de la verdad verdadera, porque de otra manera la imputación de responsabilidad también sería una injusticia.

El principio de oportunidad no puede tener cabida dentro de un sistema penal que conciba la pena exclusivamente en términos retributivos, porque en ningún caso se permitirían las excepciones a la persecución penal enfocada a fines utilitarios, que son los que en gran medida orientan al mencionado principio. Tampoco podrían ser compatibles estas teorías con la búsqueda de una verdad formal o negociada dentro del proceso penal, porque de esa manera no se estaría reaccionando frente a una verdad real para materializar la justicia sino frente a una verdad instrumentalizada para el logro de unas finalidades utilitarias. Así pues, la aceptación de la responsabilidad penal a partir de una confesión no corroborada con otros medios de prueba, o de una verdad negociada, va en contravía del *principio de merecimiento de pena* aplicable al autor del delito cometido.

B. Teorías relativas

Las teorías relativas de la pena, al contrario de las teorías absolutas, conciben la pena orientada a la consecución o búsqueda de un fin específico. Este fin siempre estará dirigido hacia el futuro, es decir, en

términos prospectivos. Lo que se busca fundamentalmente es la prevención de futuros delitos. La pena servirá como medio para lograr un fin útil a la sociedad, tratando de evitar que se vuelva a cometer el delito que se castiga.

El conjunto de teorías que se pueden agrupar bajo esta caracterización general reciben el nombre de *utilitarias, preventivas o relativas*, precisamente porque la pena se impone con relación al logro de una finalidad de prevención de los delitos que resulte útil a la sociedad⁹⁶. La imposición de la pena se justifica, de esta manera, sólo cuando sea *necesaria* para lograr los efectos preventivos buscados. De allí emerge el principio de *necesidad de imposición de la pena*, el cual que es un mandato directo para el Juez y para las operadores jurídicos que desarrollan su actividad en el proceso penal.

La prevención se busca por medio de la pena que debe actuar o bien sobre la persona que ha cometido el delito, o sobre el conjunto de la sociedad que en términos genéricos ha conocido las consecuencias del delito. Cuando la pena está llamada a actuar de manera particular sobre la persona del delincuente, se habla de *prevención especial*, que puede ser a su vez *positiva o negativa*, dependiendo de la finalidad concreta. Si se busca la *resocialización, la reeducación o la reinserción* social del condenado, se hablará de *prevención especial positiva*. Alternativamente, si la pena está dirigida a la *inocuidad o eliminación* del condenado –lo que se logra por medio de penas como la prisión perpetua o la pena de muerte– se hablará de *prevención especial negativa*.

⁹⁶ Vid. A. VON HIRSCH, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», cit., pág. 125: «Las justificaciones relativas de la pena tienen carácter consecuencialista, pues pretenden únicamente impedir la aparición de nuevos delitos».

Cuando la utilidad que se pretende está dirigida a la colectividad, nos debemos ubicar conceptualmente frente a la *prevención general*. Esta también puede ser *positiva* o *negativa*. En primer lugar, se entiende que es positiva, cuando por medio de la imposición de la pena se busca el restablecimiento de los valores quebrantados con la comisión del delito por el cual se está imponiendo la pena. Así pues, en el evento de la realización de un homicidio, la persona que lo comete no sólo está atentando contra el valor que implica el respeto a la vida, sino que también está atacando al sistema normativo que prohíbe esa conducta bajo la amenaza de una pena; además de menguar la confianza de los otros miembros de la sociedad en el aparato estatal encargado de garantizar el respeto de sus derechos. La imposición de la pena, en el caso concreto, estará encaminada a enviar un mensaje a todo aquel sector de la sociedad que fue ajeno a la comisión del delito para restablecer su confianza en los valores que fueron quebrantados por aquél⁹⁷.

En segundo lugar, la *prevención general* se entenderá en un sentido *negativo*, cuando la pena se imponga con la finalidad de generar terror o influir a través de una coacción psicológica en la sociedad que ha conocido de la comisión del delito; a partir de la imposición y ejecución de la pena sobre la persona que ha delinquido, se envía el mensaje de advertencia al resto de la sociedad. La pena también puede cumplir esta finalidad incluso desde su prescripción normativa, como consecuencia jurídica asignada al delito por el legislador. En ese caso el mensaje de terror le llega a todos los destinatarios de la norma cuando el legislador la promulga⁹⁸.

⁹⁷ Vid. C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., pág. 11: «[...] el efecto socialmente útil del Derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su *fuertza* para imponerse».

⁹⁸ Cfr. P.A.R. VON FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* [ed. alemana ¹⁴1847, Giessen] (trad. de E. R. ZAFFARONI e I. HAGEMEIERS), Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., pág. 60.

En todo caso, las teorías preventivas buscan evitar la comisión de delitos. La pena no se impone únicamente por la conducta que se ha realizado sino fundamentalmente para que ésta no se vuelva a cometer en el futuro: «*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*» [Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque]⁹⁹. Por eso, esta concepción de la pena es prospectiva.

A las teorías relativas se les formulan esencialmente varias críticas. A la prevención especial se le cuestiona por comportar un atentado contra la dignidad humana, con los siguientes argumentos: cuando se trata de la prevención especial positiva, se pone en entredicho la legitimidad del titular del *ius puniendi* para pretender modificar el carácter de la persona condenada, porque de esa manera estaría desconociendo su autonomía ética como persona, es decir, su particular concepción del mundo; de ahí que la resocialización sea concebida en la actualidad como una *no desocialización* del condenado¹⁰⁰. En cuanto a la prevención especial negativa, se estaría yendo de una manera directa en contra de la indemnidad personal, porque a la persona se le estaría eliminando como tal, bien sea causándole la muerte o excluyéndola totalmente del universo social¹⁰¹.

La prevención general negativa es objeto de críticas por cuanto utiliza al condenado como un medio para enviar un mensaje de terror a la

⁹⁹ Cfr. SÉNECA, Lucio Anneo, *De la cólera* (intr., trad. y notas de E. Otón Sobrino), Madrid, Alianza, 2000, Libro II, párr. XXXI; también, PLATÓN, *Las leyes* t. II (ed. bilingüe; trad., notas y estudio preliminar por J. M. Pabón y M. Fernández-Galiano), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1960, párr. 934 a.

¹⁰⁰ Vid. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 99: «[...] se debe entender en términos garantísticos como no desocialización del reo; esto es, no como la imposición de un determinado esquema de valores sino como la creación de las bases de un desarrollo libre de la personalidad [...]».

¹⁰¹ Vid. *Exposición de Motivos*, LO 05/2010, de junio 22, por la cual se modifica el CPE: «La opción inocuidadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara».

sociedad; es decir, se instrumentaliza a la persona en vez de considerarla como un fin sí misma. La prevención general positiva es considerada como una finalidad con un alto contenido simbólico, ya que sus efectos reales en la sociedad resultan indemostrables, lo cual se presta para ser objeto de manipulación a la hora de justificar cualquier tipo de intervención punitiva. Los rasgos netamente utilitaristas que traen consigo este tipo de concepciones de la pena las vuelven muy útiles, por su capacidad adecuación, cuando se pretende dar una respuesta flexibilizada por medio de la intervención punitiva. Resulta claro que estos criterios entran en un choque frontal con los postulados de las tesis retributivas o absolutas¹⁰². Con todo, nada excluye, como veremos más adelante, que se puedan unir buscando una tercera vía que contenga una modulación de ambas tesis.

1) Relación con el principio de oportunidad

Las teorías relativas de la pena brindan un sustento a la existencia del principio de oportunidad y sirven, a su vez, de referente para la determinación del ejercicio de la discrecionalidad en la aplicación de los criterios de oportunidad. Ello, porque el *principio de necesidad de imposición de la pena* emerge dentro del proceso penal como un faro que sirve de guía para llegar a determinar la conveniencia o no de la aplicación de la pena en un caso en concreto.

¹⁰² Sobre ese particular, las concepciones filosóficas tan diferentes que entrañan las teorías absolutas de la pena –idealismo alemán– frente a las relativas –en la versión utilitarista inglesa–, es muy ilustrativa la anécdota que refiere B. RUSSELL, *Historia de la filosofía* [1945], Madrid, RBA [Gredos], 2009, págs. 828 y 829: «Durante el período que va de Kant a Nietzsche, los filósofos profesionales de Gran Bretaña permanecieron casi en absoluto ajenos a la influencia de sus compañeros alemanes, con la única excepción de sir William Hamilton, que fue poco influyente. Coleridge y Carlyle, es cierto, fueron influidos profundamente por Kant, Fichte y los románticos alemanes, pero no eran filósofos en el sentido técnico. Alguien parece haber mencionado una vez a Kant delante de James Mill, quien, después de una inspección precipitada, observó: «Me doy bastante cuenta de lo que sería el pobre Kant». Pero este grado de reconocimiento es excepcional; en general, hay un silencio completo respecto a los alemanes».

En efecto, de acuerdo al principio de la *teleología de las sanciones penales*, según el cual la pena imponible debe estar llamada a cumplir una finalidad previamente establecida en el programa político criminal estatal, el abanico de posibilidades que otorgan las teorías relativas de la pena, con su acento marcadamente utilitarista, las hace propicias para su operatividad como herramientas flexibles de reacción punitiva¹⁰³. Ello es precisamente lo que se busca a través del principio de oportunidad: establecer referentes válidos que permitan de una manera legítima disponer del ejercicio de la acción o la pretensión penales.

Por esta vía, los operadores jurídicos tienen la posibilidad de considerar *ex ante*, desde la perspectiva de la finalidad de pena imponible –o lo que es lo mismo, de la *necesidad* de pena– la pertinencia o no desarrollar las actividades constitutivas de la persecución punitiva. La selectividad del sistema penal se formaliza a partir de la delimitación del marco necesario de intervención en la criminalización secundaria.

En lo que respecta a la conformidad penal, los diversos sujetos del proceso, con incidencia en la aceptación de responsabilidad, cuentan con unos baremos que pueden orientar materialmente el ámbito de la imputación que pueda resultar válida y necesaria. Con todo, en las teorías preventivas se echa de menos el componente de proporcionalidad –mirado desde la culpabilidad– como fundamento de la pena mínima imponible al sujeto responsable penalmente, que proporcionan las teorías absolutas, como ya quedó dicho en líneas anteriores. Ello se evidencia, sobre todo, en aquellas situaciones donde la víctima reclama la responsabilidad del delincuente como un sujeto moral llamado a enfrentar las consecuencias de

¹⁰³ Una visión crítica sobre la influencia del principio de oportunidad en la concepción de las teorías preventivas la presenta D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., págs. 122 y 123.

los actos que realice como tal. No hay que olvidar que a veces en los procesos de aceptación de la responsabilidad penal, sobre todo en la conformidad negociada, cuando se aplica al estilo norteamericano del *plea bargaining*, se termina por desconocer las reivindicaciones de justicia que hacen la víctimas dentro del proceso, haciendo prevalecer sobre ellas los intereses utilitarios propios de las tesis prevencionistas, con lo cual el principio de oportunidad termina convirtiéndose en un *oportunismo* en desmedro de la víctimas y de la sociedad. Una solución que trate de afinar estas eventuales discordancias podrá encontrarse en las teorías mixtas o de la unión.

C. Teorías mixtas

Fruto del ensamblaje de las dos concepciones anteriormente tratadas surgen las teorías *mixtas de la pena*, también llamadas de la *unión*. Este grupo de teorías tratan de ubicar como fundamento de legitimación del sistema penal tanto el concepto de *sentido* como el de *fin* de la pena. De las teorías absolutas de la pena se toma la culpabilidad como uno de los parámetros de medida de la reacción punitiva en concreto; de las teorías relativas se acogen las finalidades específicas que pueden ser aplicadas a un caso en concreto con criterios de validez y utilidad. De esta manera, se establece un referente que sirve para ponderar la imposición de la pena considerando la culpabilidad del autor, la proporcionalidad y la utilidad de ésta¹⁰⁴. Es la pretensión de concordar las tesis preponderantemente kantianas con las tesis utilitaristas, lo cual, a simple vista, no parece ser una

¹⁰⁴ Vid. S. MIR PUIG «*Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*», cit., pág. 50: «Se llega, así, al modelo de un Derecho penal entendido al servicio de la función de prevención, aunque limitada ésta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad. La fórmula, sintética como la de Estado social y democrático de Derecho y coherente con ésta, pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico-penal, por una parte, y la conveniencia de someter dicha intervención preventiva a ciertos límites, derivados en parte de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad».

tarea fácil de realizar¹⁰⁵. Así pues, se plantea una justificación convincente de la existencia de la pena que tiene en cuenta tanto las valoraciones morales retrospectivas, como las consideraciones referidas a las consecuencias que se buscan prospectivamente. Este planteamiento tiene un elemento deontológico, en cuanto que la persona debe ser tratada y considerada como un actor moral, pero al mismo tiempo habrá de estar orientado de manera cierta a las consecuencias, de modo que pueda renunciarse a la pena si esta resulta inútil, o no lo suficientemente útil, para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos¹⁰⁶.

No obstante, esta concepción no está exenta de críticas. Desde el plano teórico se le critica que trata de conciliar conceptos excluyentes entre sí, cayendo en contradicciones y generando verdaderas antinomias: las *antinomias de los fines de la pena*¹⁰⁷. Para algunos, las distancias existentes entre el sentido retributivo y el fin preventivo evidencian un abismo insalvable; un hibridismo absolutamente contraproducente: la pena se aplica con un *sentido* o buscando una *finalidad*, pero no pretendiendo las dos cosas al mismo tiempo¹⁰⁸.

¹⁰⁵ De ahí que sea considerada la importancia de este tipo de teorías, como lo pone de presente B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2007, pág. 38: «Una teoría de la pena que quiera alcanzar todos los aspectos relevantes se tiene que enfrentar a dos cuestiones: el concepto general o universal de pena, y el fin preventivo-legitimador de la pena».

¹⁰⁶ A. VON HIRSCH, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena», cit., pág. 126.

¹⁰⁷ Cfr. G. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, cit., pág. 36; MIR PUIG «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», cit., pág. 50.

¹⁰⁸ Vid. F. GRISPIGNI, «Los principios fundamentales del nuevo derecho penal alemán», en: F. GRISPIGNI y E. MEZGER, *La reforma penal Nacional-Socialista* [1942, Milano], Buenos Aires, Ediar, 2009 [reimp.], pág. 65: «La verdad –por cierto que poco agradable pero del todo segura– es que la pena en su función esencial no admite condominios, por lo que, o bien se persigue un objetivo o se persigue el otro: perseguir ambos al mismo tiempo y en la misma medida no puede más que llevar a un sistema híbrido y de cualquier modo defectuoso como todos los hibridismos».

En cuanto a su función operativa o aplicación en el mundo práctico, las teorías de la unión son criticadas porque con ellas se puede fundamentar cualquier tipo de reacción punitiva, incluso sobrepasando los ámbitos que pueden resultar válidos dentro del Estado social de Derecho¹⁰⁹. Con esta unión de teorías se estaría creando un cajón de sastre, del cual se pueden tomar las herramientas necesarias para lograr cualquier tipo de finalidad que se pretenda.

Como alternativa a estas críticas se plantea la reconducción de todos los contenidos propios de las teorías absolutas y relativas por el cauce de la *prevención general positiva*. Esta es quizá la solución que ha tenido mayor acogida en la actualidad; y es reivindicada, por tanto, como fundamento de la pena y de la configuración del sistema penal en general, y dentro de éste, el proceso penal¹¹⁰.

1) Relación con el principio de oportunidad

La unión de las teorías absolutas y relativas de la pena aporta elementos de gran valía para el análisis dogmático del principio de oportunidad, lo que se traduce en postulados a tener muy en cuenta en su aplicación práctica. En relación con lo primero, el análisis dogmático se nutre de lo mejor de los mundos de la filosofía: de *concepciones idealistas*

¹⁰⁹ Cfr. E. R. ZAFFARONI; A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Manual de Derecho Penal...*, cit., pág. 56.

¹¹⁰ Cfr. S. MIR PUIG «*Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*», cit., pág. 50; vid. E. DEMETRIO CRESPO, «*Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*», cit., pág. 109: «En el terreno de los fines de la pena, han sido las teorías de la prevención general positiva en sus diferentes variantes las encargadas de intentar lograr la armonía entre los dos polos, en particular, entre las exigencias de la prevención y las derivadas de la culpabilidad»; también, G. PORTILLA CONTRERAS, «*Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*», cit., pág. 49: «Se dibuja así un sistema de conexión entre la teoría del Derecho penal y el proceso penal, en el que la prevención general positiva ocupa lugar clave para la configuración de un proceso que responde a la estructura social».

que aparecen reivindicando al hombre como un ser dotado de razón y libertad; y de *concepciones utilitaristas* que apuntan siempre a la búsqueda de un beneficio en la actividad humana. Para el principio de oportunidad esto se manifiesta en la posibilidad de que el escenario del proceso penal se abra a las posibilidades de humanización y respeto a las garantías, pero también a la búsqueda de una utilidad, que se refleja inmediatamente en las personas que protagonizan el conflicto penal, y mediatamente, en la sociedad. Para el autor y la víctima, el proceso deja de ser concebido como un espacio de violencia y de venganza, y se convierte en un escenario de ética y lealtad procesal. La sociedad en general, por su parte, puede percibir el proceso penal como un mecanismo pedagógico que instruye sobre la responsabilidad colectiva, reivindicando los valores que la unen.

En la aplicación práctica, los postulados provenientes del reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como entidad racional, abren la posibilidad de que el proceso no sea concebido exclusivamente en torno a la figura del procesado, sino que permite se le abra un espacio a la víctima y sus pretensiones. Debe protegerse, por tanto, la dignidad del procesado y de la víctima. Para el procesado surgen barreras que lo protegerán de las actividades procesales mecanizadas y aceleradas, que muchas veces terminan aniquilando garantías como la presunción de inocencia y el derecho de defensa, con el pretexto de una actuación del sistema penal pronta y eficiente. También, para el procesado, se presentan claramente los fundamentos de la pena merecida, en términos de culpabilidad por la conducta realizada. Para la víctima, representa la apertura de un espacio en el cual deja de ser un convidado de piedra que legitima con su presencia la reacción punitiva del Estado frente a su victimario, y se convierte en protagonista de la reacción civilizada frente al delito, de acuerdo a sus pretensiones.

En las hipótesis del principio de oportunidad adquieren importancia los conceptos de *merecimiento* de pena y de *necesidad* de pena, apuntalados por los contenidos de la unión de las teorías absolutas y relativas¹¹¹. De esa manera el operador jurídico estatal dispone del uso de la potestad punitiva sólo en aquellos casos que se amolden a las exigencias de dichos conceptos y, en todo caso, considerando los intereses de la víctima y la influencia de su actuación en términos de prevención general. Por lo demás, cabe agregar lo que ya se manifestó sobre este tema, en punto de las teorías relativas¹¹².

D. Teorías de la reparación a la víctima

Desde finales del siglo XX se ha comenzado a otorgarle una importancia, cada vez más creciente, a la víctima. Ello se ha manifestado en el proceso penal reconociendo su derecho a participar como verdadero actor dentro los diversos procedimientos. Por supuesto, esta postura ha traído una ampliación en los contenidos de la legitimación en la causa que ostenta la víctima: a la reparación concebida en términos netamente económicos –derecho a la indemnización–, se le han agregado la reparación en términos morales, a través del reconocimiento de los derechos a la verdad y la justicia. Desde esta realidad, la dogmática penal y procesal penal han elaborado postulados a partir de los cuales se pueda fundamentar teóricamente estas pretensiones, por mucho tiempo olvidadas en el ejercicio de la intervención punitiva estatal¹¹³.

¹¹¹ Un análisis de la confluencia de estos conceptos en la teoría del delito lo presenta D. M. LUZÓN PEÑA, «*La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*», en: B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y J. M. SILVA SÁNCHEZ [ed. española], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1995, págs. 115-127.

¹¹² *Vid. supra*, Cap. II, II, 1, C, 1).

¹¹³ Al respecto es interesante el trabajo de J. M. TAMARIT SUMALLA, «*¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?*», en: *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 27-45.

Dentro de los fines de la pena, al lado de las tesis netamente punitivistas, se ha ubicado la posibilidad del encuentro reparador entre víctima y victimario¹¹⁴. Algunos lo ubican como otro de los fines de la pena, más cercano a las perspectivas utilitarias, concretamente a la prevención general positiva¹¹⁵. Otros, en cambio, lo ubican como una forma de reacción punitiva que puede desplazar las sanciones tradicionales, presentando una alternativa de fundamentación autónoma para la intervención penal¹¹⁶.

Más allá de la naturaleza que se le asigne, la reparación busca que la víctima obtenga de su agresor un reconocimiento de los hechos cometidos en su contra, del mal causado y una promesa de arrepentimiento: *la restauración de la paz jurídica perturbada con el delito*. En síntesis, se plantea una vía alternativa dentro de la intervención punitiva para acercar más entre sí a los protagonistas del conflicto penal soslayando la violencia estatal¹¹⁷. El proceso penal, por tanto, frente a determinadas hipótesis delictuales, y a los roles asumidos por los sujetos procesales, deberá reconducirse para hacer de él un escenario de diálogo y encuentro¹¹⁸. Esta

¹¹⁴ Cfr. H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de derecho penal: parte general* (trad. M. OLMEDO CARDENETE), Granada, Comares, 2002, págs. 932 y 933.

¹¹⁵ Cfr. C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., págs. 5-15.

¹¹⁶ Cfr. G. STRATENWERTH, *Derecho penal...*, cit., pág. 38. Quizá aquí pueda ubicarse la postura que presenta P. GALAIN PALERMO, *La reparación del daño...* cit., *passim*.

¹¹⁷ Así, M. HERRERA MORENO, «Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor: hacia la paz social por la conciliación», cit., pág. 392; *vid.* G. QUINTERO OLIVARES, «La víctima y el derecho penal», en: *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 22: «[...] es conveniente aclarar que la idea de *utilidad del derecho penal* en nuestro tiempo persigue tan sólo la realización de un programa de convivencia que logre el menor volumen de dolor posible para todos y la recuperación de los equilibrios rotos por las infracciones penales».

¹¹⁸ *Vid.* J. B. J. MAIER, «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?», cit., págs. 14 y 15: «El proceso penal hasta ahora vigente es contradictorio: Ministerio Fiscal e imputado se enfrentan como adversarios. Este proceso contradictorio continuará conservando su importancia en el futuro. Pues siempre que el acusado afirme su inocencia, que discuta determinados puntos de la acusación, o que no muestre interés en la reparación y en el acuerdo de compensación

perspectiva fue planteada por la Asociación Internacional de Derecho Penal en el Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo durante los días 1 a 7 de octubre de 1984¹¹⁹. Ciertamente, ello sólo será posible frente a determinada clase de delitos, pues hay hechos que resultan demasiado graves para pensar en la posibilidad de una reparación.

En todo caso, la reparación sirve para que el autor del delito obtenga rebajas punitivas, en la medida en que de su conducta se puede inferir la voluntad de disminuir las consecuencias del delito, con lo cual se aminoran los criterios preventivos que justifican la necesidad de pena. También, al reconocer su responsabilidad frente a la víctima, el merecimiento de pena disminuye. La víctima, por su parte, obtiene una pronta reparación, tanto material como moral, sin tener que esperar todo el desarrollo del proceso penal.

Claramente se observa que el encuentro reparador entre víctima y victimario comporta una tendencia orientada hacia el acercamiento de las pretensiones penal y civil dentro del proceso penal, lo que de suyo debe generar una nueva concepción de éste¹²⁰, procurando delimitar claramente sus bases políticas, normativas y teóricas, sin desconocer la naturaleza pública del *ius puniendi*¹²¹.

autor-víctima, deben seguir manteniéndose todos sus derechos a un procedimiento contradictorio, y, especialmente, todos sus amplios derechos de defensa. Pero junto al procedimiento contradictorio figurará, cada vez más, una segunda forma procedimental: la consensuada, diseñada para la reparación y el entendimiento». En la misma línea lo plantea C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., pág. 15.

¹¹⁹ Cfr. J. L. DE LA CUESTA (Ed.), *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, Toulouse, Éditions Érès, 2009, págs. 118 a 124.

¹²⁰ Así también, C. ROXIN, «Pena y reparación», cit., pág. 14. En contra de esta tendencia, cfr. M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción civil...*, cit., pág. 188.

¹²¹ Vid. *supra*, Cap. II, I, 1, B, 2).

1) Relación con el principio de oportunidad

La reparación a la víctima, sobre todo desde la perspectiva material, es en sí misma una de las hipótesis que comportan manifestaciones del principio de oportunidad de mayor aplicación en la práctica forense. También, para la aplicación de algunas hipótesis del principio de oportunidad, la reparación de la víctima, material o moralmente, se constituye en un requisito previo al acto de disposición de la acción o pretensión penales.

De hecho, es tanta la influencia que en el campo práctico demuestra la aplicación de la reparación como consecuencia jurídica, que es precisamente desde la valoración de esa realidad que se anuncia una inevitable fusión de las pretensiones punitivas y privadas orientadas a la reparación, lo que conllevará a un nuevo diseño del proceso penal¹²². El concepto de violencia estatal ejercida sobre el procesado, y a veces indirectamente sobre la víctima, abre el camino a una forma de entender la solución de los conflictos diametralmente opuesta. En efecto, el monopolio estatal de la acción penal va cediendo ante la composición que pueden lograr víctima y victimario¹²³. La arquitectura del proceso penal ya está

¹²² Para el caso español resultan interesantes las propuestas de su inclusión en el proceso penal de adultos; al respecto *cfr.* L. F. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007, *passim*; igualmente, R. CASTILLEJO MANZANARES, «El nuevo proceso penal. La mediación», en: *DPP*, n.º 23, 2010, págs. 69-91; también, M. AGUILERA MORALES, «La mediación como “alternativa” al proceso penal de adultos: ¿De la práctica a la ley?», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano t. I*, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 279-293; y, A. GONZÁLEZ NAVARRO, «La mediación penal en España: situación actual y perspectivas de futuro», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano t. I*, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 663-674.

¹²³ *Vid.* C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El impacto de la victimología en el proceso penal: derechos de la víctima y principio de oportunidad», en: *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Madrid, Colex, 1999, pág. 129: «[...] cualquier política criminal que tenga en cuenta las consecuencias positivas de la interacción autor-víctima y de la toma en consideración de la posición de la víctima y opinión de la víctima en el

trazando las líneas que dibujan un proceso menos violento y farragoso, y que se comienza a asentar, sólidamente, en el diálogo racional y realista entre víctima y victimario¹²⁴.

2. La actual paradoja de la intervención penal

Frente a las posturas teóricas que legitiman la intervención punitiva –teorías justificacionistas o fundamentadoras–, existen también puntos de vista que han sido expresados con el objetivo de demostrar tanto la ilegitimidad como la ausencia de necesidad de intervención penal. Estas teorías lo que buscan es desmontar los pilares de la intervención punitiva, para tratar de demostrar que las sociedades pueden prescindir del sistema penal; son, pues, manifestaciones teóricas de corte *abolicionista* y bajo ese nombre son agrupadas¹²⁵.

Con todo, si se analiza con detenimiento, la pretensión de abolir la intervención punitiva que pregonan las tesis abolicionistas concuerda con la aplicación que desde la intervención punitiva se hace del principio de oportunidad. Si consideramos que este principio lo que busca es reducir los márgenes de la intervención punitiva a través de la utilización de mecanismos procesales, que en consecuencia operan en la criminalización secundaria, hallamos un punto de encuentro con lo que propugnan las tesis

tratamiento penal del autor, sólo puede llevarse a cabo prescindiendo de los límites estrictos de la legalidad y acudiendo al uso de la oportunidad». En el mismo sentido, *vid.* R. CASTILLEJO MANZANARES, «*El nuevo proceso penal. La mediación*», cit., pág. 79: «La justicia restitutiva se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional».

¹²⁴ En contra de la participación directa de la víctima como sujeto dentro del proceso penal, *cfr.* D. BAZZANI MONTROYA, «*Comentario a la ponencia “Intervención del Ministerio Público en el sistema acusatorio” de Edgardo José Maya Villazón*», en: J. BERNAL CUÉLLAR (Coord.), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnósticos y soluciones*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, pág. 151.

¹²⁵ *Cfr.* R. DE FOLTER, «*Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*», en: *Abolicionismo penal* (trad. de M. A. Ciafardini y M. L. Bondanza), Buenos Aires, Ediar, 1989, págs. 57-85.

abolicionistas: reducir o eliminar la intervención punitiva. La diferencia estriba en que las tesis abolicionistas lo plantean desde el cuestionamiento a la criminalización primaria, buscando –en términos generales– la eliminación del sistema penal.

De este punto de unión surge la paradoja que pocos se atreven a denunciar: quienes tienen la potestad de diseñar los sistemas penales contemporáneos pergeñan una intervención punitiva abiertamente expansiva, cuando crean las normas que componen la criminalización primaria o ámbito estático del sistema. Pero, por otra parte, la criminalización secundaria –o fase dinámica del sistema penal, a través de la cual se aplican las normas que contienen las prohibiciones o mandatos– cada vez se contrae más, buscando evadir el compromiso que se pregona públicamente con la criminalización primaria, en la cual se suele anunciar cada vez con mayor frecuencia una respuesta punitiva severa. Pareciera pues que el legislador penal se sustrae a cumplir en el plano operativo lo que él mismo reclama en el plano teórico¹²⁶.

Mientras que el proceso penal avanza a partir del plano práctico configurándose como un espacio de civilidad a través del estímulo para el acercamiento dialógico entre victimario y víctima, desde el plano sustantivo el legislador se obstina en la criminalización motorizada prometiendo reacciones cada vez más violentas de la intervención punitiva. En conclusión, en tanto que el proceso se va convirtiendo en un escenario de *razón*, el legislador va convirtiendo la criminalización en una verdadera *pasión*.

¹²⁶ Vid. W. HASSEMER, «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», en: *JPD*, n.º 4, 1988, pág. 10: «Sería una burla al sistema, en lo teórico, y políticamente una defraudación de la colectividad, promulgar públicamente en las leyes penales incriminaciones (de bagatelas, por ejemplo) para excluirlas clandestinamente a través del proceso penal». Asimismo, S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., 2004, pág. 122 y 191.

3. Fines de la pena como prescripción normativa

Luego de hacer la descripción y el análisis de las teorías de la pena, es importante considerar cómo éstas son asumidas por los ordenamientos español y colombiano. Vamos a ver de *lege data* los fines que se le asignan a la pena. Para dichos efectos, conviene establecer el significado de un par de conceptos, con miras a establecer un lenguaje operativo común.

La posibilidad de que una institución cumpla finalidades diferentes a las que oficialmente se le han asignado, es una cuestión admitida y reiterada en estudios sociológicos¹²⁷. Así pues, que las leyes digan o declaren que regulan con un objetivo y en la realidad tengan otro resultado es bastante común¹²⁸, por eso, la sociología ha establecido la diferencia entre «*fines*» y «*funciones*», significando con el primer término, la pretensión sustentada en el discurso basilar de una institución; mientras que con el segundo se busca indicar lo que en el plano de la realidad se logra. En síntesis, cuando se habla de *fines* la alusión es en el plano *prescriptivo* o del *deber ser*, y cuando se habla de *funciones*, la mención se hace en el plano *descriptivo* o del *ser*. La importancia de esta aclaración conceptual radica en que muchas veces, en los textos legales y la jurisprudencia, ambos términos se utilizan como sinónimos, y lo cierto es que cada uno tiene su significado, como ya se anotó.

A. En el ordenamiento español

En el ordenamiento jurídico español el fin que se le asigna a la pena aparece determinado en sede de la CE, concretamente en su art. 25.2, donde expresamente se establece que las penas privativas de la libertad se

¹²⁷ Cfr. E. SANDOVAL HUERTAS, *Penología: partes general y especial*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, pág. 420

¹²⁸ ASÍ, E. R. ZAFFARONI; A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Manual de derecho penal...*, cit., pág. 30

orientarán a la *reeducación y reinserción social*. Esta referencia demuestra, en principio, el acogimiento de una teoría de la pena marcadamente prevencionista. Con todo, la interpretación que al respecto ha elaborado el Tribunal Constitucional y el desarrollo de la legislación penal, demuestran que realmente el ordenamiento penal español está permeado por las concepciones mixtas de la pena.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la CE no «erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituyen, asimismo, una finalidad legítima de la pena [...] en primer momento el art. 25.2 no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre las posibles –prevención general; prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal»¹²⁹.

Las recientes reformas penales vienen demostrando que el sistema penal español está siendo configurado con una orientación ecléctica de la pena. La prevención general negativa se observa en el endurecimiento de las penas¹³⁰. En la individualización de la pena se vienen considerando aspectos retributivos y preventivo especiales: penas severas que buscan

¹²⁹ Así, STC 150/1991, de 4 de julio; en idéntico sentido, *cfr.* STC 55/1996, de 28 de marzo; *vid.* STC 8/2001, de 15 de enero: «[...] tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado». También, *vid.* STS, de 16 de marzo: «Sin embargo, la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como la retribución o especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial».

¹³⁰ *Vid.* Exposición de Motivos de la LO 7/2003: «[...] la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad [...] La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves».

materializar un sentido de justicia y aplicadas con una finalidad resocializadora.

Con todo, cabe indicar que en el ordenamiento penal español, por razones de utilidad –idóneas para la aplicación del principio de oportunidad–, viene teniendo cabida cada vez más el enfoque prevencionista¹³¹.

B. En el ordenamiento colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano los fines que se le asignan a la pena no aparecen expresamente consignados en la Constitución Política. La pena se inscribe dentro del grupo de teorías mixtas o de la unión; en efecto, el art. 4 del CP señala de manera directa que la pena cumplirá las «*funciones*» de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

El legislador le asigna a la pena los cometidos propios de la retribución y la prevención, indicando que en determinados momentos o fases de la intervención punitiva la pena cumplirá una finalidad particular. Así, en el momento de la criminalización primaria, cuando se crea la norma y se realiza la conminación, el legislador le asigna a la pena una finalidad de índole preventivo general negativo. Al momento de la aplicación, al parecer, se decanta por fines preventivo generales; e indudablemente le asigna a la ejecución de la pena una finalidad resocializadora¹³², además de un sentido retributivo. Lo anterior puede concluirse al tenor de la lectura del

¹³¹ Cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 315.

¹³² Cfr. CP art. 3 inc. 2; téngase en cuenta, además, que el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65/1993, dispone en su art. 9 que «la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización [...]».

CP art. 3, donde se establecen como principios rectores de la imposición de las sanciones penales los de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*.

Estas finalidades que prescribe la legislación penal vigente, creada en el año 2000¹³³, encuentran su fundamentación, indudablemente, en una sentencia de la Corte Constitucional proferida en 1993. Este es quizá el pronunciamiento jurisprudencial que mayor influencia ha tenido en los últimos años en esta materia, no estando por ello exento de críticas, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto en que se produjo y las consecuencias que de él se derivaron.

Dicha sentencia le otorga una prevalencia al sentido retributivo y a la finalidad de prevención general negativa como bases de una lucha eficaz contra los delitos más graves¹³⁴. De esta guisa, la Corte Constitucional avaló la posibilidad de decretar penas de prisión de hasta sesenta años de duración, lo cual implica, indirectamente, la imposición de una cadena perpetua. Debe concluirse que con este tipo de concepciones, como las que se evidencian en este fallo, se cierran los caminos para la utilización de mecanismos que flexibilicen la respuesta punitiva por medio del proceso penal, restringiendo la operatividad del principio de oportunidad. Para evitar dichos inconvenientes, puede deducirse que el sentido retributivo

¹³³ Cfr. CP, Ley 599/2000.

¹³⁴ Vid. SCC/C n.º 565 de 1993, M.P.: H. HERRERA VERGARA: «[...] un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dados unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de la función de prevención especial. La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables».

prevalece cuando se trata de delitos que comportan una fuerte lesión a los bienes jurídicos; y en sentido contrario, en materia de delitos de menor trascendencia debe dársele primacía a la finalidad de prevención general.

4. Uso y abuso de la pena de prisión

Si durante el siglo XVII se reivindicó la pena de prisión como una forma de dulcificar las penas, logrando que esta se convirtiera en la pena por excelencia, lo cierto es que en la actualidad se viene haciendo un uso abusivo de la misma. Este uso desmedido de la pena prisión parece estar orientado al logro de dos fines: en primer lugar, se trata de enviar un mensaje a la sociedad indicando que el Estado tiene la capacidad de brindar una respuesta punitiva contundente contra las denominadas formas *más graves de criminalidad*. No en vano las recientes reformas penales en España y Colombia tienen un marcado acento punitivo, acudiendo cada vez más a la pena de prisión y posibilitando la imposición de ésta hasta unos límites máximos bastante cuestionables, si se toman como referentes de análisis los principios del Estado social de Derecho¹³⁵. Piénsese que en España la pena máxima de prisión puede llegar hasta los cuarenta años y en el caso colombiano este límite se extiende hasta los sesenta años. En segundo lugar, al parecer con unos móviles bastante utilitaristas, se pretende estimular el sometimiento a la conformidad penal bajo la amenaza de la imposición de una pena de prisión de elevada duración, en caso de que el procesado sea vencido en juicio. Indudablemente, esta estrategia viene delineada por el sistema anglosajón donde este abuso de la prisión ha

¹³⁵ *Vid.* Exposición de Motivos de la LO 7/2003: «La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas. Sin embargo [...]»; *cfr.* además LO 7/2003, modificatoria del CPE, y Ley 890/2004, modificatoria del CP.

mostrado con creces sus rendimientos¹³⁶. En el caso colombiano, el aumento punitivo que trajo consigo la Ley 890/2004 se fundamentó expresamente en esa intención¹³⁷. De esta manera se desdibujan los postulados que sirven de base a la intervención punitiva; el legislador cada vez transita más por las sendas del utilitarismo personalista y colectivista, en desmedro de la coherencia teórica y práctica hacia la cual se debe orientar el sistema penal.

III. LAS PENAS ACCESORIAS

1. Concepto de penas principales y accesorias

Tanto en el ordenamiento español como en el colombiano, las consecuencias jurídicas de orden punitivo pueden clasificarse en principales y accesorias o restrictivas de otros derechos.

En el ordenamiento español las penas son principales o accesorias. Pueden consistir en la privación de la libertad, en el pago de una multa o en la restricción de otros derechos. Las penas privativas de la libertad son la prisión¹³⁸, la localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por el no pago de la multa asignada.

¹³⁶ Cfr. A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia* (trad. de V. Días Perilla), Bogotá, Legis, 2006, págs. 57 y 58; también, L. BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», cit., pág. 41.

¹³⁷ Vid. Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal]: Textualmente dijo el entonces Fiscal General de la Nación, promotor de la reforma: «Atendiendo (sic) los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años».

¹³⁸ Que puede llegar a una duración máxima de 40 años en casos de concurso de delitos; cfr. CPE arts. 36 y 76.1.

En el caso colombiano las penas pueden ser en principales, sustitutivas y accesorias. Las penas principales son aquellas que aparecen asignadas como consecuencia jurídica específica a cada uno de los tipos penales consignados en la Parte especial del Código Penal. Las penas principales pueden ser la prisión¹³⁹; la multa, acompañante de la prisión o establecida como consecuencia única para el tipo penal –multa progresiva¹⁴⁰; y las privativas de otros derechos cuando aparezcan expresamente prescritas como consecuencia jurídica derivada de la realización del tipo penal en concreto¹⁴¹.

Las penas sustitutivas son aquellas que sustituyen o reemplazan la ejecución de una pena que haya sido impuesta como principal¹⁴²; ello ocurre en la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y en el arresto de fin de semana como sustitutivo de la ejecución de la pena de multa progresiva cuando ésta no se paga efectivamente, siendo en realidad el arresto una verdadera pena de prisión.

A. Las penas accesorias en el ordenamiento español

Las penas accesorias son aquellas que comportan una restricción de derechos diferentes a la libertad de locomoción individual. Estas penas se imponen en diversos eventos, así:

En primer lugar, las penas de inhabilitación se entienden como accesorias cuando no aparezcan establecidas de una manera particular en los tipos penales de la Parte especial del Código Penal, pero la misma ley

¹³⁹ La duración máxima de la pena de prisión puede ser de 50 años; sin embargo, en el caso de concurso de delitos la pena de prisión puede llegar hasta los 60 años. Al respecto, *cfr.* CP arts. 37.1 y 31 inc. 2.

¹⁴⁰ *Cfr.* CP arts. 39 a 42.

¹⁴¹ *Cfr.* CP art. 35.

¹⁴² *Cfr.* CP art. 36.

penal establezca que otras penas las llevan aparejadas.¹⁴³ En la pena de prisión superior a diez años, opera *ipso facto* la inhabilitación absoluta¹⁴⁴. En segundo lugar, cuando se imponga pena de prisión que no supere los diez años, también se podrá agregar como pena accesoria la suspensión del empleo o cargo público; la inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo; y la inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión, oficio u otro derecho¹⁴⁵. En tercer lugar, atendiendo a la lista de delitos contenida en el art. 57 del CPE, se podrán imponer como penas accesorias las previstas en el art. 48 CPE de conformidad con la gravedad del delito o al peligro que el delincuente represente.

En cualquier caso la imposición de la consecuencia accesoria está encaminada por una finalidad preventiva, porque la ley le ordena al Juez determinar la necesidad de la pena accesoria a partir de establecer la relación que esta pueda tener con el delito cometido¹⁴⁶.

1) Clases

El art. 39 CPE prescribe que son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación absoluta.
2. Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en el CPE, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
3. La suspensión de empleo o cargo público.
4. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

¹⁴³ Cfr. CPE art. 54.

¹⁴⁴ Cfr. CPE art. 55, modificado por la LO 05/2010, de junio 22, apartado 15°.

¹⁴⁵ Cfr. CPE art. 56.

¹⁴⁶ Cfr. CPE arts. 56.3, modificado por la LO 05/2010, de junio 22, apartado 16°; y 57.1.

5. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
6. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
7. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
8. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
9. Los trabajos en beneficio de la comunidad.
10. La privación de la patria potestad¹⁴⁷.

Según el art. 56 CPE pueden ser:

1. Suspensión del empleo o cargo público.
2. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.
3. Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, y la privación de la patria potestad¹⁴⁸.

Y a partir de lo previsto por el art. 48 CPE éstas serían:

1. La prohibición de residir o acudir a determinados lugares¹⁴⁹.
2. La prohibición de acercarse a la víctima o a los familiares de esta u otras personas que determine el sentenciador.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima o con los familiares u otras personas que determine el sentenciador.

2) Fines

Las penas accesorias se orientan a una finalidad claramente preventiva. Ello parece emerger de manera palmaria del contenido de los

¹⁴⁷ *Cfr.* LO 05/2010, de junio 22, por la cual se modifica el CPE, apartado 8°.

¹⁴⁸ Modificado por la LO 05/2010, de junio 22, apartado 16°.

¹⁴⁹ *Cfr.* LO 05/2010, de junio 22, por la cual se modifica el CPE, apartado 10°.

arts. 40 al 47, 48, 56.3 y 57.1 del CPE. En efecto, cuando el art. 56.3 hace alusión a la necesidad de imponer la pena de prohibición del ejercicio de ciertos cargos públicos, empleos y profesiones, por su relación directa con el delito cometido, lo que pretende es evitar la realización de la misma conducta por parte del condenado. Lo mismo ocurre en el art. 57.1 cuando se refiere al peligro que puede representar el delincuente. Con todo, también aparece una clara mención a la *gravedad del hecho*, lo que permite concluir que el sentido de las penas accesorias es también la retribución en las hipótesis del art. 57 CPE.

En todo caso, se presenta un marcado énfasis en el carácter preventivo de las penas accesorias, lo que abre las puertas a una discrecionalidad judicial absolutamente compatible con la aplicación del principio de oportunidad. En especial, ello posibilita el acercamiento de los sujetos en el desarrollo de hipótesis como la mediación o la conformidad negociada, debiéndose respetar en cualquier caso aquél mínimo de pena que tenga asiento en el merecimiento de pena como retribución.

B. Las penas accesorias en el ordenamiento colombiano

Se entiende que son penas accesorias aquellas que sean restrictivas de otros derechos y que no hayan sido asignadas de manera específica como consecuencia jurídica para un tipo penal, pero que el Juez estime conveniente aplicar con la finalidad prevenir la comisión de conductas delictivas similares a aquella que es objeto de juzgamiento. En todo caso el Juez deberá motivar su decisión, obviamente, en términos preventivos, tanto generales como especiales¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cfr. CP art. 52.

1) Clases

Según lo dispuesto por el CP en su art. 43, las penas privativas de otros derechos son:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
2. La pérdida del empleo o cargo público.
3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

En armonía con las anteriores, el Código de Minas, Ley 685/2001, establece como pena accesoria, en su art. 163, la inhabilidad para obtener concesiones mineras.

2) Fines

Como se desprende del art. 52 del CP, las penas accesorias se imponen bajo potestad judicial que debe estar motivada. En este evento se le otorga al Juez penal un margen de discrecionalidad con el cual puede buscar un efecto preventivo de manera específica frente al caso en concreto. El juzgador puede seleccionar dentro del amplio catálogo de penas restrictivas de otros derechos aquellas que puedan desempeñar mejor un efecto preventivo.

Vistas así las cosas se aprecia una total compatibilidad con el principio de oportunidad, ya que es el Juez quien estima la necesidad de la imposición de una pena en el caso concreto; pero ello también se extiende a los demás sujetos participantes en la actuación, porque tanto el titular de la acción penal, como la víctima y el procesado, pueden manifestar sus puntos de vista acerca de la conveniencia de la imposición de la sanción. El ámbito de la respuesta punitiva se expande, flexibilizando, por tanto, la concreción de la pretensión punitiva.

La única excepción se presenta con la imposición de la pena de *inhabilitación de derechos y funciones públicas*, la cual procede *ipso facto* cuando se imponga como pena principal la de prisión, y por un término igual al que dure ésta. El único margen de discrecionalidad que se le otorga al Juez en este caso es el de decidir si la impone hasta en una tercera parte más que la pena principal¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr. CP art. 52 inc. 3.

CAPÍTULO TERCERO

EL MINISTERIO FISCAL

CAPÍTULO III

EL MINISTERIO FISCAL

I. UBICACIÓN INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal (MF), como sujeto procesal, debe tener delimitadas sus funciones de cara al logro de las finalidades que persigue el sistema penal; y estas finalidades no pueden ser otras que los fines que se le asignan a la pena. En consecuencia, tanto su ubicación institucional, como su estructura y funcionamiento, deben configurarse desde esta perspectiva.

Si los ordenamientos jurídicos de España y Colombia asumen que la pena debe orientarse al logro de finalidades preventivas, pero sin dejar de lado cierto sentido retributivo¹, es claro que la intervención del MF dentro del proceso penal deberá estar concebida hacia esos objetivos. Por tanto, en armonía con el sentido retributivo que se le asigna a la pena, el MF tendrá la obligación legal de participar durante la etapa de la instrucción recabando elementos de conocimiento para establecer si se verifican los dos extremos que constituyen el objeto principal del proceso penal. Con todo, cuando en la instrucción se alcancen los elementos mínimos exigidos para presentar una acusación, el MF debe tener la potestad para decidir frente a qué casos en concreto deberá ejercitar la acción penal, teniendo en cuenta, para ese momento, las finalidades preventivas que se le asignan a la pena.

¹ *Vid. supra*, Cap. II, II, 3.

Dentro de la arquitectura del proceso penal, la ubicación institucional del MF es un asunto de especial trascendencia porque en ello se soporta el desarrollo del proceso y, por ende, los fines que persigue el sistema penal a través de la reacción punitiva. La búsqueda de la verdad material y el principio de legalidad en materia procesal obligan a una actividad imparcial de este órgano². El problema de fondo consiste en resolver cómo lograr esa imparcialidad: si se ubica en el poder ejecutivo, ciertamente resultará permeado con la parcialidad que este poder debe tener, naturalmente, como ente que toma decisiones potestativas en la administración del Estado. Si se ubica dentro del poder judicial, podría terminar asumiendo funciones de *autoridad* que son propias del Juez, las cuales, sumadas a la *potestad* para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, confluirían en la creación de un ente todopoderoso, y por demás muy cercano a la arbitrariedad, dentro de la estructura del Estado³.

Parte de la solución para este dilema aparece cuando se deja claro que la función del MF únicamente puede ser la de un sujeto requirente de la jurisdicción, a través del ejercicio de la acción penal. Ello lleva a establecer que el MF no puede tener ningún tipo de facultad de carácter jurisdiccional. Es decir, éste no puede tomar decisiones de manera autónoma sobre el objeto del proceso penal, o la restricción de derechos fundamentales. En cualquier caso esas decisiones, desde las etapas pre-procesales, deben correr a cargo de un Juez.

² Por ello, compartimos la apreciación de quienes reivindican la importancia de la instrucción; así, por ejemplo, *vid.* [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno de S.M. el Fiscal del Tribunal Supremo el 15 de setiembre de 1883*, Madrid, Imprenta y fundición de Tello, 1883, pág. 13: «La función más delicada de la administración de justicia es tal vez la que se ejerce en la instrucción del sumario».

³ Un análisis sociológico sobre el papel de los jueces y fiscales lo expone R. BERGALLI, «Jurisdicción y administración de justicia: jueces y fiscales en la sociedad compleja», en: ID. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 315-349, *passim*.

1. En el ordenamiento jurídico español

No obstante que en España la LECrim de 1882 desde su redacción original concebía la presencia del MF dentro del proceso penal, su ubicación institucional al día de hoy no es un asunto pacífico. La CE de 1978 al referirse al MF en el art. 124 lo ubica dentro del Título VI dedicado al Poder Judicial. Esta ubicación normativa, netamente formal, es corroborada materialmente por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) –Ley 50/1981, de 30 de diciembre–, en su art. 2.1 cuando dispone que el «*Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial [...]*».

En cualquier ordenamiento jurídico donde el MF esté llamado a cumplir funciones requirentes dentro del proceso penal, ejerciendo la acción penal, la ubicación institucional de éste será un asunto que genere muchos debates. Y ello porque se estaría desnaturalizando la entidad de los órganos del poder judicial, que son aquellos encargados de administrar justicia; administrar justicia no es otra cosa que decidir de fondo sobre la pretensión discutida dentro del proceso, con autoridad que hace tránsito hacia la cosa juzgada. Por tanto, no resulta conveniente equiparar un órgano cuya función consiste en acudir a la jurisdicción presentando una pretensión para que sobre ella se administre justicia, con el administrador de justicia en sí. Una cosa es buscar que el MF realice sus funciones con independencia e imparcialidad –asunto por demás loable– y otra muy distinta es que se asuma que esas características lo identifiquen plenamente con un órgano judicial; la esencia, pues, no puede ser equiparada con el accidente⁴.

⁴ Con vehemencia se manifiesta al respecto, J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2008, pág. 136: «Decir que el fiscal se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial no es una mera frase carente de concreción, tanto política como jurídica, es una clara falsedad ideológica».

Ahora, en cuanto a la independencia que pueda tener el MF con respecto al poder ejecutivo, no deja de ser discutible que sea el Jefe de Gobierno quien proponga ante el Jefe del Estado el nombre del candidato para asumir el cargo de Fiscal General del Estado⁵. Si bien es cierto que se escucha a los otros poderes públicos, la elección viene determinada por el candidato que presenta el gobierno. Tampoco dice mucho a favor de la independencia del MF, el hecho de que el Fiscal General del Estado pueda ser cesado en sus funciones cuando ya no esté en el poder el gobierno que lo hubiese propuesto⁶. En ese sentido, sería conveniente invertir el orden del proceso de elección del Fiscal General del Estado, de tal manera que sea el Consejo General del Poder Judicial quien postule al candidato; en todo caso el periodo de ejercicio de funciones del Fiscal General del Estado debería ser fijo y no estar sometido a la permanencia de quien lo nombra.

Dentro del proceso penal, la actividad del MF no deja de levantar sospechas, habida cuenta su posible falta de independencia en relación con el poder ejecutivo⁷. Tampoco es un buen indicativo de independencia el hecho de que el Fiscal General del Estado pueda ser requerido por el Gobierno para conocer de algunos de los asuntos en los que el MF interviene.

Pero más allá de esto, lo que realmente provoca grandes debates es la actuación que debe desarrollar el MF dentro del proceso penal. Muchas veces el aspecto operativo de su actividad dentro del proceso penal no es analizado desde una perspectiva material, sino que simplemente es

⁵ Cfr. EOMF, art. 29.

⁶ Cfr. EOMF, art. 31.e).

⁷ Vid. L. M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar...*, cit., pág. 25: «Existen bien fundadas sospechas, en efecto, para creer que la combinación de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo representa un serio obstáculo para una persecución mínimamente eficiente y justa de los supuestos de criminalidad gubernativa».

descalificado por su cercanía con el poder ejecutivo; o ensalzado, por su ubicación formal, dentro del poder judicial.

Es importante destacar que el Fiscal General del Estado no está facultado para presentar iniciativas legislativas de manera autónoma; tiene el deber de enviarle al gobierno una memoria anual sobre la actividad desarrollada, *la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia*⁸. Ello indica que se respeta la competencia de los poderes ejecutivo y legislativo en el diseño de la política general del Estado y de la penal en particular.

A pesar de que el MF está ubicado dentro del Poder Judicial y se exige en el art. 124.2 CE que su actuación esté sujeta a la legalidad e imparcialidad, quienes actúen en su representación no son susceptibles de ser recusados⁹. En su defecto, podrán ser relevados de sus funciones por disposición de su superior jerárquico, cuando alguna de las partes, fundadamente, así lo solicite¹⁰.

A. La identidad del Ministerio Fiscal

El MF español es un órgano que está llamado a cumplir una pluralidad de funciones dentro de los diversos órdenes jurisdiccionales. Ello indica que el MF no actúa con una identidad definida. Aunque el MF tenga una sola estructura orgánica, y esté dirigido por el Fiscal General del Estado, la pluralidad de funciones que debe cumplir dentro de los diversos órdenes jurisdiccionales hacen que esta institución asuma una pluralidad de roles que van determinando la adquisición de múltiples identidades. No es lo mismo hablar de un MF que actúe como defensor de la legalidad dentro

⁸ Cfr. EOMF art. 9.1.

⁹ Cfr. LECrim art. 96 y EOMF art. 28.

¹⁰ Cfr. EOMF art. 28.

de una causa civil, que un MF que actúe como acusador dentro de un proceso penal. En ambos casos, evidentemente, tiene que actuar con apego y respeto a la ley, como es lo propio en un Estado social de Derecho; pero el contenido de la pretensión y las particularidades de cada proceso hacen que el MF asuma roles diferentes y, por tanto, consolide un perfil o identidad dentro del respectivo tipo de proceso¹¹.

Las críticas que se le formulan al MF en cuanto a su ubicación institucional y su eventual falta de imparcialidad a favor del ejecutivo, provienen fundamentalmente de una visión que enfoca al MF exclusivamente a partir de la actuación que desempeña en el proceso penal. Es decir, las críticas que se hacen al MF surgen de considerar tan sólo una perspectiva parcial dentro de todo el ámbito de su actuación. Un primer punto a dilucidar, entonces, en el análisis del MF, consiste en establecer a cuál de los roles del MF se está haciendo referencia. Esto es importante, porque las críticas que le pueden caber al MF en su actuación como parte en el proceso penal pueden no ser válidas considerando sus actuaciones ante otros órdenes jurisdiccionales. En el fondo, la mayoría de análisis que se hacen sobre el MF caen en esta confusión de identidades y, por tanto, terminan equiparando conceptos diferentes.

De ahí la necesidad de deslindar el estudio del proceso penal del proceso civil, y de construir todas las categorías del proceso penal a partir de los fines que se le asignen a la pena. Desde esta óptica, de los fines que persiga la política criminal de reacción a través de la intervención punitiva y, en concreto, de los fines que se le asignan a la pena, la delimitación de la

¹¹ Sobre ello, *cfr.* J. M. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, «*La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*», en: *La Ley (d)*, n.º 7122, 25 de febrero de 2009, págs. 1-7; también, I. DE RAMÓN FORÉS, «*La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal*», en: *La Ley (d)*, n.º 7433, 28 de junio de 2010, págs. 9-16.

identidad de todos aquellos que actúan en el proceso penal evitará caer en confusiones conceptuales.

No puede entenderse, por tanto, la defensa de la legalidad de la misma manera en el ordenamiento penal que en el civil porque, como ya se anotó¹², la naturaleza de las normas es absolutamente diferente: mientras que las normas de derecho privado tienen un carácter preponderantemente privado, las normas penales, en todo caso, son normas de orden público. No sólo el supuesto de hecho sino, sobre todo, la naturaleza de las consecuencias jurídicas y los fines que con estas se persigan, deben ser consideradas fundamentalmente en la estructuración del correspondiente ordenamiento procesal.

Así pues, en la discusión sobre la ubicación institucional del MF en España, el primer factor a tener en cuenta es la multiplicidad de roles que puede tener este órgano. En otros ordenamientos jurídicos, en el derecho comparado, cuando se habla de MF o Fiscalía, se está haciendo referencia a aquella institución que se encarga de adelantar la persecución punitiva a nombre del Estado. Eventualmente existen en esos ordenamientos otros órganos encargados de garantizar la legalidad, el respeto al debido proceso, o el acceso en igualdad de condiciones a la administración de justicia, pero estas funciones son atribuidas a instituciones que tienen una identidad configurada a partir de esos fines específicos.

2. En el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia la figura del actual MF es relativamente reciente. Fue creada por medio de la CPCol de 1991, donde se pretendió la instauración de un sistema de procesamiento penal de tipo acusatorio. Bajo la influencia

¹² *Vid. supra*, Cap. II, I, 1, A.

de los Estados Unidos de América, se estableció un modelo de Fiscalía con el objetivo de afrontar una lucha sin cuartel contra la criminalidad. Dicho modelo reemplazó la estructura del Juez de Instrucción, quien hasta entonces era el encargado de adelantar la investigación y el ejercicio de la acción penal.

La Fiscalía General de la Nación (FGN) fue ubicada dentro de la Rama Judicial del poder público y dotada de la autoridad para administrar justicia; así lo disponía el art. 116 de la CPCol en su redacción original, en armonía con el art. 250 del mismo cuerpo normativo¹³. En efecto, la FGN no sólo ejercía función requirente de la jurisdicción, al ostentar de manera exclusiva el ejercicio de la acción penal, sino que además tenía atribuida claras funciones jurisdiccionales, como las de decidir durante la instrucción, de manera autónoma, la imposición de medidas cautelares de carácter personal o real. Evidentemente, se trataba de una institución con una clara vocación inquisitiva, toda vez que la estructura procesal pergeñada por el legislador la encaminaba hacia esos pasos¹⁴.

¹³ Un miembro de la Asamblea Nacional constituyente –destacado procesalista, además–, se refiere así a ello, *vid.* H. LONDOÑO JIMÉNEZ, *La Fiscalía General...*, cit., pág. 13: «Como no podía ser menos, la Fiscalía General de la Nación fue concebida como integrada a la rama jurisdiccional del poder público, esto es, con absoluta independencia de los demás poderes del Estado, aunque el Ejecutivo de la época libró intensa batalla para que fuera un apéndice suyo».

¹⁴ Con un acento marcadamente crítico frente a esta configuración del MF, *vid.* Á. VARGAS, *La Fiscalía General de la Nación desde el «Sueño de la mariposa»*, cit., pág. 14: «No contento, en verdad, con anexar la fiscalía a la rama judicial del poder público, aquel misceláneo grupo de constituyentes concibió también la idea –¡esa sí, por lo impensable, enteramente original!– de otorgarle al nuevo ente el carácter de órgano de la jurisdicción». Con una crítica al desarrollo del modelo se expresa H. LONDOÑO JIMÉNEZ, *La Fiscalía General...*, cit., págs. 14 y 15: «Ahí estaban consagradas las bases y los principios fundamentales para introducir en Colombia un sistema acusatorio plenamente ajustado a nuestra idiosincrasia y con el respeto debido a nuestra respetable tradición jurídica [...] lo que vino luego fue la implantación de todo lo contrario, la de un crudo y autoritario sistema inquisitivo que nos ha deshonrado ante la historia y en la comunidad jurídica internacional».

Con todo, con la pretensión de establecer un modelo de procesamiento penal de índole acusatoria, la CPCol fue reformada en el año 2003 mediante el Acto Legislativo 02/2003, de 23 de diciembre. Mediante este Acto Legislativo se modificaron las funciones de la FGN, pero no su ubicación institucional, permaneciendo, por tanto, dentro del poder judicial, como un órgano que «*administra justicia*», según lo dispuesto por la CPCol en su art. 116.

Además, posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 1285/2009, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual en su art. 5 establece que la FGN pertenece a la «*Rama Judicial del Poder Público*», y en su art. 4 le otorga funciones jurisdiccionales. Esta ley, por tener naturaleza de Ley Estatutaria, debió ser objeto del control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Este tribunal, por medio de la SCC/C n.º 713 de 2008¹⁵ consideró que la FGN, en efecto, pertenece a la rama judicial del poder público, lo que apareja importantes consecuencias, como el reconocimiento de la calidad de funcionarios judiciales de los fiscales y la sujeción a los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones judiciales, que les han sido asignadas de manera excepcional. Con esto de la excepcionalidad, se estaba haciendo referencia a la potestad que asignó la CPCol –por medio de su art. 250– a la FGN para realizar capturas, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y en general aquel tipo de actuaciones dentro de la etapa investigativa que por su naturaleza involucran la restricción de derechos fundamentales, aclarando que esos

¹⁵ Cfr. SCC/C n.º 713 de 2008, M.P.: C.I. VARGAS HERNÁNDEZ, contentiva de la revisión previa del proyecto de Ley Estatutaria n.º 023/06 Senado y n.º 286/07 Cámara «*Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*».

procedimientos deberán estar sometidos al control posterior de un Juez de garantías¹⁶.

Una consecuencia de considerar a los miembros del MF como funcionarios judiciales es la posibilidad de su recusación. En efecto, el Código de Procedimiento Penal colombiano (CPP), Ley 906/2004, establece de manera taxativa en su art. 56 las causales de recusación aplicables a los jueces; estas mismas se hacen extensivas a los miembros del MF y del Ministerio Público en virtud de lo dispuesto por el art. 63. Es claro que a los miembros del MF estas causales se les aplican por ser considerados funcionarios judiciales.

En síntesis, la FGN aparece ubicada institucionalmente dentro del poder judicial, con autonomía administrativa y presupuestal¹⁷. Además, tiene potestad para dictar la ejecución de medidas restrictivas de derechos fundamentales, que deben ser sometidas al control posterior del Juez de garantías. Con todo, la Fiscalía es despojada de la potestad de tomar decisiones en relación con el objeto del proceso penal, una vez se haya abierto la etapa investigativa, lo cual ocurre a partir de la formulación de la imputación al indiciado ante un Juez de garantías.

¹⁶ Vid. CPCol art. 250: «[...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes»; *cfr.* SCC/C n.º 1092 de 2003, M.P.: A. TAFUR GALVIS.

¹⁷ *Cfr.* CPCol art. 249 inc. 3; una crítica a esta ubicación del MF la presenta K.H GÖSSEL, «Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho» (trad. de M. Polaino Navarrete), en: *CPC*, n.º 60, 1996, pág. 619: «Se ha intentado caracterizar al Ministerio Fiscal como un órgano del Poder Judicial ajeno o externo a la propia Jurisdicción. Pero acaso ello implicaría reconocer como tercer poder estatal no sólo al Poder Judicial *strictu sensu*, sino a la Jurisdicción ciertamente aumentada con las demás tareas de la Administración de Justicia».

Pero más allá de la ubicación institucional que formalmente se le asigne a la FGN en el conjunto normativo, es importante tener en cuenta la influencia que el poder ejecutivo tiene en la designación del Fiscal General de la Nación, ya que éste actúa como la cabeza única de este órgano «judicial». Según dispone la CPCol en su art. 249, el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido; debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Esto lo convierte en una persona que es postulada directamente por el Jefe de Estado, quizá el funcionario que más poder acumula dentro de un régimen presidencialista, como es el colombiano¹⁸. El Presidente de la República tiene, pues, una influencia directa en la elección del Fiscal, porque determina el ámbito de decisión del órgano elector. En el plano operativo, esto ha traído como consecuencia que el Fiscal General se convierta en un funcionario determinado en su accionar por las directivas emanadas del poder ejecutivo. Ello se hace más evidente aun luego de la reforma constitucional adelantada por medio del A.L. 03/2002, la cual se presentó a trámite en el Congreso por iniciativa legislativa del Fiscal General de la época. Dentro de esa reforma quedó establecido expresamente, en el texto constitucional, que dentro de las funciones especiales del Fiscal General le corresponde la de suministrar al gobierno información de las investigaciones que se están adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público¹⁹.

A. Propuestas de reforma a la Fiscalía General de la Nación

A instancias del Gobierno Nacional, que expidió el Dcto. 4932, de 18 de diciembre de 2009, se conformó una comisión de expertos con la

¹⁸ Cfr. CPCol art. 189.

¹⁹ Cfr. CPCol art. 251.6.

finalidad de evaluar la posibilidad de una reforma estructural a la administración de justicia teniendo en cuenta la colaboración armónica que debe existir entre las diferentes ramas del poder²⁰. Fruto de ello surgió la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia.

Esta comisión presentó su informe en el mes de abril del año 2010, y en él sugiere una modificación al texto de la CPCol, para dejar claro en éste que la función del MF es investigativa y, por lo tanto, no puede ser considerada como judicial. Reivindica, así, la función instructora del MF con vocación de órgano requirente ante la jurisdicción cuando ejerce la acción penal; y deja en claro, además, que la restricción de derechos fundamentales durante cualquier etapa del procesamiento sólo puede ser competencia de los jueces penales, por comportar ello, precisamente, ejercicio de la función jurisdiccional²¹. También establece claramente cuál debe ser la función del MF, esta comisión reitera que éste órgano debe permanecer dentro de la rama judicial, pero no por un argumento de base, sino por uno *ad excludendum*, toda vez que descarta de plano la posibilidad de su adscripción al poder ejecutivo. Sin embargo, tímidamente sugiere que si se llega a entender que las funciones de investigación y acusación que ejerce el MF no son jurisdiccionales, podría éste ser ubicado institucionalmente *como órgano especial y autónomo*, según las posibilidades que otorga la CPCol en su art. 113 inc. 222. Evidentemente, en un sistema que pretenda ser acusatorio, la actividad investigativa del MF no puede ser considerada jurisdiccional, y mucho menos el ejercicio de la acción penal, porque se estaría arribando a una concentración de funciones procesales netamente inquisitiva. Por tanto, en el ordenamiento colombiano,

²⁰ Cfr. Dcto. 4932/2009, art. 1.

²¹ Cfr. COMISIÓN DE EXPERTOS DE REFORMA A LA JUSTICIA, *Informe preliminar de la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia*, Bogotá, s.e., 2010, pág. 52.

²² Cfr. COMISIÓN DE EXPERTOS DE REFORMA A LA JUSTICIA, *Informe preliminar...*, cit., pág. 53.

queda abierta la posibilidad de ubicar al MF como un «*órgano especial y autónomo*»; un ente a medio camino del poder ejecutivo, que casi siempre se convierte en un cuarto poder, no muy bien valorado en algunos sistemas del derecho comparado.

En lo que sí es enfática la Comisión de Expertos es en la modificación de la elección del Fiscal General de la Nación. Para evitar la actual interferencia del poder ejecutivo, propone que se invierta el orden del proceso, así: la Corte Suprema de Justicia presentaría una lista de seis candidatos al Presidente de la República para que este elija al jefe del MF, quien ejercería sus funciones durante un periodo fijo que pasaría de cuatro a cinco años²³.

B. Órgano con iniciativa legislativa

Si bien es cierto que el MF debe participar en la configuración y ejecución de la política criminal del Estado, cuando ésta se refiera a la reacción punitiva, no parece conveniente que el jefe del MF sea dotado de iniciativa legislativa para presentar autónomamente proyectos de ley encaminados a modificar la legislación penal. La CPCol, en su art. 251.4, faculta al jefe del MF para participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto. Ello ha dado lugar para que en un periodo de tan sólo cuatro años se hayan realizado dos reformas integrales al sistema penal colombiano: la del 2000²⁴ y la del 2004²⁵. A decir verdad, la FGN se ha convertido en la gran reformadora de

²³ Cfr. COMISIÓN DE EXPERTOS DE REFORMA A LA JUSTICIA, *Informe preliminar...*, cit., pág. 53.

²⁴ Cfr. Ley 599/2000 «*Nuevo Código Penal*» y Ley 600/2000 «*Nuevo Código de Procedimiento Penal*».

²⁵ Cfr. Ley 890/2004, reformadora del que era considerado «*Nuevo Código Penal*», tan sólo tres años después de su entrada en vigencia; y Ley 906/2004, contentiva de un «*Nuevo*» «*Nuevo Código de Procedimiento Penal*», o lo que es lo mismo, un «*Re-*

la legislación penal colombiana, pero impregnando los cuerpos normativos que surgen de sus iniciativas de los rasgos ideológicos y particularidades a las cuales hemos hecho alusión, destacando, ante todo, la marcada influencia intervencionista del ejecutivo en este poder judicial²⁶.

C. Diferencias entre la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público

En el proceso penal colombiano el órgano encargado de adelantar la investigación y ejercer la acción penal es la Fiscalía General de la Nación²⁷. Con todo, dentro de la estructura procesal contenida en el CPP, se dio cabida a la participación de otro órgano estatal cuya función primordial es actuar como garante del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

En realidad, se trata de un sujeto que está facultado para intervenir dentro de todas las etapas que componen el proceso, pero al cual, curiosamente, el legislador no lo incluye dentro del Título asignado a los sujetos procesales en el CPP²⁸. Ello se debe a su inserción, a última hora, dentro de la estructura del proceso penal, para ubicar en algún sitio todo el engranaje burocrático que representa la Procuraduría General de la Nación. En efecto, la función de Ministerio Público dentro del proceso penal la cumple fundamentalmente la Procuraduría General de la Nación, y de manera residual la ejercen las Personerías Distritales y Municipales, ante los juzgados penales, promiscuos del circuito y municipales, y ante sus

Nuevo Código de Procedimiento Penal», también tan sólo tres años después de su entrada en vigencia.

²⁶ Cfr. J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, «*Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*», en: *NFP*, n.º 71, 2007, págs. 59 y 60.

²⁷ Cfr. CPP art. 66.

²⁸ Cfr. CPP Libro I, títulos III (Ministerio Público) y IV (Partes e Intervinientes).

fiscales delegados²⁹.

La actuación del Ministerio Público es contingente, pues así se desprende del CPP art. 109 inc. 1 cuando dice que *intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario*. El desarrollo específico de sus eventuales funciones dentro del proceso penal se encuentra consignado en el CPP art. 111; una atenta lectura de ellas indica, de manera cierta, que cuando el Ministerio Público actúa en el proceso penal termina haciéndolo realmente en calidad de «*parte imparcial*». Allí se le impone actuar como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales; como representante de la sociedad, solicitando la condena o la absolución de los acusados, velando además porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso. Incluso, de conformidad con el art. 357 CPP, se le concede la facultad de solicitar la práctica de pruebas, más allá de que las partes hubiesen omitido dicha solicitud.

Cabe destacar la posibilidad que se le otorga al Ministerio Público para participar en las actuaciones donde proceda la disponibilidad por parte de la víctima de sus derechos y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, como en los eventos de aplicación del principio de oportunidad. Debe velar porque la disposición que de sus derechos hagan las víctimas esté fundada en una voluntad real que no afecte sus derechos³⁰.

Indudablemente, la actuación del Ministerio Público dentro del proceso penal colombiano tiene un perfil muy confuso, no sólo desde su ubicación institucional, sino también en su estructura y funcionamiento. Por ello, la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia propuso de manera

²⁹ Cfr. CPP art. 109 inc. 2.

³⁰ Cfr. CPP art. 111.2, d).

enfática su salida del proceso penal, para darle a éste una identidad más clara y definida, especialmente en su carácter adversarial. Dentro de los argumentos que dicha comisión plantea para ello, menciona que la jurisprudencia ha limitado su intervención a una labor mínima, que antes que hacerle bien al proceso lo entorpece, lo desfigura, lo desequilibra, y especialmente, lo hace mucho más costoso sin una justificación aceptable³¹.

No deja de ser curiosa la inclusión de un órgano como el Ministerio Público colombiano, si se tiene en cuenta la pretendida estructuración de un proceso penal de corte acusatorio; con razón se alzaron algunas voces en contra de ello, cuando todavía estaba en ciernes el proyecto de ley que luego se concretó en el actual CPP³². Una debida configuración del proceso penal, orientada desde la perspectiva de los fines de la pena impone reflexiones que imposibilitan la toma de este tipo de decisiones por parte del legislador. Si el MF debe actuar dentro de la legalidad jalonado no sólo por los fines preventivos de la pena sino también por su sentido retributivo, no tiene fundamento agregar al proceso penal la intervención del Ministerio Público.

II. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO FISCAL

Uno de los campos de debate más complejo sobre el MF abarca el análisis de su estructura orgánica y su funcionamiento dentro del proceso penal. Ello es así, porque a partir de la forma en que estos extremos sean

³¹ Cfr. COMISIÓN DE EXPERTOS DE REFORMA A LA JUSTICIA, *Informe preliminar...*, cit., pág. 55.

³² Vid. D. BAZZANI MONTOYA, «Comentario a la ponencia “Intervención del Ministerio Público en el sistema acusatorio” de Edgardo José Maya Villazón», cit., pág. 149: «No sólo considero que es nociva la presencia del Ministerio público en un proceso de corte acusatorio sino que las funciones que se le pretenden atribuir son innecesarias o las cumplen otros organismos, incluso, en algunos casos, el mismo Ministerio Público en ejercicio del poder disciplinario [...]».

concebidos estaremos en presencia de un órgano que actúe de manera independiente e imparcial en la búsqueda de la verdad en el proceso penal; o, contrariamente, estaremos en presencia de una institución al servicio de intereses que no estarían acordes con los fines que busca el Estado social de Derecho.

Como ya se manifestó al comienzo de este capítulo, la concepción mixta de la pena que asumen los ordenamientos español y colombiano les delimita el ámbito de configuración del proceso penal. En tanto a la pena se le asigne un fin retributivo, no puede hablarse de un sistema acusatorio puro, porque la búsqueda de la verdad material deberá estar entre los cometidos del sistema de procesamiento penal³³. Así, el Juez, durante el juicio oral, no podrá limitarse a tener una actitud pasiva como testigo del enfrentamiento dialéctico de las partes. El sentido retributivo que se le asigna a la pena lo convierte en un órgano que debe actuar, no sólo en la salvaguarda del debido proceso sino con una orientación a la consecución de la verdad material³⁴. Mientras el carácter preventivo de la pena –y por tanto utilitario– les brinda a los operadores jurídicos márgenes de flexibilidad dentro de la actuación penal, el sentido retributivo de ésta los conduce inexorablemente hacia la búsqueda de la verdad material. La

³³ Vid. E. BACIGALUPO, «La posición del fiscal en la investigación penal», en: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pág. 15: «Es evidente que el modelo del proceso penal es el que determina la posición que debe ocupar el fiscal y que todo tratamiento aislado de la posición del fiscal presupone una reducción insatisfactoria del problema. Si se introduce un procedimiento de reparación a las víctimas, como el llamado *derecho penal de triple vía*, o si se decide la *división del juicio en dos fases*, una en la que se compruebe la culpabilidad y otra en la que se decida sobre la pena o la medida de seguridad, como requeriría el sistema de doble vía del Código Penal de 1995, es claro que las funciones atribuibles al fiscal se verán afectadas por tales renovaciones de las ideas básicas del proceso».

³⁴ Vid. J. B. J. MAIER, «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?», cit., pág. 120: «El significado del principio acusatorio no se agota en tornar posible formalmente la defensa del acusado, sino que también consiste en garantizarle un órgano decisor imparcial y neutral. A ello se opone la obligación del tribunal en el debate, común en el Derecho continental, de investigar la verdad de oficio, aun en contra del acusado».

modulación que ello requiere también tiene su efecto dentro de la estructura y funcionamiento del MF.

1. En el ordenamiento jurídico español

A. Estructura

El MF –ciñéndonos a su actuación dentro del proceso penal–, que ha estado presente en el ordenamiento procesal penal español desde la entrada en vigencia de la actual LECrim, de 1882, tiene en la actualidad una estructura que viene determinada normativamente de manera genérica por el art. 124 de la CE de 1978, así como por el EOMF³⁵ y por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) –Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio–, de manera específica.

En estos estatutos se evidencia una estructura organizativa vertical, siendo el Fiscal General del Estado quien se encuentra en la cúspide de la institución; éste es nombrado por el Rey a propuesta del gobierno, y previo visto bueno del Congreso de los Diputados³⁶. Su permanencia en el cargo está fijada para un periodo de cuatro años, no obstante lo cual puede ser cesado en sus funciones cuando eventualmente se presente un cambio del gobierno que lo promovió para el cargo³⁷. Todos los demás cargos del MF actúan bajo su dirección, ya que el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior dentro de la institución, y se entiende que ésta se encuentra unificada para actuar en todo el territorio del Estado español.

Conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica³⁸, el Fiscal General del Estado debe impartir las órdenes e

³⁵ Modificado por las leyes 10/1995, de 24 de abril; 14/2003, de 26 de mayo; y 15/2007, de 30 de noviembre.

³⁶ *Cfr.* EOMF art. 29.

³⁷ *Cfr.* EOMF art. 31 e).

³⁸ *Cfr.* CE art. 124 y EOMF art. 2.1.

instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, a la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. Así pues, en desarrollo de estos principios, el Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las directrices convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como las referidas a asuntos específicos³⁹.

Existe la figura del desplazamiento, lo que implica que en cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones, o antes de iniciar la que le hubiese sido asignada –en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía–, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache⁴⁰. Con todo, el Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe⁴¹.

Es importante destacar que dentro del MF existe el régimen de carrera, a la cual se ingresa por oposición libre entre quienes reúnan las condiciones establecidas en el EOMF⁴². Es indudable que el régimen de carrera contribuye a garantizar la estabilidad de los miembros de la institución, tratando de evitar el sometimiento a los avatares que traen consigo los conflictos de intereses que a veces trascienden desde la esfera netamente política.

En la composición orgánica del MF se encuentra, además del Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala, la Junta

³⁹ *Cfr.* EOMF art. 25.

⁴⁰ *Cfr.* EOMF art. 23.

⁴¹ *Cfr.* EOMF art. 27.1.

⁴² *Cfr.* EOMF art. 42.

de Fiscales Superiores de las comunidades autónomas, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía de la Audiencia Nacional, las Fiscalías Especiales, la Fiscalía Jurídico Militar, las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, las Fiscalías Provinciales, y las Fiscalías de Área. Cabe destacar que, en cumplimiento de las funciones de investigación penal, los cuerpos de policía judicial actúan también bajo la dirección del Ministerio Fiscal⁴³.

B. Funcionamiento

En materia penal, el funcionamiento del MF depende de las directivas que suministre el Fiscal General del Estado, evidentemente en atención a los principios de «*unidad de actuación*» y «*dependencia jerárquica*». Todos los fiscales que hacen parte de la estructura institucional actúan como delegatarios de aquél. En cada Juzgado y Tribunal hay representantes del MF, realizando su actuación según las directrices de la Fiscalía adscrita o delegada ante el respectivo órgano jurisdiccional; dichas directrices, en todo caso, se reitera, deben comportar un desarrollo de las que imparta el Fiscal General del Estado. De ahí la importancia de establecer los fines hacia los que se orienta la intervención punitiva, y en este caso en concreto, para tener un referente que valide el funcionamiento de la institución⁴⁴.

Con sujeción al principio de legalidad en materia procesal, el MF estaría obligado a ejercer la acción penal en aquellos eventos donde la

⁴³ Cfr. LOPJ arts. 547 al 550.

⁴⁴ Frente a una eventual reforma del MF se propone la consideración de estos criterios; así por ejemplo, vid. P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «*La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal*», en: RGLJ (3ª época), n.º 3, 2009, pág. 521: «En efecto, determinar cuáles sean los cometidos que puedan serle atribuidos al Ministerio Fiscal en una futura reforma de nuestro proceso penal tiene que estar necesariamente relacionado con la percepción que se tenga sobre los fines que ese proceso está llamado a cumplir».

instrucción demuestre que se verifican los requisitos mínimos para presentar escrito de acusación; con todo, en armonía con la concepción de la pena asumida por el ordenamiento penal español, según la interpretación del Tribunal Constitucional⁴⁵, el MF podría disponer del ejercicio de la acción penal, no presentando escrito de acusación en aquellos donde sea previsible que la pena no cumpla ninguno de los fines que le han sido asignados. En estos casos la garantía de sujeción al ordenamiento viene dada por la participación dentro del proceso penal español de los acusadores popular y particular, quienes tienen la legitimidad para oponerse a una decisión que eventualmente se aparte de la legalidad. Un parámetro para la actuación del MF viene dado por los fines que se le asignen a la pena, se reitera, dando la posibilidad, por esta vía, de completar el contenido de algunos conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran dentro de lo dispuesto a lo largo del EOMF⁴⁶; ciertamente, esta actuación evidencia la materialización del principio de imparcialidad, el cual debe ser inherente a la actuación del MF⁴⁷.

Al tenor de lo dispuesto por el EOMF art. 3, las funciones del MF en el orden penal se pueden establecer así: velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes; ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda; intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento penal de los menores, orientando su actuación a la reivindicación del interés superior del menor; velar por el

⁴⁵ *Vid. supra*, Cap. II, II, 2, A.

⁴⁶ En este sentido, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., pág. 81.

⁴⁷ *Cfr.* EOMF art. 7.

cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social, así como por la protección procesal de las víctimas, y de los testigos y peritos.

Según lo dispuesto por el art. 4, el MF podrá dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso. Y, finalmente, en armonía con el art. 5, el MF actuará en la recepción de denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECrim, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos, pero podrá ordenar la detención preventiva.

2. En el ordenamiento jurídico colombiano

A. Estructura

El MF colombiano, no obstante ser una institución de creación relativamente reciente –surge con la CPCol de 1991–, ha sido estructurado dos veces por medio de la expedición de sendos estatutos: el primero, concomitante con su creación, fue el contenido en el Dcto. 2699/1991, de noviembre 30. Luego, a partir de la reforma constitucional realizada por medio del A.L. 03/2002, que fundamentalmente modificó las normas constitucionales en relación con la FGN y fue el soporte normativo para la posterior reforma de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, también, de manera concomitante con éstas, se promulgó la Ley 938/2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (EOFGN), de diciembre 30.

Por tanto, la estructura de la FGN viene determinada, de una manera por demás muy detallada, desde la misma CPCol⁴⁸. Dicha reglamentación es reproducida por el EOFGN. En este se observa una estructura absolutamente vertical, estando el Fiscal General de la Nación a la cabeza de la institución. Este funcionario judicial, como ya quedó dicho, es elegido, por la Corte Suprema de Justicia en pleno, de una terna de candidatos que postula el Presidente de la República. La permanencia en el cargo del Fiscal General de la Nación está fijada para un periodo de cuatro años, no siendo susceptible de reelección⁴⁹. Todos los demás cargos de las FGN actúan bajo su dirección. Aunque esta institución puede dividirse en dos frentes, uno administrativo y otro con función «judicial», nos interesa hablar del segundo.

En el art. 1 del EOFGN aparece una lista de los órganos que forman parte de la estructura de la FGN. Allí, pues, también figuran los miembros que realizan actividades «judiciales», que son los fiscales que actúan como delegados del Fiscal General ante los diversos tribunales y juzgados. Estos fiscales, que desarrollan su actividad como parte investigadora en el proceso penal, cuentan con el apoyo de un cuerpo de policía judicial propio, el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI). Según el art. 38 EOFGN, para el año 2008 se tenía prevista una planta de personal compuesta por 2631 fiscales y 4668 miembros de policía judicial, para cumplir sus funciones en todo el territorio del Estado.

Los fiscales actúan en los diferentes procesos como delegados del Fiscal General, y éste puede desplazarlos de la dirección de una

⁴⁸ Con razón alguien ha dicho que, más que una Constitución, se trata de una «Constitución de Procedimiento Penal»; así, G. BARBOSA CASTILLO, «Comentarios a la ponencia presentada por el Fiscal General de la Nación Luis Camilo Osorio Isaza», en: J. BERNAL CUÉLLAR (Coord.), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnósticos y soluciones*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, pág. 135.

⁴⁹ Cfr. CPCol art. 249 inc. 2 y EOFGN art. 9.

investigación cuando lo estime conveniente⁵⁰. Estos órganos deben actuar en virtud de los *principios de unidad de gestión y de jerarquía*, según el criterio y la posición que determine el Fiscal General; sin embargo, se reconoce cierta autonomía de los fiscales delegados cuando la ley así lo establezca⁵¹. En cuanto a la mencionada autonomía es interesante destacar que apenas en el año 2009 se implementó el régimen de carrera, no sin muchos contratiempos⁵². Los fiscales que tienen mayores responsabilidades –los mismos que por su ubicación en el esquema estructural de la FGN están llamados a realizar las investigaciones en los casos más relevantes en el país– son de libre nombramiento y remoción. Así, son de libre nombramiento y remoción el vice-Fiscal General de la Nación, los directores nacional y seccional de fiscalías, los fiscales delegados ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y sus fiscales auxiliares⁵³. Los demás fiscales pertenecen al régimen de carrera, pero sin que hasta el momento éste se haya podido implementar de manera satisfactoria; con lo cual, la mayoría de estos cargos están siendo ocupados en interinidad, lo que hace cuestionable su eventual autonomía.

También forma parte de la FGN el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que realiza labores de peritaje dentro del proceso penal. Esto hace que la FGN tenga prácticamente el monopolio del uso de peritos, porque tiene a su disposición, bajo su dirección y dependencia, la institución que cuenta con la planta de personal más amplia para esos menesteres, aspecto que pone en entredicho la pretendida igualdad de armas del denominado sistema acusatorio.

⁵⁰ *Cfr.* CPCol art. 251.3.

⁵¹ *Cfr.* CPCol art. 251.3.

⁵² Al respecto, *cfr.* Concepto del Consejo de Estado n.º 1976, de febrero 4 de 2010, Consejero Ponente L. F. ÁLVAREZ JARAMILLO.

⁵³ *Cfr.* EOFGN, art. 59 a).

Finalmente, cabe destacar que el EOFGN le otorga al FGN la potestad para regular de manera autónoma aquellos puntos que no se establezcan de manera expresa en el estatuto⁵⁴.

B. Funcionamiento

Todos los fiscales que desarrollan su actividad como funcionarios judiciales se desempeñan en calidad de delegados del Fiscal General⁵⁵. Estos tienen competencia en todo el territorio nacional; a lo largo de éste se encuentran las Unidades Delegadas de Fiscalía bajo la dirección de un Fiscal jefe. Dichas unidades están integradas por los diferentes fiscales que actúan como parte investigadora y acusadora en los procesos penales.

La actuación de la FGN viene determinada por las funciones que se le asignan al Fiscal General⁵⁶, dentro de las que cabe resaltar las siguientes: asumir de manera directa la investigación en aquellos casos donde el imputado tenga fuero constitucional y aquellas que ameriten, según su criterio, su intervención personal; coordinar la actuación de los fiscales y de la policía judicial a su cargo, buscando la racionalización de los recursos; suministrar información al gobierno sobre los procesos penales a su cargo cuando éste se lo solicite⁵⁷.

En cuanto a las funciones del Fiscal General, es de subrayar que en virtud de lo dispuesto por el CPP en su art. 330 a éste se le asignó la de elaborar el reglamento en el que se determina de manera general el procedimiento interno de la FGN para asegurar que la aplicación del *principio de oportunidad* cumpla con sus finalidades y se ajuste a la

⁵⁴ Cfr. EOFGN, art. 1 par.

⁵⁵ Cfr. CPCol art. 251.3 y EOFGN, art. 1.

⁵⁶ Cfr. EOFGN, art. 11.

⁵⁷ Cfr. CPCol art. 251.6 y EOFGN, art. 11.8.

Constitución y la ley. Esta reglamentación se encuentra en las Resoluciones 0-6657/2004, 0-6658/2004 y 0-3884/2009, emitidas por el Fiscal General de la Nación. No deja de resultar curioso que siendo el Fiscal General un sujeto procesal, sea el encargado de regular la aplicación del principio de oportunidad; pero más curioso resulta que, dentro de la reglamentación que elabora, establezca en qué presupuestos la aplicación del principio de oportunidad debe ser objeto de control por parte del Juez de garantías. No contento pues el Fiscal General con ostentar indebidamente el carácter de funcionario judicial, penetra en las competencias propias del poder legislativo⁵⁸.

Finalmente, destacamos dos de los principios que orientan el funcionamiento de la FGN, como son el de *eficiencia* y el de *celeridad*. El primero tiene por objeto garantizar la productividad del trabajo de los servidores de la FGN; en lo que toca a la celeridad, ésta se manifiesta en la realización de las actuaciones con prontitud, la cual será tenida en cuenta para la calificación del desempeño de los miembros de la institución⁵⁹. A no dudarlo, estos principios aparecen redactados con un lenguaje que traspira cierto hálito *eficientista*, dando a entender que en la gestión de la FGN importa más la cantidad que la calidad.

III. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL DENTRO DEL PROCESO PENAL

La importancia de la actuación que desarrolla el MF dentro del proceso penal radica en que allí se verifica la realización de los principios y valores propios del Estado social de Derecho. Todo el conjunto de principios que orientan la intervención punitiva cobran vida en la

⁵⁸ Cfr. Res. 6657/2004 art. 8 y Res. 3884/2009 art. 2. Dicha potestad reglamentadora ha sido avalada por la Corte Constitucional; al respecto cfr. SCC/C n.º 979 de 2005, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁵⁹ Cfr. EOFGN arts. 49 y 50.

criminalización secundaria, en la cual el MF comparte un protagonismo de primer orden con los cuerpos de policía. De nuevo, la particular forma de actuar que desarrolle el MF tiene que venir determinada por la concepción de la pena asumida por el ordenamiento jurídico penal.

Por ejemplo, la selectividad que es inherente al ejercicio de la intervención punitiva –porque evidentemente las conductas delictivas que se cometen en una sociedad siempre van a sobrepasar la capacidad operativa del MF– debe ser regularizada por una actuación orientada hacia los fines de la pena. Así, el carácter retributivo sirve de criterio para ponderar *a priori* qué conductas *merecen* pena y por tanto ameritan el ejercicio de una persecución penal. Dicha ponderación debe incluir dentro de sus variables analíticas el nivel de lesión o puesta en peligro efectiva frente al bien jurídico en concreto que representa la conducta y la medida de la culpabilidad con la que se vislumbra que ha actuado su autor. En lo que toca con los fines preventivos o utilitarios, el MF debe ponderar, igualmente, si con la eventual imposición de una pena al autor de una conducta determinada se podrían lograr aquellos; en el caso de un juicio negativo, el MF debe quedar facultado para disponer discrecionalmente de la persecución penal con los fundamentos esbozados. Los fines que se le asignan a la pena son también, pues, un referente de análisis para valorar el funcionamiento del MF dentro del Estado social de Derecho.

1. En el ordenamiento jurídico español

El MF se desempeña dentro del proceso penal cumpliendo dos funciones, principalmente: ejerciendo la acción penal y sirviendo de garante del respeto a la legalidad y el debido proceso.

A. En ejercicio de la acción penal

De conformidad con el principio de persecución oficial, la LECrim, a través del art. 105, le impone al MF la obligación de ejercitar y sostener la acción penal, en lo que tiene que ver con los delitos públicos, en los casos a que ello hubiere lugar. Quedan por fuera de la cobertura de esta obligación, por tanto, los delitos privados⁶⁰. En los delitos semiprivados se requiere que haya denuncia previa del interesado para que el MF pueda proceder con la acusación; en esta última hipótesis queda autorizado el MF para realizar la denuncia cuando las personas legitimadas para ello no lo puedan hacer por sí mismas, bien sea porque tengan una incapacidad física que se los impida o bien porque dependan de un tercero para actuar jurídicamente⁶¹.

En todo caso, el MF debe ejercer la acción civil de manera concomitante con la penal, independientemente de que haya en el proceso penal acusador particular. Con todo, si el ofendido renuncia a su pretensión civil, o la reserva para un posterior proceso civil, el MF únicamente podrá actuar con legitimidad en la causa en lo tocante a la pretensión penal⁶².

El MF puede pedir la absolución del acusado, oponiéndose a la pretensión que se derive del ejercicio de la acción penal realizada por alguno de los acusadores legitimados por la ley. Ahí se manifiesta la actuación imparcial del MF, orientada por el principio de objetividad. El principio de legalidad no obliga al MF a actuar con una vocación netamente acusadora; incluso en determinados eventos, más allá de oponerse a las otras acusaciones, puede dar aplicación a supuestos que pueden ser enmarcados dentro del principio de oportunidad. Ello ocurre, por ejemplo, con su actuación en el proceso penal de menores, regulado en la Ley

⁶⁰ *Cfr.* CPE art. 105, en armonía con el art. 4.1 de la Ley 62/1978.

⁶¹ *Cfr.* CPE art. 191.

⁶² *Cfr.* LECrim art. 108.

Orgánica 5/2000, de 12 de enero –Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de Menores (LORPM)–, en donde puede desistir de la incoación del expediente cuando los hechos sean constitutivos de faltas o delitos graves sin violencia o intimidación en las personas, según lo dispuesto en el art. 18. También puede desistir de la continuación del expediente cuando el delito sea menos grave⁶³ o falta, si el menor adelanta una *conciliación* con la víctima o procura su *reparación*, y se compromete a cumplir la actividad educativa conforme a lo prescrito en el art. 19. En otros eventos, el MF puede presentar escrito de alegaciones con la conformidad del menor, dentro de las hipótesis de los arts. 32 y 36. También puede ocurrir que el menor decida negociar con el MF, a la luz de lo dispuesto por la LECrim en su art. 801, contentivo de la regulación de la conformidad en los juicios rápidos, en donde se otorga un beneficio punitivo, lo cual sería aplicable por la remisión que hace la LORPM a la LECrim por medio de la disposición adicional segunda de aquella.

En el proceso penal de los adultos, puede actuar dentro del trámite de la conformidad, lo que muchas veces implica la disposición de la acción o la pretensión penal dependiendo de la modalidad usada⁶⁴.

B. Como garante del respeto a la legalidad y el debido proceso

Dentro del proceso ordinario por delitos graves, no obstante que la instrucción es adelantada por el Juez de Instrucción, éste debe informar al MF de un delito que haya llegado a su conocimiento⁶⁵. Dentro de este tipo de delitos, le corresponde al MF la inspección de la formación del sumario, actividad que realiza una vez constituido como parte dentro del mismo, quedando legitimado para solicitar la práctica de diligencias que estime

⁶³ Cfr. CPE arts. 13 y 33.3.

⁶⁴ Vid. *infra*, Cap. VI.

⁶⁵ Cfr. LECrim art. 308.

necesarias y convenientes⁶⁶, razón por la cual no puede quedar excluido del conocimiento del sumario cuando éste sea secreto.

En el desarrollo del procedimiento abreviado, durante la formación del procedimiento preliminar, el MF actúa más bien como un funcionario de instrucción provisional y subsidiario, hasta tanto el Juez instructor avoque conocimiento de las diligencias⁶⁷. Cabe especificar que al MF también le corresponde constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil, salvaguardar los derechos de la víctima, velando en todo caso por el respeto al derecho de defensa de las partes garantizando la controversia en el proceso.

C. El debate sobre el papel del Ministerio Fiscal

La doctrina española no ha logrado un acuerdo en torno al papel que debe desempeñar el MF dentro del proceso penal, concretamente dentro de la fase de instrucción⁶⁸. Esto ha generado un debate que se prolonga por varios lustros, en el que participan los que están a favor de mantener la instrucción en manos del Juez y los que abogan porque ésta pase a ser dirigida exclusivamente por el MF⁶⁹. El debate se centra,

⁶⁶ Cfr. LECrim arts. 306 y 319.

⁶⁷ Cfr. LECrim art. 773.

⁶⁸ Vid. J.-L. GÓMEZ COLOMER, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pág. 119: «[...] el problema que más preocupa en España, en estos momentos, es si el proceso penal debe seguir siendo instruido por un juez, o si al contrario, como ocurre en los países anglosajones o en Alemania, Italia o Portugal, el proceso penal debe ser investigado por el Ministerio Fiscal, produciéndose el cambio legal correspondiente». Desde la perspectiva alemana, algunos autores sugieren la desaparición del Juez de Instructor en el ordenamiento español; así, por ejemplo, cfr. B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., págs. 75 y 76.

⁶⁹ Vid. E. BACIGALUPO, «*La posición del fiscal en la investigación penal*», cit., pág. 20: «La instrucción por el fiscal es institucionalmente inobjetable. Una cuestión diversa es si, además, consiste en la solución más conveniente [...] No deja de ser curioso que el fortalecimiento del fiscal como único responsable de la instrucción haya sido visto por los juristas del nacional socialismo como el modelo de eliminar la ideología liberal que rechazaban categóricamente, mientras que en la actualidad la instrucción por parte

fundamentalmente, en cuatro puntos: en primer lugar, se discute si puede considerarse como acusatorio un modelo de proceso penal en el cual la instrucción sea adelantada por un Juez; otro punto del debate tiene que ver con la independencia del MF frente al poder ejecutivo; en tercer lugar, la controversia llega a centrarse en la idoneidad del MF como órgano de instrucción. Y finalmente, se cuestiona la concentración de poder que puede recaer en el MF como único órgano estatal con actividad durante la investigación. Con todo, no pueden desconocerse otras aristas de la discusión –como por ejemplo la celeridad, la eficiencia⁷⁰, los costes económicos–, que en todo caso, están perfiladas a partir de los cuatro temas centrales enunciados.

Se critica la instrucción que adelanta el Juez en la actualidad, arguyendo que esto implica la acumulación de dos funciones procesales en un mismo órgano, lo que implicaría un modelo procesal de tipo inquisitivo que estaría a contramano de los postulados del Estado social de Derecho⁷¹. Paradójicamente, también se critica el excesivo celo del Juez en el desarrollo de la instrucción, porque con ello, se dice, atenta contra la

del fiscal sea entendida como una de las manifestaciones del principio de igualdad de armas».

⁷⁰ Cfr. O. FUENTES SORIANO, «*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal*», en: J. M. ASENSIO MELLADO y O. FUENTES SORIANO (Coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, La Ley, 2008, pág. 174; también, P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «*La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal*», cit., págs. 523 y 524.

⁷¹ Vid. V. GIMENO SENDRA, «*La reforma de la LECRIM y la posición del MF en la investigación penal*», *RPJ*, n.º XIX, 2006, pág. 89: «La consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal». En contra de esta postura se pronuncia L. BACHMAIER WINTER, «*Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*», cit., pág. 32: «[...] la presencia o ausencia del juez de instrucción –como ya se ha indicado– no hace a la fase de investigación más o menos inquisitiva. Es más, en el desarrollo de la investigación criminal, desde la perspectiva de la intromisión estatal en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre será una garantía adicional que esa actividad esté sometida al control de un órgano judicial independiente. Lo que algunos tildan de inquisitivo –en el sentido de retrógrado o carente de garantías– por el hecho de que un juez dirige la instrucción no es sino un plus de protección para los derechos de los ciudadanos [...]».

economía procesal y la eficiencia en la administración de los recursos de la jurisdicción penal⁷².

Ahora, en el debate que se ubica en la relación del MF con el poder ejecutivo, se critica la cercanía del Fiscal General del Estado con el Jefe de Gobierno, teniendo en cuenta que éste es quien lo propone para que finalmente sea designado como tal por el Jefe de Estado; en ese sentido, se evidencia una relación de «*siameses*», en tanto que el Fiscal General de Estado –si bien es elegido para un periodo de cuatro años– podrá ser cesado, si cesa el gobierno de turno. La verticalidad que se presenta en la estructura del MF, hace que su funcionamiento dependa exclusivamente de las decisiones que tome el Fiscal General, con lo cual una intromisión del gobierno en el manejo de la instrucción penal podría ser más que posible⁷³.

Sobre la idoneidad del MF como órgano de instrucción, se le critica su falta de especialización, ya que es un organismo que debe cumplir múltiples funciones dentro de todos los órganos jurisdiccionales y no cuenta con la suficiente planta de fiscales que pueda satisfacer la demanda de una intervención penal que se expande cada vez más.

En cuanto a la concentración de poder, la crítica se orienta a la titularidad exclusiva en el ejercicio de la acción penal, y por ende, al monopolio de discrecionalidad en su ejercicio, en las hipótesis de aplicación del principio de oportunidad⁷⁴; concretamente se hace énfasis en el uso y

⁷² Cfr. J. DAMIÁN MORENO, «¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?», en: *La Ley (d)*, n.º 7032, 13 de octubre de 2008, pág. 1. También, R. CASTILLEJO MANZANARES, «El nuevo proceso penal. La mediación», cit., pág. 71.

⁷³ Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar...*, cit., pág. 25.

⁷⁴ Vid. J. MARTÍN OSTOS, «Profesionales colaboradores de la justicia», en: *CDJ*, n.º XVIII, 2006, págs. 200, 203 y ss.: «En ocasiones, la atribución de la instrucción penal al fiscal va unida a la concesión de su monopolio en el ejercicio de la acción en el mismo orden jurisdiccional. No faltan en el mundo actual ordenamientos jurídicos articulados en tal sentido».

abuso que se podría presentar con instituciones como la conformidad, a partir de las experiencias conocidas en otras latitudes⁷⁵.

Más allá de los planteamientos que se han esbozado someramente –todos muy valiosos, por cierto–, y que apuntan a establecer quién debe adelantar la investigación dentro de un modelo procesal acusatorio propio de un Estado social de Derecho, vale la pena preguntarse algo que quizá tiene más relevancia: ¿Sobre qué se debe instruir? Es decir, sin dejar de considerar el órgano, es de suma importancia preguntarse por el objeto de la investigación. Finalmente éste determina la forma de actuar del órgano instructor, a tal punto que es allí donde se verifica la verdadera concordancia del proceso penal con los postulados del Estado social de Derecho⁷⁶.

Es evidente la influencia que tiene la configuración de la Parte especial de los códigos penales en los modelos de investigación del proceso penal; tanto la redacción de los tipos penales, como las consecuencias jurídicas que se les asignan, hacen que un proceso penal sea el propio de un Estado policial o el de un Estado de Derecho⁷⁷. Dentro de un Estado policial los tipos penales son redactados de manera ambigua y sin una clara orientación a la protección de un bien jurídico en particular, como en el

⁷⁵ Cfr. J.-L. GÓMEZ COLOMER, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, cit., págs. 128 y 129. A favor de la instrucción por parte del fiscal y de la extensión del principio de oportunidad en el ordenamiento español, cfr. S. CALLEJO CARRIÓN, «El principio de oportunidad en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en: *La Ley (d)*, n.º 6366, 24 de noviembre de 2005, pág. 8.

⁷⁶ Otros referentes de análisis, para la discusión sobre el órgano instructor en el proceso penal español, los presenta y expone L. BACHMAIER WINTER, «*Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*», cit., págs. 34-36.

⁷⁷ Desde una perspectiva más amplia, pero con validez para reforzar la idea aquí expresada, vid. G. BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, cit., pág. 198: «La determinación del concepto del proceso penal está en directa relación con el problema de su “objeto”, es decir, acerca del delito del que se discute en el curso de un procedimiento».

caso de los delitos de peligro abstracto –por ejemplo, los delitos que criminalizan la tenencia de objetos prohibidos, sin considerar si estos comportan un peligro real o efectivo para el bien jurídico–; la conducta prohibida consiste fundamentalmente en el incumplimiento de un reglamento –criminalización del *status* de ilegal– o en una actitud pasiva frente a las conductas de terceros, como en el caso de los delitos de omisión, propia e impropia. En cuanto a las penas, éstas no son asignadas por el legislador al tipo penal en particular teniendo en cuenta criterios como el grado de injusto y de culpabilidad, y la finalidad preventiva que se busque con ésta. El criterio de la delimitación punitiva para los tipos penales está enfocado a la amenaza para lograr la aceptación de la responsabilidad penal del procesado, sin juicio y sin instrucción⁷⁸.

Por el contrario, el proceso penal en el marco de un Estado social y Democrático de Derecho, además de estar concebido como un medio que sirve para aplicar el derecho penal material, debe ser configurado desde los principios que resulten válidos; y entre ellos cabe mencionar de manera principal el de exclusiva protección de bienes jurídicos y el de teleología de las sanciones penales. A partir de la claridad que se obtenga sobre estas bases, se comienza a iluminar el camino para definir quién debe adelantar la instrucción, cómo y sobre qué objeto⁷⁹.

2. En el ordenamiento jurídico colombiano

Las funciones de la FGN dentro del proceso penal están orientadas hacia la investigación y la acusación. Su competencia está delimitada

⁷⁸ Asimismo, C. ROXIN, «*De la dictadura a la democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán*», cit., pág. 25: «Las tendencias de Derecho material dirigidas a una expansión de la punibilidad encuentran su complemento desde una perspectiva procesal en los esfuerzos del legislador por adentrarse en forma cada vez más profunda en ámbitos privados de la persona para de ese modo, bien descubrir hechos delictivos, bien impedir su comisión».

⁷⁹ Cfr. P. LANZAROTE MARTÍNEZ, «*La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal*», cit., pág. 521.

fundamentalmente a los siguientes ámbitos procesales: al proceso penal ordinario regulado en el CPP; al proceso penal de los menores, cuyas normas se encuentran prescritas en la Ley 1098/2006, Código de la Infancia y Adolescencia (CIA); y a la actuación dentro del proceso especial de justicia transicional contenido en la Ley 975/2004, Ley de Justicia y Paz, aplicable a los grupos paramilitares de derecha y a las guerrillas de izquierda. En este trabajo nos centraremos en su actuación según las normas del CPP.

La FGN tiene la titularidad exclusiva para el ejercicio de la acción penal. Por tanto, una vez se ha iniciado la investigación –cosa que ocurre cuando la FGN formula imputación a una persona en una audiencia previa ante el Juez de control de garantías– ésta puede terminar de tres formas: en primer lugar, la FGN puede presentar una acusación, o puede solicitar la preclusión de la investigación –sobreseimiento– ante el Juez penal⁸⁰; una tercera vía la puede llevar a aplicar el principio de oportunidad, en las hipótesis cobijadas bajo la modalidad de oportunidad reglada, solicitando para ello el aval del Juez de control de garantías⁸¹. Téngase en cuenta que algunas hipótesis de oportunidad reglada también pueden ser aplicadas por la FGN durante la etapa del juicio oral⁸²; ello implica que después de haber presentado la acusación y por tanto, haber ejercido la acción penal, la pretensión a debatir en el juicio puede ser objeto de disposición por la FGN. En el fondo, de una manera muy poco ortodoxa, se están concentrando las funciones requirente y decisoria en el organismo investigador, lo que comporta, evidentemente, un regreso hacia el modelo inquisitorial.

⁸⁰ *Cfr.* CPP art. 114. nums. 9 y 10, y art. 116.

⁸¹ *Cfr.* CPP arts. 114.2, y 324 y ss.

⁸² *Cfr.* CPP arts. 323 inc. 1 y ss.

Inicialmente, la actuación de la FGN debe ceñirse al principio de legalidad penal; por tanto, se le impone el deber de iniciar la persecución penal contra los autores de todas aquellas conductas que revistan las características de delictivas⁸³. Pero aquél principio se ve matizado con la aplicación de los criterios de oportunidad reglada al momento de finiquitar la investigación.

La FGN dirige la investigación de manera autónoma, pero las medidas que deba tomar frente al imputado y que resulten restrictivas de derechos fundamentales de éste –como privación de libertad, interceptación de comunicaciones, registros domiciliarios, etc.–, deben contar, por regla general, con la autorización previa del Juez de control de garantías. Excepcionalmente, la FGN puede llevar a cabo este tipo de actuaciones sin autorización previa –recuérdese que a la FGN se le otorga *status* de órgano perteneciente al poder judicial–, pero luego deberá convalidar su accionar ante el Juez de control de garantías⁸⁴.

Desde las etapas previas de la actuación procesal, la FGN debe dirigir y coordinar las funciones de policía judicial, que no sólo ejerce el CTI, sino también la Policía Nacional y los demás organismos a los que la ley les atribuye estas funciones⁸⁵. También debe velar por la integridad de las víctimas, testigos y demás personas que intervengan dentro del proceso penal⁸⁶. Además, de manera especial con las víctimas, la FGN también tiene el deber de brindarles información acerca de los derechos que les asisten, de informarles sobre el desarrollo de la investigación; manifestarle la intención de aplicar el principio de oportunidad, para que la víctima se

⁸³ *Vid.* CPP art. 66: «El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal [...]».

⁸⁴ *Cfr.* CPP arts. 114 nums. 3 y 7.

⁸⁵ *Cfr.* CPP art. 117.

⁸⁶ *Cfr.* CPP arts. 114.6.

pueda pronunciar al respecto y brindarle asesoría jurídica si la víctima decide intervenir de manera directa en la actuación durante el juicio oral⁸⁷. En el CPP no está contemplado el ejercicio de la acción civil; lo atinente a la pretensión indemnizatoria a favor de la víctima debe tramitarse por vía de un incidente procesal luego del eventual proferimiento de la sentencia condenatoria. En todo caso, la FGN puede actuar coadyuvando a la víctima en esa pretensión⁸⁸.

La FGN, ejerce como parte dentro de toda la actuación procesal, razón por la cual le son inherentes todos los deberes y derechos que éstas tienen. La FGN debe adelantar su actuación dentro del proceso penal teniendo presente el principio de objetividad, lo que implica un apego irrestricto a los postulados del Estado social de Derecho y a la observancia de sus deberes legales. En esa línea, no sólo debe cumplir con el mandato propio del principio de legalidad penal sino que, con la aplicación del principio de oportunidad, también debe buscar salidas alternativas y flexibles a la reacción punitiva. La misma ley procesal, dentro de las normas rectoras, le prescribe la prevalencia de la búsqueda del restablecimiento de los derechos que hayan sido afectados con la comisión del delito⁸⁹. A no dudarlo, se trata de un verdadero planteamiento reivindicativo de la justicia restaurativa, que materializa en el ámbito procesal –junto con la vigencia de los principios de legalidad y oportunidad–, de *lege data*, los planteamientos de las teorías mixtas de la pena.

⁸⁷ Cfr. CPP art. 132 al 136.

⁸⁸ Cfr. CPP arts. 102 y 114.2.

⁸⁹ Vid. CPP art. 22: «Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal».

CAPÍTULO CUARTO

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Sobre el principio de oportunidad son muchas las cosas que se han dicho, sobre todo en los últimos dos décadas, cuando se ha incrementado la presencia avasallante del modelo procesal penal norteamericano en el mundo. Con todo, conviene aproximarse a él desde una perspectiva poco usual, como aquella que implica buscar sus más que probables antecedentes históricos, realizando además un análisis desde una perspectiva material para ampliar la mirada netamente formal de la institución procesal que más popularidad ha cobrado en las legislaciones del orbe occidental.

1. Apunte histórico

Cuando se presenta una perspectiva histórica sobre el *principio de oportunidad* es frecuente la ubicación cronológica de éste a finales del siglo XIX¹ o comienzos del XX². Algunas veces se especifica esta ubicación y se

¹ Cfr. D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», cit., pág. 105.

² Vid. E. BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en: *PJ*, n.º especial II, 1988, pág. 9: «La problemática de la despenalización es una preocupación de la política criminal desde principios de este siglo».

hace referencia fundamentalmente a tres periodos: al de los años previos a la Primera Guerra Mundial [1900-1914], al periodo de entreguerras [1918-1939], y al periodo posterior a la II Guerra Mundial [1945-]³. En otras ocasiones, excepcionalmente podríamos decir, se llega hasta la época de la codificación napoleónica para ubicar un antecedente del *principio de oportunidad*⁴. Sin embargo, sería pertinente buscar manifestaciones de este principio desde fechas más remotas.

Los primeros antecedentes escritos de codificación penal se encuentran en el Código de HAMMURABI y si bien éste no fue el primer legislador de la Historia, como hasta algunos años se había creído, sí aventajó en metodología y visión jurídicas a los que le precedieron en el tiempo⁵. Por supuesto, esta labor codificadora no puede entenderse cobijada dentro del contenido que en la actualidad se le otorga al *principio de legalidad*, como una garantía formal para las personas frente al ejercicio del poder punitivo del Estado; más bien, esta codificación representa lo que podríamos considerar como una amable concesión de HAMMURABI frente a sus súbditos: es decir, el código babilónico no surge como una conquista política para establecer la órbita de potestades del soberano sino que es un catálogo escrito de los deberes de los súbditos. Importa destacar que este código estableció una serie de reglas de Derecho de

³ Vid. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, pág. 52: «En la evolución histórica, cabe diferenciar tres etapas: la primera anterior a la primera guerra mundial; la segunda en el período interguerras y, finalmente, la posterior a la conclusión de la segunda confrontación, cuyas características se mantienen invariables actualmente».

⁴ Vid. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 30: «Hasta el Código procesal penal de 1808 no se mencionaba para nada el p. de oportunidad. El Código napoleónico se fundamentaba en el p. de legalidad. Con la entrada en vigor del Código de instrucción criminal, se fue poniendo en práctica la costumbre –regulada después a través de una circular del Ministerio de justicia– de archivar los asuntos sin gran significado y que afectaran poco al orden público. Esta dirección alcanzó reconocimiento jurisprudencial a través de una sentencia de la «Chambre Criminelle» del Tribunal Supremo de 1826».

⁵ Cfr. [HAMMURABI], *Código de Hammurabi*, cit., pág. 39.

cumplimiento *inexorable*, dentro de las cuales nos interesa resaltar las contenidas en las leyes 196 y 200:

«196.- Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor se le reventará su ojo».

«200.- Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes»⁶.

En estas leyes se aprecia claramente la fórmula del Talión⁷, aplicable en dos supuestos de lesiones corporales. Ocho siglos después, La Ley de las XII Tablas recoge la ley del Talión, pero superándola⁸. En efecto, en esta ley encontramos una salida alternativa a la *inexorable* fórmula talional establecida en el Código de HAMMURABI, evidenciando, a nuestro modo de ver, una aplicación de lo que podría considerarse actualmente una aplicación del *principio de oportunidad* en sentido amplio, concepto con el cual se abarcarían todos los instrumentos tanto de índole penal como procesal penal, que suponen un tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo⁹. La fórmula alternativa establecida en la Ley de las XII Tablas

⁶ Cfr. [HAMMURABI], *Código de Hammurabi*, cit., pág. 114.

⁷ Vid. F. BETANCOURT-SERNA, *Derecho romano clásico* (ed. revisada y aumentada), Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de publicaciones), 2007, págs. 49-50: «Como es sabido, la primera formulación histórica, es decir, escrita o textual de la «ley del Talión» aparece en el denominado código de HAMMURABI; rey asirio de Babilonia entre el 1728 a. C. - 1686 a. C. y coetánea del patriarca ABRAHAM. Una segunda formulación escrita antigua aparece en una de las obras del patriarca MOISÉS, coetáneo de RAMSÉS II (1290 a. C. - 1224 a. C.) y su sucesor MENAPATH (1224 a. C. - 1214 a.C.), de la XIX Dinastía; en el *Éxodo* 21, 1: “He aquí las leyes que les propondrás: [...] 21, 23-26: Pero si se sigue accidente mortal, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”».

⁸ Así lo expone, F. BETANCOURT-SENA, *Derecho romano clásico*, cit., pág. 50.

⁹ De esta manera presenta su concepto, T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», en: *Un “Codice tipo” di procedura penale per L’America Latina: Memoria del Congreso Internacional, Roma 1991*, Padova, CEDAM, 1994, pág. 273. O, en palabras del Prof. G.

8.2, –distribuimos los términos del precepto decenviral por líneas–, dispone que:

<i>Si membrum rup <s>it, ni cum eo pacit, talio esto.</i>	Quien ha roto (amputado) un miembro a otro, Si no llega a un pacto con él, Habrá de someterse a la ley del Talión ¹⁰ .
---	---

Se ve claramente como entre el *supuesto de hecho* «*Quien ha roto (amputado) un miembro a otro*», y la *consecuencia jurídica* «*Habrá de someterse a la ley del Talión*», se introduce la alternativa a ésta: «*llegar a un pacto <de indemnización pecuniaria>*». Por tanto, el hecho de pactar con la *víctima* presenta la posibilidad de no aplicar el Talión, presentando pues, reiteramos, una salida alternativa al conflicto entre víctima y victimario, constituyendo según nuestra opinión la primera manifestación documentada del *principio de oportunidad*¹¹.

JAKOBS, «*la solución de conflictos sin pena*»; cfr. G. JAKOBS, *Derecho penal...*, cit., págs. 14 y ss.

¹⁰ Vid. F. BETANCOURT-SERNA, *Derecho romano clásico*, cit., pág. 50; también CH. DE MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes* [1748] (trad. de M. Blasquez y P. De Vega), Madrid, Tecnos, 1972, pág. 111 y 112: «La ley de las Doce Tablas la admitía [Ley del Talión] en dos casos: condenaba al talión sólo cuando no había podido calmar al litigante. Después de la sentencia se podían pagar los daños y perjuicios, y la pena corporal se convertía en pecuniaria». Sobre las leyes de contenido penal en las XII tablas, vid. A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de la XII Tablas*, Málaga, Secretariado de publicaciones de la Univ. de Málaga, 1988. Para una aproximación al texto completo de las XII Tablas, vid. C. RASCÓN GARCÍA y J. M. GARCÍA GONZÁLEZ (Eds. y trads.), *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, ³2003.

¹¹ Vid. F. BETANCOURT-SERNA, *Derecho romano clásico*, cit., págs. 49-50: «Con anterioridad a este *mos maiorum* –que puede ser anterior a la misma ley de las XII Tablas–, la injuria en su modalidad de la ruptura (amputación) de un miembro corporal se perseguía mediante la venganza de la familia o *gens* de la víctima; esa venganza era desproporcionada a la injuria causada. Con el *mos maiorum* –que aparece en la ley de las XII Tablas–, en el cual se contempla la ley del Talión, esa venganza adquiere proporcionalidad y, en este sentido, la ley talional fue un progreso jurídico. Sin embargo, en esa misma disposición decenviral, se supera la ley del Talión mediante el pacto (voluntario) de la indemnización pecuniaria. El siguiente paso, será el de la indemnización pecuniaria *ex lege*».

Entendemos que la doctrina procesal concibe la *oportunidad* como una alternativa a la *legalidad*, cuando esta última es apreciada según la concepción liberal¹², y por tanto no admitiría la tesis que aquí se plantea; tampoco la admitirían quienes consideran que debe haber una clara diferenciación en la regulación de los conflictos de carácter penal y civil¹³. Con todo, es pertinente realizar la contraposición *legalidad-oportunidad* –entre la inexorable aplicación del talión y la alternativa del pacto entre los involucrados en el conflicto– siendo conscientes, obviamente, de las diferentes fundamentaciones, políticas, filosóficas, morales y religiosas, de la reacción punitiva, que van cambiando con el transcurso del tiempo y con las vivencias de las sociedades¹⁴.

De lo dicho hasta aquí, queda en evidencia que el factor común de las soluciones alternativas frente a la respuesta penal ha sido el *pragmatismo*. Con todo, éste no debe ser utilizado con una fundamentación netamente formal para justificar el desconocimiento de las garantías procesales. Al contrario, *el recurso al pragmatismo* debe nutrirse de contenidos materiales para fundamentar constitucionalmente las soluciones alternativas a la respuesta punitiva adelantada por medio del proceso penal.

2. Oportunidad y principios: una relación necesaria

Es común y frecuente que se presente una relación inversamente proporcional entre la criminalización primaria frente a la criminalización secundaria; en otras palabras, la conductas que el legislador criminaliza,

¹² Vid. P. A. R. VON FEUERBACH, *Tratado de derecho penal...*, cit., pág. 93.

¹³ Así, por ejemplo, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 52: «En el procedimiento germánico no cabía contrastar el p. de legalidad y el de oportunidad por estar entremezclados los asuntos penales y civiles».

¹⁴ Vid. C. ROXIN, «*Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión*» (trad. de D. M. Santana Vega), en: *ADPCP*, vol. 59, 2006, págs. 5-24.

definiéndolas como delictivas en la ley, no son susceptibles de ser aplicadas –en su gran mayoría– por el proceso penal, independientemente de que éste presente una estructura inquisitiva o acusatoria. De ello da fe, como se mencionó con anterioridad, hasta el derecho babilonio. En época más cercanas a nosotros, ya desde el siglo XIX se ponía el acento en la necesidad de acudir a mecanismos alternativos dentro del proceso penal para procurar una aplicación satisfactoria del Derecho penal¹⁵. Esa misma línea era propuesta a comienzos del siglo XX, pero procurando desde una perspectiva sustantiva que los jueces encargados de aplicar el Derecho penal material prescindieran de las conductas bagatelarias, reivindicando de esa manera la aplicación del principio de intervención mínima en sede judicial¹⁶. La Memoria del Fiscal ante el Tribunal Supremo en la apertura de los tribunales durante el año 1923 proponía una simplificación en los trámites del proceso penal para buscar una aplicación cumplida de la ley penal, que ya para ese entonces se diagnosticaba como

¹⁵ En efecto, el entonces Fiscal del Tribunal Supremo veía la conformidad como una salida más que justificada para los problemas logísticos que implicaba la administración de justicia en la islas Canarias y Baleares; al respecto *vid.* [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno...* cit., págs. 10-11 y 12, respectivamente: «Afortunadamente, como la criminalidad en aquellas islas [Canarias] es menor que en la mayor parte de las provincias continentales, y como la casi totalidad de los delitos son de pena correccional, esas dificultades [las logísticas] no son tan graves como lo serían en otras comarcas, y en muchos procesos se ha utilizado con satisfactorio éxito el procedimiento de conformidad [...] «Por fortuna también para aquellas Islas [Baleares], la criminalidad allí no es tanta, como en la mayor parte de las provincias de la Península; pero las expresadas circunstancias geográficas son bastantes para que, sin una medida especial respecto á dichas Islas, pueda considerarse casi imposible que prospere en las mismas el nuevo procedimiento. Dentro de la legislación actual, el único remedio que el infrascrito se permite indicar, es el mismo que ha propuesto relativamente á las Islas Canarias [La conformidad]».

¹⁶ *Vid.* F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal* t. II (trad. de la ²⁰alemana por L. Jiménez de Asúa; adicionado con el Derecho penal español por Q. Saldaña), Madrid, Reus, ²1927, págs. 16 y 17: «Nuestra legislación actual hace de la pena, como medio de lucha, un empleo superabundante. Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio “*minima no curat praetur*”, bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal (*sic*), bien como regla de derecho material (impugnación (*sic*) por la insignificancia de la infracción)».

preocupante¹⁷. También durante el Quinto Congreso Internacional de Derecho Penal –celebrado en Ginebra los días 28 al 31 de julio de 1947–, se debatió sobre el tema de las soluciones alternativas al proceso penal, encargándole a un comité especial preparar un estudio –para una posterior discusión– sobre el principio de oportunidad como alternativa al de legalidad¹⁸. Revisando las actas de dichos congresos se observa que sólo hasta 1984 –en el decimotercero de ellos, celebrado en El Cairo– se volvió sobre el tema realizando planteamientos sobre mecanismos alternativos de desjudicialización¹⁹.

Las soluciones que tradicionalmente se han formulado para tratar de aliviar esa descompensación entre el derecho sustantivo y su aplicación han sido fundamentadas, las más de las veces, con argumentos de tipo formal y preponderantemente económicos. Hoy en día, en medio de una expansión desmesurada del Derecho penal y cuando la crisis en la justicia penal llega a unos niveles francamente cuestionables²⁰, el análisis económico del derecho

¹⁷ Vid. J. LLADÓ Y VALLÉS, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre del año 1923*, Madrid, Reus S.A., 1923, pág. XXVIII: «La necesidad de abreviar trámites y evitar dilaciones en el procedimiento penal, sigue siendo de imperiosa actualidad; y lo más grave es que cuanto más tiempo pasa sin que a pesar de cuanto se habla y se escribe se logre el remedio, más desesperanzados de que se logre van quedando aquéllos a quienes interesa la solución, que son todos los amantes de la justicia».

¹⁸ Cfr. J. L. DE LA CUESTA (Ed.), *Resolutions of the Congresses...*, cit., pág. 38.

¹⁹ Cfr. J. L. DE LA CUESTA (Ed.), *Resolutions of the Congresses...*, cit., págs. 118 a 124.

²⁰ Una aproximación al estado actual del sistema judicial español, con una visión muy crítica, lo presenta A. NIETO, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, en concreto, en las págs. 81 y 82, de donde destacamos lo siguiente: «Las extraordinarias demoras de tramitación que tanto eco han encontrado en los justiciables y en la opinión pública, se han convertido en la pesadilla oficial hasta tal punto que las nuevas medidas se han ideado para remediar esta lacra a través de una amplia batería de medidas inequívocamente enderezada en esta dirección [...] En su consecuencia la lógica nos promete que con más jueces y menos asuntos, los juzgados se desatascarán y los ciudadanos irán recobrando su confianza en el sistema judicial [...] Convertir a la administración de Justicia en una operación informática –y parece que vamos para ello– sería una catástrofe [...] La

presenta un arsenal de instrumentos para potenciar las soluciones a dicha crisis²¹. El problema surge cuando desde esta perspectiva, so pretexto de buscar la productividad de la justicia penal y, por tanto, su eficiencia, se pasa de largo frente a los principios que operan como límites a los fundamentos material y formal del *ius puniendi*²². En efecto, en cuanto a los principios derivados del fundamento material se proponen instituciones que desconocen los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal, entre muchos otros. En relación con los límites de carácter formal, se crean mecanismos procesales que potencian el resquebrajamiento de algunas garantías constitutivas del debido proceso; muestra de ello son los continuos ataques a la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el Estado y el derecho a no autoincriminarse, entre otros²³.

El problema del enfoque netamente formal y económico también se manifiesta en la reconfiguración de los elementos materiales que sirven de base a la fundamentación del juicio penal. Es decir, la categorías dogmáticas que integran el concepto de delito quedan vacías de contenido ante las soluciones *eficientistas* que buscan salidas negociadas al juicio. El concepto de proceso penal en sí mismo queda reducido a un solo acto en el cual se verifica el objeto de la negociación entre acusadores y acusado; y, ciertamente, todo ello, más

imagen «moderna» de la Justicia sigue con los ojos vendados aunque en lugar de espada y balanza lleve en la mano un ordenador portátil».

²¹ Sobre ello *cfr.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 23.

²² W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., pág. 33: «El moderno Derecho penal también tiene sus costos que inciden sobre todo en las garantías tradicionales del Estado de Derecho». En igual dirección apunta el planteamiento de J. B. J. MAIER, «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?», cit., pág. 110.

²³ *Vid.* A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, cit., pág. 54: «El análisis económico va, en efecto, hasta considerar los derechos de las partes, tanto substanciales como procedimentales, como bienes de los cuales éstas pueden disponer libremente en función de sus propios intereses».

que opciones son claudicaciones ante el paso avasallante del Derecho penal expansionista²⁴. De hecho, es claro que todas las reformas al proceso penal orientadas por fines económicos tienen el objetivo común de tratar de eliminar la etapa de instrucción como presupuesto de la fase de enjuiciamiento²⁵. Y ello fundamentalmente por los altos costos que implica el desarrollo de esa etapa, sobre todo si se tiene en cuenta que es en ella donde los acusadores deben obtener los elementos que les permitan desvirtuar la presunción de inocencia durante el juicio. Desde el análisis económico del Derecho, la presunción de inocencia es vista como un lujo que un Estado moderno no puede asumir²⁶.

El Estado que proclama cada vez más leyes penales –y así se va expandiendo en el plano del *deber ser*–, muestra una faceta completamente distinta cuando de aplicar la ley sustantiva se trata: allí se reduce al mínimo posible, pasando de las obligaciones que ha asumido constitucionalmente²⁷. El reto está en buscar una modulación entre los fines del sistema penal y los presupuestos económicos del Estado, porque es indudable el desgaste de la imagen que presentan tanto para éste en general como para su administración de justicia cuando se colocan los planteamientos económicos por encima de los

²⁴ Así, W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., pág. 39.

²⁵ Con planteamiento similar, *cfr.* M. I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Univ. de Valladolid, 1999, pág. 102.

²⁶ *Vid.* W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., pág. 36: «Y como un proceso penal con todas las garantías del Estado de Derecho cuesta tiempo y dinero, empieza a darse, y no por casualidad, en los sectores que caracterizan el moderno Derecho penal, los llamados «acuerdos» que se llevan a cabo en el proceso penal entre la acusación y la defensa, como una forma de solución del conflicto. Y es lógico que así sea porque las nuevas capacidades del moderno Derecho penal no pueden lograrse con los principios tradicionales del Derecho procesal penal».

²⁷ *Vid.* E. R. ZAFFARONI, «*El sistema penal ante las exigencias del presente*», cit., pág. 15: «El sistema penal progresivamente va vendiendo más ilusiones y cada vez menos realidades». Una posición crítica, en esa misma línea, es presentada por S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., 2004, pág. 23.

principios²⁸. La modulación propuesta debe estar orientada, indudablemente, por los principios generales inherentes al Estado social de Derecho. Así, ello se puede y debe aplicar con políticas de despenalización y de desjudicialización, lo cual conllevaría a reconocer un principio como el de oportunidad orientado hacia los fines de la pena desde una base material que sirva para su configuración y regule su aplicación²⁹.

II. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Como ya se ha dicho, la huida permanente hacia el Derecho penal deja en evidencia la descompensación que se presenta entre la criminalización primaria y secundaria. Es evidente que el gran número de leyes penales sustantivas siempre han desbordado la capacidad de los órganos encargados de su aplicación. De allí que el mismo legislador penal cuando crea los delitos, simultáneamente presente alternativas legales para su *despenalización* o *desjudicialización*. Ello no deja de resultar paradójico, porque por un lado se envía el mensaje a la sociedad de una creciente expansión del Derecho penal que busca controlar por medio de la amenaza de la pena la enorme cantidad de riesgos propios de la sociedad actual; mientras que por la puerta de atrás, el mismo legislador –que le vende la promesa punitiva a sus electores– es el que

²⁸ Vid. A. ESER, «Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la privatización del proceso penal?», cit., pág. 64: «[...] cabe señalar que la credibilidad en la justicia penal puede resultar ligeramente perjudicada cuando, por mor de un dudoso ahorro de tiempo y de medios, quiere renunciarse a posiciones del acusado conquistadas con dificultad»; asimismo, A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 68: «Porque sacrificar principios rectores del proceso y garantías del administrado al rendimiento estadístico del sistema no es una política recomendable. Y transmite, además, una muy negativa imagen de la justicia criminal: privada, oportunista, nada igualitaria, negocial, que daña en la percepción social al propio sistema».

²⁹ En sentido similar, aunque matizando la propuesta aquí presentada en relación con los fines de la pena, *cfr.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., págs. 27 y 28.

inserta en el ordenamiento jurídico los mecanismos que permitan eludir la imposición o la ejecución de la consecuencia jurídica³⁰.

Estos criterios de *despenalización* y de *desjudicialización* conforman un universo muy variado –si tomamos en consideración su naturaleza y las consecuencias de su aplicación– no obstante lo cual se suelen agrupar bajo el rótulo común del *Principio de oportunidad*³¹. Vistas así las cosas, estimamos conveniente realizar una clasificación de cada una de estas alternativas buscando determinar cuáles de estos criterios pueden ser considerados técnicamente pertenecientes al principio de oportunidad, siendo conscientes de la enorme dificultad que ello entraña³². Por esta razón hay quienes estiman que es más conveniente regular desde el mismo Código Penal todas las hipótesis que impliquen despenalización y desjudicialización en aras de garantizar la garantía de la legalidad³³.

³⁰ Asimismo, *vid.* S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., págs. 191 y 192: «[...] para paliar esas consecuencias que se derivan de las normas penales se acude a mecanismos en el proceso que ofrecen al intérprete una verdadera patología mental de doble personalidad, esto es, el endurecimiento de la normativa penal [...] y la pretensión de paliar la situación con medidas que, en aras de esa anhelada eficiencia de la justicia, abogan por instrumentos procesales que suavizan las consecuencias jurídico penales».

³¹ *Vid.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 35: «Ahora bien, evidentemente bajo el concepto de principio de oportunidad se están agrupando una serie de instituciones que, salvo el hecho de que todas implican un mayor o menor grado de disponibilidad de las obligaciones procesales de los órganos de persecución, muy poco tienen que ver entre sí».

³² Así, T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., pág. 271.

³³ *Vid.* J. BAUMANN, *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 63: «La mejor solución consistiría en limitar la punibilidad en el derecho material». Asimismo, *vid.* T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., pág. 279: «[...] me parece más respetuoso con los principios constitucionales y de un Estado de Derecho, utilizar criterios de oportunidad, no sólo en sede del Código penal y como manifestación de la facultad –atribuida al poder legislativo– de establecer lo que es delito, y por ende debe ser perseguido, sino, atribuyendo su aplicación y exégesis a los órganos jurisdiccionales, como únicos intérpretes de la Ley».

1. Despenalización y desjudicialización

Frecuentemente se habla de despenalización y desjudicialización como términos sinónimos o de significación equivalente. Con todo, tanto su fundamentación, su naturaleza y sus consecuencias dejan en claro que se trata de conceptos muy diferentes. Conviene, pues, delimitar qué se ha de entender por *despenalización* y *desjudicialización*³⁴ para comenzar a sentar las bases de una posterior definición del principio de oportunidad³⁵.

A. Despenalización

La despenalización, en términos generales, surge fundamentalmente de la potestad legislativa y se manifiesta a través de la libre voluntad del legislador –en armonía con la Constitución– de configurar el ordenamiento jurídico-penal de acuerdo con el principio de reserva legal eliminando de éste la posibilidad de imponer una pena a determinadas conductas. Su fundamento se encuentra en la concepción instrumental de la pena, lo que determina que en ciertos casos se pueda prescindir de ésta, por no ser necesaria su aplicación, ya que no cumpliría ninguno de los fines asignados³⁶.

1) Clases

La despenalización puede ser de dos clases: *legislativa* o *directa* y *despenalización judicial* o *indirecta*. Ahora bien: la *despenalización legislativa*

³⁴ Cfr. E. PEDRAZ PENALVA *et al.*, *Derecho procesal penal* t. I, Madrid, Colex, 2000, págs. 174 y 175.

³⁵ Vid. J. BAUMANN, *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 62: «Se acostumbra resumir las excepciones al principio de legalidad recurriendo a la expresión genérica *principio de oportunidad*. No es completamente acertada, porque cuando se presentan excepciones, no se trata siempre de oportunidad, sino de intereses y presupuestos jurídicos diferentes [...] El principio de legalidad sufre excepciones sobre la base de criterios referidos a la economía procesal; otras señalan tramas jurídico-materiales o pretenden lograr objetivos político-criminales determinados [...]».

³⁶ Vid. *supra*, Cap. II, II, 1, B.

o *directa* opera cuando el legislador modifica la ley penal sustantiva y deroga conductas que previamente se consideraban como delictivas dentro del ordenamiento penal sustantivo. Fundamentalmente se trata de una valoración con carácter general y abstracto que busca adecuar el catálogo punitivo a las necesidades sociales en un contexto determinado; puede decirse –utilizando el lenguaje editorial– que el legislador descataloga una serie de conductas que antes consideraba susceptibles de punición. Así, entonces, se realiza una modificación del Código Penal sustrayendo una conducta de la posibilidad de ser penada³⁷. Esta despenalización tiene su manifestación dentro de la *criminalización primaria*³⁸.

La *despenalización judicial o indirecta* consiste en la aplicación –de manera discrecional u obligatoria– por parte del órgano jurisdiccional de supuestos de hecho creados por el legislador que posibilitan sustraer una persona de la persecución penal, obviar la imposición de la pena, atenuar la pena a imponer o modificar la ejecución de ésta. Dentro de estos supuestos aparecen algunos cuya naturaleza es claramente sustantiva o procesal; con todo, existen hipótesis de una naturaleza mixta, de donde se infiere que su resorte penal sustantivo o procesal penal no es fácil de establecer.

La *despenalización judicial o indirecta* tiene su aparición dentro de la *criminalización secundaria* o fase de aplicación de la ley³⁹. Esta forma de despenalización se manifiesta de dos maneras, así: la primera consiste en la potestad que el legislador le concede al Juez para disponer discrecionalmente

³⁷ Vid. J. WESSELS, *Derecho penal: parte general* [ed. alemana ⁶1976] (trad. de C. Finzi), Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 144: «*Prescindir de la pena es renunciar a la imposición de una pena; esta renuncia se basa en la negación de la necesidad de castigar*».

³⁸ Vid. *supra*, Cap. I, 1, A.

³⁹ Vid. *supra*, Cap. I, 1, B.

sobre la aplicación o ejecución de la pena de conformidad con la circunstancias del caso en concreto y atendiendo a los fines que se le asignan a aquella. Un claro ejemplo es la no imposición de pena por el delito cometido por presentarse una *poena naturalis*; en esta hipótesis la imposición de la pena establecida en la ley penal resulta *innecesaria*, los efectos del delito –fundamentalmente en conductas culposas– recaen sobre su autor y resultan ser más graves que la pena a imponer. Igualmente, cabe en este apartado la posibilidad que se le otorga al Juez para imponer discrecionalmente algunas consecuencias jurídicas⁴⁰, como ocurre con varias hipótesis de las penas accesorias.

También deben ser ubicadas aquí las hipótesis de los hechos *post-delictivos positivos*⁴¹ que aminoran o excluyen la pena, como son la reparación del daño⁴², la confesión⁴³ y la colaboración con las autoridades que realice el *arrepentido procesal*⁴⁴. En Colombia también está regulada en la ley, concretamente en la procesal, la figura del arrepentido procesal, bajo la denominación de *colaboración eficaz con la justicia*⁴⁵. A diferencia del ordenamiento español, donde es reconocida como una causal de atenuación punitiva, en el colombiano es una causal de aplicación del principio de

⁴⁰ Vid. *supra*, Cap. II, III.

⁴¹ Cfr. G. FREUND, «La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema» (trad. de G. Pérez Sanzberro y E. Garro Carrera), en: A. ASUA BATARRITA y E. GARRO CARRERA (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, Univ. del País Vasco, 2009, págs. 43 y 44.

⁴² Cfr. CPE art. 21.5 y CP art. 55 num. 5 y 6.

⁴³ Cfr. CPE art. 21.4.

⁴⁴ Cfr. CPE art. 579.3 y 376; para una aproximación la figura del arrepentido téngase en cuenta a M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, Madrid, Edersa, 1996.

⁴⁵ Cfr. CPP art. 324 num. 4, 5, 16 y 17; también CPM art. 493 parág.; *vid infra*, Cap. VIII, II, 1.

oportunidad reglada en el CPP⁴⁶ lo que conlleva además la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal por la FGN; cabe agregar que en este ordenamiento hace su aparición como una modalidad de negociación con la Fiscalía penal militar según lo dispone el CPM en el art. 493 párrafo.

También puede situarse en este apartado el perdón del ofendido cuando se aplica como excluyente de la pena en los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio⁴⁷, y en las faltas perseguibles a instancia de parte⁴⁸. Sin embargo, queda la duda en cuanto si es susceptible de ser ubicado dentro de esta forma de despenalización el *perdón*, cuando opera en los delitos de calumnia e injuria como una excluyente de la responsabilidad penal y no de la pena en concreto, porque en ese evento se excluiría el presupuesto y no la consecuencia. En armonía con la interpretación sistemática del CPE, buscando la materialización de la igualdad, debe entenderse por tanto que el perdón del ofendido excluye la pena en los delitos de calumnia e injuria⁴⁹.

La segunda forma de manifestarse la *despenalización judicial* o *indirecta* ocurre cuando el legislador obliga al Juez a no imponer la pena en determinados casos, como cuando la persona *subjudice* es titular de inmunidad o indemnidad, las cuales, en realidad, significan privilegios personales de impunidad para determinadas personas, pero que dejan intacta la punibilidad de la acción misma⁵⁰; en todo caso, la condición personal que fundamenta la

⁴⁶ Cfr. CPP art. 324.

⁴⁷ Cfr. CPE art. 201.3.

⁴⁸ Cfr. CPE art. 639 párr. 3.

⁴⁹ Cfr. CPE arts. 130.5 y 215.

⁵⁰ Así, E. von BELING, *Esquema de Derecho penal [Grundzüge des Strafrechts, 11 1930]* (trad. de SOLER, Sebastián), Buenos Aires, Librería El Foro, 2002, pág. 87. Sobre el mismo asunto, cfr. J. F. HIGUERA GUIMERA, «Las condiciones objetivas de punibilidad y la

impunidad debe estar presente antes de la comisión del delito⁵¹. A diferencia de las anteriores, la *inviolabilidad* implica una exclusión total, no de la pena, sino de la responsabilidad penal; es decir, el titular de la inviolabilidad no puede ser ni siquiera sujeto de un procesamiento para determinar una hipotética responsabilidad. Dicha hipótesis se verifica en España con el caso del Jefe de Estado⁵². Así pues, la inviolabilidad es una institución sumamente especial que no encuadra dentro de los criterios de despenalización, porque, como ya se indicó, con ésta no se excluye la pena sino que se establece la imposibilidad de declarar en cualquier caso la responsabilidad penal.

También se manifiesta este tipo de despenalización –*la indirecta*– cuando el Juez debe tener en cuenta para determinar la pena las condiciones objetivas de punibilidad⁵³ o las excusas absolutorias legales. En ambos tipos de disposición normativa se discute su naturaleza, bien porque impliquen un quebrantamiento del principio de culpabilidad, como en el caso de las

excusas absolutorias», en: CEREZO MIR, José *et al.* (Eds.), «*El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*», Granada, Comares, 1999, págs. 387-410.

⁵¹ Vid. J. WESSELS, *Derecho penal...*, cit., pág. 143: «Las causas personales de exclusión de la pena son las circunstancias previstas legalmente, cuya existencia produce *de antemano la impunidad* y que deben haber existido *en el momento de la comisión del hecho*. Su denominación no explica, por cierto, cómo se fundamenta, en el caso particular, la liberación de la pena».

⁵² Cfr. CE art. 56.3.

⁵³ Cfr. J. WESSELS, *Derecho penal...*, cit., pág. 142; asimismo, vid. J. C. FERRÉ OLIVÉ, «*Punibilidad y proceso penal*», cit., págs. 12 y 13: «Las condiciones objetivas de punibilidad (*objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*) son requisitos que el legislador ha añadido en los correspondientes preceptos penales, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad. Son elementos imprescindibles para poder imponer la pena, y aunque aparecen formalmente entre los elementos que describen la conducta prohibida no forman parte del tipo penal. Estas condiciones se caracterizan por su formulación positiva, condicionan directamente la pena o la entidad de dicha sanción, sin que deban ser abarcados por el dolo del autor (de ahí su carácter *objetivo*). En consecuencia, el error referido a estas condiciones carece de relevancia jurídica. El autor puede desconocer su presencia, y el hecho seguirá siendo punible. Las condiciones objetivas de punibilidad pueden o no concurrir en el caso concreto, y eso es lo único que debe ser motivo de comprobación. Si la condición no concurre, el hecho resultará impune para todos los intervinientes».

condiciones de objetivas de punibilidad, o bien porque impliquen un desconocimiento del grado de injusto penal. De ahí pues que se consideren como manifestaciones particulares de la política criminal orientadas por criterios de oportunidad⁵⁴.

B. Desjudicialización

La *desjudicialización* también tiene su aparición durante la criminalización secundaria. En términos amplios, la desjudicialización busca minimizar el volumen de asuntos que puedan llegar a conocimiento de la jurisdicción penal. En un sentido estricto, la desjudicialización puede ser *directa* o *alternativa*. Su fundamento se encuentra principalmente en la búsqueda de la economía procesal, racionalizando, por tanto, el uso de los recursos humanos, materiales y presupuestales⁵⁵. También tienen especial consideración como bases de la desjudicialización los objetivos político-criminales que persiga el legislador penal en un momento dado. Dichos objetivos pueden consistir en atenuar las consecuencias políticas de la aplicación efectiva del Derecho penal sustantivo a un caso concreto. A veces, es conveniente para el Estado disponer de un margen de discrecionalidad que le permita prescindir de la judicialización de determinados casos con relevancia penal para buscar su solución por vías alternativas⁵⁶.

⁵⁴ Vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 97: «La existencia de «condiciones objetivas de punibilidad» o «excusas absolutorias» basadas en puras razones de oportunidad y no de justicia [...] Son todas éstas instituciones que contradirían una concepción absoluta de la pena, pues miran a la conveniencia político-criminal». Sobre la relación entre sobreseimiento y excusas absolutorias, presenta unas interesantes consideraciones J.-L. GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 158-161.

⁵⁵ Así, L. M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar...*, cit., pág. 18.

⁵⁶ Un buen ejemplo de ello es la hipótesis contemplada en el CPP art. 324 num. 14 como una causal de aplicación del principio de oportunidad; allí dispone la ley que se puede prescindir discrecionalmente del ejercicio de la acción penal «Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se

A estos fundamentos de la desjudicialización se les suele criticar porque comportan un atentado contra la objetividad de la justicia y la autonomía funcional del Derecho⁵⁷. En efecto, es pertinente reconocer que la desjudicialización implica un replanteamiento de la simple legalidad, pero es precisamente eso lo que buscan las fórmulas alternativas en ella incluidas: una solución acorde a cada una de las particularidades de la situación con relevancia penal. En cuanto a la autonomía funcional del Derecho bien es cierto que, so pretexto de buscar la reducción de costes económicos, se termina por desconocer garantías procesales que erosionan el sustrato del proceso en sí. Por tanto, para que las vías de desjudicialización tengan legitimidad dentro del Estado constitucional deben estar direccionadas por los criterios principialísticos establecidos en la Constitución; de esa forma sus fundamentos y criterios de aplicación serán de naturaleza prevalentemente material.

1) Clases

La desjudicialización es *directa* cuando se evita con *filtros formales* que las conductas delictivas susceptibles de punición lleguen a ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal. De otro lado, la desjudicialización es *alternativa* cuando las conductas delictivas son objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional penal y desde allí se busca su solución por vías legales equivalentes al pronunciamiento judicial⁵⁸; otro tipo de esta desjudicialización se presenta cuando se evita el desarrollo ordinario o regular del proceso,

produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas [...]». En España, con el famoso caso del pesquero Alakrana, se echó de menos una solución de este tipo que permitiese la liberación de los secuestradores imputados a cambio de la liberación de los rehenes.

⁵⁷ En ese sentido, L. M. DÍEZ-PICAZO, *El poder de acusar...*, cit., pág. 20.

⁵⁸ Sobre el concepto de equivalentes jurisdiccionales, *cf.* N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Cuestiones de terminología procesal*, México, Instituto de Investigaciones Científicas UNAM, 1972, págs. 192 a 195.

disponiendo del contenido de la pretensión penal, aun cuando la acción penal se extinga por agotamiento, como ocurre en los supuestos de conformidad⁵⁹.

Según lo manifestado, salta a la vista cómo el principio de oportunidad, en la medida que busca establecer alternativas al procedimiento y no procedimientos alternativos⁶⁰, puede ser catalogado como un ejemplo de *desjudicialización alternativa*. Aunque nada obsta para que algunos supuestos establecidos en la ley puedan tener una doble ubicación, como mecanismos de despenalización indirecta y de desjudicialización alternativa, lo cual ocurre fundamentalmente con todas aquellas figuras que hacen parte de la denominada *justicia premial*, según se verá en los acápites posteriores.

Por tanto, de cara a la construcción de una definición del principio de oportunidad⁶¹ conviene delimitar los supuestos de carácter penal y procesal que pueden ser considerados como de *desjudicialización directa* o *filtros formales a la criminalización secundaria*, para descartar las hipótesis que no deben ser incluidas dentro del mencionado principio.

a) Filtros formales a la criminalización secundaria

Los *filtros formales a la criminalización secundaria* son mecanismos establecidos en la ley que buscan evitar el conocimiento por parte de la jurisdicción penal de conductas susceptibles de punición. Estos mecanismos pueden ser de naturaleza penal sustantiva o procesal, pero delimitarla en cada

⁵⁹ *Vid. infra*, Cap. V.

⁶⁰ Así, L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 32. Con una propuesta crítica sobre este punto, *cfr.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 751.

⁶¹ *Vid. infra*, Cap. IV, III, 3.

uno ellos a veces no es tarea fácil⁶². Dicha labor se complica más aun si tenemos en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española data de una fecha en la cual apenas estaba naciendo el Derecho procesal como ciencia y la concepción dogmática del delito –tal cual hoy se conoce– ni siquiera se había planteado. Con todo, es claro que en este tema se evidencia una vez más la estrecha relación que existe entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal⁶³.

La doctrina ha ensayado algunos criterios para tratar de diferenciar la naturaleza de las diversas hipótesis. Así, por ejemplo, se ha dicho que dependiendo de la utilidad del elemento para fundamentar o excluir la

⁶² Vid. G. JAKOBS, *Derecho penal...*, cit., pág. 411: «La delimitación entre Derecho sustantivo y procesal no sólo se discute en los casos concretos, sino también a nivel de principio. La delimitación tampoco se puede realizar con criterios generales, sino a lo sumo por ámbitos objetivos (determinación de los tipos, exigencias del procedimiento probatorio en el proceso, etc.); y es que, según su función, se delimita de modo distinto». Conviene advertir que el Prof. JAKOBS no diferencia los criterios como se propone en este trabajo, sino que los agrupa todos –tanto los de despenalización como de desjudicialización– bajo la denominación de «*excepciones a la punibilidad*». En el mismo sentido, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. I, cit., pág. 36. También, T. MUÑOZ ROJAS, «*Acerca de las condiciones del proceso penal y de la pena*», en: *RDP*, n.º II, 1965, pág. 72: «No es tarea fácil la de separar lo que condiciona el proceso penal y lo que condiciona la sanción penal. Puesto que el derecho de penar está condicionado por el proceso penal, *nulla poena sine iudicio*, la exclusión de la pena, como veremos más adelante con mayor amplitud, puede conseguirse de dos modos principales: directamente, a través de una norma que obligue al órgano judicial a absolver, o, indirectamente, excluyendo, por medio de obstáculos procesales, el proceso penal en el supuesto determinado y prefijado»; igualmente, G. FREUND, «*Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del Derecho penal*», cit., pág. 94: «[...] aparecen instituciones que, tratadas de forma superficial, poseen un carácter meramente procesal, pero que, en realidad son desarrollos y concreciones del Derecho penal sustantivo y de la determinación de la pena» y J. C. FERRÉ OLIVÉ, «*Punibilidad y proceso penal*», cit., págs. 8 y 9 quien se pregunta, además, si es posible integrar en la punibilidad los presupuestos procesales. Vale la pena reseñar en este punto un excelente trabajo donde se presenta una propuesta para la delimitación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal; al respecto *cfr.* F. M. PEDREIRA GONZÁLEZ, «*Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad*», en: *ADPCP*, vol. 61, 2008, págs. 199-236, *passim*.

⁶³ Así, C. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 6.

pretensión punitiva, éste será de naturaleza sustantiva o procesal⁶⁴. El criterio que aquí se propone busca ubicar el respectivo instrumento de desjudicialización es el siguiente: si el mecanismo tiene relación con un hecho previo o concomitante con la ejecución de la conducta delictiva o con la ejecución en sí misma –susceptible de ser ubicado dentro de las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito– será propio del derecho sustantivo. Si, por el contrario, el mecanismo surge de una conducta posterior a la ejecución del delito y tiene relevancia como hecho jurídico para afectar el inicio o el desarrollo del proceso penal, será de naturaleza procesal.

i) Propios del Derecho penal sustantivo

En primer lugar cabe destacar el *juicio de tipicidad*. Éste justifica la categoría de la tipicidad como primer elemento estructural del concepto dogmático de delito. El juicio de tipicidad cumple ante todo una finalidad de servir como filtro a partir del cual se decanta la relevancia jurídico-penal de una conducta⁶⁵, porque con él se determina si la conducta objeto de examen coincide con la descripción típica contenida en la ley⁶⁶. De hecho, no hay que olvidar que esa categoría dogmática es un desarrollo del *principio de tipicidad*,

⁶⁴ Vid. G. JAKOBS, *Derecho penal...*, cit., pág. 411.

⁶⁵ Vid. E. von BELING, *Esquema de Derecho penal...*, cit., pág. 73: «La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una *acción punible*. Contra esto dirigió sus ataques el liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagraciara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible [...] De este modo, redúcese el actual derecho penal a un *catálogo de tipos delictivos*. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la "*Tipicidad*" (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles [...]». Para una visión particular del concepto de *tipo de injusto penal*, cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 144.

⁶⁶ Así, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 554.

el cual a su vez tiene origen en el *principio de legalidad de los delitos*⁶⁷. Evidentemente, también el principio de legalidad en sentido procesal penal emerge de éste último, porque en tanto que una conducta aparece definida como delito en la ley, es deber del titular de la pretensión punitiva procurar su persecución para aplicarle judicialmente la consecuencia jurídica. Con el principio de tipicidad, y su plasmación en el concepto dogmático de delito, el ámbito de lo perseguible penalmente se reduce y por tanto se produce el efecto de la desjudicialización⁶⁸.

Una segunda hipótesis ubicable en este compartimento, y que podríamos considerar como el afinamiento del filtro, es un desarrollo posterior del concepto de tipicidad y tiene que ver con la *adecuación social de la conducta*. En la medida que se valoren las circunstancias reales de una sociedad, una conducta que formalmente podría ser considerada típica debe ser excluida en tanto se acople a las pautas de desenvolvimiento normal de la sociedad. Es, por tanto, una conducta socialmente adecuada⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pág. 76.

⁶⁸ Vid. C. ROXIN; G. ARTZ y K. TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal...*, cit., pág. 170: "En cuanto a su contenido, el principio de legalidad se encuentra limitado por el hecho de que tienen que existir *concretos indicios fácticos* de un hecho punible. Suposiciones vagas no son suficientes para una inculpación jurídico-penal". Es importante recordar que BELING no sólo se destacó como el padre del concepto de *tipo penal* [*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906], sino que además fue un gran procesalista. Vale la pena considerar el papel que con un enfoque orientado a la desjudicialización pudo haber tenido la creación de dicho concepto, más que por criterios formales, dándole prevalencia a la justicia material. Con todo, para una aproximación exacta al pensamiento de BELING, cfr. S. CARDENAL MOTRAVETA, *El tipo penal en BELING y los neokantianos*, Barcelona, s.i.e., 2002.

⁶⁹ Vid. H. WELZEL, *Derecho penal alemán: parte general* [ed. alemana ¹¹1969] (trad. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez), Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, ²1976, págs. 83 y 85: «En la función de los tipos de presentar el «modelo» de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de

En tercer lugar, un refinamiento aun más técnico del filtro de la tipicidad viene dado por el concepto de imputación objetiva. Con éste se pretende establecer una relación de valoración jurídica entre todos los elementos que componen el tipo penal, tanto objetivos como subjetivos, para determinar la pertinencia de la judicialización de la conducta⁷⁰. De hecho, a partir de este concepto se ha creado toda una concepción dogmática del delito orientada hacia los fines de las pena⁷¹.

conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social. Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos [...] Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado "normal" de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos –por ejemplo, de acuerdo a criterios causales».

⁷⁰ Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», en: ID., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, ³1990, pág. 212: «Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella –desde la causalidad hacia la acción– sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo –y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto–, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo qué es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle– la imputación objetiva». También, H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal...cit.*, págs. 307 y 308: «La base de la teoría de la imputación objetiva, al igual que la de la adecuación, es el entendimiento derivado de la esencia de la propia norma penal de que un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) sólo puede serle imputable cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico [...] La imputación objetiva falta, además, cuando el resultado se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha infringido con su acción, porque en este caso no se ha realizado en el resultado un riesgo creado por el autor y jurídicamente desaprobado, sino otro que resulta ser diverso».

⁷¹ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal: parte general. Fundamentos; la estructura de la teoría del delito* [²alemana] (trad. de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, págs. 51 y s.s., 216 y s.s.; y 362 a 411.

Es importante tener en cuenta, pues, que la acusación –presupuesto del juicio– debe contener los elementos que demuestren desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo la pertinencia y necesidad de reacción jurídica frente a la conducta particularmente considerada⁷². La calificación jurídica tiene relevancia en la decisión sobre la incoación del proceso, ya que solamente pueden constituir objeto del proceso penal aquellas conductas que el Derecho penal sustantivo toma en consideración como delitos o faltas⁷³.

ii) Propios del Derecho procesal penal

Son ubicables dentro de esta parcela, en primer lugar, los *obstáculos procesales*, los cuales a veces aparecen dentro de los diversos procedimientos como *condiciones de procedibilidad* cuando su finalidad es contener el inicio de la persecución penal. Los obstáculos procesales se conciben como *condiciones de procesabilidad*, cuando se configuran como presupuestos procesales⁷⁴. Estos –los presupuestos procesales– son requisitos previos para iniciar el proceso, porque aportan la fundamentación formal y material para la discusión y decisión sobre la pretensión en el juicio⁷⁵.

⁷² Vid. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. I, cit., pág. 36: «Para que el proceso pueda iniciarse, seguir adelante y abrirse el juicio (en las causas por delito) no basta que se den unas condiciones meramente formales; es preciso que concurra a la vez la posibilidad al menos de la existencia concreta de unos supuestos de derecho sustantivo, o sea de aquellos supuestos de hecho de que el derecho penal material hace depender la consecuencia que es la pena. Mientras que para obtener una sentencia civil de fondo no es necesario, no ya tener acción, sino ni siquiera mostrar la más mínima posibilidad o apariencia de ella, para que haya juicio y sentencia penal (absolutoria o de condena) es indispensable que exista una base de acusación, determinada a la luz del derecho sustantivo».

⁷³ Así, J. MONTERO AROCA, J-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 182010, pág. 105.

⁷⁴ Cfr. C. A. GÓMEZ PAVAJEAU, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, s.f., pág. 39.

⁷⁵ Cfr. LECrim art. 666.

Como requisitos de procedibilidad, en el ordenamiento colombiano, serían encuadrables dentro de este criterio la querrela y la petición especial⁷⁶; la conciliación es un requisito de procedibilidad adicional en los delitos querellables⁷⁷; así, luego de presentada la querrela la persona debe agotar la conciliación antes de que la FGN inicie las actividades previas y de instrucción. En el ordenamiento español la querrela es realmente una condición de *procesabilidad*, la cual tiene a su vez el pre-requisito de agotar la vía de la conciliación. En este ordenamiento sólo existe un delito que exija querrela, mientras que en Colombia según el CPP vigente este requisito se exige en 35 hipótesis delictivas establecidas taxativamente⁷⁸ más aquellas otras que no tengan pena privativa de la libertad⁷⁹, con lo cual, en principio, pareciera ser que así se buscara de manera más directa la desjudicialización

En los eventos de necesidad de previa denuncia⁸⁰ o querrela, son consecuencias derivadas de una concepción del legislador que somete la persecución del delito al principio dispositivo, quedando, por tanto, el inicio de la persecución –*procedibilidad*– y el ejercicio de la acción penal –*procesabilidad*– a la libre voluntad de los particulares, sin que en ello intervenga ningún tipo de facultad decisoria atribuida al Fiscal⁸¹.

⁷⁶ Cfr. CPP art. 70 al 75.

⁷⁷ Vid. CPP art. 522: «La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal».

⁷⁸ Cfr. CPP 74 num. 2.

⁷⁹ Cfr. CPP art. 74 num 1.

⁸⁰ Como en el caso de los delitos semipúblicos del ordenamiento español, según la LECrim en su art. 259.

⁸¹ En igual sentido, cfr. T. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 204.

Otra institución que aporta a la desjudicialización directa es la *renuncia de la acción* por parte del querellante, que puede ser expresa⁸² o tácita⁸³. Su equivalente dentro del proceso penal colombiano es el *desistimiento de la querrela*, el cual debe ser manifestado expresamente⁸⁴.

Finalmente, es de resaltar, que el conocido en España como *arrepentido procesal*, se configura en Colombia como un supuesto de desjudicialización directa, ya que la ley lo excluye de la persecución penal bien otorgándole facultades de discrecionalidad a la FGN para ejercer la acción penal en su contra, o bien concediéndole inmunidad total o parcial⁸⁵. Se reitera que diferencia del ordenamiento español donde es reconocida como una causal de atenuación punitiva, en el ordenamiento colombiano es una causal de aplicación del principio de oportunidad reglada por disposición expresa de la ley⁸⁶, lo que conlleva la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal por la FGN⁸⁷.

C. Amnistía e indulto

En cuanto a la amnistía y el indulto es pertinente considerar lo siguiente: la amnistía no tiene un soporte legal de existencia y aplicación en el ordenamiento español, al punto de afirmarse que tal institución no se encuentra vigente. La CE atribuye al Jefe de Estado el ejercicio del Derecho de gracia

⁸² Cfr. LECrim arts. 106 párr. 2 y 107.

⁸³ Cfr. LECrim arts. 275 y 276.

⁸⁴ Cfr. CPP art 76.

⁸⁵ Cfr. CPP art. 324 nums. 4 y 5; es importante recordar que el CPM regula en su art. 493 parág. un supuesto idéntico a éste, pero no como una hipótesis de aplicación del principio de oportunidad sino como una modalidad de preacuerdos y negociaciones. Al respecto, *vid. infra*, Cap. VIII, II, 1.

⁸⁶ Cfr. CPP art. 324.

⁸⁷ *Vid. infra*, Cap. VIII, II, 1, A.

con arreglo a la ley, excluyendo la posibilidad de autorizar indultos generales⁸⁸. Ahora bien, de las instituciones que se corresponden con el Derecho de gracia, como son la amnistía y el indulto, sólo esta última tiene mención legal, a partir de lo cual se infiere que la amnistía fue derogada del ordenamiento. Con todo, algún sector doctrinal considera que queda abierta la posibilidad para el Parlamento de aprobar una ley descriminalizadora con efectos retroactivos⁸⁹. En ese caso, se estaría ante una hipótesis de *despenalización legislativa o directa*.

Al indulto, el CPE lo considera una causal de extinción de la responsabilidad criminal, aun cuando técnicamente debió haberse referido a ello como una causal de exclusión de la pena. Ciertamente, la declaratoria de responsabilidad penal o criminal es un presupuesto para la imposición de la pena; así que cuando se aplica el indulto lo que se extingue es la pena. Cabe recordar que dicha extinción puede ser total (indulto total) o parcial (indulto parcial)⁹⁰, y aplicable a toda clase de delitos, con las excepciones que presenta la ley⁹¹.

En Colombia, la *amnistía* –propia e impropia– y el *indulto*, son instrumentos que tienen por finalidad extinguir la acción penal o la pena. La amnistía sólo procede en relación con los denominados *delitos políticos*⁹²; es decir aquellos delitos que atentan contra el *Régimen y constitucional y legal*,

⁸⁸ Cfr. CE art. 62 i).

⁸⁹ Así, S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 757.

⁹⁰ Cfr. art. 4 de la Ley de indulto, de 18 junio 1870.

⁹¹ Cfr. arts. 1, 2 y 3 de la Ley de indulto, de 18 junio 1870.

⁹² Cfr. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., págs. 1187 y 1202; también ID., «¿Delito político o delito común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 11 de julio de 2007», en: *JPD*, n.º 60, 2007, págs. 134-144.

como son los de rebelión, sedición y asonada⁹³. La amnistía puede ser propia⁹⁴ e impropia⁹⁵, según extinga la acción penal o la pena, respectivamente. En ambos casos implica perdón y olvido⁹⁶. Por su parte, el indulto, al igual que la amnistía impropia, extingue la pena⁹⁷, pero se diferencia de aquella porque no implica el olvido. Evidentemente, deben quedar exceptuados de éste los delitos de genocidio, secuestro, terrorismo, desaparición forzada de personas, desplazamiento forzado, tortura, actos atroces de ferocidad o barbarie, homicidio fuera de combate o que ponga a la víctima en situación de indefensión⁹⁸. Curiosamente, el ordenamiento penal colombiano permite la aplicación del principio de oportunidad reglada a los delitos de terrorismo y narcotráfico⁹⁹.

Igual que en el ordenamiento español, el indulto requiere de una ley base que lo autorice¹⁰⁰, pero es el Poder ejecutivo –por medio del Jefe de Estado– el encargado de otorgarlo¹⁰¹. Por ello se cuestiona la legitimidad de esta institución, al evidenciarse una fisura en la tridivisión de poderes propia del Estado de Derecho ya que por esta vía los jueces penales terminan siendo desplazados de las competencias que les son propias¹⁰². La amnistía también

⁹³ Cfr. CP arts. 467 a 473.

⁹⁴ Cfr. CP art. 82 num. 3.

⁹⁵ Cfr. CP art. 88 num. 3.

⁹⁶ Sobre el concepto general amnistía, *vid.* R. DE PINA, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Reus, 1934, pág. 250: «La amnistía es un acto de poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta clase, aboliendo, bien los procesos comenzados o que se deban comenzar, bien las condenas pronunciadas para tales delitos».

⁹⁷ Cfr. CP art. 88 num. 2.

⁹⁸ Cfr. Ley 589/2000 y Ley 782/2002.

⁹⁹ Cfr. CPP art. 324 pár. 1; sobre el tema, R. MOLINA LÓPEZ, *Principio de oportunidad...*, cit., pág. 97 n. 75 y págs. 136 y 137.

¹⁰⁰ Cfr. CE art. 62 i) y CPCol art. 150 num. 17.

¹⁰¹ Cfr. art. 30 de la Ley de indulto, de 18 junio 1870 y CPCol art. 201 num. 2.

¹⁰² Así, T. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela...*, cit., 1991, pág. 206. Sobre el Derecho de gracia en general son relevantes los siguientes trabajos: G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho* (s.i.t.), Madrid, Edit. Revista de Derecho privado, 1959, págs. 229 a 232;

necesita una ley que la otorgue¹⁰³, pero su aplicación es competencia del poder judicial.

Finalmente, si se entiende que el indulto –dentro del ordenamiento español– extingue la pena¹⁰⁴, se constituiría en un mecanismo de despenalización cuya aplicación sería potestativa por el gobierno del Estado –aunque la aplicación de la gracia esté encomendada al Tribunal sentenciador–¹⁰⁵; lo mismo cabe decir para la amnistía impropia y el indulto en Colombia. De otro lado, la amnistía propia –aunque también extinga la acción penal– puede considerarse como un mecanismo de desjudicialización directa, exceptuando aquellos eventos en los cuales se haya iniciado el juicio y luego se decrete la extinción de la acción penal sin haberse llegado a la ejecutoria formal del fallo condenatorio. En esta última hipótesis no se estaría en presencia de una hipótesis de desjudicialización alternativa, porque la solución aplicada no implica una decisión de fondo sobre la pretensión punitiva con base en el Derecho penal sustantivo sino con criterios político-criminales de carácter coyuntural.

En cualquier caso ninguna de estas figuras debe ser considerada dentro de los límites del principio de oportunidad¹⁰⁶ y, por tanto, es conveniente

también, E. BACIGALUPO, «Los límites políticos del derecho penal», en: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 9-30; ID., «Sobre la vinculación del juez penal a la ley», en: *ibíd.*, págs. 31-46.

¹⁰³ Cfr. CPCol art. 150 num. 17.

¹⁰⁴ Conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 4 de la Ley de indulto, de 18 junio 1870, ha de entenderse que lo que se extingue es la pena.

¹⁰⁵ Cfr. art. 31 de la Ley de indulto, de 18 junio 1870.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, *vid.* J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 72: «Naturalmente, instituciones como la amnistía o el indulto no tienen relación alguna con la pretendida oportunidad»; en contra, M. V. BERZOSA FRANCO, «Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal», en: *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona:

encuadrarlas dentro de los linderos de la llamada justicia transicional¹⁰⁷.

2. La discusión en torno al principio de oportunidad

Sobre el principio de oportunidad es mucho lo que se ha dicho en las últimas dos décadas. Es frecuente que el punto para su análisis esté ubicado en el plano netamente formal y específicamente centrado en el análisis económico. Ello es explicable porque las soluciones alternativas al proceso han sido concebidas con la mira puesta en el aprovechamiento máximo de los recursos y por tanto, en la potenciación de la *productividad judicial*. Con todo, la propuesta que aquí se plantea busca relacionar dicho enfoque económico con el reconocimiento de los principios del Estado social de Derecho. Y ello es necesario si se pretende reconocer a la oportunidad procesal la categoría de *principio del Derecho*, porque de lo contrario –una fundamentación netamente economicista– haría que su ubicación fuera la de una simple regla de la administración del Estado.

A continuación se exponen los argumentos que en general se presentan a favor y en contra de los principios de oportunidad, dejando para un acápite posterior la valoración referida específicamente a la conformidad en el proceso penal¹⁰⁸.

Bosch, 2001, págs. 15 y 16 y S. CALLEJO CARRIÓN, «*El principio de oportunidad en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*», cit., pág. 9.

¹⁰⁷ Sobre el concepto y su desarrollo actual en Colombia *cfr.* K. AMBOS *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975/2004) y Derecho penal internacional*, Bogotá, Temis/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, pág. 3.

¹⁰⁸ *Vid. infra*, Cap. VI, IV.

A. Argumentos favorables al principio de oportunidad

Los argumentos favorables a la oportunidad procesal pueden sintetizarse de la siguiente manera: en primer lugar, desde una perspectiva jurídico-penal, es indudable que con su aplicación se posibilita la pérdida de contenidos retributivos del proceso penal para convertirse realmente en un proceso con finalidades de prevención, especial y general, en el que se ven aminorados los aspectos vindicativos del Derecho penal, tal como ha sido concebido tradicionalmente. Ello se manifiesta, por ejemplo, cuando el condenado busca voluntariamente el camino de su re-adaptación a la sociedad¹⁰⁹. Así, pues, se efectiviza la aplicación de las consecuencias jurídicas orientadas al logro de los fines¹¹⁰.

Con un enfoque estrictamente procesal, en segundo lugar, se observa que la aplicación del principio permite la flexibilidad en los procedimientos que pueden ser orientados a la protección de los involucrados en el conflicto penal, facilitando también la satisfacción de los intereses de la víctima cuando ésta se convierte en parte de la solución; a no dudarlo, por esa misma vía se favorece tanto el interés de la verificación de la justicia material –en contraste a un formalismo legal¹¹¹– y la reivindicación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

¹⁰⁹ De este modo lo presenta, A. M. LARA LÓPEZ, «Principio de oficialidad vs. Principio de oportunidad en el proceso penal español», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano* t. II, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, pág. 97.

¹¹⁰ Igualmente, J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el derecho procesal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, pág. 65.

¹¹¹ J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pág. 36.

En cuanto a la averiguación y el establecimiento de la verdad, como un tercer planteamiento a su favor, el *principio de oportunidad* exime al proceso penal de depurar la *verdad material* al procurar buscar más una *verdad con forma de justicia*¹¹² en beneficio de todas las partes involucradas, motivando el acercamiento de las partes y la cohesión social después del conflicto.

Dentro de una cuarta consideración, con carácter político-criminal, se puede manifestar que el principio de oportunidad contribuye a descargar al aparato judicial de los procesos que copan su capacidad operativa, los cuales en su gran mayoría versan sobre conductas que pueden ser consideradas como *delitos bagatela*¹¹³ o susceptibles de tratamiento por parte del Derecho administrativo sancionador¹¹⁴; es decir, presenta un considerable rendimiento como mecanismo de *desjudicialización alternativa*. En la línea de lo que se acaba de decir, puede sostenerse que el principio de oportunidad conlleva a una *formalización-racionalización* de la selectividad propia del sistema penal¹¹⁵.

¹¹² W. HASSEMER, «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», cit., pág. 9.

¹¹³ Este fue uno de los argumentos con que se justificó la inclusión del principio de oportunidad dentro de la reforma a la legislación procesal penal colombiana realizada en el año 2004; sobre ello, *vid.* Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: «De acuerdo con estadísticas de la Dirección Nacional de Fiscalías, en el año 2000 ingresaron a la Fiscalía por asignación 589.403 investigaciones previas, salieron 605.563 y quedó un acumulado de 308.575 para el mes de enero siguiente; para el año de 2001 ingresaron 747.427 (158.024 más que el año anterior, equivalentes al 26.81%), salieron 659.180y, a pesar de que se superó el número de asuntos despachados en la antecedente anualidad, quedó un acumulado de 396.396 (87.821 más, equivalentes al 22.15%); para el año 2002 ingresaron 913.911, lo cual significa un aumento de 165.789 (22.18% más), salieron 822.550, es decir, se evacuaron 163.370 asuntos más que el año anterior, pero, a pesar del trabajo significativo, ya se computa una acumulado de 484.651 (88.255 más que el año anterior, que equivale al 22.26%)».

¹¹⁴ Así también, E. PEDRAZ PENALVA *et al.*, *Derecho procesal penal* t. I, cit., pág. 173.

¹¹⁵ En igual sentido, J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad...*, cit., pág. 65; *vid.* SCC/C n.º 801 de 2005, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO «Estos sistemas [de tendencia acusatoria] están caracterizados, entre otras cosas, [...] por la racionalización de la selectividad del sistema penal a través del principio de oportunidad y

Finalmente, un quinto argumento con una marcada visión criminológica indica que los mecanismos de desjudicialización alternativa procuran evitar los efectos estigmatizantes y criminógenos del proceso penal tradicional, y de muchas de las medidas aplicables a los procesados, sobre todo de aquellas que implican restricción de la libertad individual. Ello también contribuye, indudablemente, a cimentar en la sociedad una cultura de la solución alternativa a los conflictos penales.

En conclusión, pues, el principio de oportunidad se ve altamente potenciado cuando éste se ubica dentro de un sistema penal configurado desde y hacia las consecuencias jurídicas¹¹⁶.

B. Argumentos contrarios al principio de oportunidad

Ahora bien, en contra del *principio de oportunidad* podemos presentar argumentos como los siguientes: en primer lugar, desde una perspectiva jurídico-penal, el *principio de oportunidad* supone en gran medida el aniquilamiento del Derecho penal material por medio del proceso, toda vez que a través de la aplicación de aquel se evita cualquier discusión sobre la estructuración dogmática de la responsabilidad penal; en otras palabras, la aplicación de una norma procesal que contenga un supuesto de oportunidad

por la promoción de un juzgamiento público y oral»; así también, *cfr.* J. A. MUÑOZ GÓMEZ y J. F. ACUÑA VIZCAYA, «*Principio de oportunidad y preacuerdos en el nuevo sistema penal acusatorio*», en: *Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Univ. Nacional de Colombia/DAS, 2006, pág. 123.

¹¹⁶ *Vid. supra*, Cap. II, II.; en similar sentido, *vid.* W. HASSEMER, «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», *cit.*, pág. 9: «Las razones en favor del principio de oportunidad se fortalecen en la medida en que se entienda el Derecho penal como orientado hacia las consecuencias jurídicas».

termina por desplazar todo el Derecho penal sustantivo¹¹⁷. De esta manera se afecta también el mensaje preventivo general que el legislador pretende enviar al momento de la elaboración y promulgación de la conminación penal.

En segundo término, con una mirada procesal, se puede sostener que los criterios de oportunidad conllevan una quiebra de las garantías ínsitas en el proceso penal, el cual está justificado por la aplicación estrictamente jurisdiccional del *ius puniendi* del Estado; lo anterior, pues, si se atiende a las posibilidades de disposición sobre el ejercicio de la acción penal que se le atribuyen al órgano oficial de la persecución penal. En síntesis, el principio de oportunidad comportaría una quiebra de los principios básicos del proceso penal¹¹⁸.

Una tercera objeción tiene que ver con la afectación de la seguridad jurídica, la cual se basa en la certidumbre de que el órgano encargado de la acusación perseguirá todo hecho que revista caracteres de delito. Así, los destinatarios de la norma penal desconocen si van a ser objeto de protección por parte de los órganos de persecución penal del Estado ante una situación de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente protegidos;

¹¹⁷ Cfr. STS de julio 12 de 2006; *vid.* J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., págs. 77 y 79 respectivamente: «En el mejor de los casos la introducción del principio de oportunidad supondría la desvirtuación del Derecho penal material por medio del proceso. El derecho penal se basa en dos decisiones que se adoptan políticamente; la primera de ellas es aquella por la que el legislador establece cuándo una conducta se considera que debe ser tipificada en el código Penal, es decir, lo que debe ser delito, y las segunda de las decisiones atiende a la pena que debe imponerse al autor de cada una de esas conductas [...] Si la norma que establezca el principio de oportunidad hubiera de calificarse de procesal, se llegaría al contrasentido de que todo el Código Penal quedaría sujeto en su aplicación a una norma procesal penal, a una única norma, con lo cual podría decirse que quedan vacías de contenido todas las normas materiales penales».

¹¹⁸ Así, E. RUIZ VADILLO, «*El principio de oportunidad reglada*», en: ID., *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, Comares, 1995, pág. 301.

tampoco los infractores de ley sabrán si serán o no enjuiciados en caso de que cometan un delito¹¹⁹.

En cuanto a la víctima, podría decirse, como un cuarto argumento contrario a los criterios de oportunidad, que a veces ésta termina siendo victimizada nuevamente –pero ya con la aceleración que se pretende dentro del proceso penal–, lo que la obliga a disminuir al máximo su participación en éste, teniendo que recurrir a otras vías del ordenamiento que quizá impliquen una frustración de su pretensión o una excesiva dilación en el tiempo para su materialización.

En quinto lugar, en lo que hace relación a la estructura del proceso penal, las partes llegan a ser desvirtuadas al no tener claro cuál ha de ser su papel en aquel, qué pretensiones pueden tener y cómo y en qué momento deben alegarlas y probarlas. La regulación tan variada de los criterios de oportunidad procesal hace que, curiosamente, su conocimiento y forma de aplicación se conviertan en algunas de las pretensiones informales de las partes en el proceso.

Otra objeción que se presenta es que en la práctica el órgano oficial encargado de la persecución penal, en muchos casos, no busca ni el restablecimiento de los derechos de la víctima ni la salvaguarda de los derechos de los involucrados, sino la simple descarga de trabajo para cumplir con el *nivel de productividad* que le exige la estadística anual¹²⁰.

¹¹⁹ Como lo expone, L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 120.

¹²⁰ Vid. E. RUIZ VADILLO, «*El principio de oportunidad reglada*», cit., pág. 301: «A mi juicio, el llamado principio de oportunidad ha nacido no para perfeccionar humana o técnicamente la justicia penal, sino para aligerar el número de casos que llegan a los

Una séptima objeción a los criterios de oportunidad destaca que la flexibilización de la estructura del proceso penal puede mermar gravemente las garantías del imputado, al no existir criterios uniformes de actuación por parte de los órganos encargados de la aplicación de dichos criterios. A ello puede aunársele, en octavo lugar que la ausencia de publicidad que reviste la aplicación de estos principios, anula la posibilidad de su control por parte de la sociedad en general¹²¹.

Otra crítica, la novena, y ya desde una perspectiva político-criminal, confronta a los criterios de oportunidad por considerar que vulneran el principio de igualdad toda vez que legitima la selectividad del sistema penal formal cuando otorga facultades de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal¹²². Curiosamente, para un amplio sector doctrinal la *formalización de la selectividad* del sistema penal es un argumento que justifica los criterios de oportunidad.

Finalmente, una décima objeción, y esta quizá sea la crítica más importante, es que la disposición de la acción penal se ve como una burla al sistema y una defraudación a la colectividad, toda vez que el legislador promulga públicamente y a los cuatro vientos leyes penales por las que se crean nuevos delitos –vendiendo un sentimiento de seguridad a la sociedad– para luego excluirlas clandestinamente a través del proceso penal¹²³. En

tribunales, lo que introduce la necesidad de comprobar, si la premisa fuera cierta, si con la implantación del sistema se consigue o no ostensiblemente el resultado apetecido».

¹²¹ En ese sentido, W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit. pág. 38. También, E. PEDRAZ PENALVA, *et al.*, *Derecho procesal penal* t. I, Madrid, Colex, 2000, pág. 179.

¹²² Así, B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., pág. 42.

¹²³ W. HASSEMER, «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», cit., pág. 11; también, L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 28.

conclusión, la crítica más dura se sintetiza en revelar que el Estado en cuanto juzgador no puede cumplir con las promesas que hace como legislador¹²⁴, y por ello acude a este tipo de mecanismos para pretender una cobertura ideológica sobre la sociedad presentando la imagen de que la justicia penal sí funciona.

III. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

La conceptualización del principio de oportunidad debe hacerse buscando la aproximación a varios lenguajes: el común, el jurídico y el económico. Así, debe tenerse en cuenta que bajo la misma denominación pueden esconderse accidentes que modifican de una manera determinante la esencia de lo conceptuado, dando lugar a términos nominalmente similares pero esencialmente diferentes. Por tanto, la definición del principio de oportunidad procesal debe considerar, en primer lugar, la etimología del término *oportunidad*. Seguidamente, en relación con ello, han de considerarse los lenguajes que usan dicho término para realizar diferentes enfoques científicos sobre el proceso penal, como son el jurídico y el económico.

1. Naturaleza

Según lo manifestado, dentro del principio de oportunidad procesal se ubican una serie de mecanismos que tienen por cometido la despenalización o la desjudicialización. Concretamente hacemos referencia a los eventos de *despenalización indirecta*¹²⁵ y de *desjudicialización alternativa*¹²⁶, reiterando que existen figuras susceptibles de ser ubicadas en ambas clasificaciones.

¹²⁴ Así, J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., pág. 80.

¹²⁵ *Cfr. supra*, Cap. IV, II, 1, A, 1).

¹²⁶ *Cfr. supra*, Cap. IV, II, 1, B, 1).

En un sentido amplio, la naturaleza del principio de oportunidad suele buscarse, fundamentalmente, en el campo de las argumentaciones pragmáticas y de corte económico. Con todo, este tipo de fundamentación –que a la vez sirve de explicación– no puede ser satisfactoria si el objetivo que se persigue es caracterizarlo como un *principio general* del ordenamiento jurídico. Pero sobre ello se volverá más adelante. Por ahora, conviene buscar cuál es el contenido del término oportunidad en el lenguaje común, lo cual nos servirá para intentar construir desde allí una definición válida dentro del lenguaje jurídico para el Estado social de Derecho.

Cuando se dice *oportunidad* se está haciendo énfasis en la cualidad de *oportuno* de algo¹²⁷, es decir, se está resaltando la pertinencia de las circunstancias de tiempo y modo para hacer algo. Dicho esto, debemos a continuación establecer la etimología del término *oportuno*. Éste proviene de la palabra latina *opportunus*, que contiene un adverbio de modo, cuyo significado en castellano es *oportunamente*¹²⁸. El término latino quiere decir –propriadamente– *que empuja hacia el puerto*. Es, pues, un término del lenguaje náutico que, pasando al lenguaje común, tuvo el sentido general de que es *oportuno y conveniente*¹²⁹. Su equivalente dentro del griego sería καιρός, sustantivo de género masculino que se traduce como *tiempo* [momento justo] y

¹²⁷ Cfr. M. MOLINER, *Diccionario de uso del español (J-Z)*, Madrid, Gredos, ³2007, pág. 2115, col. 2.

¹²⁸ Así, M. MOLINER, *Diccionario...*, cit., pág. 2115, col. 2. También, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, ²²2001, pág. 1625, col 1.

¹²⁹ Cfr. A. ERNOUT y A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, París, Librairie C. Klincksieck, 1967, págs.525, col. 1 y 463, col. 2. Así también, R. DE MIGUEL y El Marqués de Morante [J. GÓMEZ DE LA CORTINA], *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid, Sáenz de Jubera hermanos, 1897, pág. 642, col. 2; y J. COROMINAS y J. A. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico (ME – RE)* vol. IV, Madrid, Gredos, 2010, pág. 683 col. 1.

que eventualmente puede utilizarse en castellano como un adverbio aplicado al verbo *llegar*, cuando se entiende que aquel significa *el punto exacto que toca la meta*¹³⁰.

Pues bien, dicho lo anterior, conviene retomar la ubicación del término oportunidad dentro del ordenamiento jurídico. Queda claro que la oportunidad indica la necesidad de orientar las acciones hacia un fin. Así, debe entenderse que el funcionamiento del sistema penal debe estar orientado hacia el logro de los fines del Estado¹³¹. Si el Estado se vale de este instrumento de reacción punitiva, es porque con él pretende lograr unos fines esenciales. Ahora, la única forma legítima para que el Estado pretenda el logro de esos fines por medio de la intervención punitiva es dirigiendo ésta a unos fines concretos, es decir los fines que le asigna a la pena¹³². De donde se concluye que la intervención punitiva –que necesariamente ha de desarrollarse por medio del proceso penal– será oportuna cuando se oriente hacia los fines de la pena.

El principio de oportunidad, considerado como uno de los elementos del sistema penal, ha de tener su fundamento en los fines de la pena, y, por tanto, su aplicación deberá estar enfocada hacia la consecución de dichos fines. Su fundamento no puede ser exclusivamente económico, porque se estaría supeditando el logro de los fines del Estado a las circunstancias estrictamente materiales. Si bien es cierto que la intervención punitiva debe tener en cuenta

¹³⁰ Cfr. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*, París, Klincksieck, 1999, pág. 480, col. 1.

¹³¹ Vid. *supra*, Cap. I, I, 1; cfr. CE, preámbulo art. 1.1; y CPCol, preámbulo y art. 2.

¹³² Vid. *supra*, Cap. II, II, 3.

las posibilidades administrativas de su implementación¹³³, hay que considerar que estas deben ser concebidas como una condición y no como una causa.

A. La confusión de lenguajes: lo jurídico y lo económico

Las confusiones que se generan en la discusión sobre la inclusión del principio de oportunidad dentro del proceso penal vienen determinadas, a nuestro entender, por la mezcla que se hace del lenguaje jurídico con el económico. Comenzamos por decir que el lenguaje jurídico es fundamentalmente *prescriptivo* mientras que el económico es *descriptivo*, con lo cual, se presenta una confusión entre *ser* y *deber ser*.

Mientras el lenguaje jurídico asume como criterios orientadores parámetros del mundo ideal hacia una pretensión de realización, el lenguaje económico se basa en el análisis de la realidad material de la distribución de los recursos. La metodología del análisis económico del Derecho ha contribuido en gran parte a generar dicha confusión lingüística, y ello puede deberse en gran parte a la influencia del sistema procesal penal norteamericano donde este tipo de análisis son factores determinantes en su configuración y funcionamiento¹³⁴. De hecho, todo pareciera indicar que los continuos ataques al proceso penal inquisitivo y la excesiva potenciación del modelo adversarial se fundamenta más en consideraciones económicas que en la búsqueda del

¹³³ Cfr. A. BARATTA, «Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», cit., pág. 315.

¹³⁴ Se reseñan algunos trabajos, a manera de ejemplo, para conocer una visión de la conformidad procesal desde la perspectiva del análisis económico del derecho en los EE. UU.: cfr. G. M. GROSSMAN y M. L. KATZ, «Plea bargaining and social welfare», en: *AER*, vol. 73, n.º 4, 1983, págs. 749-757; también, K. KIPNIS, «Criminal justice and the negotiated plea», en: *Ethics*, vol. 86, n.º 2, 1976, págs. 93-106, y J. F. REINGANUM, «Plea bargaining and prosecutorial discretion», en: *AER*, vol. 78, n.º 4, 1988, págs. 713-728.

respeto a las garantías¹³⁵. Sin embargo, en relación con esto último, no desconocemos que una estructura inquisitiva por sí misma no sería excluyente para la aplicación del principio de oportunidad¹³⁶.

Como ya lo hemos anotado, cuando se habla en términos jurídicos del principio de oportunidad, se está haciendo referencia a un mandato de optimización que busca la realización de unos fines. El lenguaje económico mira el concepto *oportunidad* desde otra perspectiva: lo enfoca, fundamentalmente, como *costo de oportunidad*. Por costo de oportunidad se entiende el beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien más¹³⁷. Vistas así las cosas, no es extraño que surjan las políticas de eficientismo punitivo y judicial donde se da prevalencia a las

¹³⁵ Una evidencia de ello son las siguientes apreciaciones, *vid.* R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho* [1992] (trad. de E. L. Suárez), México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pág. 802: «Los recursos destinados el proceso adversario son reducidos, y éste es un ahorro social en la medida en que tales recursos contrarrestan, en lugar de operar para aumentar, la corrección de la determinación judicial (compárense los gastos en publicidad). Contra esto debe considerarse el hecho de que un sistema inquisitorial implica un sustancia traslado de la responsabilidad por la aplicación de la ley, del sector privado al sector público: la relación de jueces a abogados es casi 10 veces mayor en sistema legal inquisitorial que en los sistemas adversarios de los Estados Unidos e Inglaterra. Esto implica una pérdida de eficiencia si, como se supone generalmente, el sector privado es más eficiente que el sector público». También, *vid.* C. A. GÓMEZ PAVAJEAU, *La oportunidad como principio...*, cit., pág. 11: «Más que las convicciones producto de las elucubraciones filosóficas y jurídicas, ha sido la fuerza impelente de la realidad social y económica, informada por la contaminación de cierto entusiasmo por lo pragmático, la que hoy impulsa la reforma de los sistemas judiciales de orientación continental».

¹³⁶ *Vid.* J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pág. 76: «[...] el principio de la oportunidad no es de ninguna manera una consecuencia o un aumento del principio acusatorio»; igualmente, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., 1991, pág. 187: «[...] ante el dilema de configurar el proceso penal con arreglo a la forma inquisitiva o acusatoria, la sujeción al principio de legalidad o la admisión del de oportunidad, no resulta en absoluto determinante». También, *vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 567: «[...] entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional, que sin embargo ha caracterizado siempre a la experiencia práctica –antigua y moderna– del proceso acusatorio».

¹³⁷ Así lo define, R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, cit., pág. 29.

circunstancias materiales sobre los principios. De hecho, hoy en día las decisiones legislativas no cruzan por sopesar las decisiones políticas en términos de principios sino con criterios netamente económicos¹³⁸. Ello, obviamente, se traduce en las prácticas del sistema de justicia en donde muchas veces se considera –para la decisión final de muchos procesos judiciales, más allá de la búsqueda de la justicia– cuál asignación de los recursos maximizaría la eficiencia¹³⁹.

Así, pues, una fundamentación exclusivamente económica del principio de oportunidad no puede tener asidero en el modelo de Estado social de Derecho¹⁴⁰. Los criterios de oportunidad deben ser concebidos legislativamente a partir de una modulación de los parámetros jurídicos y económicos, teniendo prevalencia los principios sobre las circunstancias materiales¹⁴¹. En ese

¹³⁸ Una clara muestra de ello es la hipótesis de oportunidad prevista por el legislador penal colombiano en el CPP art. 324 num. 10: «En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio».

¹³⁹ Cfr. R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, cit., pág. 801; vid. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «El papel de la justicia penal en el Estado de la crisis», en: *JPD*, n.º 10, 1990, pág. 8: «[...] el gasto de justicia es uno de los considerados improductivos en el marco del vigente modelo de Estado. Así es ya una idea ampliamente difundida que resulta obligado abaratar los costes de la justicia, por vía de deflacionar el proceso, de reservar el juicio oral para un reducido porcentaje de casos, en la línea de la justicia americana».

¹⁴⁰ Al parecer, con una fundamentación netamente económica lo concibe T. ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», en: *RPJ*, n.º 41 y 42, 1996, pág. 63: «El principio de oportunidad surge –la historia lo pone de manifiesto– ante la incapacidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, pues, cuando no quepa otra solución del problema (incrementar la dotación de personas y bienes materiales o despenalizar aquéllas conductas en las que se aprecia un mínimo reproche social)». En la misma dirección, L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 39 y J. C. ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en: *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Cizur Menor (Navarra) Aranzadi/Thomson/Centro de Estudios Jurídicos, 2006, pág. 128.

¹⁴¹ Vid. L. BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», cit., pág. 43: «La eficacia de un sistema se mide en términos de

sentido, debe entenderse que los criterios de oportunidad hacen parte del sistema penal en general y que éste tiene fundamento en los fines de la pena, entre los cuales encontramos –a partir de asumir las teorías mixtas o eclécticas, tanto en el ordenamiento español como en el colombiano– algunos con orientación hacia la idea de justicia y otros dirigidos hacia fines instrumentales. En todo caso, los fines que se le asignan a la pena vienen gobernados o limitados por una serie de principios. De esta manera, hay que entender el principio de oportunidad como el desarrollo para la aplicación, por medio del proceso penal, de los contenidos del principio de necesidad de intervención y necesidad de pena¹⁴². En tanto que la pena debe ser regida por el principio de legalidad penal –reconocido como una garantía para el destinatario de las normas frente al poder del Estado– ésta no sólo debe gobernar los criterios de oportunidad sino que además debe aportar los criterios de justificación de la discrecionalidad¹⁴³.

Una conceptualización del principio de oportunidad netamente económica, que no procure su modulación con los principios ínsitos en el ordenamiento jurídico, ciertamente describirá la *actitud de quien se acomoda a las circunstancias, sacando de ellas el mejor partido posible, aunque se prescinda ocasionalmente de los principios*¹⁴⁴. Es decir, necesariamente habría

adecuación de medios a fines. Para valorar si un sistema es eficaz habremos de definir previamente cuál es el fin del proceso penal».

¹⁴² R. MOLINA LÓPEZ, *Principio de oportunidad...*, cit., pág. 75.

¹⁴³ Vid. J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad...*, cit., pág. 22: «[...] la estructura del proceso penal y muchas de sus herramientas internas obtienen también su legitimación desde la teoría de la pena estatal».

¹⁴⁴ Vid. M. MOLINER, *Diccionario...*, cit., pág. 2115, col. 2: «oportunismo m. Actitud de quien se acomoda a las circunstancias, sacando de ellas el mejor partido posible, aunque se prescinda ocasionalmente de los principios: “Oportunismo político”». También, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, cit., pág. 1625, col 1.: «oportunismo 1. m. Actitud o conducta sociopolítica, económica, etc., que prescinde en cierta medida de los principios fundamentales, tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. U. t. en sent. peyor.

que enfrentarse a esta alternativa: referirse al principio de oportunidad como un oxímoron o dejar de hablar del *principio de oportunidad*, para hablar del –que paradójicamente habría que denominar– *principio de oportunismo*.

B. La oportunidad: ¿Principio o excepción?

Sobre el principio de oportunidad se suele adoptar una posición alternativa: se le califica como principio o se le denomina excepción¹⁴⁵. Hay posturas doctrinales que van un poco más allá y lo catalogan como un *germen de antiderecho*¹⁴⁶. Esta última conceptualización sería válida desde una perspectiva en la que primen los intereses económicos sobre los principios que robustecen de civilidad al ordenamiento jurídico. Otras tesis ven en los criterios de oportunidad una *potestad de modulación de la acción punitiva* que conllevaría a una antinomia frente a los derechos de las víctimas las cuales se verían defraudadas por la protección que esperarían recibir del Estado; de allí

2. m. Actitud que consiste en aprovechar al máximo las circunstancias para obtener el mayor beneficio posible, sin tener en cuenta principios ni convicciones».

¹⁴⁵ Vid. C. POTT, «*La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreseimiento (§153 sigs. StPO)*» (trad. de E. Iñigo Carroza y G. Benlloch Petit), en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA [ed. española], *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pág. 80: «[...] la doctrina entiende la relación entre el principio de legalidad procesal y el llamado principio de oportunidad como una relación de regla a excepción; consideración ésta que no puede por menos de extrañar si se contempla la práctica judicial actual».

¹⁴⁶ Vid. L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 121: «La relación entre legalidad y oportunidad es, por lo tanto, *antitética*. No consiste simplemente en una excepción a la obligación de ejercicio de la acción penal, como podrían ser los delitos de acción privada, sino en una contraposición frontal, un verdadero germen de anti-derecho que autoriza a los órganos de persecución a eximirse de sus obligaciones en base a juicios de mera conveniencia». En similar sentido, *cfr.* C. POTT, «*La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreseimiento (§153 sigs. StPO)*», cit., en especial, págs. 97 y 98.

que su aplicación requeriría necesariamente una ponderación con los derechos de las víctimas¹⁴⁷.

Con todo, nos interesa en este trabajo establecer la naturaleza de los criterios de oportunidad, bien como un principio o una excepción. Evidentemente, en una época en la cual se abusa del prestigio de los principios para legitimar conductas que son francamente atentatorias de los mismos –consolidando lo que se denomina como el *fraude de etiquetas*– hay que ser muy cuidadosos en el análisis de los argumentos que otorgan dicho rótulo¹⁴⁸.

Más allá de considerar que en el ordenamiento colombiano la CPCol lo establece formalmente como un principio desde la reforma del año 2002¹⁴⁹, y

¹⁴⁷ S. I. ESTRADA VÉLEZ, «*Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado “Principio de oportunidad”*», en: *RFDCP*, n.º 106, 2007, págs. 126 y 127: «El desconocimiento de las transformaciones de la teoría jurídica con el advenimiento del Estado social de derecho, que tiene por principal paradigma normativo los principios, ha generado una errada aplicación de los mismos que se traduce, paradójicamente, en la infracción del derecho en nombre del mismo derecho. Uno de esos eventos se encuentra en el denominado principio de oportunidad establecido a nivel constitucional en el artículo 250 que faculta al ente instructor para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, atribuciones que, a la luz de la principialística, es posible determinar que se fundamentan más en terrenos de la filosofía política que en una filosofía y dogmática jurídicas. Esto exige que el principio de oportunidad sea considerado no como una facultad legal sino como una potestad de modulación de la acción punitiva para cuya aplicación se debe recurrir a la ponderación con los derechos fundamentales a la justicia, a la verdad y a la reparación de la(s) víctima(s)».

¹⁴⁸ Vid. T. ARMENTA DEU, «*Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*», cit., pág. 313: «En una época en que se asiste a un abuso de los principios con el riesgo de convencionalismo e irrealidad que ello comporta [...]»; asimismo, S. I. ESTRADA VÉLEZ «*Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado “Principio de oportunidad”*», cit., pág. 149: «[...] la potestad de modulación de la acción punitiva no puede ser un principio jurídico por la sola denominación que se haga de él como principio».

¹⁴⁹ Cfr. CPCol art. 250 (modificado por el A.L. 3/2002, art. 2); de ahí se deriva la reforma al CPP por medio de la Ley 906/2004, la cual en sus arts. 321 a 330 –entre otros– regula el *principio de oportunidad*. En la propuesta de reforma legislativa del CPP no queda clara la naturaleza que se le otorga al *principio de oportunidad*, vid. Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por

que en España no se hace una referencia expresa al mismo ni en la CE ni en la LECrim, vamos a considerar si dentro de la estructura principialística del Estado social de Derecho cabe su introducción.

Ciertamente, un principio básico de dicha forma de organización política es el de legalidad –en tanto que Estado de Derecho– que se manifiesta en los diversos órdenes normativos. En materia penal sustantiva éste se refiere expresamente a la legalidad de los delitos y de las penas, concibiendo como una garantía su vigencia a partir de una ley que debe ser previa, cierta, escrita y estricta. En el orden procesal penal, de conformidad con lo establecido en la parte sustantiva, surge para el Estado la obligación de perseguir todas aquellas conductas que se encuentren proscritas por el ordenamiento bajo la amenaza de una pena¹⁵⁰.

la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: «Es decir, la regla en materia de investigación y acusación la determina el *principio de legalidad* y la excepción será el *principio procesal de la oportunidad*. El *principio de legalidad o de obligatoriedad* consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la República, si a ello hubiere lugar. La antítesis es el *principio de oportunidad o de discrecionalidad* [...]». Por su parte, la Corte Constitucional parece considerarlo una excepción al principio de legalidad, *vid.* SCC/C n.º 673 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ: «Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley [...] El Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías».

¹⁵⁰ *Vid.* T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 187: «Cualquier concepción del p. de oportunidad que se adopte debe partir inexcusablemente del p. de legalidad en su aspecto procesal, ya sea para considerar al primero excepción al segundo, ya para entender aquél incluido en éste».

La concepción netamente formal de la legalidad, propia del positivismo jurídico decimonónico, concebía dicho principio como de obligatorio cumplimiento para el Estado y para el ciudadano. Hoy en día, la legalidad se concibe bajo el influjo que implicó el replanteamiento de la concepción positivista, dando cabida a elementos valorativos en relación con todo aquello que estabiliza y sirve para el desarrollo de una sociedad. Así, para el Estado, la legalidad organizativa y funcional es atemperada por criterios valorativos que se imponen a los formales¹⁵¹. Para el ciudadano, por tanto, la legalidad se concibe como una garantía frente al Estado¹⁵². De este modo, no cabe decir que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal quebrante el principio de legalidad ni la estricta jurisdiccionalidad, porque allí lo que se manifiesta es una modulación de la legalidad procesal en relación con el criterio de necesidad de pena, que también viene establecido de manera previa por el ordenamiento cuando éste establece los fines de aquella¹⁵³.

¹⁵¹ En este sentido, *vid.* J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras del derecho penal: introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bogotá, Leyer, 1998, pág. 18: «[...] sólo se puede hablar con justeza de un derecho nuevo en la conformación de los principios supralegales, valores superiores y derechos supranacionales que ha tenido lugar, en el seno de la filosofía jurídica y política, sobre todo a partir de la última posguerra y que entre nosotros se ha tornado más apremiante y claro a partir de la Constitución de 1991»; además, *cfr.* G. RADBRUCH, E. SCHMIDT y H. WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo* (trad. José María Rodríguez Paniagua), Madrid, Aguilar, 1971.

¹⁵² *Vid.* STC/SU n.º 327 de 2005, M.P.: C. GAVIRIA DÍAZ: «El principio de legalidad entonces constituye, de un lado, una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y, de otro, correlativamente, una autolimitación del poder punitivo que el Estado ejerce por medio de sus legisladores y jueces [...] valga mencionar que el principio opera sólo en favor del imputado»; también, *cfr.* STC/SU n.º 598 de 2005, M.P.: H. HERRERA VERGARA. También, *vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 92: «Cada una de las implicaciones deónticas –o principios– de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición *sine qua non*, esto es, una *garantía jurídica* para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual *no* está permitido, o está prohibido, castigar».

¹⁵³ De esta manera puede ser entendida en una concepción garantista; *vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 164: «Ciertamente, la comprensión equitativa requiere también connotaciones valorativas y por ello discrecionales: pero esta específica

Dentro de la citada concepción del Estado los principios tienen un papel más que relevante. Por ello, es pertinente establecer la naturaleza y el alcance de aquellos con la finalidad de mirar la viabilidad de encuadrar allí la oportunidad procesal¹⁵⁴. Los principios son normas que irradian su fuerza jurídica sobre todo el ordenamiento disponiendo que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son pues, mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferente grado, lo cual depende de las posibilidades materiales y jurídicas –las cuales están determinadas por los principios y reglas opuestos–¹⁵⁵. También cabe decir que los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se estructuran y unifican todas las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia¹⁵⁶. Así, pues, se evidencia que los principios no pueden ser absolutos sino que, en todo caso, deben estar considerados en función del sistema que compone todo el ordenamiento jurídico. De allí que en el evento de un cruce o enfrentamiento con otro principio se debe acudir a la ponderación, para establecer la relevancia de la aplicación de uno u otro considerando los fines que persiga el ordenamiento jurídico en general¹⁵⁷.

discrecionalidad judicial (la única forma de discrecionalidad) es plenamente legítima y pertinente, al ser una dimensión epistemológica constitutiva de la jurisdicción». En contra, *cfr.* D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», cit., pág. 132, quien entiende que «al excluir del principio de legalidad todo lo concerniente a las formas o criterios relativos al ejercicio de la acción penal se está menoscabando la garantía jurisdiccional».

¹⁵⁴ *Vid.* J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras...*, cit., pág. 24: «[...] un principio no es más que la expresión, más o menos clara y felizmente formulada o acuñada verbalmente, de valores ético-jurídicos de la comunidad».

¹⁵⁵ De este modo presenta la definición, R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986] (trad. E. Garzón Valdés), Madrid, CEPC, 2001, pág. 86.

¹⁵⁶ *Cfr.* SCC/C n.º 818 de 2005, M.P.: R. ESCOBAR GIL.

¹⁵⁷ *Vid.* SCC/C n.º 818 de 2005, M.P.: R. ESCOBAR GIL: «El juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente

En el sentido expresado, los criterios de oportunidad dentro del proceso penal pueden entenderse como desarrollos de un principio que busca la despenalización y desjudicialización de eventos en los cuales se verifica la ausencia de necesidad de intervención punitiva y la necesidad de pena, teniendo presentes –como criterios orientadores– los fines que se le asignan a ésta¹⁵⁸. Por tanto, cabe perfectamente hablar del principio de oportunidad dentro del proceso penal.

No puede considerarse el principio de oportunidad como una excepción¹⁵⁹ a la legalidad en general que es característica del Estado de Derecho, porque justamente ésta es la que permite su introducción en él¹⁶⁰. Además, si admitiésemos que fuera una excepción entonces le estaríamos desconociendo el carácter de principio al de legalidad, ya que los principios

la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto».

¹⁵⁸ Hay concepciones que ven a la pena como un instrumento carente de legitimidad para fundamentar el principio de oportunidad, por ejemplo *cfr.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 27.

¹⁵⁹ *Vid.* C. A. GÓMEZ PAVAJEAU, *La oportunidad como principio...*, cit., pág. 40: «[...] la doctrina mayoritaria presenta al principio de oportunidad como una excepción al principio de legalidad, siendo este una constante en Latinoamérica». Existen varios ejemplos de quienes consideran al principio de oportunidad como una excepción al de legalidad; así, *vid.* J. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pág. 73: «[...] desde que el poder de penar correspondió al Estado, se planteó para el legislador el problema de si todos los hechos punibles sin excepción habían de perseguirse, o si la persecución había de hacerse depender en cada caso del arbitrio del acusador particular o estatal, o, en el procedimiento de oficio, del arbitrio judicial»; también, J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad...*, cit., pág. 21: «Los principios de legalidad y oportunidad son los pilares más importantes del nuevo ordenamiento procesal penal colombiano; el primero es la regla general y el segundo su excepción».

¹⁶⁰ Así, E. CRUZ REYES, «*El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía*», en: *DPC*, n.º 15, 2006, pág. 69: «El principio de oportunidad no está basado en un criterio “político-utilitario-eficientista” de conveniencia temporal, práctica, económica, etc., toda vez que es la regla de la “legalidad” la que prohíbe la renuncia al ejercicio de la persecución penal». En contra, D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., págs. 129 a 133; también, T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999, págs. 454 y 455.

son susceptibles de ser modulados pero no excepcionados¹⁶¹. En otras palabras, los *principios* mantienen su fuerza normativa inalterada, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto¹⁶². Por tanto, no compartimos la caracterización tácita que hace la ley penal colombiana del principio de oportunidad cuando en el CPP art. 322 dispone que «La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad [...]». Debe entenderse, pues, que en dicho ordenamiento, la aplicación del principio de oportunidad se basa en un ejercicio de ponderación en relación con los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad¹⁶³; de esta manera se sostiene el carácter principal de los criterios de oportunidad.

En cuanto a la legalidad de la intervención punitiva –que en todo caso, se reitera, ha de concebirse en clave de garantía para el destinatario de la norma frente al Estado– éste atempera su aplicación tanto en la parte sustantiva como procesal. En efecto, a partir de los fines de la pena, se da cabida en el ámbito punitivo al concepto de *necesidad de pena* permitiendo en algunos casos que desde aquél referente se impongan penas, desplazando la *legalidad* cuando esto sea favorable al procesado en términos cuantitativos y

¹⁶¹ En el mismo sentido, *vid.* C. A. GÓMEZ PAVAJEAU, *La oportunidad como principio...*, cit., pág. 40: «[...] si un principio tiene excepción no tiene el carácter de principio sino de regla, esto es, subordinado al principio y por tanto sin la característica de elemento que irradia su fuerza jurídica sobre las demás instituciones».

¹⁶² *Cfr.* SCC/C n.º 818 de 2005, M.P.: R. ESCOBAR GIL.

¹⁶³ *Vid.* CPP art. 27: «*Moduladores de la actividad procesal.* En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia». También considera que debe usarse este criterio, J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad...*, cit., pág. 50.

cualitativos¹⁶⁴. Lo mismo cabe decir del procesamiento penal, en el cual la *legalidad* puede ser modulada por la oportunidad atendiendo a la necesidad de pena en casos concretos¹⁶⁵.

Es cierto, también, que en algunos casos la ponderación hará inclinar la balanza hacia el principio de legalidad, en su versión sustantiva y procesal, sobre todo cuando se trate de eventos en los cuales se presente una perfecta conjunción del sentido retributivo de la pena con sus finalidades preventivas¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Vid. G. FREUND, «*La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema*», cit., pág. 33: «Resulta superfluo afirmar que los marcos penales cumplen una función limitadora, esto es, que en todo caso queda excluida una posibilidad de reacción no prevista. Esta función de límite se deriva sin más del principio *nullun crimen*, que prohíbe una sanción no contemplada legalmente. Ahora bien, los marcos penales despliegan con mucha frecuencia un efecto vinculante sólo respecto al límite máximo. Hacia abajo existe generalmente –como ya se ha mencionado– una cierta apertura. Únicamente los tipos con una pena absoluta o con una pena elevada en su mínimo «están cerrados hacia abajo»»; en similar sentido, vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs: 165 y 166: «[...] me parece en contraste con el principio de equidad la previsión por parte de la ley de límites mínimos, junto a los límites máximos de pena, para cada tipo de delito».

¹⁶⁵ Asimismo, vid. T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de medidas Urgentes de Reforma Procesal (t. II La reforma del proceso penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, págs. 290 y 291: «Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público –actualmente proclamado en el art. 105 de la L.E.Crim.– debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio (que ya es, por sí, una pena) en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una “*poena naturalis*”, u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el necesario recurso al Derecho criminal, siempre, desde luego, con la posibilidad de un ulterior control judicial». Radicalmente en contra de esta posición, *cf.* A. DE LA OLIVA SANTOS, «*Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*», en: *RGD*, n.º 577 y 578, 1992, pág. 9885 y ss.

¹⁶⁶ Vid. J. F. PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad...*, cit., págs. 43 y 44: «El principio de oportunidad es la expresión de una «finalidad especial político-criminal» que de ninguna manera puede tenerse como una idea contraria a la legalidad. La contraposición que suele hacerse entre los dos principios y la significancia de la legalidad para la idea de Estado de derecho ha hecho que el principio de oportunidad se asocie en materia penal, con “algo negativo”. Sin embargo, cuando se habla de oportunidad no se está hablando de algo ilegal o del imperio de lo simplemente útil. Por el contrario, el principio de oportunidad [...] también lleva implícito la prohibición de arbitrariedad»; también vid. G. P. LOPERA MESA, «*El principio de proporcionalidad y los dilemas del*

Con todo, en el juicio de ponderación aquí planteado no puede olvidarse el carácter instrumental del proceso penal¹⁶⁷.

Según lo dicho, tampoco debe entenderse el principio de oportunidad como la antítesis de la legalidad¹⁶⁸ porque no se trata de opciones opuestas y excluyentes, sino de normas que contienen mandatos de optimización susceptibles de ser moduladas de conformidad con las circunstancias específicas bajo la orientación de los fines de la pena.

El principio de oportunidad implica una verdadera *revolución copernicana* del proceso penal, sobre todo por la forma en que éste se ha entendido desde el positivismo jurídico del siglo XIX¹⁶⁹. En términos generales, la revolución copernicana viene determinada por el enfrentamiento entre la concepción positivista y el denominado *Nuevo Derecho*, fundamentalmente desde mediados del siglo XX, sobre todo cuando se

constitucionalismo», en: *REDC*, n.º 73, 2005, pág. 405: «En definitiva, la respuesta a cuál deber ser la carga de la argumentación que decida los casos de empate en la ponderación es una cuestión que no ha sido resuelta satisfactoriamente por la teoría de los derechos fundamentales. Personalmente me inclino por la opción de tipo liberal que exige que los beneficios de una intervención en un derecho fundamental sean siempre mayores que, y no sólo iguales a, los sacrificios que con dicha intervención se imponen a la libertad y, en consecuencia, a resolver todo empate a favor del principio iusfundamental afectado por la medida legislativa».

¹⁶⁷ Vid. L. BACHMAIER WINTER, «*Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*», cit., pág. 43: «En definitiva, dependiendo de cuál de estos fines se considere prioritario en una determinada sociedad, y por tanto en sus sistema jurídico, así deberá también articularse el proceso penal, las soluciones de consenso, las soluciones a través de mediación e incluso la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal».

¹⁶⁸ Así, C. ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 89, quien lo considera la antítesis de la legalidad.

¹⁶⁹ Una expresión similar de esta idea la ofrece L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 120.

visualizaron durante la Segunda Guerra Mundial los estragos del apego a la legalidad pura y dura¹⁷⁰.

Con todo, no escapan a la vista los problemas que surgen cuando se trata realizar la ponderación que permita la aplicación de criterios de oportunidad en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el legislador debe reflexionar detenidamente sobre la introducción en el ordenamiento de especiales criterios de despenalización indirecta y de desjudicialización alternativa, cuidándose de no llegar a menoscabar otros derechos. De manera que, so pretexto de realizar una política de desjudicialización introduciendo instituciones que desarrollen el principio de oportunidad, no puede desconocer el derecho fundamental al debido proceso, el cual contiene garantías tan preciadas para la libertad de los individuos y a la vez para las víctimas que confían en un oportuno acceso a la justicia¹⁷¹. Un problema epistemológico, de muy hondo calado, surge cuando la norma de naturaleza procesal que regula una determinada hipótesis de aplicación del principio de oportunidad termina por modificar el ordenamiento penal sustantivo¹⁷² desconociendo la naturaleza instrumental del proceso penal. Resultaría así, en el fondo, que no sería ya la

¹⁷⁰ Sobre ello, *cfr.* C. ROXIN, «*De la dictadura a la democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán*», cit., pág. 13.

¹⁷¹ *Vid.* SCC/C n.º 126 de 1998, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA: «Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios».

¹⁷² *Cfr.* J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., págs. 77 y 79.

ley sustantiva la que determina el modo de actuar, sino la forma en que la apliquen los operadores jurídicos¹⁷³.

El principio de oportunidad, por tanto, debe ser considerado en relación con todo el ordenamiento como un elemento que potencia su desarrollo, con lo cual las instituciones ubicables dentro de él deben participar de esta naturaleza para que tengan legitimidad constitucional¹⁷⁴; la meta es, pues, la construcción de un ordenamiento jurídico coherente, hermético y unitario¹⁷⁵. Admitir lo contrario sería convertir al proceso penal en un mecanismo de involución social.

2. Concepto

Genéricamente considerado, el principio de oportunidad puede entenderse como un mecanismo de *desjudicialización alternativa*, dentro del cual se incluyen algunas hipótesis de *despenalización indirecta*, como en el caso del arrepentido procesal. Su ámbito operativo por excelencia es la etapa de la instrucción en la cual opera como una alternativa al juicio. Con todo,

¹⁷³ En sentido similar, *cfr.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 122.

¹⁷⁴ *Vid.* SCC/C n.º 818 de 2005, M.P.: R. ESCOBAR GIL: «Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas)».

¹⁷⁵ S. I. ESTRADA VÉLEZ, «*Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado “Principio de oportunidad”*», cit., pág. 149. *Vid.* E. CRUZ REYES, «*El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía?*», cit., págs. 37 y 38: «[...] el principio de oportunidad no se contrae a un acto de mera arbitrariedad e injusticia selectiva o al azar, sino que, más bien [...] corresponde a la elaboración de una evaluación discrecional judicial que implica la articulación de otros principios a través de la formulación de un *test* con base en el cual, la fiscalía podrá renunciar, suspender o abstenerse de adelantar la investigación penal, sin sacrificar el sentido de la eficacia entendido desde un punto de vista de protección y garantía de los derechos fundamentales».

como podremos conocer más adelante, algunas veces se manifiesta durante el juicio.

Una definición que englobe los elementos esenciales del principio de oportunidad, esto es, una definición en *sentido estricto*, indica que aquel es un mecanismo por medio del cual el órgano oficial titular del ejercicio de la acción penal puede desistir del inicio de las actividades de persecución, disponer discrecionalmente del ejercicio de la acción penal¹⁷⁶ y del contenido de la pretensión penal –en cuanto a su supuesto y consecuencias–, durante la etapa de la investigación con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal y atendido a la ponderación en relación con los demás principios que orientan el ordenamiento jurídico. Entendido así el principio de oportunidad, quedan excluidas de su contenido las hipótesis de inicio de la persecución penal a partir de la actividad de sujetos particulares, en cuyo caso se estaría en frente de condiciones o requisitos de procedibilidad, como en el caso de los delitos que requieren de previa denuncia o querrela.

Es cierto que el principio de oportunidad –especialmente como se viene considerando desde las últimas décadas del siglo XX– implica un replanteamiento del concepto de proceso penal, lo cual necesariamente conlleva una modulación con los principios de legalidad penal y procesal penal¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Asimismo, T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., págs. 273 y 274; J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., pág. 71; y M. V. BERZOSA FRANCOS, «*Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal*», cit., pág. 16.

¹⁷⁷ Vid. A. ESER, «*Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la privatización del proceso penal?*», cit., pág. 66: «Dado que no se conocen otros caminos viables para superar la actual proliferación de procesos, no queda más que admitir que el proceso penal que ha llegado hasta nosotros ha debido alcanzar los límites de su

A. En el ordenamiento español

En el ordenamiento español no existe una definición *legal* sobre el principio de oportunidad. La doctrina en escasas ocasiones se ha atrevido a presentar una definición¹⁷⁸, las más de las veces no exentas de arduas polémicas. Se cuestiona su validez dentro del ordenamiento y su naturaleza de principio, no siendo pacífica la cuestión, ni mucho menos, en cuanto a su contenido y alcance¹⁷⁹.

También se presenta alguna confusión cuando una hipótesis de oportunidad, como la que encontramos en el CPE art. 171.3, es considerada como una excusa absolutoria legal¹⁸⁰ y al mismo tiempo como una condición objetiva de punibilidad¹⁸¹.

Se suele decir que el principio de oportunidad puede ser entendido en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, se concibe como una excepción al principio de legalidad. Consecuente con ello, el principio de

capacidad de desarrollo». En sentido similar, *cfr.* S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 26.

¹⁷⁸ Así, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 191 y 208; aunque dicha afirmación data de dos décadas atrás, lo cierto es que el panorama sigue igual. Quizá la definición más representativa, y por ello más debatida, ha sido la presentada por V. GIMENO SENDRA, «*Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*», en: *Justicia/1987*, n.º II, 1987, pág. 359: «Como es sabido, por principio de oportunidad cabe entender la facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»; también, *cfr.* V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1996, pág. 64.

¹⁷⁹ *Cfr.* D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., págs. 105-136, *passim*.

¹⁸⁰ Así, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 150.

¹⁸¹ *Cfr.* J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «*Título VI: Delitos contra la libertad*», en: T. S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995 vol. I (arts. 1 a 233)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 880.

oportunidad abarcaría todas aquellas hipótesis que implican una disposición de la acción y pretensión penales, como serían por ejemplo la conformidad, simple y negociada, la mediación, la suspensión condicional de la pena, entre otras¹⁸².

En un sentido estricto, el principio de oportunidad sólo comprendería aquellas hipótesis en las cuales la Fiscalía tiene la obligación de ejercer la acción penal, de donde se concluye que la oportunidad debe tener estas características: en primer lugar, desde una perspectiva subjetiva, aquella debe ser ejercida por el órgano estatal que tiene la obligación de ejercer la acusación¹⁸³. Por tanto, no habría cabida para la oportunidad cuando son los particulares quienes ostentan dicha potestad acusadora, como son los casos de los acusadores popular, particular y privado. Estos, pues, están facultados por la ley para ejercer la acusación, pero no obligados a ello, con lo cual la decisión de no ejercer la acusación es un acto potestativo de parte. En relación con la anterior característica, desde la perspectiva objetiva, el principio de oportunidad debe recaer sobre el ejercicio de la acción penal. Así las cosas, habría que entender que cuando se dispone de la pretensión penal no se estaría actuando conforme al mencionado principio. Por ello es más adecuado decir que objetivamente el principio de oportunidad debe recaer sobre la disposición de las obligaciones esenciales de la Fiscalía dentro del proceso penal.

¹⁸² Vid. E. BACIGALUPO, «*Descriminalización y prevención*», cit., pág. 14: «[...] por principio de oportunidad no debe entenderse exclusivamente una renuncia bajo ciertas condiciones a la acción penal por parte del Fiscal, sino, más bien, un tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo»; cfr. V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., págs. 64 a 68.

¹⁸³ Cfr. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 190 y 191; también, D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., pág. 108.

Una tercera característica indica que el principio de oportunidad debe orientarse con criterios teleológicos, esto es, debe estar orientando a excepcionar las obligaciones que legalmente le impone el ordenamiento a la Fiscalía. En realidad, de acuerdo con la tesis que se viene sosteniendo, más adecuado sería utilizar la expresión «*modular*», con lo cual se mantiene la coherencia en orden al reconocimiento de la categoría de principio a la oportunidad procesal.

B. En el ordenamiento colombiano

En Colombia, de manera diferente al panorama del ordenamiento español y luego de la reforma a la CPCol por medio del A.L. 03/2002, se introdujo la oportunidad como un principio de raíz constitucional. Inicialmente el desarrollo legal se plasmó en el CPP, Ley 906/2004, y una reforma posterior a éste mediante la Ley 1312/2009 estableció la definición legal del principio de oportunidad. Así, el CPP en su art. 323 inc. 2 dispone que: «El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías».

De esta conceptualización legal del principio de oportunidad se derivan las siguientes características: en primer lugar, se trata de una facultad constitucional otorgada a la FGN para ponderar la necesidad de persecución penal. En otras palabras, es la autorización para que el órgano instructor dentro del proceso penal colombiano matice el ejercicio del *ius perseguendi*.

Ello implica, obviamente –como una segunda característica– que deben existir fundamentos para que se inicie la persecución penal según el mandato constitucional que obliga a la FGN adelantar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y realizar el ejercicio de la acción penal¹⁸⁴. Así, la aplicación del principio de oportunidad debe hacerse sobre las conductas que cumplan con el mínimo de requisitos exigidos para su eventual enjuiciamiento¹⁸⁵. De otra manera, la alternativa no sería aplicar el principio de oportunidad sino proceder al sobreseimiento libre por carencia de los fundamentos para presentar la acusación¹⁸⁶. La aplicación del principio de oportunidad consistirá en la renuncia, suspensión o interrupción del ejercicio de la acción penal¹⁸⁷.

Dentro de esta característica, es bueno recordar que la FGN entiende que la aplicación del principio de oportunidad no depende del consentimiento del procesado¹⁸⁸. Con todo, no puede perderse de vista que en ocasiones la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía puede atentar contra la presunción de inocencia de aquel. Si, como ya quedó dicho, el principio de oportunidad puede ser usado cuando existan los elementos que fundamentan la responsabilidad penal, una apreciación errónea en este sentido

¹⁸⁴ Cfr. CPCol art. 250.

¹⁸⁵ Vid. CPP art. 336: «*Presentación de la acusación*. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe». En todos los casos, la ley exige unos mínimos probatorios para verificar la materialización de las hipótesis de oportunidad, aunque no los especifica, cfr. CPP art. 327 inc. 3.

¹⁸⁶ Cfr. CPP art. 332. Así también lo entiende la Fiscalía; al respecto cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad I»*, cit., pág. 38.

¹⁸⁷ Cfr. Resoluciones 0-6657/2004, 0-6658/2004 y 0-3884/2009 de la FGN.

¹⁸⁸ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad I»*, cit., pág. 58 y ss.

puede afectar el derecho del procesado a controvertir las afirmaciones que se hacen en su contra.

Así pues, la persecución penal a la que fue sometido el procesado no terminaría por medio de un sobreseimiento o una sentencia absolutoria, sino por un acto de disposición unilateral de la Fiscalía. En estos eventos, el procesado tiene el derecho a oponerse a la aplicación del principio de oportunidad a su favor para continuar, en el curso normal del proceso, con la reivindicación de su inocencia¹⁸⁹.

Como tercer rasgo característico, hay que indicar que los motivos de esta matización de la persecución penal deben obedecer a razones de *política criminal*. Ello implica que el Fiscal ponderará, de conformidad con los fines asignados a la pena en el ordenamiento colombiano y los legítimos intereses de las víctimas¹⁹⁰, la viabilidad de ejercer esta alternativa a la acusación. Esto conlleva a que la decisión debe estar debidamente sustentada, lo cual excluye la aplicación meramente objetiva de criterios de oportunidad, porque como se ha sostenido, su utilización debe hacerse en relación con cada caso en concreto y con las motivaciones que sean constitucionalmente válidas.

En cuarto lugar, las causales de aplicación deben ser aquellas determinadas taxativamente en la ley. Ello indicaría, inicialmente, que nos encontramos ante un sistema de *oportunidad cerrada*. Con todo, en el ordenamiento colombiano hay verdaderos criterios de oportunidad que no se

¹⁸⁹ Vid. CPP art. 327 inc. 3.: «La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad».

¹⁹⁰ Cfr. CPP art. 328.

encuentran señalados como tales en la ley. Son los casos, por ejemplo, de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado regulados fundamentalmente en los arts. 348 a 354 del CPP¹⁹¹, y de la *indemnización integral* de la que habla el Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) en sus arts. 174 y 193 num. 5.

Una quinta característica indica que el uso del principio de oportunidad debe hacerse de acuerdo a los criterios establecidos en la reglamentación elaborada por el Fiscal General de la Nación. No deja de ser cuestionable que no sea el Poder legislativo quien establezca la reglamentación del mencionado principio. De esta manera se quebranta el principio de *reserva legal*, al otorgarle a un órgano como la FGN la potestad reglamentaria de actos que contienen decisiones sobre derechos fundamentales, tanto del procesado como de las víctimas.

En sexto lugar, la caracterización legal que hace el legislador colombiano del principio de oportunidad requiere, en todo caso, que su utilización esté supeditada al control del Juez de control de garantías. Resulta evidente que la presencia del Juez de garantías implica que la decisión de fondo adoptada por la Fiscalía deba estar motivada; con todo, lo cuestionable es que los fundamentos de la motivación deban estar basados en los referentes establecidos en la reglamentación que elabora la misma Fiscalía. De esa forma, la injerencia del control de legalidad termina siendo simbólica, porque ciertamente de una manera indirecta la Fiscalía será quien imponga los límites de su propia actuación.

¹⁹¹ En contra de esta posición, *cfr.* FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, FGN, 2006, pág. 256.

Finalmente, digamos que la redacción del inciso primero del art. 323 del CPP nos aporta otra característica sobre los momentos del proceso en que es posible la aplicación del principio de oportunidad. Al respecto la ley procesal penal colombiana dispone que la FGN, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece el CPP para la aplicación del principio de oportunidad. De conformidad con esa norma, queda claro que la aplicación del principio de oportunidad puede darse durante la etapa de instrucción e incluso durante la etapa del juicio. Es normal, conforme a la naturaleza del principio de oportunidad, que la Fiscalía decida no ejercer la acción penal no obstante estar en presencia de una conducta que reúna todas las características establecidas legalmente para ser considerada como delictiva. Lo que si desborda no sólo la concepción del principio de oportunidad sino también la concepción del proceso acusatorio mismo, es la posibilidad de que la Fiscalía haga uso durante el juicio el mencionado principio. Y ello por varias razones: porque la utilización del principio de oportunidad comporta un acto de disposición de la acción o de la pretensión penal, o lo que es lo mismo, una disposición sobre el objeto principal del proceso penal. Es válido que dicha disposición se dé durante la etapa de la investigación ya que es la Fiscalía la encargada de su realización y dirección; pero no puede ser válido que la Fiscalía invada competencias propias del Juez de conocimiento disponiendo sobre la pretensión penal una vez iniciada la etapa del juicio. Evidentemente, ello comporta la quiebra del modelo acusatorio y la introducción soterrada de cuestionables prácticas inquisitivas en las cuales un mismo órgano termina ejerciendo las funciones procesales de instrucción y juzgamiento. No puede esto ser equiparado a la solicitud de absolución o retiro de la acusación por parte de la Fiscalía, porque la aplicación del principio de oportunidad se basa en la idea de la desjudicialización de aquellas conductas que revistan todas las

características de delito. Si la conducta no es delictiva, resulta claro que no sería posible acusar en tanto no se cumple con los requisitos materiales exigidos para ello; y si una vez hecha la acusación es la Fiscalía quien determina que la conducta no es delictiva, queda dentro de la potestad del Juez durante el juicio entrar a decidir por medio de la sentencia sobre el contenido de la acusación. Así, pues, la Fiscalía estaría ejerciendo actos propios del Juez durante la etapa del juicio.

Además, cabe también cuestionar la posibilidad real de aplicación del principio de oportunidad durante el juicio. La reforma legislativa que así lo estableció¹⁹², se olvidó de modificar el art. 175 del CPP en la cual se dice expresamente que la Fiscalía tiene un término de treinta días, contados a partir de la formulación de la imputación, para formular la acusación, solicitar el sobreseimiento o aplicar el principio de oportunidad. Este término sólo se puede ampliar –en otros treinta días– cuando por negligencia del Fiscal encargado se haya agotado el tiempo destinado para la investigación sin realizar alguna de las conductas antes señaladas¹⁹³. Así, habría que entender, que la aplicación del principio de oportunidad durante el juicio únicamente procedería si ésta se realiza dentro de un término de sesenta días contados desde que la Fiscalía haya procedido con la formulación de la imputación ante el Juez de control de garantías.

3. Clases de oportunidad

El principio de oportunidad puede ser clasificado de acuerdo a la forma en que éste se patentiza dentro del ordenamiento jurídico. Así las cosas, es viable hablar de sistemas de oportunidad abiertos, cerrados y de carácter mixto.

¹⁹² *Cfr.* Ley 1312/2009, art. 1.

¹⁹³ *Cfr.* CPP art. 294.

No compartimos las clasificaciones que se basan en la discrecionalidad para ejercer la acción penal, porque según lo hemos visto ello es connatural al principio de oportunidad. Tampoco estamos de acuerdo en considerar como un criterio el apego a la ley en el ejercicio de la mencionada discrecionalidad, fundamentalmente por las siguientes razones: en primer lugar, porque los ordenamientos español y colombiano participan de una tradición jurídica donde la fuente legal por excelencia es la ley escrita. En segundo lugar, porque entendemos como nota característica del Estado de Derecho que los órganos del Estado únicamente están autorizados para actuar dentro del ámbito de las competencias que les otorga la ley¹⁹⁴. Así, el margen de discrecionalidad del órgano investigador jamás podrá ser absoluto, sino delimitado por los contenidos interpretativos que emergen de los principios generales del Derecho, orientado en esta particular circunstancia hacia los fines de la pena. En armonía con lo anterior, tampoco se puede desconocer la fundamentación de la intervención punitiva en los ordenamientos español y colombiano, la cual atiende a la protección de bienes jurídicos. Ello, unido a los fines que se le asignan a la pena, se reitera, y a las elaboraciones teóricas de la dogmática penal –verdadero instrumento de aplicación racional del Derecho penal– excluye cualquier tipo de discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la acción penal.

¹⁹⁴ Cfr. CE art. 9.1 y CPCol art. 6; *vid.* C. CUADRADO SALINAS, «Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal: El interés público en una administración eficaz de la Justicia», en: *RGDPR*, n.º 18, 2009, pág. 2: «Como se verá, el eterno debate que genera la opción entre legalidad y oportunidad no tiene mayor trascendencia en la actualidad. Los límites impuestos por el Estado de Derecho impiden que se vea al principio de oportunidad como un instrumento de arbitrariedad o ausencia de legalidad cuando se trata de incorporarlo a las facultades del órgano público de la acusación»; así también, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 211.

A. Sistema de oportunidad abierta

Los sistemas de oportunidad abierta son aquellos en los cuales el legislador no ha introducido de manera expresa el principio de oportunidad o algunas hipótesis encuadrables en él y sin embargo, tácitamente regula instituciones que son en realidad manifestaciones del mencionado principio. Un claro ejemplo es el ordenamiento español.

En el ordenamiento español no existe ninguna norma que expresamente se refiera al principio de oportunidad. Sin embargo hay una institución eventualmente encuadrable dentro de él, como es la *conformidad negociada*¹⁹⁵. La ausencia de referencia expresa en la LECrim es explicable si tenemos en cuenta el momento de su redacción inicial, año de 1882, y que la conformidad –institución más representativa de la oportunidad en el ordenamiento español– aparezca regulada en su estructura básica desde ese mismo momento¹⁹⁶. Con todo, no deja de ser extraño que luego de tantas reformas legales a las que ha sido sometida la ley procesal penal no se haga una expresa referencia al principio en cuestión.

También existe en el ordenamiento español una norma que aparece en el Código Penal de 1995, concretamente en su artículo 171.3, la cual

¹⁹⁵ Así lo exponen J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», en: *La Ley (r)*, n.º 5, 1996, pág. 1498 y V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67. Vid. Instrucción 2/2009, de junio 22, de la FGE: «Como es sabido, el ordenamiento jurídico español no permite –a diferencia de otros modelos procesales, y con la excepción del proceso de reforma de menores– ejercicios de oportunidad aparejados a la terminación pactada del proceso. Sólo es legalmente admisible la aproximación de las posturas de la acusación y la defensa en el terreno de la calificación jurídica del hecho y de las consecuencias punitivas dentro de un estricto marco de legalidad».

¹⁹⁶ Con todo, es bueno decir que la conformidad tiene antecedentes que se remontan a la segunda década del siglo XIX en el ordenamiento español; sobre ello, *vid. infra*, Cap. VI, I, 1.

indudablemente otorga una potestad a la Fiscalía para decidir discrecionalmente sobre el ejercicio de la acción penal¹⁹⁷. Dispone el CPE art. 171 num. 2 y 3: «2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera. 3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

En el CP art. 171.3 el legislador presenta un precepto de marcada naturaleza procesal penal; allí le otorga al MF la posibilidad de abstenerse de acusar, siempre y cuando ello tenga como finalidad facilitar el castigo de quien amenaza a alguien con revelar un delito que haya cometido. Esta norma no deja de ser polémica, y ello precisamente porque se cuestiona la posibilidad de usar el principio de oportunidad cuando el legislador expresamente no se ha referido a él¹⁹⁸.

¹⁹⁷ De la misma manera lo entienden J.-L. GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, cit., pág. 133 y T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, cit., págs. 465 y 466.

¹⁹⁸ Vid. M. POLAINO NAVARRETE, «Delitos contra la libertad II. Amenazas y coacciones», en: M. COBO DEL ROSAL (Dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 257: «Podría interpretarse esa extraña y criticable disposición insertada en la incriminación sustantiva del tipo delictivo de chantaje como una prescripción de mera índole procesal, que confiere el Ministerio Fiscal una exótica facultad de discrecionalidad, según la cual el Ministerio Público, máximo garante de la

Pero también se cuestiona esta norma por no tener una finalidad político-criminal claramente establecida¹⁹⁹; incluso se discute, con sólidos argumentos, la posibilidad de aminorar la punibilidad de una conducta que eventualmente puede ser más grave que la conducta de amenazar²⁰⁰. Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien ha cometido un homicidio y alguien lo amenaza con revelarlo; con lo cual, para perseguir al amenazador se le rebaja la pena al homicida. Sobre estas hipótesis de testigos de la corona, arrepentido procesal y colaborador con la justicia, se volverá más adelante²⁰¹.

Sin embargo, interesa considerar ahora la hipótesis que permite al MF dejar de ejercer la acusación, porque ella sirve para plantearse varios interrogantes en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad en el ordenamiento español. El primer interrogante tiene que ver con los fundamentos de dicha posibilidad y su relación con el principio de igualdad. Si el fundamento estriba en la búsqueda del afianzamiento de la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento del sistema de justicia penal –cuando se prescinde del ejercicio de la acción penal en un caso para poder aplicar la pena en otro– lo que se busca es una finalidad preventivo general de carácter positivo. De allí podría concluirse que serían válidos, de acuerdo al principio de igualdad, todos aquellos casos en los que el MF pueda lograr esa misma finalidad de la pena dejando de ejercer la acción penal. En otros términos, en

observancia de la legalidad por todos los Poderes en el Estado de Derecho, pueda “abstraerse de la acusación” por un delito precisamente “para facilitar el castigo de otro”».

¹⁹⁹ En ese sentido, J. M. PRATS CANUT y G. QUINTERO OLIVARES, «*Título VI: Delitos contra la libertad* [Cap. II De las amenazas]», en: G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 52005, pág. 240.

²⁰⁰ Así, J. C. CARBONELL MATEU y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «*Título VI: Delitos contra la libertad*», cit., pág. 880.

²⁰¹ *Vid infra*, Cap. VIII.

los casos donde exista la misma razón del art. 171.3 debería existir la misma disposición²⁰².

Otro interrogante que plantea el CP art. 171.3 tiene que ver con el ejercicio de la acción penal, la cual en el ordenamiento penal español no está limitada por el régimen de monopolio. Es claro que en el delito que se viene analizando, la renuncia a acusar del MF no presupone la renuncia de la acción penal por parte de la acusación particular, la cual puede personarse tanto en el procedimiento ordinario²⁰³ como en el procedimiento abreviado²⁰⁴; a lo anterior hay que agregar que en el procedimiento abreviado la LECrim, en el art. 790, permite el archivo de las actuaciones tan sólo en el caso de que tanto el MF como el acusador particular soliciten el sobreseimiento²⁰⁵.

Así, pues, ese tímido intento de introducir una hipótesis de oportunidad en el proceso penal por parte del legislador penal de 1995 se topa con una serie de inconvenientes que lo hacen inaplicable en la práctica, con lo cual queda reducido a la esfera del *derecho procesal penal simbólico*²⁰⁶.

²⁰² En similar sentido, *vid.* C. CUADRADO SALINAS, «Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal: El interés público en una administración eficaz de la Justicia», cit., pág. 21: «A mi juicio, nada impediría que se otorgasen facultades discrecionales al Fiscal a fin de posibilitarle archivar la acusación de forma condicional y de ofrecer vías alternativas al procesamiento del imputado adulto en los supuestos en los que el interés público así lo aconseje».

²⁰³ *Cfr.* LECrim arts. 109 y 110.

²⁰⁴ *Cfr.* LECrim art. 783.

²⁰⁵ Así, J. M. PRATS CANUT y G. QUINTERO OLIVARES, «Título VI: Delitos contra la libertad (Cap. II De las amenazas)», cit., pág. 239.

²⁰⁶ *Vid.* J. M. PRATS CANUT y G. QUINTERO OLIVARES, «Título VI: Delitos contra la libertad (Cap. II De las amenazas)», cit., pág. 239: «En conclusión, la eficacia del pronunciamiento favorable del Ministerio Fiscal en orden a su abstención de formular acusación, topa con intereses legítimos de terceros, amparados por la legislación procesal, de tal suerte que no necesariamente dicha renuncia implica la imposibilidad de proceder contra el autor de delito confeso. Por tanto, nos hallamos ante una regla que, si bien evoca la

Dentro del sistema de oportunidad abierta que presenta el ordenamiento español es posible considerar aquellos supuestos contenidos en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), Ley Orgánica 05/2000, de 12 de enero²⁰⁷. En efecto, en cuanto al inicio del trámite procesal y al ejercicio de la acción penal, la LORPM concede una amplia discrecionalidad al MF para la aplicación de criterios de oportunidad, siendo en este tipo de procesos el órgano encargado de adelantar la instrucción. Así, el ente investigador se encuentra facultado para *desistir de la incoación del expediente* cuando los hechos sean constitutivos de faltas o delitos graves sin violencia o intimidación en las personas, según lo dispuesto en el art. 18. También puede desistir de la continuación del expediente cuando el delito sea menos grave²⁰⁸ o falta, si el menor adelanta una *conciliación* con la víctima o procura su *reparación*, y se compromete a cumplir la actividad educativa conforme a lo prescrito en el art. 19. En otros eventos, el MF puede presentar escrito de alegaciones con la *conformidad* del menor, dentro de las hipótesis de los arts. 32 y 36 en los cuales se plasman situaciones de *conformidad* frente a la imputación formulada y la medida solicitada²⁰⁹. Con todo, nada impide que el menor en vez de *conformarse* decida negociar con el MF, a la luz de los

ideología del principio de oportunidad, en la medida que el impulso del proceso penal no está conferida en exclusiva al Ministerio Fiscal, no puede calificarse *stricto sensu* como tal».

²⁰⁷ Una postura crítica sobre ello, *vid.* A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 68: «La praxis del artículo 18 de la L.O.R.R.P.M. ha evidenciado un descenso alarmante del número de expedientes tramitados desde 1992, lo que no debiera ser un motivo de euforia sino de preocupación por el uso desmedido y sin control de las facultades (regladas) que otorga la ley al Ministerio Público».

²⁰⁸ *Cfr.* CPE arts. 13 y 33.3.

²⁰⁹ *Vid.* M. V. BERZOSA FRANCO, «Los principios...» *cit.*, pág. 19: «Dentro de la LECrim la conformidad del imputado es la institución considerada por la doctrina como principal exponente del mismo. Seguramente por esta razón la reforma del proceso penal, llevada a cabo por la LO de 28 de diciembre de 1988, intenta potenciarla e incluso modificar, en cierto modo, su configuración, ya que la introducción de otros criterios de oportunidad habría requerido profundos cambios en un sistema procesal en el que está muy arraigado el principio de legalidad».

dispuesto por la LECrim en su art. 801, contenido de la regulación de la *conformidad en los juicios rápidos*, en donde se otorga un beneficio punitivo, lo cual sería aplicable por la remisión que hace la LORPM a la LECrim por medio de la disposición adicional segunda de aquella.

Ahora bien, en el ámbito de la práctica judicial, algunos autores dan cuenta de la aplicación soterrada en el proceso penal para los adultos de los criterios de oportunidad establecidos abiertamente en la LORPM²¹⁰. Ello demostraría que desde la actividad de los operadores jurídicos se aboga por la concreción, formalización y regulación del principio de oportunidad y de sus posibilidades de aplicación dentro del ordenamiento español.

B. Sistema de oportunidad cerrada

Se entiende que un sistema de oportunidad es cerrado cuando en éste se define claramente el contenido de dicho principio y/o se establece de manera taxativa las causales que posibilitan su utilización. Un ejemplo de ello se encuentra en el sistema alemán, el cual presenta una regulación legal que contempla de manera pormenorizada, tanto la excepción al principio de

²¹⁰ Vid. M. AGUILERA MORALES, «*La mediación como “alternativa” al proceso penal de adultos: ¿De la práctica a la ley?*», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano* t. I, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, pág. 291: «[...] hay ocasiones en que nuestros jueces han dotado de eficacia al acuerdo restaurador en el propio ámbito del proceso, acordando bien su terminación anticipada mediante auto de sobreseimiento provisional (art. 641.1 LECrim) o de sobreseimiento libre (art. 637.2 LECrim); bien su transformación en juicio de faltas (art. 779.1.2ª LECrim). Excusamos decir que, a diferencia de los anteriores, estos efectos no sólo no encuentran amparo expreso en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que, además, desbordan su literalidad hasta desvirtuarla por completo. Son –con palabras más contundentes– efectos no ya legales, sino ilegales. En este contexto dónde cabe formularse la pregunta con que hemos rubricado esta comunicación: ¿debe darse cobertura legal a lo que, de facto, se viene realizando en la práctica forense? Personalmente entendemos que sí».

legalidad como las causas que pueden provocar su aplicación²¹¹. Otro ejemplo lo encontramos en el ordenamiento peruano, en el cual se consignan dos casos genéricos de aplicación, siendo uno facultativo y el otro obligatorio. Según la Ley n.º 27664, de febrero 8 de 2002, aplicación facultativa del principio de oportunidad se da en los eventos de pena natural, escasa lesividad de la conducta, delito poco frecuente, mínima culpabilidad del autor y mínima participación criminal. La aplicación obligatoria del principio de oportunidad se presenta frente a los casos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita. También es obligatorio acudir al principio de oportunidad en los delitos culposos cuando no haya pluralidad de víctima o concurrencia con otro delito²¹².

C. Sistema mixto de oportunidad

En el sistema mixto las hipótesis de aplicación del principio de oportunidad aparecen de dos maneras: de un lado, definidas de manera expresa y taxativa; pero también dispersas en el ordenamiento jurídico, sin que de manera directa se aluda a ella como hipótesis de oportunidad.

Puede decirse que el ordenamiento colombiano es un ejemplo del *sistema mixto de oportunidad*. En efecto, dentro del CPP aparece un sistema cerrado en el art. 324²¹³ junto a varias hipótesis dispersas en otras

²¹¹ T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., págs. 30 y 31; cfr. StPO §153 y ss. [versión en castellano: E. EIRANOVA ENCINAS (Coord.), *Código penal alemán StGB Código procesal penal alemán StPO*, Madrid, Marcial Pons, 2000].

²¹² Cfr. P. M. ANGULO ARANA, *El principio de oportunidad en el Perú*, Lima, Palestra Eds., 2004, págs. 82 y ss.

²¹³ Vid. SCC/C n.º 673 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ: «Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el

disposiciones normativas encuadrables perfectamente dentro del principio de oportunidad, como son los casos de la *suspensión del procedimiento a prueba*²¹⁴ y de los *preacuerdos* y negociaciones con la FGN regulados en los arts. 348 a 354. De estos últimos se hablará con detenimiento en el acápite correspondiente²¹⁵, no sin antes advertir que el Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano no considera a los *preacuerdos* y *negociaciones* como manifestaciones del principio de oportunidad²¹⁶.

Con el A.L. 03/2002, por primera vez se habló formalmente en Colombia del *principio de oportunidad*²¹⁷. Éste quedó fundado, por tanto, con

fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley [...] El Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías».

²¹⁴ Cfr. CPP arts. 325 y 326.

²¹⁵ Vid. *infra*, Cap. VII.

²¹⁶ Cfr. Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 256: «Los *preacuerdos* –como también lo es el Principio de Oportunidad– constituyen soporte fundamental de la eficacia del sistema acusatorio. A través de su aplicación se evita que muchas investigaciones lleguen a juicio, con lo cual se permite que los fiscales y jueces definan más ágilmente un número importante de los casos sometidos a su conocimiento, en el marco de criterios de garantía y eficiencia. Sin embargo, existe una diferencia fundamental con el Principio de Oportunidad y es que los *preacuerdos* generan sentencia condenatoria en tanto aquél la extinción de la acción penal».

²¹⁷ Aunque desde 2001 se estuvo hablando de ello en escenarios extranjeros, como en el seminario celebrado en Chile, por parte de los agentes de la reforma; vid. L. C. OSORIO ISAZA, «Colombia [El principio de oportunidad]», en: J. STIPPEL y A. MARCHISIO (Coords.), *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 229: «Si el principio de oportunidad se traduce, al final, en la respuesta a la pregunta de cuál es la conducta que merece ser sometida a juicio y castigo, obviamente ese cuestionamiento se inserta en otros interrogantes: por qué castigar, cómo castigar, para qué castigar. Pero no es momento para reflexionar tan vasto y complejo asunto y apenas cabe formular la inquietud».

rango constitucional a partir del 19 de diciembre de 2002²¹⁸. No obstante que desde 1986²¹⁹ existían en la ley procesal penal mecanismos de disposición de la acción penal que comportaban verdaderas aplicaciones del principio de oportunidad²²⁰, tan sólo se hizo expresa alusión a éste, en sede normativa, en el año 2002. A partir de ese momento todas las referencias que las normas constitucionales o legales hacen del *principio de oportunidad* lo apostillan con la expresión «*regulado dentro del marco de la política criminal del Estado*»²²¹. El título dedicado al *principio de oportunidad* está compuesto por los artículos 321 al 330 del CPP, los cuales –en su corta andadura– han sido objeto de diversas modificaciones legislativas²²² y jurisprudenciales²²³, siendo la más relevante la introducida por la Ley 1312/2009, de julio 9.

²¹⁸ Vid. A.L. 03/2002, art. 2: «El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: art. 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías [...]».

²¹⁹ Antecedentes con figuras encuadrables dentro del principio de oportunidad se pueden encontrar en la Ley 30/1986, art. 45; Dcto. 1199/1987, arts. 7 y 8; Dcto. 180/1988, arts. 37 y 38; Dcto. 2047/1990 arts. 1 y ss. (algunos modificados por el Dcto. 2372/1990); Dcto. 3030/1990, arts. 1 y ss.; Dcto. 303/1991, arts. 1 y ss.; y Dcto. 2265/1991, art. 2, entre otros.

²²⁰ Asimismo lo reconoció el legislador cuando tramitaba la reforma constitucional que lo introdujo en el ordenamiento, exponiendo los argumentos a favor del principio de oportunidad; vid. Gaceta del Congreso n.º 134 de abril 26/2002 [Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara de Representantes. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política]: «[...] (i) se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial [...]».

²²¹ Cfr. CPCol art. 250; CPP arts. 66 inc. 2; 321; 330 inc. 2.

²²² Cfr. Ley 1121/2006, art. 25.

²²³ Cfr. SCC/C n.º 673 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ; SCC/C n.º 209 de 2007, M.P.: M. J. CEPEDA ESPINOSA; y, SCC/C n.º 342 de 2007, M.P.: R. ESCOBAR GIL.

El CPP de 2004 comienza por insistir que la aplicación del principio de oportunidad debe hacerse con sujeción a la política criminal del Estado²²⁴; seguidamente, reivindica el *principio de legalidad* en materia procesal que obliga a la FGN a adelantar la persecución penal frente a toda conducta presuntamente delictiva de cuya comisión llegue a obtener conocimiento. Determina, además, que el *principio de oportunidad* debe entenderse como una excepción al de legalidad²²⁵ y que su aplicación debe hacerse según las reglas previstas en el estatuto procesal²²⁶. De esta manera, se infiere que el legislador establece un sistema de oportunidad cerrada, fijando taxativamente las hipótesis en que aquel puede ser aplicado²²⁷.

Las hipótesis de oportunidad expresadas taxativamente en el CPP art. 324 son susceptibles de ser agrupadas según cuatro criterios²²⁸: en primer lugar, las que buscan disminuir los costes económicos de la intervención punitiva. A continuación aparecen las que se aplican por conveniencia política. Posteriormente, dentro de un tercer criterio, se aprecian las causales que buscan estimular la delación dentro del proceso penal facilitando la labor de investigación de la Fiscalía. Y finalmente, en cuarto lugar, las que desarrollan dentro del proceso penal figuras propias del Derecho penal sustantivo²²⁹, que en realidad son casos de *despenalización indirecta*.

²²⁴ Cfr. CPP art. 321.

²²⁵ Vid. *supra*, Cap. IV, III, 1, A, donde se presenta una crítica a esa concepción.

²²⁶ Cfr. CPP art. 322.

²²⁷ Cfr. CPP arts. 323 inc. 2 y 324, modificados por la Ley 1312/ 2009, arts. 1 y 2, respectivamente.

²²⁸ Otros criterios clasificatorios de las hipótesis de oportunidad pueden verse en J.A. MUÑOZ GÓMEZ y J. F. ACUÑA VIZCAYA, «*Principio de oportunidad y preacuerdos en el nuevo sistema penal acusatorio*», cit., págs. 128 y ss.; vid. además, J. F. PERDOMO TORRES, «*El principio de oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*», en: C. LÓPEZ DÍAZ (Coord.), *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, págs. 122 y ss.

²²⁹ Cfr. CP, art. 3. Con todo, la FGN, como ponente del proyecto de reforma, presentó

Entre las que buscan disminuir los costes económicos de la intervención punitiva tenemos: 1) Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público²³⁰. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior; 2) En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes; 3) Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio; y, 4) Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

como criterios descriptivos de las hipótesis de oportunidad reglada los siguientes, *vid.* Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: «Así pues, para informar una regulación equilibrada del principio de oportunidad se han tenido en cuenta elementos como la readecuación social del hecho, la ínfima importancia, la culpabilidad disminuida, la retribución natural (pérdida de un hijo con el que se tiene relación de afecto actual en un siniestro provocado por culpa del imputado) o la reevaluación del interés público en la persecución de la conducta; además de la posibilidad de prescindir de la persecución en un hecho de menor importancia, para aplicar los mayores esfuerzos a otros más graves; o la posibilidad de suspender la persecución de una conducta o parte de ella, para orientarse a otra más grave; y la posibilidad de suspender el proceso o la pena para someter a prueba al imputado o acusado».

²³⁰ *Vid. supra*, Cap. III, I, 2, C.

En segundo lugar, se aplican por conveniencia política los siguientes criterios de oportunidad: 1) Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia; 2) Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada; 3) Cuando la realización del proceso penal implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado; y, 4) Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

Buscan estimular la autoincriminación y delación, componiendo un tercer grupo, las siguientes hipótesis: 1) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; 2) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio. 3) Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva

organización; y, 4) Cuando un desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975/2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos legales incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Es de destacar que en esta última hipótesis, la ley procesal penal termina modificando los tipos penales de la Parte especial del CP estableciendo el contenido de ellos²³¹.

Finalmente, en el cuarto grupo, están los eventos que implican la materialización dentro del proceso penal de algunos aspectos sustantivos del *principio necesidad de intervención*, introduciendo en sede procesal instituciones que comportan despenalización indirecta y que ya existen en el CP. Así, se aplicará el *principio de oportunidad*: 1) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción, lo cual comporta un verdadero caso de *poena naturalis*²³²; 2) Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social²³³; 3) Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal

²³¹ Cfr. CP arts. 468, inc. 2 (adicionado por la Ley 975/2005, art. 71); 346, 365 y 366.

²³² Cfr. CP art. 34 inc. 2.

²³³ Cfr. CP art. 11, en armonía con los arts. 23 y 34 inc. 2.

una respuesta innecesaria y sin utilidad social²³⁴; y 4) Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad²³⁵.

Hay que resaltar que una reforma legal posterior, la realizada por medio de la Ley 1121/2006, había limitado la operatividad de estos criterios de oportunidad de tal manera que los mismos no procederían frente a hechos que pudieran significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, y delitos de narcotráfico, terrorismo y financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas²³⁶. Con todo, la Ley 1312/2009 introdujo nuevamente la posibilidad de aplicar los criterios de oportunidad del art. 324 del CPP a los casos de narcotráfico y terrorismo²³⁷, manteniendo fuera del ámbito operativo del principio las conductas constitutivas de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de guerra o genocidio²³⁸. Con todo, nada obsta para que los autores de estas conductas se beneficien de las políticas propias de un Derecho penal premial suscribiendo preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía²³⁹. En todo caso, sí queda claro que se excluyen, según la última

²³⁴ Vid. CP, art. 3: «Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

²³⁵ Cfr. CP art. 32, num. 7, inc. 2.

²³⁶ Cfr. Ley 1121/2006, art. 25.

²³⁷ Cfr. CPP art. 324 parág. 1.

²³⁸ Cfr. CPP art. 324 parág. 3.

²³⁹ Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, Bogotá, FGN, 2007, pág. 53: «[Casos excluidos de la aplicación del principio de oportunidad] en los que la Fiscalía no podría renunciar al ejercicio de la acción penal, pero sí podría pensar en llegar a un preacuerdo que permita obtener una “colaboración para definir el caso”, tal como lo prevé la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006 del Fiscal General de la Nación en el numeral 2, literal b) de la tercera directriz».

reforma legal, las conductas dolosas en las cuales la víctima sea una persona menor de edad²⁴⁰.

Una crítica válida, en relación con estas reglas de oportunidad, tiene que ver con el uso excesivo de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, si en el Derecho penal sustantivo se ha librado una batalla contra el excesivo uso de elementos normativos dentro del tipo penal, el frente de acción se amplía en el Derecho procesal penal. Los supuestos que fundan el uso de la oportunidad acuden a expresiones de significado abierto que los hace muy manipulables, sobre todo si se tienen en cuenta las motivaciones políticas que a veces subyacen al ejercicio de la acción penal²⁴¹.

El CPP de 2004 diferencia entre criterios de oportunidad propiamente dichos y otras formas de solución alternativa de la actuación procesal penal, en las que además de aquellas que implican aceptación de la responsabilidad penal aparecen también la *conciliación*, la *mediación* y el *incidente de reparación integral*. La ley denomina a estos últimos como *mecanismos de justicia restaurativa*; y cada uno tiene naturaleza particular y, por ende, genera

²⁴⁰ Cfr. CIA art. 199.

²⁴¹ Así también, D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», cit., pág. 130. A favor del uso de los conceptos jurídicos indeterminados, *vid.* SCC/C n.º 371 de 2002, M.P.: R. ESCOBAR GIL: «Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiéndose por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales».

unas consecuencias diferentes²⁴². Así, la *conciliación* es una condición de procedibilidad para los delitos querellables²⁴³; el *incidente de reparación integral* es un trámite que se adelanta ante el Juez de conocimiento una vez que se ha extinguido la acción penal por consunción o agotamiento, evidentemente bajo el supuesto del proferimiento de una sentencia condenatoria, y que busca el resarcimiento de los perjuicios²⁴⁴; en esta hipótesis tiene cabida también la conciliación como forma de solucionar dicho incidente²⁴⁵. La *mediación* es un mecanismo que busca sustituir el ejercicio de la pretensión indemnizatoria dentro del proceso penal²⁴⁶; por tanto, técnicamente ninguna de estas tres instituciones implica disposición de la acción penal.

El sistema de responsabilidad penal de los menores, contenido en el CIA, contempla la aplicación del principio de oportunidad. Allí se le confiere a éste el efecto de extinguir la acción penal. Es, pues, una utilización poco ortodoxa de dicho principio, porque no está orientada hacia el ejercicio discrecional de la acción penal sino a la extinción de ésta²⁴⁷. Con todo, la ley busca potenciar la aplicación de la oportunidad estableciéndola como un principio rector preferente para los acuerdos del menor con las víctimas²⁴⁸.

²⁴² Vid. CPP art. 521: «*Mecanismos*. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación»; art. 518: «*Definiciones*. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador».

²⁴³ Cfr. CPP art. 522.

²⁴⁴ Cfr. CPP arts. 103 al 108.

²⁴⁵ Cfr. CPP art. 103, inc. 3.

²⁴⁶ Cfr. CPP art. 523.

²⁴⁷ Vid. CIA art. 173: «*Extinción de la acción penal*. La acción penal se extingue por muerte, desistimiento, prescripción, conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar, aplicación del principio de oportunidad, y en los demás casos contemplados en esta ley y en el Código de Procedimiento Penal».

²⁴⁸ Cfr. CIA art. 174 inc. 1.

El legislador dispone de algunas cautelas para proteger a los menores cuando se dé aplicación al principio de oportunidad. Así, establece que cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el Juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia²⁴⁹. Con ello, al parecer, se busca evitar la venganza privada de los afectados con la acción delictiva del menor.

La aplicación más relevante del principio de oportunidad, en los términos y dentro del ámbito contemplado en esta ley, se circunscribe a la hipótesis de *aceptación de cargos o conformidad simple*. En el proceso penal de menores, por mandato legal, queda proscrita la conformidad negociada. Sobre este punto se volverá luego²⁵⁰.

4. Funcionamiento del principio de oportunidad

Si la norma penal se compone de un *supuesto de hecho* de cuya realización depende inexorablemente la imposición de una *consecuencia jurídica* de carácter punitivo, la alternativa que ofrece el principio de oportunidad se ubica como una *condición* que se agrega al supuesto de hecho modificándolo y creando una nueva consecuencia jurídica. Si tenemos, por ejemplo, que el CP prescribe en su art. 103 «*El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece a veinticinco años*» vemos claramente que en la primera parte del enunciado se establece como supuesto de hecho la conducta delictiva de matar, de la cual se derivará como legítima consecuencia jurídica la imposición

²⁴⁹ Cfr. CIA art. 174 inc. 2.

²⁵⁰ Vid. *infra*, Cap. VII, II, 1.

de una pena de prisión que oscilará entre los trece y los veinticinco años. Pero cuando a esta norma se le agrega en el supuesto de hecho una condición que comporta un criterio de oportunidad, se modifica la esencia de éste, así: «*El que matare a otro [si acepta su responsabilidad penal], incurrirá en prisión de trece a veinticinco años [que podrá ser disminuida hasta en la mitad]*»²⁵¹.

Si se analiza con detenimiento la forma de modificar tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, se observa que el principio objeto de análisis opera en forma similar a la aplicación de circunstancias genéricas o específicas que modifican los elementos objetivos del tipo penal. Con todo, la diferencia estriba en que las circunstancias que modifican el tipo objetivo han sido consideradas intrasistemáticamente por el legislador en el Derecho penal sustantivo y atienden a consideraciones valorativas relacionadas con el grado de injusto y/o de culpabilidad. Por el contrario, los criterios de oportunidad son esencialmente de carácter funcional en relación con el sistema de procesamiento estructurado en las normas de Derecho procesal penal. Así pues, los criterios de oportunidad son vías procesales que terminan modificando la sustancia de una norma de Derecho penal sustantivo; con lo cual, el medio termina por ser un elemento modificador del fin, invirtiendo la secuencia lógica de la relación estructural que debe existir entre el Derecho penal sustantivo y el procesal²⁵².

²⁵¹ El ejemplo válido para el ordenamiento español sería el que se encuentra en el CPE art. 171.2 y .3; allí un hecho posterior al delito –la denuncia del amenazado– modifica el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En ese caso la nueva consecuencia jurídica sería la exclusión de su responsabilidad penal.

²⁵² Una consideración en similar sentido, *cfr.* J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., págs. 77 y 79. Expresamente lo reconoce la STS de julio 12 de 2006: «[...] la Ley 38/2002 y la LO. 8/2002, ambas de 24.10, introducen una nueva modalidad de conformidad para los juicios rápidos por delito –que a su vez ya ha sido objeto de una nueva modificación por la Disposición Final primera LO. 15/2003 de 25.11, con la nueva redacción de los arts. 801, 787.6 y 7, y 795.1.2 LECrim– que ha supuesto una autentica modificación

Ahora bien, de lo dicho en el párrafo anterior se desprende el problema relacionado con la separación de poderes²⁵³. Cuando la ley penal sustantiva establece la posibilidad de aplicar circunstancias modificatorias del tipo objetivo, es claro que la competencia para llevar a cabo el juicio sobre la adecuación típica de la conducta delictiva y derivar de ahí la imposición de una consecuencia jurídica recae en el Juez de conocimiento, quien en la sentencia debe adoptar una decisión de fondo sobre el objeto principal del proceso penal, lo cual comporta un verdadero acto de *auctoritas*²⁵⁴.

En la aplicación de las hipótesis de oportunidad no es el Juez de conocimiento quien modifica el tipo objetivo del delito. En este caso es la Fiscalía quien decide aplicar un criterio procesal que terminará modificando el supuesto de la ley sustantiva, de donde se derivará una nueva consecuencia jurídica más allá de la prevista para el delito. Esa situación, a no dudarlo,

por vía indirecta del Código Penal, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al art. 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de Ley».

²⁵³ Vid. D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», cit., pág. 133:«[...] el Estado democrático de Derecho y la separación de poderes, reflejados en la Constitución [...] aparecen desdibujados con el principio de oportunidad. En efecto, a un órgano, el Ministerio Fiscal, que no forma parte del poder legislativo ni tampoco del judicial, se le concede [...] capacidad derogatoria tácita de normas penales, al poder obviar la persecución y proceder al archivo de la acción penal, pese a haber existido delito, en base a criterios de su exclusiva interpretación».

²⁵⁴ Vid. A. D'ORS, «Autoridad y potestad», en: *Escritos sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Consejo superior de investigaciones científicas, 1973, pág. 95: «La relación entre potestad y autoridad se manifiesta también en la que existe entre la pregunta y la respuesta. La potestad es la que puede preguntar y la autoridad es la que debe responder; la pregunta expresa poder, y la respuesta, saber. No se trata, naturalmente, de un preguntar y responder coloquial, como en un diálogo entre amigos, sino de una relación social y formal. Esto equivale a decir que la autoridad informa y aconseja a la potestad, y en el reconocimiento efectivo de esta relación está la mayor garantía de la libertad social».

comporta un verdadero acto de *potestas*²⁵⁵, porque la Fiscalía no tiene la competencia del Juez de conocimiento para decidir de fondo sobre el objeto del proceso²⁵⁶. Por tanto, un órgano con naturaleza y estructura propia del poder ejecutivo –aunque se le ubique formalmente dentro del poder judicial²⁵⁷– termina ejerciendo competencias que son propias del Juez de conocimiento; y modificando, además, la ley sustantiva a partir de la ley procesal.

Llegados a este punto hay que considerar la discrecionalidad que comporta la aplicación de los criterios de oportunidad²⁵⁸. La Fiscalía, como órgano encargado del ejercicio de la acción penal, decide discrecionalmente –por regla general– frente a qué conductas formula acusación o aplica criterios de oportunidad²⁵⁹. Evidentemente, no todos los casos de utilización del principio de oportunidad implican discrecionalidad de la Fiscalía porque la ley presenta algunos que operan objetivamente, como ocurre en la hipótesis de

²⁵⁵ En el mismo sentido *cfr.* S. I. ESTRADA VÉLEZ, «*Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado “Principio de oportunidad”*», cit., pág. 129.

²⁵⁶ R. DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999, pág. 120: «“*Judicial*” es lo relativo al juicio, y éste corresponde al ámbito del entendimiento, es decir, de la autoridad, y no del poder».

²⁵⁷ *Vid. supra*, Cap. III, I.

²⁵⁸ Como puede apreciarse la *discrecionalidad* es un concepto propio del poder ejecutivo, y no del judicial, de ahí que sea criticable el amplio margen que algunas veces se le otorga a la Fiscalía en cuanto a la persecución penal; *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo* t. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, ¹⁴2008, págs. 467 y 468: «La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración»; en el mismo sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo: parte general*, Madrid, Tecnos, ⁴2008, pág. 89.

²⁵⁹ *Cfr.* CPP art. 324 (modificado por la Ley 1312/2009, art. 2), que contiene las causales de aplicación del principio de oportunidad.

aceptación de la responsabilidad penal por *allanamiento* o *conformidad* del procesado frente a la imputación o acusación que se le formule²⁶⁰.

A. El uso de la proporcionalidad

Cuando el encargado de ejercer la acción penal decide acudir a la oportunidad como mecanismo alternativo, su actuación discrecional debe de estar guiada por un derrotero que implique no sólo una estrecha relación con las reglas estrictamente fijadas en la ley²⁶¹, en las hipótesis de oportunidad propiamente dicha, sino también una profunda armonía con los principios del Estado social y democrático de Derecho, en especial con el *principio de proporcionalidad*. En efecto, este principio quizá sintetiza de manera más precisa los contenidos de esa alternativa que se patentiza con el *principio de oportunidad*. Con él se puede adelantar el razonamiento dentro del proceso penal acerca de la *necesidad de intervención* punitiva o de *necesidad de pena* en un caso concreto²⁶². Con el *principio de proporcionalidad* se establece la

²⁶⁰ Cfr. CPP arts. 351 inc. 1; 356 num. 5; y art. 367 incs. 1 y 2, en donde se aprecia la utilización de un *concepto jurídico determinado*; al respecto, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...*, cit., pág. 67: «Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca [...] Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto».

²⁶¹ Vid. SCC/C n.º 095 de 2007, M.P.: M. G. MONROY CABRA: «Sobre este asunto la Corte ha señalado que para que el principio de oportunidad se ajuste a lo previsto en el artículo 250 Superior [CPCol], es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “en los casos que establezca la ley”, las causales que autorizan su aplicación “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria”».

²⁶² Cfr. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad...*, cit., págs. 96 a 98. También, N. J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 84 y 85; y E. PEDRAZ PENALVA, «*Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad (1)*», en: ID., *Constitución, jurisdicción y*

base que eventualmente permite justificar el acto discrecional de disposición sobre el ejercicio de la acción penal y del mantenimiento de la pretensión punitiva durante el juicio. Esto, porque dentro de aquel habrá que considerar si las *finalidades* que se le asignan al Derecho penal se logran o no por *medio* de la imposición de una pena en un caso particular²⁶³. Ese razonamiento relacional, de medio a fin, debe ser el núcleo de la limitación a la discrecionalidad en la aplicación del *principio de oportunidad* por parte de la Fiscalía.

Como se ha dicho en párrafos anteriores, la garantía de la legalidad puede expandirse para permitir excepciones que posibiliten un amplio ámbito de movilidad a los operadores jurídicos. Precisamente, eso es lo que ocurre con el *principio de oportunidad*: permite establecer la posibilidad de una aplicación alternativa de la ley con base en los fines de la pena a partir de criterios materiales que aporta el principio de proporcionalidad²⁶⁴.

proceso, Madrid, Akal, 1990, págs. 313-375, *passim*. Cfr. STC 167/2002, de 18 septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo y 197/2009, de 28 de septiembre.

²⁶³ Vid. W. HASSEMER, *Fundamentos...* cit., págs. 34 y 35: «La orientación de las decisiones jurídicas en base a sus consecuencias es una característica de los modernos sistemas jurídicos y caracteriza también al Derecho Penal. Con ello se ha querido expresar que la legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de sus actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas». También, G. FREUND, «*Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal*», cit., pág. 126: «En lo fundamental, la concepción del Derecho penal que deriva de la idea de fin en el sistema integral sólo es una teoría de la pena de la que se ha eliminado la arbitrariedad, orientándose hacia una justicia bien entendida».

²⁶⁴ Vid. C. ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 10: «el *principio de proporcionalidad*, ha aumentado la eficacia de los derechos fundamentales en el caso individual con un alcance nunca conocido hasta ahora (por cierto, a costo de la seguridad jurídica)». En ese sentido se justificó la reforma legislativa que introdujo formalmente el principio de oportunidad en Colombia, *vid.* Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: «A partir de la consagración

Por tanto, no se trata de aplicar los criterios de oportunidad acudiendo a una legalidad formal²⁶⁵, o importando conceptos normativos del Derecho administrativo, como el de la *discrecionalidad reglada*²⁶⁶. La especificidad del objeto del Derecho penal necesita que el ámbito de discrecionalidad sea

constitucional y legal del *principio de oportunidad*, no se trata de abrir posibilidades incontroladas para que el fiscal deje de investigar o de acusar a su talante, de pronto movido por intereses egoístas o ajenos a la política criminal del Estado, sino de entender que cada conducta delictiva y cada imputado pueden presentar rasgos propios, cuya complejidad psíquica y social exige una valoración, que no puede hacerse mediante una mera interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas. Por ello, una respuesta proporcionada a las características de cada caso requeriría un cierto margen de discrecionalidad que obra a favor de la comunidad y de los ciudadanos y no propiamente de quien ostenta el poder punitivo».

²⁶⁵ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 95: «Mientras el axioma de *mera legalidad* [reserva de ley o legitimidad formal] se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de *estricta legalidad* [reserva absoluta de ley o legitimidad sustancial] exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue [...] un distinto papel de los principios y una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes».

²⁶⁶ En el mismo sentido, vid. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 211: «A mi juicio, la utilización del calificativo “reglada” no tiene –como parece se ha pretendido– un efecto sanatorio en el sentido de que el simple empleo del mismo tendría como consecuencia subsanar las posibles quiebras al principio de legalidad que pudieran producirse. Considero, por mi parte, que la expresión “oportunidad reglada”, constituye de un lado, una contradicción en sus propios términos y, de otro, supone la importación –creo inadecuada– de elaboraciones doctrinales del derecho administrativo». Con todo, pareciera que la Corte Constitucional colombiana se aferra a los principios del Derecho administrativo, vid. SCC/C n.º 095 de 2007, M.P.: M. G. MONROY CABRA: «La Corte ha reconocido que la aplicación por parte del fiscal del principio de oportunidad en los casos señalados por el legislador implica un ejercicio de “*discrecionalidad reglada*”, que le impone evaluar si en el caso concreto resulta procedente tal aplicación y, además, determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia de la acción penal [...]».

conducido en principio y por principio, desde los principios²⁶⁷, y no por simples reglamentos de derecho positivo²⁶⁸.

5. La conformidad como manifestación del principio de oportunidad

Los mecanismos de aceptación de responsabilidad penal –*conformidad* en España; *allanamiento*, *preacuerdos* y *negociaciones* en Colombia– son considerados mayoritariamente como una manifestación del principio de oportunidad. Con todo, son escasas las ocasiones en que se presentan los fundamentos para darle validez a esa afirmación. Como ya quedó dicho, la inclusión o no de una institución procesal dentro de las manifestaciones *del principio de oportunidad* no debe depender exclusivamente de criterios formales, como aquellos que identifican la oportunidad con celeridad y omisión de trámites procesales²⁶⁹. Debe acudirse, según nuestro entender, a

²⁶⁷ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras...*, cit., pág. 51; *vid.* C. ROXIN, *Derecho procesal penal...*, cit., pág. 10: «De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal en favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad».

²⁶⁸ *Vid.* H. LÓPEZ STERUP, «*Derecho al debido proceso –Algunas consideraciones–*», en: *Manual de Constitución y democracia*, Bogotá, Facultad de Derecho Univ. de los Andes, 2008, pág. 126: «No se puede olvidar, que la calidad democrática del Estado depende efectivamente de lo democráticas y garantistas que sean las reglas procesales al momento de aplicar la Constitución y la ley». Una clara exposición sobre la diferencia entre reglas y principios a partir del estudio de las teorías de R. DWORKIN y R. ALEXY puede verse en C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005, págs. 569 y ss.

²⁶⁹ En similar sentido, *vid.* T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 214: «La conformidad puede considerarse una manifestación del p. de oportunidad en el sentido más amplio que antes se ha mencionado y en tanto en cuanto supone una forma de dar fin al proceso, sin que se hayan desarrollado todas aquellas fases que, conforme al p. de legalidad, hubiera cabido esperar. No se compadece, sin embargo, con un concepto estricto

criterios materiales que desde la definición misma del principio nos permitan establecer la esencia de la institución que en él se incluye.

A. Los fines de la pena como criterios orientadores

Para determinar, a partir de criterios materiales, si las diversas modalidades de aceptación de la responsabilidad penal son formas de oportunidad procesal, debemos orientar el análisis por medio de las teorías de la pena. En efecto, sólo cuando establezcamos cuáles son los fines que se le asignan a la pena para su aplicación en el curso de un proceso penal, podremos saber si se ha presentado un acto de disposición de la acción o la pretensión penales.

En los ordenamientos español y colombiano se acoge una teoría de la pena de carácter mixto, donde la pena tiene un sentido retributivo y una finalidad preventiva²⁷⁰. Como es conocido, las finalidades preventivas tienen contenidos netamente utilitaristas y por ello pueden ser acomodadas plenamente a los contenidos del *principio de oportunidad*. Así, la pena puede aumentarse o disminuirse discrecionalmente, dentro del ámbito punitivo de movilidad establecido por el legislador para cada delito en particular, buscando

del mencionado principio, sobre todo, en cuanto el elemento subjetivo que se extiende a las partes acusadoras privadas y al propio acusado». Una consideración desde criterios estrictamente formales, *vid.* V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67: «El principal exponente del principio de oportunidad en nuestro Código Procesal Penal lo constituye la institución de la conformidad (arts. 655, 694-700), la cual vendría a encuadrarse dentro de los sistemas “puros” de transacción penal, puesto que la finalización anormal del procedimiento se produce mediante la sola declaración de voluntad de la defensa, sin que el acusado pueda ser sometido al cumplimiento de prestación alguna. La tardía ubicación de dicho trámite (fase intermedia y comienzo del juicio oral) produce, sin embargo, una escasa economía procesal, puesto que no impide la finalización de la fase instructora».

²⁷⁰ *Vid. supra*, Cap. II, II, 3.

la prevención especial o general²⁷¹. A veces será conveniente aplicar una pena disminuida porque con ello se logra que el individuo no se des-socialice ingresando en una institución penitenciaria; otras veces una pena disminuida, pero determinada y ejecutada, envía a la comunidad el mensaje de la vigencia de la norma, logrando así la prevención general positiva. En algunas ocasiones la aplicación efectiva de la pena, fruto de la conformidad simple o negociada, envía un mensaje a la sociedad para que sus integrantes se abstengan de cometer la conducta penalizada, con lo cual se verifica la prevención general negativa. En fin, la idea de prevención es el pilar del principio de oportunidad, porque tanto esa concepción de la pena, como este instrumento procesal, comparten una vocación utilitarista. En estos eventos se presentaría una disposición parcial de la acción penal, en tanto que la pena que se solicita por quien ejerce la pretensión punitiva es menor a la que ordinariamente correspondería²⁷².

Pero lo mismo no puede decirse de la pena que se aplica con un sentido retributivo. De hecho, esta concepción –la retributiva o absoluta– es la que fundamenta precisamente la persecución obligatoria y el castigo de todos los

²⁷¹ Vid. M. C. MOLINA BLÁSQUEZ, *La aplicación de la pena*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 57: «En el ámbito de aplicación de la Pena rigen dos principios contradictorios: por una parte, el Principio de Legalidad exige que la pena por el delito esté determinada con certeza en la Ley y, por otro lado, imperativos de justicia y de utilidad social imponen que la pena se adapte al delincuente particular. De la aplicación de uno u otro principio, o de la conjugación de los dos, surgen los tres sistemas posibles [...] El tercer sistema se mueve entre ambos extremos. Las legislaciones de nuestro ámbito cultural han optado por el sistema de fijación legal de un marco punitivo y concreción por el Juez dentro de ese marco. El legislador establece la clase de pena y el *quantum* de ésta, pero no se una manera fija y absoluta, sino señalando un máximo y un mínimo y dando los criterios necesarios para que el Juez concrete la pena. Se trata de un sistema de individualización progresiva que tiene tres pasos: el primero es el de la individualización o determinación legal; en el segundo se realiza la individualización o determinación judicial y en el tercero tiene lugar la individualización ejecutiva o penitenciaria».

²⁷² En sentido similar, *cfr.* L. H. CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, cit., pág. 59.

delitos. Así pues, en esta perspectiva, no sería lógico hablar de la aplicación de criterios de oportunidad, sino de una legalidad en la persecución penal. Si la pena tiene un sentido retributivo, el titular del ejercicio de la acción penal no puede disponer de ésta porque su obligación es ejercerla perentoriamente. Por tanto, la Fiscalía no podría disponer de la pena imponible, porque el sentido retributivo de la pena viene delimitado por la proporcionalidad entre delito y castigo, la cual se establece considerando el grado de injusto y de culpabilidad.

La solución sería entender que cuando se utilizan dentro del proceso los mecanismos de aceptación de responsabilidad, la pena únicamente tendría fines preventivos; y que cuando se adelante un proceso penal *normal* y en éste la acción penal se extinga por consunción o agotamiento, la pena tendría no sólo fines preventivos sino también un sentido retributivo²⁷³. De aceptarse que en todos los casos de conformidad la pena está llamada a cumplir funciones instrumentales retributivas y preventivas, necesariamente tendríamos que volver a concluir que el Derecho procesal penal estaría determinando la naturaleza del Derecho penal sustantivo.

En España existen antecedentes sobre la consideración de los fundamentos de la pena como criterios para su imposición. Así, por ejemplo, la Memoria de la Fiscalía del año 1921 hacía énfasis en la necesidad de que los fiscales dejaran de solicitar la imposición del mínimo de la pena sin ningún tipo de distinción, reivindicando la utilización del criterio de proporcionalidad

²⁷³ Para una aproximación a las teorías de la pena es recomendable acudir a la lectura de B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2007, *passim*; además, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs. 258-320.

para establecer la diferencia necesaria en cuanto a la respuesta punitiva frente a los diversos delitos y sus formas de comisión²⁷⁴.

En Colombia, tanto en el trámite legislativo del proyecto de reforma constitucional que permitió la introducción en el ordenamiento colombiano del *principio de oportunidad* propiamente dicho, como del proyecto de ley derivado de aquella, que a la sazón se convirtió en el CPP de 2004, el legislador no se planteó la discusión que aquí se ha propuesto; tan sólo propuso ubicar los mecanismos de aceptación de responsabilidad penal como propios del *principio de oportunidad* desde una perspectiva formal, pero nunca considerando la relación de aquellos con las teorías de la pena²⁷⁵. Resulta

²⁷⁴ Vid. V. COVIÁN Y JUNCO, *Memoria elevada al Gobierno...*, cit., pág. 102: «Después de los años, no escasos, que viene en vigor la ley de Enjuiciamiento criminal, todavía la fórmula de la acusación pública no resulta ajustada al art. 650, de manera más palmaria, en su núm. 5º Bastantes funcionarlos del Ministerio fiscal, y de consiguiente las Audiencias, con olvido de que el Código penal, sea cualquiera el sistema que haya seguido, permite aplicar las teorías modernas de la proporcionalidad entre la pena y el delincuente, piden e imponen, sin distinción de casos, el mínimo del período de tiempo que aquel cuerpo legal señala; poco importa que el delito sea debido a móviles de carácter bajo y egoísta o que se trate de acusados con pésimos antecedentes, siquiera no constituyan motivos de agravación de los que en virtud de disposición legal llevan consigo la elevación de la pena a un grado superior, impera el principio de la igualdad sin tener en cuenta que éste no significa que todos sean sometidos a la misma pena, sino aquellos que se encuentren en idénticas condiciones y que, como ocurría cuando la existencia de distintas clases sociales, no haya penas para personas privilegiadas y penas para personas serviles; es imposible confundir al ladrón con el autor de un delito de sangre por una cuestión de honor, etc. Esta viciosa práctica, no obstante reconocer que se inspira en un espíritu de benevolencia, priva a la pena de uno de los elementos para que sea justa; no solo esto, sino que cuando en las reformas del Código se discuten los problemas de la predeterminación o indeterminación de la pena, la necesidad de individualizarse éstas en absoluto, y para que esas medidas produzcan el efecto apetecido, extender *usque ad infinitum*, el arbitrio judicial, los que presenciamos a diario dicho fenómeno nos aferramos más y más a las escuelas tradicionales, abogando por los criterios de la proporcionalidad entre la pena y el delito y el delincuente y el de la determinación legal dentro de un máximo y un mínimo, merced al que resulta concedido a los Jueces cierto prudente arbitrio».

²⁷⁵ Vid. Gaceta del Congreso n.º 134 de abril 26/2002 [Ponencia para segundo debate al proyecto de Acto Legislativo n.º 237 de 2002 Cámara de Representantes. Por el cual se modifican los artículos 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política]: «La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y

llamativo que dentro de los criterios formales a los cuales acudió el legislador se mencionara la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *Simplificación de la Justicia Penal*, porque indudablemente ese no fue realmente el faro que guió las discusiones, ya que en esta resolución se aconseja a los Estados miembros establezcan mecanismos para que se puedan transigir los asuntos penales, en especial cuando se trate de *infracciones menores*²⁷⁶; el legislador penal colombiano terminó estableciendo una serie de mecanismos aplicables a todo tipo de delitos, incluso hasta para el narcotráfico y el terrorismo²⁷⁷.

hacer más eficiente la administración de justicia penal [...] El mencionado principio se concreta en una excepción al de legalidad, y funcionaría de una manera similar a como operan las figuras del *plea guilty* y el *plea bargaining* en el sistema anglosajón, donde la primera es la confesión y su efecto es evitar el juicio, y la segunda es la negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado».

²⁷⁶ Cfr. Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación del proceso penal, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987: «[...] Considering that delays in the administration of criminal justice might be remedied, not only by the allocation of specific resources and the manner in which these resources are used, but also by a clearer definition of priorities for the conduct of crime policy, with regard to both form and substance, by: –resorting to the principle of discretionary prosecution; –making use of the following measures when dealing with minor and mass offences: –so-called summary procedures, –out-of-court settlements by authorities competent in criminal matters and other intervening authorities, as a possible alternative to prosecution, –so-called simplified procedures; –the simplification of ordinary judicial procedures [...]».

²⁷⁷ Así, por ejemplo, se reconoce expresamente que también las salidas alternativas son aplicables a la denominada gran delincuencia, *vid.* SCC/C n.º 673 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ: «[...] fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “*bagatela*” sino que también se constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado». *Cfr.* CPP art. 324 parágrafo 1º; este parágrafo fue introducido por la Ley 1312/2009, de julio 9, aunque Ley 1121/2006, art. 25 había excluido la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad frente a esos delitos.

PARTE SEGUNDA

LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO QUINTO

APROXIMACIÓN A LA CONFORMIDAD EN LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

CAPÍTULO V

APROXIMACIÓN A LA CONFORMIDAD EN LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La aceptación de responsabilidad penal es una institución que posee antecedentes de *distinta naturaleza* en lo que tiene que ver con los ordenamientos español y colombiano. En efecto: mientras en España la conformidad cuenta con una dilatada trayectoria cercana a los doscientos años, en Colombia su introducción en el ordenamiento data aproximadamente de hace 25. Podría decirse que un ordenamiento tiene antecedentes *extensos* y el otro los tiene *intensos*. En todo caso, el discurrir de la institución es muy similar en ambos ordenamientos en las últimas dos décadas. Ello es debido, en gran parte, a la influencia de las políticas de desjudicialización provenientes de la mercantilización del acceso a la justicia promovida por las corrientes económicas de pensamiento neoliberal que gozan de una hegemonía global desde finales de los años noventa.

1. En el proceso penal español

El origen de la conformidad en España puede ubicarse en el Real Decreto y Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, de 26

de septiembre 1835¹. Este decreto en su art. 51 regla 7 prescribía que: «Si las partes de consuno renunciaren la prueba y se conformaren con todas las declaraciones del sumario, habrá el Juez por conclusa desde luego la causa, y dichas declaraciones aunque no ratificadas, harán plena fe en aquel juicio. Pero, si alguna de las partes articulare prueba o expusiese que no conforma con todas las declaraciones del sumario, o con algunas de ellas, el Juez recibirá inmediatamente la causa a prueba por un término común y proporcionado [...]»².

La Ley Provisional reformada, de 9 de junio de 1850, trajo la *conformidad* como técnica de aceleración del enjuiciamiento de delitos de menor gravedad, en relación con lo dispuesto por el Código Penal de 1848³. Esta Ley de 1850 acuñó el uso del término *conformidad*, ya que en los tres artículos –38 a 40– en que regula la aceptación de responsabilidad penal en los delitos con penas correccionales usa el verbo *conformar*.

Sucesivamente, se presentan regulaciones como las contenidas en el Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre delitos de contrabando y defraudación, art. 83; también en la Ley de Orden Público, de 27 de marzo de 1867, que, remitiéndose a los artículos de la Ley de 9 de junio de 1850,

¹ Este texto, a pesar de su vocación provisional, tuvo vigencia hasta 1870, de donde se concluye que su importancia queda fuera de toda duda; *cfr.* A. BÁDENAS ZAMORA, *El patrocinio del justiciable pobre en la España liberal*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 67 y 68.

² Así, M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, Cedecs, 1998, págs. 59 y 60; en contra, L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 24.

³ *Vid.* P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, t. III, Madrid, Librería de Sánchez, 1861, págs. 22 y 23: «Tampoco se exige el plenario en algunas causas en que por no ser de gran trascendencia el hecho ú omisión que se persigue, no pueden dar lugar a la imposición de una pena grave. Así se halla establecido que si en la acusación se pidiere la imposición de alguna pena correccional, y el reo se conformare con ella, el juez la aplique sin mas trámites, si la conceptúa justa, consultando el fallo con el tribunal superior, y remitiéndole original el proceso, y que lo mismo se verifique si estimando necesaria alguna variación en la pena pedida, que no altere esencialmente su naturaleza correccional, la parte se conformare con ella».

establece un supuesto de conformidad especial para aquellos casos en los que las penas solicitadas fueran *correccionales* unas y *aflictivas* otras. Disponía el art. 82.1 de la citada ley que el proceso debería continuar aunque los sujetos punibles con penas correccionales se hubiesen conformado, en aquellos casos donde no fuese conveniente formar piezas separadas.

La Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 estableció en sus arts. 596 a 610 una confesión de parte de los procesados y de las personas civilmente responsables. Su efecto era servir de medio de prueba durante el juicio y eventualmente podía ser un factor para prescindir de él, cuando el abogado defensor así lo consideraba manifestándoselo al Tribunal. Debe destacarse que en esta ley no se imponía ningún límite de tipo punitivo a la conformidad, de forma tal que ésta procedía cualquiera fuera la pena solicitada por el Fiscal o las restantes partes acusadoras en el escrito de calificación.

Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, reguló varios supuestos de conformidad, así: para el procedimiento ordinario de delitos graves determinó su regulación en los artículos 655⁴ y 688 a 700. Para los delitos flagrantes dispuso el trámite en los artículos 795 y 796, que posteriormente fueron derogados por la Ley del Procedimiento de Urgencia para determinados delitos, de junio 8 de 1957, siendo sustituidos por el art. 800.

Las modificaciones que introdujo la LECrim se pueden resumir así: estableció un límite objetivo para la procedencia de la conformidad, esto es,

⁴ No obstante los antecedentes previos de la conformidad, la regulación del art. 655 LECrim fue considerada como una innovación en el Derecho español; así, E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. V (arts. 649 a 846), Madrid, Edit. Reus, ²1924, pág. 66.

que sólo procedería para delitos que tuvieran aparejada como consecuencia jurídica penas correccionales. En cuanto al momento para ser manifestada, quedó prescrito que la conformidad podría expresarse en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa y al comienzo del juicio oral.

La Ley del Jurado de 1888 en sus arts. 35 a 37 remitió a lo dispuesto por la LECrim en su art. 655. También hay referencias a la conformidad en la Ley sobre el Procedimiento de Urgencia, de 8 de abril de 1967; en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, por la que se estableció un procedimiento para delitos dolosos, menos graves y flagrantes, vuelve a introducirse la posibilidad para que el acusado manifieste su conformidad con ocasión del traslado del escrito de conclusiones provisionales de la defensa, manteniendo la conformidad al inicio del juicio oral.

Con la Ley Orgánica 7, de 28 de diciembre de 1988, del Procedimiento abreviado, se presenta un giro de 180 grados en la concepción de la conformidad⁵, una vez que se introduce en ésta la posibilidad de la negociación entre acusador y acusado, con la posterior intervención del órgano judicial de conocimiento. Dicha posibilidad se fue ampliando paulatinamente por medio de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. De esa manera fue apareciendo en la escena del proceso penal el llamado *principio de consenso*, siendo esta alternativa la que verdaderamente puede ser encuadrable dentro del principio de oportunidad en la medida que contiene un acto de disposición sobre el contenido de la pretensión penal⁶.

⁵ Así, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., pág. 220.

⁶ Asimismo, M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso...*, cit. pág. 147. De otro lado, no consideramos la conformidad del art. 655 como encuadrable dentro del principio de oportunidad –si fundamentamos éste desde una perspectiva material– porque allí no se presenta una disposición sobre el contenido de la pretensión penal sino

La Ley Orgánica 5/2000, LORPM, verdadero campo de experimentación de cara a una eventual reforma de la LECrim, consignó la posibilidad de utilizar la conformidad en el proceso penal de los menores. Posteriormente, se promulgan las leyes 38/2002 y Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, respectivamente.

Con esta normativa se mantiene vigente tanto el régimen de conformidad del procedimiento ordinario del art. 655 LECrim como la conformidad negociada del procedimiento abreviado. La novedad es que se incorpora, para ser aplicado al procedimiento abreviado y a los juicios rápidos, un régimen general de las facultades judiciales en la conformidad⁷. También resulta novedosa la implantación de una nueva modalidad de conformidad ante el Juzgado de Guardia en los juicios rápidos⁸. La reforma más reciente al tema de las conformidades viene dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la cual se modificó la LO 10/2005 del CPE.

2. En el proceso penal colombiano

En el ordenamiento colombiano es relativamente reciente el uso de formas de terminación anticipada del proceso penal por aceptación de la responsabilidad. El Código de Procedimiento Penal de 1991 dispuso en su art. 37 bajo el título *Terminación anticipada del proceso* una figura que es

simplemente un acortamiento del procedimiento. En esa hipótesis, es claro que el contenido de la acusación y la pena imponible no se modifican. Con todo, la STS de 12 de julio de 2006, «considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal», sin establecer ningún tipo de diferencia entre conformidad simple y negociada. En contra de nuestro planteamiento, cfr. V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67.

⁷ Cfr. LECrim art. 787. 2 y 3.

⁸ Cfr. LECrim art. 801.

claramente asimilable al *charge bargaining* [negociación o regateo sobre los cargos] o al *sentence bargaining* [negociación o regateo sobre la sentencia] que se utiliza en los Estados Unidos⁹. Esta forma de acelerar el trámite procesal irrumpía como una novedad en la legislación colombiana, porque hasta ese momento en el proceso penal colombiano la aceptación de responsabilidad penal por parte del procesado se regulaba fundamentalmente por las reglas establecidas para la confesión¹⁰.

En la nueva regulación, estos mecanismos podían concurrir con confesión del procesado, dando lugar a una acumulación de rebajas: una derivada de la negociación y otra por la confesión del hecho durante la primera comparecencia ante el funcionario judicial competente¹¹. Nótese pues, que la legislación distinguía claramente entre la *terminación anticipada del proceso* y la *confesión*, otorgándole a esta última naturaleza de medio probatorio, sometiéndola a los requisitos propios de la cultura jurídica continental europea¹².

⁹ Vid. Dcto. 2700/1991, art. 37: «*Terminación anticipada del proceso*. A iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podrá disponer en cualquier momento, desde que se haya proferido resolución de apertura de la investigación y antes de que se fije fecha para audiencia pública, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia especial en la que deberá intervenir el Ministerio Público. En ésta, el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia [...]».

¹⁰ Dentro de los medios de prueba, la confesión ocupaba un lugar al mismo nivel de los documentos, la pericia, la inspección ocular, el testimonio y los indicios; no era precisamente la prueba reina de aquellos sistemas procesales que pretendían acceder a la verdad a través del tormento aplicado al procesado.

¹¹ Vid. Dcto. 2700/1991, art. 299: «*Reducción de pena en caso de confesión*. A quien, fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho; en caso de condena, se le reducirá la pena en una tercera parte».

¹² Vid. Dcto. 2700/1991, art. 248: «*Medios de prueba*. Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica»; cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. por un ilustre abogado del Colegio de Madrid), México, tipografía de R. Rafael, 1853, págs. 245 y ss.

El 2 de noviembre de 1993 se expide la Ley 81 por medio de la cual se introducen unas importantes modificaciones a un código que llevaba escasos 16 meses de vigencia¹³. Con esta reforma se crearon unas subespecies para delimitar de una manera más precisa el alcance de la aceptación de responsabilidad y sus consecuencias. En efecto, con fundamento en la Ley 81/1993 la *terminación anticipada del proceso* quedó dividida en las modalidades de *sentencia anticipada* y *audiencia especial*. Además, ingresaron al proceso los *beneficios por colaboración eficaz con la justicia*¹⁴. La confesión se mantuvo, pero se modificó la rebaja punitiva que la misma otorgaba, pasando de una tercera parte de la pena, a una sexta¹⁵.

La sentencia anticipada se implantó sin límites cuantitativos y cualitativos, con lo cual un procesado por cualquier delito podía acogerse a este trámite; y bien podía llegar a suceder que la imputación versara sobre un delito bagatelario o un delito de lesa humanidad¹⁶. Hecha la solicitud de sentencia anticipada por el procesado, la Fiscalía contaba con un plazo de tiempo adicional para complementar la instrucción realizada hasta el momento, buscando aproximarse en mayor medida a una verdad material que le permitiese formular unos cargos concretos fundados en una *verdad verdadera*. Formulados los cargos, equiparados por virtud de la ley a la

¹³ El antecedente inmediato de esta ley fue el Dcto. 264/1993, de febrero 5, «*Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia*»; este decreto fue declarado inexecutable por medio de la sentencia SCC/C n.º 171 de 1993, M.P.: V. NARANJO MESA. Con todo, otros antecedentes se pueden encontrar en la Ley 30/1986, art. 45; Dcto. 1199/1987, art. 8; Dcto. 180/1988, arts. 37 y 38; Dcto. 2047/1990 arts. 1 y ss. (algunos modificados por el Dcto. 2372/1990); Dcto. 2790/1990, arts. 63 y 64; Dcto. 3030/1990, arts. 1 y ss.; Dcto. 303/1991, arts. 1 y ss.; y Dcto. 2265/1991, art. 2, entre otros.

¹⁴ Sin embargo, es necesario recordar que por medio de la Ley 2/1984 art. 34, se otorgaba una rebaja punitiva al «*partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos*», establecidos como punibles en dicha normatividad.

¹⁵ Cfr. Ley 81/1993, art. 38.

¹⁶ Cfr. Ley 81/1993, art. 3.

resolución de acusación, el procesado se limitaba a responder si *aceptaba o no*; por tanto, no se presentaba ningún espacio de discusión entre la Fiscalía y el procesado.

Cosa distinta ocurría con la audiencia especial, la cual fue creada especialmente para generar un margen de negociación entre la Fiscalía y el procesado. Como ya se ha dicho, la Ley 81/1993 en su art. 4 trajo consigo esta forma de negociación de la pretensión punitiva equiparable al *plea bargaining* norteamericano¹⁷ y quizá con ciertas similitudes a la *conformidad negociada* de la ley española¹⁸.

En 1998, a instancias de la Fiscalía General de la Nación, se presentó al Congreso de la República un proyecto de ley por medio del cual se pretendía adelantar una reforma integral del sistema penal¹⁹, materializándose en la Ley 600/2000, Código de Procedimiento Penal de 2000. Este código mantuvo las formas alternativas de disposición de la acción penal introducidas desde el CPP de 1991 y su reforma por la Ley 81/1993, con excepción de la *audiencia especial* que fue eliminada formalmente. Por tanto, se conservó como mecanismo de terminación anticipada del proceso la *sentencia anticipada* con características idénticas a las ya conocidas.

¹⁷ Vid. J. MARTÍN OSTOS, «La conformidad en el proceso penal», cit., pág. 1502, col. 1: «El *plea bargaining* (que es la modalidad norteamericana del *guilty plea* inglés: el acusado se confiesa culpable del hecho que se le imputa), en síntesis, consiste en que el imputado se reconoce culpable a cambio de unos beneficios; se evita el juicio, al tiempo que se reducen la acusación y la pena. Ello es fruto de un acuerdo, obtenido por trato o negociación (ganga) entre el Ministerio Público y la defensa».

¹⁸ Cfr. LECrim, arts. 784.3, 787.1 y 801.

¹⁹ Vid. Proyecto de Ley n.º 40 de 1998 presentado por el Fiscal General de la Nación, de conformidad con lo establecido en la CPCol, art. 251-4: «Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación: [...] 4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto [...]».

En el año 2003 se modifica la CPCol por medio del A.L. 03/2002, estableciendo en sede constitucional la vigencia del principio de oportunidad, configurando formalmente un proceso penal de tipo acusatorio y asignándole nuevas funciones a la Fiscalía. Como consecuencia directa de esa reforma constitucional se expide un nuevo CPP, por medio de la Ley 906/2004. Este nuevo código procesal penal presentó un sistema de preacuerdos y negociaciones nuevo, aunque muy similar a aquellos que se implantaron desde la década de los noventa con la Ley 81/1993. En éstos, el Estado otorga una rebaja significativa de la pena o elimina algunas de las imputaciones, siempre y cuando el procesado acepte la imputación²⁰ o negocie sus cargos²¹ con la Fiscalía, evitándole a ésta tener que desarrollar un programa investigativo de acuerdo al mandato del *principio de legalidad procesal*.

En la Ley 906/2004 el equivalente a la *sentencia anticipada* es la aceptación de los cargos, procedimiento que es denominado por la ley *allanamiento* según se infiere de la lectura de los arts. 351, 356 num. 5 y 367 inc. 1. Ésta puede presentarse en tres momentos diferentes, pero en todo caso, mientras más pronto se realice más rebaja punitiva se otorga: el primero es durante la audiencia de formulación de la imputación²²; en este caso la rebaja punitiva podrá ser hasta la mitad de la pena imponible²³. La segunda oportunidad de aceptar los cargos se presenta durante la realización de la audiencia preparatoria, caso en el cual la rebaja de la pena podrá ser de una tercera parte²⁴. La tercera y última oportunidad se da en la audiencia del juicio oral; para este momento, la rebaja punitiva será de una sexta

²⁰ Cfr. CPP arts. 351 inc. 1; 356 num. 5; y 367 incs. 1 y 2.

²¹ Cfr. CPP arts. 350; 351 incs. 2 al 5; y 352.

²² Cfr. CPP arts. 288 num. 3.

²³ Cfr. CPP art. 351 inc. 1.

²⁴ Cfr. CPP art. 356 num. 5.

parte²⁵. En cuanto a la negociación, que la ley denomina *preacuerdos* y *negociaciones*, presenta la hipótesis que la Ley 81/1993 denominaba audiencia especial.

La Ley 906/2004 llegó acompañada de la Ley 890/2004²⁶ –reformadora del CP–, la cual prescribió un aumento de penas para todos los delitos –en dos proporciones fijas, según el sistema de penas del CP– incrementando en una tercera parte el mínimo y en la mitad el máximo de la pena imponible²⁷. Este incremento fue justificado expresamente en la Exposición de Motivos de la ley aduciendo que sólo así se podía lograr la eficacia en el sistema de preacuerdos y negociaciones²⁸. En otras palabras, el aumento punitivo de la Ley 890/2004 fue concebido como una forma de constreñimiento para que el procesado se viera en la necesidad de aceptar los cargos que se le imputaran, o de negociar con la Fiscalía²⁹.

²⁵ Cfr. CPP art. 367 incs. 1 y 2.

²⁶ Cfr. Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal] y Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal].

²⁷ Cfr. Ley 890/2004, art. 14.

²⁸ Textualmente dijo el entonces Fiscal General de la Nación, *vid.* Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal]: «Atendiendo (*sic*) los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años». De allí que se cuestione por nuestra parte la supuesta libertad del procesado para someterse a estos mecanismos, ya que está siendo *seducido* por una supuesta rebaja de pena; en contra, *vid.* F. J. SINTURA VARELA, «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», en: *DPC*, n.º 9, 2004, pág. 87.

²⁹ Vistas las cosas, vale la pena traer a colación una referencia histórica en la cual el Corregidor Jerónimo Castillo de Bobadilla relata algunas de las experiencias que conoció en el ejercicio de su función; *vid.* F. TOMÁS Y VALIENTE, «*Gobierno e instituciones de España en el Antiguo Régimen*», en: *Obras completas* t. II, Madrid, CEPC, 1997, pág. 1752: «Asegura Castillo haber conocido a un corregidor “*que tuvo oficios muy grandes en estos Reynos, que quando el delincuente confesaba en el tormento, yva muy ufano a su aposento, y dezia a su muger y familia, “carne tenemos”, como pudiera decir un tigre o leon, tomando o despedaçando alguna presa*”. Y en otro pase durísimo, escribe: “[...] *porque he conocido juezes, en especial algunos moços*

Fuera de la legislación que regula el proceso penal ordinario, hay que considerar, también, que en el año 2004 se expide la Ley 1098, Código de la Infancia y la Adolescencia, donde se regula lo atinente a la responsabilidad penal de los menores. Allí, igualmente, encontramos normas que dictan sobre la procedencia de la conformidad en dicho proceso penal, excluyendo únicamente la posibilidad de que ésta sea negociada. En la misma línea se sitúa el Código Penal Militar, Ley 1407/2010. En efecto, en este cuerpo normativo se dedica todo el Título XIV a la regulación de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía Penal Militar y el acusado. A diferencia del CIA, en esta última reforma legislativa, que obviamente también es de carácter especial, se evidencia un potenciamiento del consenso dentro del proceso penal.

II. ANÁLISIS COMPARADO: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

1. Origen de la institución

Como ya quedó dicho, la conformidad es una institución que remonta a sus orígenes al siglo XIX en el ordenamiento español. Con todo, la potenciación de esta institución en este ordenamiento coincide cronológicamente con la época de su aparición en el ordenamiento colombiano a mediados de la década de 1980. Así pues, la potenciación en España y el comienzo de su introducción en Colombia coinciden en muchos aspectos.

codiciosos de vanagloria, que trastuecan las palabras al delincuente, cuando le toman confesión, para hazerle culpable en el delito: y otros que inventan modos y crueldades exquisitas de tormento; y puedolo afirmar como testigo; y acompañado que fuy de un juez, que tenia por costumbre (y a su parecer no poco hazañosa) dar de cozes y puñadas al delincuente al tiempo que estava ya desnudo para ponerle en el potro, mostrandose con el un Neron, y reprehendiendole yo de aquella inhumanidad y rigor no escrito, me dixo, que lo hazia porque con aquellas cozes y puñadas ponía terror al preso y le induzia a que confesase lo que le preguntava; invencion del diablo; y asi le vi despues perdido y menospreciado”».

Indudablemente, la Ley Orgánica 7, de 28 de diciembre de 1988, del Procedimiento abreviado, es una consecuencia de la Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación del proceso penal, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987. En esta resolución se plantea la necesidad perentoria de establecer mecanismos que permitan agilizar el procesamiento penal sobre todo en lo relativo a la pequeña criminalidad. La Circular 1/1989 de la FGE puso de presente en su momento la innovación que representó la introducción de este procedimiento abreviado, resaltando que ello implicaba dejar atrás el modelo de proceso penal de tipo mixto dándole la bienvenida a uno de tipo acusatorio, a tono con los países del entorno³⁰. Coetáneas con la introducción del procedimiento abreviado en España fueron las reformas de los procedimientos penales en Italia y Portugal³¹.

En Colombia, por medio de la Ley 30/1986, contentiva del Estatuto Nacional de Estupefacientes, introdujo por medio de su art. 45 un mecanismo de justicia premial consistente en una rebaja punitiva para el narcotraficante arrepentido que colaborara con la justicia delatando a otras personas comprometidas con el mismo delito. Esta ley pretendió aligerar el trámite de la instrucción penal evitando al órgano investigador tener que buscar pruebas en los procesos por narcotráfico; en esto coincide con los

³⁰ Vid. Circular 1/1989 de la FGE, en: J. MOSCOSO DEL PRADO Y MUÑOZ, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, s.i.e., 1989, págs. 395 y 396: «[...] reforma que por su urgencia se produce antes de que se profundizara en el debate sobre cuál es el modelo de proceso penal que mejor se acomoda a nuestra Constitución y a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos por España, así como la conveniencia de seguir las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo [...] todas las que se caracterizan por tomar como modelo el sistema acusatorio, rompiendo con la tradición continental del sistema mixto».

³¹ Sobre ello, *cfr.* N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Edic. Univ. de Salamanca, 1997, págs. 119 a 209 y 211 a 295, respectivamente.

motivos de los juicios abreviados en España³². La diferencia radical consiste en que el trámite abreviado era para ser aplicado a la pequeña criminalidad, mientras que la Ley 30/1986 se supone que era un instrumento para lucha contra los grandes cárteles de la droga³³.

Con este antecedente, en Colombia se comenzaba a manifestar la influencia del sistema de procesamiento penal norteamericano en el cual no existen límites para aquello que en los ordenamientos de tradición jurídica continental europea se conoce como disposición de la acción y de la pretensión. Indudablemente, el otorgamiento de una rebaja punitiva a un narcotraficante implicaba una disposición de la pretensión punitiva.

El desarrollo legislativo posterior que se produjo en España y Colombia fue dando muestras aun más palpables de la influencia del modo de concebir en los EE.UU. los asuntos propios del proceso penal³⁴. La visión netamente económica del Derecho y el diseño gerencial de la persecución penal se fue plasmando en la introducción de órganos y estructuras procesales en las que se privilegian los factores cuantitativos en perjuicio de los valores de justicia³⁵. La fuerte presencia norteamericana ha

³² Vid. Circular 1/1989 de la FGE, en: J. MOSCOSO DEL PRADO Y MUÑOZ, *Memoria elevada al Gobierno...*, cit., págs. 396 y 397: «Sin llegar a soluciones tan radicales, la reforma introducida en nuestro proceso penal por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, sí atenúa el peso de la fase instructora judicial, al par que acentúa el principio acusatorio y el papel de las partes en el proceso».

³³ Vid. Ley 30/1986, art. 45: «La persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo [delitos de narcotráfico] que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes».

³⁴ Asimismo, S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., 2004, págs. 192 y ss.

³⁵ En el caso particular de Italia, a veinte años de la reforma, ese el resultado del balance de lo acontecido; vid. P. TONINI, «*Giudizio abbreviato e petteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*», en: *DPPro*, n.º 6, 2010, pág. 649: «La gran mole dei processi si deve svolgere con riti semplificati. Poiché in tali procedimenti l'imputato gode di minore garanzie e non ha il diritto al contraddittorio nella formazione della prova, l'unica soluzione è quella di offrirgli un qualche incentivo perché accetti un

pergeñado, de alguna manera, todas las reformas legislativas penales que se han producido durante los últimos 35 años en el mundo occidental³⁶. Cada país particulariza la influencia en su sistema penal de acuerdo a sus condiciones específicas³⁷, pero éstos continúan con el sello de identidad *made in usa*³⁸.

Una muestra palpable de ello fue la creación de la Fiscalía General de la Nación mediando la asesoría norteamericana durante la redacción de la Constitución Política de 1991. Una derivación de la nueva estructura del sistema se hizo patente con la irrupción de la conformidad por medio del Decreto 2700/1991, Código de Procedimiento Penal de 1991, luego del cual se sucedieron las reformas y contrarreformas, pero todas reforzando el papel protagónico de la conformidad en el proceso penal³⁹. El resto es historia.

Con el argumento de la necesidad de implantar un sistema acusatorio, al igual que ocurrió en la reforma española de 1988, se reformó

affievolimento del diritto di difesa. L'incentivo consiste in una diminuzione della pena che dovrebbe essere irrogata in caso di condanna».

³⁶ Cfr. R. VOGLER, *A World view of criminal justice*, Aldershot (England), Ashgate, 2006, págs. 172 y 173; ID. «Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal» (trad. de G. Orce), en: K. AMBOS y E. MONTEALEGRE LYNETT (Comps.), *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, págs. 177- 202.

³⁷ Cfr. M. LANGER, «From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure», en: *HILJ*, vol. 45, n.º 1, 2004, pág. 3: «Each of these jurisdictions has adopted a form of plea bargaining that contains differences –even substantial differences– from the American model, either because of decisions by the legal reformers in each jurisdiction or because of structural differences between American criminal procedure and the criminal procedures of the civil law tradition».

³⁸ Sobre ello, es destacable el trabajo de B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)» (trad. del texto por S. Bacigalupo, trad. de las notas al pie por L. Baza), en: *Temas actuales y permanentes del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 289-302, *passim*.

³⁹ Cfr. L. E. NAGLE, «Process issues of Colombia's new accusatory system», en: *SJLTA*, n.º 2, 2008, pág. 233 y ss.

la CPCol en el año 2002 y se re-potenció el uso de la conformidad en el proceso penal colombiano. No deja de resultar cuestionable hablar de un proceso acusatorio, cuando lo que se busca con las conformidades es precisamente atacar a la *acusación como núcleo del proceso penal*⁴⁰. La principal característica de un modelo acusatorio consiste, precisamente, en la existencia de una acusación como presupuesto del juicio⁴¹. La acusación a su vez, debe ser el fruto de la labor de instrucción desarrollada durante el sumario. Con las conformidades, es evidente que se ataca la necesidad de una instrucción y por ende los fundamentos de una acusación⁴². Esta queda reducida al acuerdo que hagan secretamente la Fiscalía y el procesado o su defensor; o cuando menos, a la aceptación de cargos motivada por el miedo a una posterior condena no susceptible de excarcelación. En la hipótesis de la negociación, se vuelve al secretismo del proceso inquisitivo, para nada asimilable a una estructura acusatoria donde se presupone la existencia de un debate oral y público. Con los acuerdos, la Fiscalía termina acumulando el ejercicio de dos funciones procesales básicas, la de acusación y juzgamiento, convirtiendo a la actuación en un desarrollo netamente inquisitivo. Cuando se acude a la aceptación de cargos, estimulada con la rebaja punitiva y el ofrecimiento de una excarcelación posterior a la condena, se retorna a una de las prácticas más tradicionales de la más recalcitrante Inquisición.

⁴⁰ Cfr. Á. VARGAS, «*La acusación como núcleo del proceso penal*», cit., págs. 95-111, *passim*.

⁴¹ J.-L. GÓMEZ COLOMER, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, cit., pág. 89: «No puede existir proceso sin acusación, que debe ser formada por persona distinta a quien va a juzgar».

⁴² Vid. B. SCHÜNEMANN, «*¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*», cit., págs. 293: «[...] el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlos, por los profesionales que actúan en el proceso».

En todo caso, la nota común que se observa en los ordenamientos español y colombiano es una *desenfrenada carrera*⁴³ por eliminar la instrucción y el juicio. Por demás dicente a ese respecto es la denominación que se ha utilizado en España para bautizar las leyes reformadoras del proceso penal. Como si no fuera suficiente lograr un procedimiento abreviado en el año 1988, se buscó llegar al procedimiento rápido en el año 2002. La tendencia marca que en lo sucesivo, lo que quede del proceso, será algo así como una actuación *abreviadamente rapidísima*.

2. Clases de conformidad

Una de las características en esta materia es la abundante legislación al respecto, la cual se presenta de manera coyuntural sin obedecer a una planificación político criminal coherente y a largo plazo. Ese caos normativo es quizá lo más criticable de la regulación sobre esta clase de figuras. Esto contribuye poco a dinamizar el desarrollo del proceso penal. El tiempo que se pretende ahorrar en la aplicación del Derecho penal sustantivo al caso concreto, se ve desperdiciado mientras se resuelve cuál es la legislación aplicable y cómo han de resolverse los problemas que su utilización representa.

A. En el ordenamiento procesal español

La conformidad en el ordenamiento español se hace presente en todos los procesos existentes. Así, puede hablarse de una conformidad aplicable en el proceso penal ordinario para delitos, en el proceso abreviado y en el denominado proceso para enjuiciamiento rápido de delitos. También existe una regulación de la conformidad en el proceso regulado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, Ley Orgánica del Tribunal de Jurado

⁴³ Así, F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 310.

(LOTJ). De igual manera, esta institución tiene plena cabida dentro del proceso penal especial aplicable a los menores, según lo estipulado en la LORPM⁴⁴.

El régimen de la conformidad para el proceso ordinario por delitos se encuentra ubicado en la LECrim en sus arts. 655 y 688 y ss. Esta regulación ha permanecido inalterada desde 1882, año de entrada en vigencia de dicha ley. Al día de hoy, es el referente normativo al cual se acude para tratar de llenar las lagunas que se presentan en la regulación de las otras conformidades existentes en el ordenamiento español.

En términos generales, puede hablarse de la existencia de tres tipos genéricos de conformidades. En primer lugar, la *conformidad ordinaria* que es aplicable en el proceso ordinario y en procedimiento abreviado. El proceso ordinario, como ya se indicó, se encuentra reglado en los arts. 655 y 688 subsiguientes de la LECrim. Para el proceso abreviado la encontramos en los arts. 784.3 párr. 1 y 787.1, también de la LECrim, según la reforma de la LO 7/1988. Estas conformidades se manifiestan de dos maneras: por medio de la presentación del escrito de defensa, llamada por esto conformidad con la calificación o conformidad con el escrito de acusación⁴⁵; y a través de su manifestación al inicio de la vista antes de iniciarse la práctica de pruebas, de manera correlativa al escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad.

Estas conformidades, formalmente hablando, no son una manifestación del principio de oportunidad, porque en ellas no se presenta una disposición sobre la pretensión penal por parte del acusador estatal. Se

⁴⁴ *Vid. infra*, Cap. VI, V.

⁴⁵ Así, J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., 279 y ss.

trata de una aceptación que hace el procesado frente a la imputación fáctica o de la pretensión de mayor pena que presentan los acusadores.

En segundo lugar, se encuentran las *conformidades negociadas*. En éstas sí se evidencian las características que permiten su inclusión como manifestaciones del principio de oportunidad. Allí, en efecto, se presenta una disposición sobre la pretensión punitiva por parte del acusador oficial y de los demás que comparezcan en tal calidad de parte, bien sea que se llegue a un acuerdo sobre la imputación fáctica o sobre la imputación jurídica concretada en una pena según el tipo penal imputado. Estas conformidades se encuentran reguladas en los arts. 779.1.5^a, 784.3 párr. 2 y 787.1 de la LECrim, aplicables al procedimiento abreviado.

En tercer lugar, se encuentra la *conformidad premiada* del procedimiento rápido. A no dudarlo, ésta es otra manifestación del principio de oportunidad en el proceso penal español, según las razones ya manifestadas en el párrafo precedente, aunque aquí formalmente la disposición que se hace es sobre la imputación fáctica y no sobre la pena. Así pues, su característica principal consiste en el otorgamiento que hace la ley de una rebaja punitiva de una tercera parte de la pena imponible. También puede proceder de una manera especial la concesión de la suspensión de la pena⁴⁶ o la sustitución⁴⁷ de ésta. Su reglamentación se halla en los arts. 779.1.5^a y 801 de la LECrim.

B. En el ordenamiento procesal colombiano

La conformidad en el ordenamiento colombiano la encontramos en procedimiento penal ordinario establecido en la Ley 906/2004, contentiva

⁴⁶ *Cfr.* CPE arts. 80 a 87.

⁴⁷ *Cfr.* CPE arts. 88 y 89.

del CPP. También existe la conformidad en el proceso especial aplicable a los menores, según lo dispuesto por la Ley 1098/2006, CIA⁴⁸, y en el proceso penal militar, al tenor de la regulación de la Ley 1407/2010⁴⁹, CPM. Paralelamente, también se encuentra una regulación especial de conformidad dentro del procedimiento de la Ley 975/2005, Ley de Justicia y Paz, aplicable a los actores del conflicto armado interno que existe en Colombia. En realidad, las disposiciones normativas contenidas en esta ley se acercan más a un modelo de justicia transicional⁵⁰.

Ahora bien, puede decirse que dentro del CPP existen dos formas de conformidad: una consistente en la aceptación de la imputación que hace la Fiscalía o el Juez de conocimiento, según la etapa de procedimiento; y otra que versa sobre la negociación de los cargos con la Fiscalía tendente al sobreseimiento de algunos delitos o la obtención de una rebaja punitiva. Con todo, el Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano es claro en sostener que tanto la aceptación de la imputación y la negociación de los cargos hace parte de aquello que el CPP denomina *preacuerdos y negociaciones*⁵¹.

Algunos autores, pues, sostienen que en el CPP existen realmente dos tipos de conformidad: una que es la aceptación de la imputación y otra que implica la negociación con la Fiscalía, propiamente las hipótesis que son denominadas por la ley *preacuerdos y negociaciones*⁵². En realidad, la

⁴⁸ Vid. *infra*, Cap. VII, II, 1.

⁴⁹ Vid. *infra*, Cap. VII, III, 1.

⁵⁰ Vid. *infra*, Cap. VIII, II, 2, A.

⁵¹ Cfr. CPP arts. 348 a 354; vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., 255: «El preacuerdo es un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta celebrado entre el fiscal delegado y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objetivo específico la rebaja de la pena».

⁵² Así, por ejemplo, J. F. MESTRE ORDÓÑEZ, «La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano», en: VV. AA., *XXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Univ. Libre, 2008, págs. 34 y ss.

disparidad de criterios que pueden evidenciarse entre la Fiscalía y la doctrina obedece a la confusa plasmación normativa de las figuras. Lo cierto es que en el CPP la aceptación de la imputación puede hacerse aceptando plenamente la pretensión presentada por la Fiscalía o negociando con ésta los términos de su pretensión para su posterior aceptación.

Sin embargo, la ley procesal aplicable a los menores, el CIA, en su art. 157 prohíbe de manera tajante la realización de acuerdos entre la Fiscalía y la defensa. Por tanto, en este cuerpo legal, sí procede la conformidad basada en la aceptación de los cargos que formule la Fiscalía en la audiencia de legalización de la captura y de formulación de la imputación al menor. Así pues, a diferencia de los otros procesos penales existentes en el ordenamiento colombiano, el legislador delimitó la procedencia de la conformidad para el proceso penal de los menores a una sola modalidad, que es la de aceptar la imputación. Por tanto, la conformidad negociada, como ya se anotó, carecerá de toda validez.

3. Delitos en los que procede

En principio, puede decirse que la institución de la conformidad, según se ha visto, ha sido diseñada para ser utilizada en los delitos de escasa relevancia social. Así, la LECrim desde su texto original y en sus posteriores reformas ha delimitado unos contornos punitivos que nos ubican frente a este tipo de criminalidad. Esa es la línea que ha mantenido el ordenamiento español⁵³ en armonía con lo dispuesto en la Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación del proceso penal y las propuestas emanadas de la

⁵³ Cfr. Circular 1/1989 de la FGE, en: J. MOSCOSO DEL PRADO Y MUÑOZ, *Memoria elevada al Gobierno...*, cit., pág. 413.

Asociación Internacional de Derecho Penal en su decimoquinto congreso celebrado en Río de Janeiro durante los días 4 a 10 de septiembre de 1994⁵⁴.

Con todo, la acentuada influencia norteamericana en los modelos procesales latinoamericanos, y en especial en el colombiano, ha hecho que este horizonte se amplíe hasta unas fronteras muy lejanas y por tanto cuestionables⁵⁵.

A. En el ordenamiento procesal español

La conformidad viene determinada por la pena aplicable al delito y no por el tipo de proceso a seguir. Así, por ejemplo, según el art. 795 de la LECrim el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se aplicará a la instrucción y el juzgamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía. Con todo, la LECrim en el art. 801.1.2 dispone que la conformidad en este tipo de procedimiento será aplicable cuando los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de

⁵⁴ Vid. J. L. DE LA CUESTA (Ed.), *Resolutions of the Congresses...*, cit., pág. 167: «Serious infractions must not be subject to summary proceedings or those proceedings open to the discretion of the accused. As far as other infractions are concerned, the legislator should determine the requirements of these proceedings and introduce means of guaranteeing the voluntary nature of collaboration between the accused and the judiciary, such as the assistance of counsel. Such proceedings are recommended for cases of light infractions in order to expedite the criminal procedure and afford the accused heightened protection». En ello también concuerda J. MARTÍN OSTOS, «*La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado*», en: *Justicia/89*, 1989, pág. 835.

⁵⁵ Una crítica en igual sentido, vid. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., 2004, pág. 208: «Es más, atendido el sentido y la razón de ser de esta institución, carece de fundamento permitir una conformidad cuando estemos ante supuestos de delitos graves, dado que se produce una crisis del sistema punitivo mediante los acuerdos, pactos, adhesiones a la postre, debido al incumplimiento del ejercicio del *ius puniendi* del Estado».

distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años. Agrega a continuación, que tratándose de pena privativa de la libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no puede superar, luego de aplicar la reducción legal de un tercera parte, los dos años de prisión.

En el procedimiento ordinario para delitos graves y en el procedimiento abreviado, no existe certeza sobre la cantidad de pena establecida para determinar la procedencia de la conformidad. La no muy clara redacción del art. 793.3 de la LECrim, anterior a la reforma de 1988, originó un debate doctrinal sobre el límite punitivo de la conformidad en el proceso abreviado. Se ha discutido si dicho límite es de seis años de prisión, según la procedencia de la figura en la redacción original de la LECrim art. 655 para el procedimiento ordinario, o de nueve años, según el límite de LO 7/1988 para los delitos a tramitar por el abreviado. La discusión se situaba en seis o en nueve años de prisión. Posteriormente, la Disposición Transitoria Undécima del CPE incidió en el límite de pena establecido por el art. 655 de la LECrim situándolo en tres años de prisión, aunque resultaba discutible su aplicación al límite establecido para el proceso abreviado. Finalmente, la LOTJ estableció como límite para la conformidad, en el proceso que allí se regula, la pena de seis años de prisión⁵⁶.

En conclusión, puede decirse que la conformidad procede, en los diferentes procedimientos, para delitos con penas privativas de la libertad fijadas en la siguiente cantidad: en el proceso ordinario, penas hasta de seis años de prisión; en el abreviado penas hasta de nueve años⁵⁷; en el

⁵⁶ Cfr. LOTJ art. 50.1 *in fine*.

⁵⁷ Así, J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 280; en contra, A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*» en: *RGDPR*, n.º 6, 2005, pág. 11.

procedimiento rápido, con penas de hasta tres años, y en el procedimiento de la LOTJ, con penas de hasta seis años.

En lo que atañe el proceso penal de los menores, la LORPM establece en su art. 32 la procedencia de la conformidad cuando el MF solicite en su escrito de alegación alguna de las medidas contempladas en el art. 7.1 literales e) a ñ). Esto es, medidas que no impliquen el internamiento del menor, como las prescritas entre los literales a) y d).

Queda claro que la conformidad está diseñada para ser aplicada en España a los delitos que comporten una escasa lesividad. De allí, precisamente, que se critique su escasa aplicación en el juicio ordinario por delitos graves, donde las penas imponibles para estos delitos tornan imposible su utilización⁵⁸.

B. En el ordenamiento procesal colombiano

Bajo las enseñanzas e influencias procedentes de los EE. UU., donde todo lo que tenga que ver con la persecución penal es absolutamente disponible, en Colombia la conformidad opera en principio frente a todo tipo de delitos⁵⁹. Esa ha sido la tradición –que se ha venido consolidando– desde que esta clase de figuras hicieron su aparición en el ordenamiento colombiano. Por tanto, no hay una exclusión expresa de delitos determinada

⁵⁸ Vid. F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 311: «[...] queda claro que la regulación de la conformidad en el juicio ordinario por delito ha quedado obsoleta [...] Si nos movemos dentro de un criterio de oportunidad, no se ve por qué la composición sobre la pena tiene que tener topes, sobre todo si ello implica aceptar penas graves. Desde el punto de vista de la experiencia práctica, la conformidad sólo resulta interesante cuando con ella se evita la cárcel o se sale de ella antes».

⁵⁹ Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 53: «A diferencia del principio de oportunidad, la aplicación de los preacuerdos no tiene ninguna restricción por la naturaleza del delito que se pretende negociar, de modo que son aplicables a todos los delitos sin excepción [...]».

por criterios punitivos en el CPP. La única exclusión expresa de la conformidad en este cuerpo legal, tiene que ver con los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo; en estos casos, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente⁶⁰.

Sin embargo, con posterioridad a la expedición del CPP, Ley 906/2004, la Ley 1098/2006, de noviembre 8, que contiene el CIA, estableció en su art. 199 num. 7 una excepción a la procedencia de la conformidad. Así, en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, no procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 del CPP. También excluyó como objeto de las negociaciones la concesión de sustitutivos penales, según se desprende de los numerales 4 y 5 del art. 199 del CIA. Con todo, algunos autores consideran que procede la conformidad negociada frente a los extremos que no hayan sido proscritos expresamente por el legislador⁶¹.

También la Ley 1121/2006 trajo consigo algunas excepciones a la conformidad. En efecto, en el art. 26 puede leerse que cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos

⁶⁰ *Cfr.* CPP art. 349.

⁶¹ Así, E. A. ARANA MONTOYA *et al.*, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, Medellín, Univ. de Medellín, 2008, pág. 84.

sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco se concederá la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el CPP, siempre que esta sea eficaz.

Es necesario aclarar que cuando esta ley habla de sentencia anticipada, hace referencia a la modalidad de conformidad que implica la aceptación de los cargos que presenta la Fiscalía. Por tanto, el art. 26 anteriormente citado, no excluiría las hipótesis de conformidad consistentes en preacuerdos y negociaciones. En nuestra opinión –la cual discrepa de la postura expresada por la FGN⁶²– no todas las hipótesis de conformidad existentes en el ordenamiento colombiano consisten en preacuerdos y negociaciones. Así las cosas, literalmente la ley 1121/2006 sólo estaría excluyendo la posibilidad de realizar una conformidad simple en los procesos penales por los delitos que menciona. En otras palabras, la ley pareciera indicar que no impide la celebración de la conformidad negociada. Con todo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta exclusión se refiere a todo tipo de conformidad, sea esta simple o negociada⁶³.

En cualquier caso, la tesis que sostiene la existencia de dos tipos de conformidad, una simple y otra negociada, se ve reforzada, si se quiere, con la regulación de la institución en el CPM, Ley 1407/2010. En dicho código,

⁶² Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 255.

⁶³ Cfr. CSJ, Rad. n.º 30299, Auto de septiembre 17 de 2008, M.P.: S. ESPINOSA PÉREZ: «[...] la Corte debe señalar que una lectura correcta no solo de lo que el numeral séptimo consagra, sino de todo el contexto del artículo, de cara a la teleología que animó la intención del legislador, permite concluir por fuera de toda duda en que, efectivamente, también esa aceptación unilateral de responsabilidad penal consignada en el allanamiento a cargos, soporta la carga prohibitiva en mención».

como ya se apuntó, se evidencia la existencia de ambas conformidades. Ello se concluye, vista la regulación contenida en los artículos 491 a 496 del estatuto punitivo militar donde se regula la conformidad que emana de los preacuerdos y negociaciones, y del art. 446 num. 3 el cual establece la posibilidad de aceptar simplemente la imputación.

El tema al que venimos haciendo alusión hay que unirlo necesariamente con la utilización del principio de oportunidad. Así, en cuanto a la procedencia del principio de oportunidad propiamente dicho, la regulación que la ley hace de éste en el art. 324 CPP contiene algunas hipótesis de disposición de la acción penal, como la que se verifica con los *arrepentidos procesales*⁶⁴. Frente a estas personas se dispone a su favor del ejercicio de la acción penal, en la medida que *colaboran eficazmente* con la justicia⁶⁵. Esta colaboración, indudablemente, implica una negociación con la Fiscalía. Con todo, la regulación legal de estas hipótesis las ubica fuera del capítulo dedicado a los preacuerdos y negociaciones, mientras que en CPM lo ubica, precisamente como una forma de conformidad negociada⁶⁶. Sobre este tema se volverá más adelante⁶⁷. Por ahora, baste con decir que los límites que le impone el CPP a este tipo de acercamientos con los arrepentidos sólo excluyen a los organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas en los casos de narcotráfico, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. También quedan excluidas las conductas constitutivas de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de guerra o genocidio y las conductas dolosas en las cuales la víctima sea una persona menor de edad. Tampoco se podrá beneficiar del

⁶⁴ Cfr. CPP art. 324 nums. 4, 5, 16, 17 y parág. 1.

⁶⁵ A lo que también hace referencia el art. 26 *in fine* de la Ley 1121/2006; *vid. infra*, Cap. VIII, II, 1.

⁶⁶ Cfr. CPM art. 493 parág.

⁶⁷ *Vid. infra*, Cap. VIII, II, 1.

principio de oportunidad, el investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico. Con todo, nada obsta para que todas estas personas, que no pueden obtener beneficios como arrepentidos, puedan lograr la aplicación de la conformidad y obtener por la vía de la negociación lo que se les niega expresamente dentro del principio de oportunidad⁶⁸.

Finalmente, hay que decir que la CPCol no permite, por disposición expresa, la aplicación del principio de oportunidad en los procesos penales contra los miembros activos de las Fuerzas Armadas del Estado por los delitos cometidos en el servicio que prestan⁶⁹. Con todo, para este tipo de procesos, regidos por la Ley 1407/2010 –que, como ya se ha dicho, contiene el Código Penal Militar–, existen una reglas especiales sobre los preacuerdos y negociaciones. Esta regulación de la ley militar refuerza la argumentación de la FGN, en el sentido de considerar la conformidad –esto es, los preacuerdos y las negociaciones– como una institución no encuadrable dentro del principio de oportunidad, según la postura expresada en el Manual de Procedimientos de Fiscalía⁷⁰. Evidentemente, es manifiesta nuestra discrepancia frente a esa posición, ya que ésta traza diferencias entre el principio de oportunidad y la conformidad a partir de criterios netamente formales y no materiales⁷¹. En efecto, la Fiscalía no considera la

⁶⁸ Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], «Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II», cit., pág. 53: «[Casos excluidos de la aplicación del principio de oportunidad] en los que la Fiscalía no podría renunciar al ejercicio de la acción penal, pero sí podría pensar en llegar a un preacuerdo que permita obtener una “colaboración para definir el caso”, tal como lo prevé la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006 del Fiscal General de la Nación en el numeral 2, literal b) de la tercera directriz».

⁶⁹ Cfr. CPCol art. 250 *in fine*.

⁷⁰ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 256.

⁷¹ Vid. *supra*, Cap. IV, III, 5.

disposición del contenido de la pretensión como un factor común que iguala en su fundamento el mencionado principio y la conformidad.

En conclusión, pues, la conformidad es aplicable en Colombia frente a todo tipo de delitos, bien sea a través del procedimiento regulado en el CPP, el CIA, el CPM o en la Ley 975/2005, sin perjuicio de las excepciones legales contempladas, como aquella que se manifiesta en el art. 199 del CIA.

4. Momento procesal para su utilización

Uno de los cometidos de la conformidad es acortar el trámite del proceso penal, fundamentalmente evitando el desarrollo de la etapa del juicio. El momento procesal en cual puede llegarse a la conformidad dentro del proceso penal, podría decirse, es un indicativo que permite visualizar el nivel del respeto por las garantías procesales. Un procedimiento penal, acorde con los postulados constitucionales vigentes en España y Colombia, debe dar muestras de una armonía entre la fundamentación jurídica y la visión economicista del proceso.

A. En el ordenamiento procesal español

En la regulación legal existe una clara tendencia a fundamentar la conformidad a partir de los hechos establecidos en la actuación procesal, como fruto del desarrollo del sumario. Con todo, está claro que el MF insiste en la búsqueda de las conformidades lo antes posible en el desarrollo de los procedimientos y con todos los medios legales que están a su alcance⁷². Sin embargo, la conformidad ha de darse, como mínimo, dentro

⁷² *Vid.* Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «Sin embargo, como también es sabido, algunas inercias instaladas en la práctica forense han impedido hasta ahora un aprovechamiento

de la etapa de calificación del sumario por las partes procesales. Resulta pertinente, para representar mejor la idea que se expone, dividir las conformidades de tres maneras: en primer lugar, las conformidades ordinarias, luego las consensuadas o negociadas y finalmente la conformidad premiada.

Así, en primer lugar, en cuanto a las *conformidades ordinarias*, éstas pueden darse por medio de la formulación del escrito de defensa, en el procedimiento abreviado, según lo dispone el art. 784.3 párr.1 de la LECrim y oralmente en el acto de la vista antes de iniciarse la práctica de las pruebas, y debe ser correlativa al escrito de acusación que contenga la pena más grave, según el art. 787.1.

En el procedimiento ordinario se puede prestar la conformidad con el escrito de acusación más grave, visto lo que dispone el art. 655 de la LECrim; también en este procedimiento, según lo ordena el art. 688, puede el acusado conformarse durante la instalación del juicio, lo cual presupone que están a disposición del Juez las piezas de convicción que eventualmente serían objeto de debate.

La *conformidad consensuada* puede darse por el reconocimiento de los hechos, para lo cual el MF y las partes personadas deben manifestar si consensuan el escrito de acusación, según lo prescribe el art. 779.1.5ª de la LECrim. También dentro del procedimiento abreviado puede darse dentro

plenamente satisfactorio de esa útil herramienta procesal. El hecho de que en la gran mayoría de los casos se produzca, por expresarlo gráfica y literalmente, a pie de estrados, vacía a la conformidad de buena parte de su potencial eficacia, y además desvirtúa en alguna medida su esencia acusatoria [...] Así, desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una Justicia más ágil, la conformidad cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio».

de la preparación del juicio oral, a la luz del art. 784.3 párr.2; y durante el juicio antes de iniciarse la práctica de los medios de prueba admitidos de acuerdo al art. 787.1.

Por último, en la *conformidad premiada* del procedimiento rápido para el enjuiciamiento de delitos también se requiere como mínimo la existencia de un escrito de acusación presentado por el MF ante el Juez de Guardia, sin perjuicio de que también pueda concurrir el acusador particular, según se ve en la regulación que emana del art. 801 LECrim. En este caso, podría criticarse la extrema celeridad con que puede presentarse la conformidad. Ello puede dejar serias dudas sobre la verdadera demostración de la imputación fáctica que realice la acusación. También puede quedar un manto de duda sobre la libertad con la que el procesado debe aceptar la acusación en su contra, si se tiene en cuenta que éste se ve seducido, entre otras cosas, por la rebaja automática de una tercera parte de la pena de prisión imponible. Vistas así las cosas, esta conformidad se asemeja al *plea bargaining* ya que en éste la Fiscalía –sin tener que demostrar ni siquiera la realización de los hechos que imputa– puede lograr una condena bajo el incentivo premial.

En la LORPM, la conformidad se expresa en el escrito de alegaciones que presenta el letrado del menor en relación con el escrito de la misma naturaleza que haya sido presentado por la acusación, según el art. 32. También los menores pueden presentar su conformidad al inicio de la audiencia, de acuerdo a lo indicado por el art. 36.

En conclusión, hay que destacar que la conformidad en el ordenamiento español requiere, como un presupuesto necesario, la existencia de un mínimo de elementos que señalen la existencia de un hecho presuntamente punible. Así, la regla general es que la conformidad se

presente durante la etapa de calificación del sumario o eventualmente durante la iniciación del juicio. Ello indica que la decisión de conformarse por parte del procesado ha de estar basada, por lo menos, en un conocimiento sobre la imputación fáctica que haya podido ser acreditada en la actuación procesal penal. Esto, salvo las eventualidades del procedimiento rápido, hace que la conformidad española mantenga una prudente distancia del *plea bargaining* norteamericano⁷³.

B. En el ordenamiento procesal colombiano

La tendencia, en esta materia, es la de estimular la aceptación de responsabilidad lo más pronto posible en el desarrollo de la actuación procesal penal. Ello se procura, fundamentalmente, por dos medios: en primer lugar, con el aumento desmesurado de las penas imponibles para todos los delitos⁷⁴; y, en segundo lugar, con el ofrecimiento de la mayor rebaja punitiva si la conformidad con la imputación se produce al momento de su formulación, la cual evidentemente se considera el inicio de la relación procesal. Para ese momento, la rebaja punitiva puede ser hasta la mitad de la pena imponible.

La crítica que se puede lanzar sobre ello tiene que ver con la fundamentación de la imputación. La Fiscalía, para ese momento, no tiene la obligación de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física o información de la que disponga; únicamente debe hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje

⁷³ Así también, N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Cuestiones de terminología procesal*, cit., págs. 58 y 59: «[La conformidad] opera con un decoro procesal de que carece en absoluto el lamentable chalaneo estadounidense, propenso a todo género de contubernios».

⁷⁴ Cfr. Ley 890/2004, art. 14.

comprensible⁷⁵. Así que el imputado se ve enfrentado a un dilema: tómelo o déjelo, sin conocer las bases de la imputación que se presenta en su contra. Evidentemente, ello demuestra una estrecha afinidad con el *plea bargaining*, siendo procedentes en este caso todas las críticas que se formulan contra esa institución.

Por si fueran pocos los cuestionamientos a esta especie de conformidad, habría de agregarse que esta es la misma estructura que opera en el procedimiento penal de los menores, según el art. 157 del CIA. Así pues, si la intención de la intervención penal frente a los menores busca su *protección integral*⁷⁶, es claro que esta forma de actuación procesal implica un claro retroceso hacia la *ideología tutelar*.

Los otros momentos en los cuales procede la conformidad presuponen la existencia de un fundamento que soporte la presentación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía. Ello resulta muy importante porque así, tanto la Fiscalía como el procesado, conocen los elementos que les permiten realizar los preacuerdos y negociaciones considerando los fundamentos de la imputación tanto fáctica como jurídica. Ello se desprende de lo dispuesto por el CPP en su art. 336, en donde se anota que el Fiscal presentará el escrito de acusación ante el Juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado

⁷⁵ Cfr. CPP art. 288 num. 3; además, *vid.* FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 261: «[...] se trata de una simple mención a los elementos materiales probatorios estrictamente necesarios y que no implica descubrimiento».

⁷⁶ *Vid.* Ley 1098/2006, CIA, art. 7: «*Protección integral*. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior [...]».

es su autor o partícipe. Ahora bien, para garantizar plenamente el derecho de contradicción, la FGN deberá suministrar, por intermedio del Juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado⁷⁷.

De esta manera, la conformidad también puede presentarse en estos tres momentos: desde la presentación de la acusación, hasta la instalación de la audiencia del juicio oral⁷⁸, lo cual implica el descuento de una tercera parte de la pena imponible. También puede realizarse la conformidad durante la audiencia preparatoria del juicio oral⁷⁹, lo que trae consigo una rebaja que podrá ser hasta de una tercera parte. Finalmente, cuando se desarrolle la instalación del juicio oral⁸⁰ el premio punitivo será de una sexta parte.

En lo que tiene que ver con el CPM, la conformidad negociada puede darse entre la presentación del escrito de acusación por parte del Fiscal Penal Militar y hasta el inicio de la audiencia de formulación de la acusación⁸¹, pudiendo obtener de esa manera una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Valga anotar que dicha rebaja punitiva es manifiestamente desigual frente al proceso ordinario por dos razones: en primer lugar, porque en el CPP no habla expresamente de este periodo, sino que se menciona como uno de los momentos en los que tendría cabida la conformidad, el que va desde la presentación de la acusación hasta la instalación del juicio oral. En segundo lugar, porque la rebaja que se otorga en el CPM puede ser manifiestamente superior a la del CPP, si se tiene en cuenta que la rebaja punitiva otorgada en aquel puede llegar hasta la mitad

⁷⁷ *Cfr.* CPP arts. 15 y 125 num. 3.

⁷⁸ *Cfr.* CPP art. 352.

⁷⁹ *Cfr.* CPP art. 356 num. 5.

⁸⁰ *Cfr.* CPP art. 367.

⁸¹ *Cfr.* CPM art. 492.

de la pena imponible, mientras que en la legislación ordinaria luego de que se conocen los fundamentos de la acusación la rebaja queda fijada en una tercera parte de la pena imponible.

Luego de todas las antedichas consideraciones, puede extraerse como conclusión de ellas la existencia de algunas semejanzas en cuanto al momento de la utilización de la conformidad en las legislaciones española y colombiana. Así, por ejemplo, la mayor rebaja punitiva se otorga en los casos donde no sólo se omite el juicio sino también la instrucción, como al parecer ocurre con la conformidad premiada de la LECrim y con la aceptación de la imputación durante su formulación, según la regulación del CPP, asimilando en este aspecto las enseñanzas norteamericanas. Y es que, en efecto, la LECrim otorga una rebaja de una tercera parte de la pena y el CPP hasta la mitad de ésta, cuando el procesado se conforma sin el conocimiento de los fundamentos que soportan la pretensión en su contra, salvo la excepción que representa la regulación del CPM.

Las demás hipótesis, que implican, cuando menos, la obtención de los elementos necesarios para presentar la acusación, no se avienen con la finalidad economicista que ha permeado su implementación en los ordenamientos jurídicos que se vienen analizando⁸². De allí que los

⁸² Para el caso español, así lo manifiestan V. GIMENO SENDRA; V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 67: «La tardía ubicación de dicho trámite (fase intermedia y comienzo del juicio oral) produce, sin embargo, una escasa economía procesal, puesto que no impide la finalización de la fase instructora». También a ese respecto, pero en un sentido más amplio, presenta su posición A. M. LORCA NAVARRETE, «La apertura a la conformidad», en: ID., *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, San Sebastián Instituto Vasco de Derecho procesal, 2005, pág. 135: «[...] la conformidad que se regula en la LECrim de 1882 no solo es un instituto torpemente articulado, sino además de una timidez de contornos relevante por cuanto su lógica operatividad responde a un esquema de poder funcional según el cual sólo existen motivos para conformarse cuando se haya concluido la porción de inquisición que le corresponde realizar al instructor. Pero no antes».

estímulos se reduzcan y por tanto su aplicación práctica se ve reducida en términos comparativos con las hipótesis fuertemente premiadas.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONFORMIDAD

Es muy amplio el espectro de discusión que se ha generado en torno a la aplicación de la conformidad en el proceso penal, sobre todo a partir de la concepción de dicha institución en los últimos 25 años. En este apartado se presentará un estado de la discusión, haciendo una reseña de los argumentos que a favor y en contra de la conformidad ha formulado la doctrina.

La metodología utilizada busca establecer una clara diferencia entre los argumentos de carácter jurídico y económico. Ello se hace con la finalidad de evitar la confusión en el uso del lenguaje. Hemos visto cómo el lenguaje jurídico va cediendo terreno ante el económico, truncándose de esa manera el referente de análisis. Esta observación en sí misma puede considerarse una crítica a la conformidad en el proceso penal. Y es quizá la más grave que puede hacerse a esta forma de actuación procesal, porque con ella se evidencia palmariamente cómo los principios jurídicos van siendo avasallados por el interés netamente económico. Por tanto, el análisis propuesto será realizado desde la óptica de los principios jurídicos que inspiran a los ordenamientos español y colombiano, ambos de clara tradición jurídica de cuño continental europeo.

1. Argumentos desfavorables

Haciendo una revisión general de la doctrina más destacada que se ha ocupado en nuestro entorno del análisis de la conformidad, salta a la vista que los argumentos contrarios a la conformidad superan ampliamente

en número a los que hablan a su favor. Con todo, es necesario hacer un inventario detallado de las críticas realizando el respectivo análisis que ellas ameritan.

A. De carácter jurídico

Entre los argumentos de carácter jurídico que se enarbolan como contrarios a la institución de la conformidad, pueden destacarse los siguientes:

Habrá que manifestar que la conformidad comporta en muchos casos una afrenta contra la *dignidad de la persona humana*⁸³. Ello ocurre, cuando al individuo se le instrumentaliza en aras de la consecución de fines marcadamente utilitaristas, como puede llegarlo a ser la búsqueda de un *eficientismo* desenfrenado en el ejercicio de la administración de justicia⁸⁴. Este tipo de atentados contra la autonomía ética de la persona se patentizan cuando al procesado se le intimida con la prisión provisional indefinida o con una eventual condena de larga duración⁸⁵, si no acepta prontamente los cargos que le presenta la Fiscalía⁸⁶.

⁸³ Cfr. DUDH preámbulo; PIDCP arts. 7, 10.1 y 10.3; CDFUE, art. 1; CE art. 10.1; CASDH art. 5.1; CPCol arts. 1 y 16; y CPP art. 1.

⁸⁴ Vid. D. M. SANTANA VEGA, «Principio de oportunidad y sistema penal», cit., págs. 120 y 121: «[...] el Fiscal, que “*tampoco es de piedra*”, mata dos pájaros de un tiro, pues consigue un buen número de condenas sin riesgos y con menos trabajo que el que implica la preparación del juicio oral. Ciertamente es que el carácter no electivo del Ministerio Fiscal español, eliminaría el peligro indirecto que supone en el sistema norteamericano el denominado *conviction record* (cuota de condenas logradas por cada Fiscal), y que constituye el principal respaldo del candidato ante sus electores, con el consiguiente peligro de perversión de los fines del proceso. Pero queda pendiente, no obstante en el Sistema español, la no menos peligrosa “ley del mínimo esfuerzo” y la cada vez más sensible vinculación de esta institución a los intereses del poder político».

⁸⁵ Cfr. R. B. MCNAMARA, *Constitutional limitations on criminal procedure*, Colorado Springs, Shepard's/Mc Graw-Hill, 1982, pág. 181; vid. S. C. THAMAN, «Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos» (trad. de F. Cox), en: L. BACHMAIER WINTER (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 170: «Ha de tenerse presente, a su vez, que en los procesos por jurado las penas previstas pueden ser muy graves –con penas de muerte o cadenas perpetuas por delitos no violentos, como tráfico de drogas o

En relación con lo anterior, la conformidad también vulnera el *principio de igualdad*⁸⁷ cuando se presentan situaciones como estas: en primer lugar, cuando se le amenaza con la imposición de una pena más severa a quien simplemente no acepta la imputación que se le formula –aun en su primera comparecencia– o simplemente no se aviene a una negociación con la Fiscalía, independientemente de que no existan en su contra motivos fundados para determinar la responsabilidad penal. Una segunda hipótesis de vulneración de la igualdad ocurre cuando las negociaciones y acuerdos, entre la Fiscalía y el procesado, se hacen a partir de criterios muy diversos⁸⁸ y no universalizables⁸⁹ o que no están claramente fijados en la ley –como ocurre en el sistema norteamericano–, ya que ello posibilita que eventualmente delitos de mayor gravedad sean tratados de manera menos drástica que crímenes más leves⁹⁰.

robo cometido por un reincidente–, que el fiscal está en condiciones de ejercer una gran presión sobre el acusado con el objeto de que reconozca su responsabilidad, aun en el caso de que sea inocente».

⁸⁶ Vale la pena tener en consideración una pregunta suelen hacer habitualmente los fiscales en Norteamérica: «¿Quiere conseguir su propio abogado, presentar una solicitud para un defensor de oficio, o disponer de su caso hoy mismo?»; al respecto *vid.* M. M. FEELEY, *The process is the punishment*, New York, Russell Sage Foundation, 1979, pág. 178: «On arraignment or first appearance he will announce charges to the court and “expect” the defendant to plead guilty. This is implied in the standard question the prosecutor addresses to the accused: “Do you want to get your own attorney, make application for a public defender, or dispose of your case today”. The implications are clear: If the defendant wants to get an attorney it will be complicated for him, but if he pleads guilty the whole matter will be over within a few minutes. The prosecutor is clearly communicating his preference and it is up to someone else –the defendant or his attorney– to suggest another course of action».

⁸⁷ *Cfr.* DUDH arts. 1 y 7; PIDCP art. 26; CEDH art. 6.1; CDFUE, art. 20; CE arts. 14 y 24; CASDH art. 24; CPCol art. 13; y CPP art. 4.

⁸⁸ *Vid.* R. B. MCNAMARA, *Constitutional limitations...*, cit., , pág. 180: «The manner in which plea bargaining is conducted differs from one jurisdiction to another»; también, L. A. DE DIEGO, *Justicia criminal consensuada*, Cádiz/Valencia, Univ. de Cádiz/Tirant lo Blanch, 1999, pág. 52: «La informalidad y la gran variedad de criterios que, en la práctica y en relación con la *plea bargaining*, existen entre los distintos jueces y fiscales provoca desigualdades en el tratamiento de los acusados, lo cual, a su vez, causa desconcierto y una sensación de injusticia y falta de seguridad».

⁸⁹ Así lo estima, T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., pág. 283.

⁹⁰ *Vid.* D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., págs. 119 y 120: «[...] también habría que añadir los efectos perniciosos que el *plea*

También se actúa de modo desigual cuando las personas no tienen las mismas condiciones de acceso al sistema de justicia penal, bien sea en calidad de víctima o como procesado. En efecto, la práctica de la conformidad demuestra que ésta presenta un gran rendimiento cuando se trata del procesamiento de delitos leves que han sido conocidos por una situación de flagrancia. Para estos casos, de la denominada *criminalidad blanda*, el sistema penal reacciona de manera pronta por medio de mecanismos como la conformidad. Con todo, este mismo sistema se ve superado cuando debe enfrentarse a la *criminalidad dura* ya que ésta, generalmente, no se ve coaccionada por la amenaza de un procesamiento. Se sabe de antemano que el sistema no tiene la capacidad operativa de llevar la carga de la prueba para lograr desvirtuar la presunción de inocencia, lo cual genera un amplio espacio de impunidad para la criminalidad más desestabilizadora de la sociedad. Eventualmente, la gran criminalidad saca provecho de este tipo de instituciones reconociendo su responsabilidad ante conductas de escasa lesividad logrando la impunidad de las conductas más graves⁹¹.

En línea con ello, son por lo general las personas que cometen los delitos más sencillos quienes no tienen acceso a las posibilidades de una defensa técnica dentro del proceso⁹². El sistema de la conformidad opera no

bargaining introduciría no sólo en esta clase de delitos, sino también en los demás y, singularmente, en los patrimoniales, los más numerosos. En efecto, las dificultades probatorias que podrían presentar muchos de ellos, harían del principio de oportunidad, al que nada o muy poco importa la verdad material, un camino de evasión de tales dificultades con la subsiguiente reconversión de delitos de mayor entidad (violación, robo con armas...) en otros de menor pena (agresiones sexuales, hurto), descuidando la peligrosidad del sujeto y, por ende, la prevención especial».

⁹¹ Recuérdese que en Colombia esta institución es aplicable a todo tipo de delitos; *vid. supra*, Cap. V, II, 3.

⁹² *Cfr.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 614; *vid.* J. C. ORTIZ ÚRCULO, «*El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites*», cit., pág. 119: «Un posible trato discriminatorio de las personas marginadas que no cuentan con abogados hábiles en la negociación frente a los profesionales del crimen que son dirigidos por expertos consejeros legales».

sólo con el mecanismo de jueces de guardia sino también con el de *defensores de guardia* los cuales, las más de las veces, ante la sobrecarga de trabajo, aconsejan a sus defendidos aceptar los cargos sin explicarles los efectos jurídicos que ello acarrea⁹³.

⁹³ Vid. R. KAGAN, *La ley del imperio* (trad. y estudio preliminar de I. de la Rasilla del Moral), Córdoba, Edit. Almuzara, 2005, pág. 156: «Supóngase, no obstante, que el sospechoso de un delito no posee un abogado defensor o que su abogado es un inepto, un vago o está sobrecargado de trabajo. En tales casos, los mecanismos de control del sistema coordinado pueden fácilmente resultar ineficaces. En Filadelfia, en una mañana de febrero de 1954, la policía que había iniciado (en respuesta a presiones políticas) una campaña en el centro de la ciudad contra “vagos y bebedores habituales” condujo a cincuenta y cuatro sospechosos ante el juez. De acuerdo con la descripción de Caleb FOOTE, no existían fiscales ni abogados presentes en el juzgado. En quince minutos, el juez absolvió a cuarenta acusados y halló culpables a quince de ellos sentenciándoles a tres meses de reclusión en el correccional. FOOTE (1956: 603) escribió: “Cuatro de los acusados fueron juzgados, hallados culpables y sentenciados en el transcurso de diecisiete segundos... el juez se limitó a leer el nombre de cada acusado, a echarle un vistazo y a decir –“Tres meses en el correccional”. Cuando les estaban conduciendo fuera de la sala, uno de ellos objetó “Pero, yo trabajo...” a lo cual el juez replicó “Procedan” ”. En este juzgado de Filadelfia y en miles como él, en 1954 y en décadas anteriores, siempre que los acusados no estaban representados por un abogado defensor –lo que era común para los pobres– el pequeño legalismo contencioso prevalecía en la práctica. El pronunciamiento judicial estaba dominado por la figura del juez, aunque sin el mismo tipo de compromiso con el principio de legalidad que es inculcado en los altamente profesionales y jerárquicamente organizados sistemas judiciales europeos. El relato del profesor FOOTE, publicado en una revista jurídica, tenía como fin forzar a las élites legales a reconocer la enorme brecha existente entre los ideales de justicia y su realidad de oropel, especialmente cuando la ley se aplicaba a estadounidenses pobres». También de este tipo de «novedades» informaba J. A. LLORENTE cuando valoraba la forma de proceder de la Inquisición; vid. J. A. LLORENTE, *Discurso sobre el orden de procesar en los tribunales de inquisición* [ed. con base en el texto original de 1797 (MS. n.º 1461 AHN, fols.[1.a. – 72.a.]) con un estudio preliminar de E. de la Lama], Pamplona, Edic. Eunote, 1995, pág. 163: «Suele El Tribunal de la Inquisición tener abogados titulares para defender á los reos en su juzgado. Para su eleccion no se ha exigido pruebas algunas de literatura dogmática; siempre ha bastado el ser abogado recibido de los consejos, chancillerías, ù audiencias respectivas. Sin embargo es preciso confesar que para defender a un reo en las causas de fé, se necesita una instruccion particular, y profunda no solo en la practica forense de los tribunales ordinarios, sino también en la disciplina canónica, historia eclesiástica, y controversias dogmáticas, por que solo asi puede un abogado dar al reo los consejos y desengaños que le conbengan, y hacer la defensa que permitan las circunstancias del proceso. Por no tener esta instruccion los abogados de la Inquisición suelen reducir su ministerio á aconsejar al reo que confiese los delitos, y á implorar la misericordia de los jueces».

La conformidad desconoce el *principio de la presunción de inocencia*⁹⁴ y consecuentemente el *in dubio pro reo*. Esta institución centra su núcleo operativo en las primeras diligencias del procedimiento penal⁹⁵. Con un escaso fundamento cognoscitivo, se pretende buscar la aceptación de responsabilidad por una persona generalmente sorprendida en una situación de flagrancia. Éste pareciera ser el argumento desde el cual se le sugiera con la conveniencia de conformarse con la pena, desconociendo además el *derecho a no autoincriminarse*⁹⁶.

No deja de ser curioso que en el CPP se prohíba expresamente la realización de preguntas sugestivas a los testigos durante el interrogatorio en el juicio oral⁹⁷, y sin embargo se aliente constantemente a los funcionarios judiciales para que éstos sugieran al procesado la conveniencia de aceptar la responsabilidad penal⁹⁸.

La situación de flagrancia es el motivo usado para hacer desaparecer la garantía de la presunción de inocencia, poniendo en su lugar una

⁹⁴ Cfr. DUDH art. 11.1; PIDCP art. 14.2; CEDH, art. 6.2; CDFUE, art. 48.1; CE art. 24.2; CASDH art. 8.2; CPCol art. 29 y CPP art. 7. Sobre el derecho a la presunción de inocencia, cfr. J. A. CHOCLÁN MONTALVO, «El derecho constitucional a la presunción de inocencia», en: F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI y E. LÓPEZ LÓPEZ (Coords.), *Derechos procesales fundamentales (Manuales de formación continuada n.º 22)*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 627-658.

⁹⁵ Vid. L. A. DE DIEGO, *Justicia criminal consensuada*, cit., pág. 51: «Las negociaciones tienen lugar en un momento en que el conocimiento de los casos es fragmentario».

⁹⁶ Cfr. DUDH art. 10; PIDCP art. 14.3 g); CEDH, art. 6.3 b); CDFUE, art. 48.2; CE art. 24.2; CASDH art. 8.2; CPCol art. 33 y CPP art. 8 a) y b). También, cfr. STC 18/2005, de 1 de febrero.

⁹⁷ Vid. CPP art. 392: «Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: [...] b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa».

⁹⁸ Cfr. CPP arts. 288 num. 3, 351 parág. y 367. Podría decirse que la misma situación se presenta en el ordenamiento español; al respecto, cfr. LECrim art. 709 e Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad.

presunción de responsabilidad⁹⁹. Por tanto, ningún esfuerzo tiene que hacer el órgano investigador para averiguar la verdad; es más, la averiguación de la verdad material se considera una ingenuidad¹⁰⁰. En este sentido, se presentan críticas muy profundas que cuestionan la jurisdiccionalidad de dichos procedimientos, toda vez que en ellos no se realiza una comprobación de los hechos y algunas veces ni del derecho¹⁰¹.

En lo que tiene que ver con el *derecho de defensa*¹⁰², más allá de las consideraciones que se hacían de éste en relación con el principio de igualdad, es indudable que la conformidad negociada hace sucumbir aquél derecho frente a las propuestas de rebajas punitivas. No parece existir coherencia entre la consagración de un derecho, incluso en sede constitucional, y el estímulo que se hace para sugerir su renuncia desde la misma ley. Por tanto, no debe ser de buen recibo que el Estado busque realizar el ejercicio de la intervención punitiva a cambio de estimular la renuncia a derechos que deberían ser considerados inalienables¹⁰³.

⁹⁹ No pueden pasarse por alto, sobre todo en este punto, algunas famosas consideraciones sobre la presunción de inocencia; *vid.* E. FERRI, *Sociología criminal* t. II [I Nuovi orizzonti della giustizia penale, Bolonia, 1881 / *Sociología Criminale*, Turín, 1884] (trad. de A. Soto y Hernández), Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1908, pág. 195: «La presunción de inocencia, ilógica cuando es absoluta y no hace distinción alguna, es sólo un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva».

¹⁰⁰ *Cfr.* B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., pág. 44.

¹⁰¹ Así, L. FERRAJOLI, «El juicio penal», cit., pág. 232; también *vid.* ID., *Derecho y razón...*, cit., pág. 549: «Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede considerarse culpable ni sometido a pena [...] Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable».

¹⁰² *Cfr.* DUDH art. 10; PIDCP art. 14.3; CEDH, art. 6.3; CDFUE, art. 48.2; CE art. 24 num. 1 y 2; CASDH art. 8.2; CPCol art. 29 y CPP art. 8. Sobre el contenido del derecho de defensa, *cfr.* F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, «El derecho a la defensa y a la asistencia del letrado», en: F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI y E. LÓPEZ LÓPEZ (Coords.), *Derechos procesales fundamentales (Manuales de formación continuada n.º 22)*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 277-318.

¹⁰³ Asimismo, A. GARAPO e I. PAPAPOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, cit., pág. 61.

Asimismo, es cierto que la excesiva celeridad que la conformidad le imprime al trámite procesal a veces incide en el desconocimiento de los derechos de las víctimas, originando eventualmente una pérdida de la confianza de éstas en la administración de justicia penal¹⁰⁴. La realización de los procedimientos ocurre tan rápido que las víctimas no alcanzan a conocer la existencia o el desarrollo de la actuación y cuando las conocen muchas veces no pueden personarse en ellas oportunamente. Por ello, se hace necesario reivindicar los derechos de éstas para que se consolide en la práctica un espacio que permita su participación en desarrollo del derecho de acceso a la justicia¹⁰⁵.

El principio de lealtad procesal también se vulnera cuando la Fiscalía busca la imposición de una condena conociendo de antemano la escasez de fundamentos probatorios a favor de una pretensión punitiva. Igualmente, se desconoce la lealtad procesal cuando a los intervinientes en el proceso no se les reconoce como sujetos de derechos sino como objetos de las cuales se

¹⁰⁴ Así, R. M. DALEY, «*Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito*», en: E. AMODIO y M. CHERIF BASSIONI (Coords), *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, Milano, Giuffré, 1988, pág. 153; también D. M. SANTANA VEGA, «*Principio de oportunidad y sistema penal*», cit., págs. 120 y 121.

¹⁰⁵ Cfr. Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, de la FGE, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal; vid. Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «Otra de las tareas esenciales que el Fiscal debe asumir en el marco de la resolución consensuada del procedimiento es la protección de la víctima y del resto de los perjudicados por el delito. Esa misión específica del Ministerio Público ha de ser particularmente cuidada a la hora de cerrar el acuerdo de conformidad. La víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada –cuando no perpleja– acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él [...] Por ello, de cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales». También, cfr. SCC/C n.º 228 de 2002, M.P. (s): M. J. CEPEDA ESPINOSA y E. MONTEALEGRE LYNETT y SCC/C n.º 516 de 2007, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO.

puede disponer a conveniencia, para el logro de objetivos particulares o institucionales. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se pasa de largo frente a los derechos de los procesados y de las víctimas en el trámite procesal¹⁰⁶.

El *principio de publicidad*¹⁰⁷ del juicio es desconocido cuando se presentan negociaciones a puerta cerrada entre las partes interesadas en lograr un acuerdo de conformidad. De hecho, esto parece ser lo que precisamente se busca: evitar que el Juez encargado de dictar la sentencia llegue a conocer las negociaciones adelantadas entre Fiscalía y procesado, para evitar su «contaminación»¹⁰⁸. Con todo, es necesario recordar que la publicidad del juicio es una de las grandes conquistas del proceso penal. Con la publicidad del juicio se abren las puertas para que la sociedad conozca de manera directa la aplicación de la justicia. Esta es otra de las paradojas que acompañan a los modelos acusatorios en la actualidad. Se supone que la publicidad es una de las características de un modelo de procesamiento de tipo acusatorio. Con todo, en países en los cuales las recientes reformas procesales supuestamente han promovido un modelo acusatorio se nota claramente que con la conformidad negociada se avanza realmente en una tendencia hacia las características más criticables de los procesos inquisitivos¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 614.

¹⁰⁷ Cfr. DUDH art. 10; PIDCP art. 14.1; CEDH, art. 6.1; CDFUE, art. 47 inc. 2; CE art. 24.2; CASDH art. 8.5; CPCol art. 29 y CPP arts. 8 k) y 18.

¹⁰⁸ Vid. Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «[...] los Fiscales, y principalmente los Fiscales Jefes, deben también realizar un especial esfuerzo por activar y obtener la colaboración de los Jueces y Magistrados titulares de los Órganos de enjuiciamiento, con la finalidad de preservar –como el propio protocolo afirma– la *confidencialidad de la negociación*».

¹⁰⁹ En el mismo sentido, cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 74; vid. Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «La imagen que sobre el propio acusado, y más aún sobre los perjudicados y víctimas, puede asimismo proyectar el hecho de que sus intereses se ventilen entre juicio y juicio, en unos minutos, de modo aparentemente –o realmente– improvisado, a puerta cerrada, sin su intervención y con la consiguiente sensación de desconocimiento de lo que en el interior de la Sala están negociando los profesionales del derecho, viene a resultar, en fin, muy negativa desde el punto de vista

La aceptación de responsabilidad también afecta drásticamente el sistema de los recursos para impugnar las decisiones judiciales¹¹⁰. Al procesado se le impone como condición para acceder a la rebaja punitiva, no sólo aceptar la responsabilidad penal sino también la renuncia al derecho de impugnar la sentencia¹¹¹. Con ello, en el fondo, se está procurando sanear cualquier irregularidad procesal que se haya producido durante el desarrollo de la actuación¹¹². A ello contribuye que la regulación legal de la institución no se haga en términos precisos, lo que concede amplios márgenes de actuación con criterios demasiado heterogéneos, difuminando además los contenidos de un eventual referente para la impugnación¹¹³. La garantía de la doble instancia se ve, pues, menoscabada, con este tipo de figuras. Éste es quizá uno de los puntos más relevantes de las críticas jurídicas que se le pueden hacer a la conformidad¹¹⁴.

de la credibilidad y de la dignidad de la función tanto de Jueces y Fiscales como de los propios Abogados defensores».

¹¹⁰ DUDH arts. 8 y 10; PIDCP art. 14.5; CEDH, art. 13; CDFUE, art. 47 inc. 1; CE art. 24; CASDH art. 8.2 h); CPCol art. 29 y CPP art. 20.

¹¹¹ Vid. B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., pág. 84: «Así como en un “deal” los detalles de la estructura del juicio oral no interesan por sí mismos, sino sólo por la posibilidad de utilizarlos como medio de poder en el proceso de negociación, naturalmente también pierden los recursos su sentido tradicional. En efecto, una sentencia “acordada” necesita de un recurso sólo en caso de que no se cumpla el acuerdo»; también, M. COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho procesal penal español*, cit., pág. 670.

¹¹² Vid. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., págs. 70 y 71: «También la *Policía* obtiene ventajas del *plea bargaining system*. En primer lugar, porque se ve liberada de la comparecencia en el juicio. En segundo lugar, porque la autoinculpación del imputado subsana los vicios y errores en que haya podido incurrir durante la fase de investigación (incluida la detención) tanto la *Policía* como el *Fiscal*».

¹¹³ Así, B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., pág. 102.

¹¹⁴ Vid. STS de Julio 12 de 2006: «[...] la doctrina de esta Sala, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (SSTS. 9.5.91, 19.7.96, 27.4.99, 17.11.2000, 6.11.2003), por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición»; en el mismo sentido se expresa la STS de 12 de febrero de 2007.

Evidentemente, el hecho de establecer la imposibilidad de recurrir la sentencia o de imponer unos límites muy restringidos para ello trae varias consecuencias negativas, entre ellas, que desaparezca la posibilidad de responsabilizar al Estado por error judicial en la administración de justicia¹¹⁵. En el fondo, la decisión judicial queda legitimada por la decisión del abogado defensor, como sucede en España¹¹⁶, e incluso por la decisión autónoma del procesado, como lo dispone el ordenamiento colombiano¹¹⁷. Así, quedan saneadas las vulneraciones al debido proceso que se hayan presentado en cualquier momento previo o concomitante con la aceptación de la responsabilidad penal. Esto resulta muy conveniente, en términos económicos y políticos, sobre todo para aquellos Estados en los cuales las cifras de actuaciones irregulares en actividades relacionadas con el procesamiento penal son francamente altas¹¹⁸. De esta manera, la

¹¹⁵ Vid. PIDCP, art. 14. 6: «Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido»; también, *cf.* CASDH art. 10. Vale la pena traer a colación estas magistrales palabras, *vid.* F. CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal* vol. V [1874] (trad. del italiano por J. Guerrero y J. J. Ortega Torres), Bogotá, 1980, pág. 27: «Y si se pudiera hacer una estadística exacta de los errores judiciales que atormentaron a nuestros padres y de los que llenan de tristeza a la generación actual, la balanza no se inclinaría en favor de los vivos».

¹¹⁶ *Cfr.* LECrim arts. 655 y 696; con todo, la Memoria de la Fiscalía de 1883 dejaba sentado expresamente que la conformidad era presentada de manera autónoma por el procesado; sobre ello, *vid.* [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno...*, cit., pág. 81: «Por más que la ley pida la manifestación de la conformidad á la representación del procesado, es indudable que no solicita la opinión profesional del defensor, sino la voluntad del defendido, manifestada por su representante en el juicio. De aquí que el Letrado y el Procurador del presunto reo no puedan ni deban prestar esa conformidad sin haber recibido previamente las debidas instrucciones del cliente, que en muy raros casos, si la ha prestado, la negará después variando de resolución».

¹¹⁷ Vid. CPP art. 354: «Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia».

¹¹⁸ Vid. A. M. DÍAZ y G. GALLÓN (Eds.), *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe sobre balance de la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2010, pág.

responsabilidad patrimonial del Estado por sus fallos en la Administración de justicia se ve liberada de una pesada carga¹¹⁹.

Pero esto también favorece la disminución del número de asuntos pendientes en los tribunales encargados de resolver las impugnaciones de las decisiones condenatorias. Está claro que los tribunales de segunda instancia o de casación verán aligeradas sus cargas de trabajo con la correspondiente reducción de costos económicos para la jurisdicción penal.

Desde el enfoque que pone su asiento en la separación de las funciones procesales, se puede sostener que la conformidad negociada vulnera la estructura propia del sistema acusatorio. Esta afirmación tiene solidez, si se considera que es la Fiscalía el órgano que no sólo establece finalmente el contenido de la pretensión punitiva sino que dispone también de la determinación de la consecuencia jurídica¹²⁰, limitándose el Juez a cumplir un trámite cuasi-administrativo frente a lo que ya está previamente decidido. En el fondo, esto implica una quiebra del modelo acusatorio porque de una manera soterrada se están confundiendo dos de las funciones

23: «Entre julio de 2002 y junio de 2008 la Comisión Colombiana de Juristas registró que la fuerza pública habría realizado por los menos 5.114 detenciones arbitrarias».

¹¹⁹ Aunque algunos autores ven el asunto desde otra óptica y se refieren a la disminución de los errores judiciales como algo positivo; así por ejemplo, G. GÓMEZ VELÁSQUEZ, «Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el Código de Procedimiento Penal», en: *Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*, Bogotá, Pontificia Univ. Javeriana/Konrad Adenauer Stiftung/Fiscalía General de la Nación, 2005, pág. 70.

¹²⁰ Así, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 198; además, vid. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 74: «La posición de supremacía del Ministerio Fiscal (El Fiscal, suele decirse críticamente, “es el Juez a las puertas del Tribunal”) y el secretismo de unas negociaciones sin igualdad efectiva de armas constituyen otros tantos vicios de la “justicia negociada” que atentan contra los pilares del sistema acusatorio». Algunos autores ven la situación desde un punto de vista diferente; así, por ejemplo, vid. A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, cit., pág. 58: «Los verdaderos contratantes son el acusado y el juez, de quienes el procurador es, de alguna manera, su agente. Si el derecho de declararse culpable pertenece indiscutiblemente a la libre voluntad de las partes del proceso, el juez, al triangular la relación acusado-procurador, controla el ejercicio con la finalidad de asegurarse que no se liquide».

procesales básicas en un solo órgano. De esta manera la Fiscalía se convierte en parte y Juez dentro del proceso penal.

A partir de las teorías de la pena, puede criticarse que la conformidad se resuelva sin tener en cuenta los contenidos que fundamentan la imposición del castigo en el Estado social de Derecho. En el ordenamiento norteamericano la pena no está llamada a cumplir los fines que se le asignan en sistemas jurídicos como el español o el colombiano¹²¹. Esto también se evidencia en el cometido que se impone la Fiscalía norteamericana en el ejercicio de la persecución penal. Dentro de los objetivos del Departamento de Estado, de los EE. UU., se hace una expresa referencia a la búsqueda de un castigo justo para aquellos culpables de comportamientos ilícitos¹²²; pero lo cierto es que dicho castigo no se concibe en el sentido retributivo, como sí lo hace la filosofía del Derecho penal en Europa continental y en los ámbitos de su influencia. Así las cosas, resulta común que en ordenamientos en los cuales la imposición de la pena tiene unos fundamentos claramente establecidos, éstos se desconozcan y al mejor estilo norteamericano sólo se pretenda imponer un castigo, dejando de lado las consideraciones fundamentales para hacer una disposición legítima de la pretensión punitiva¹²³. Puede ocurrir, ante la ausencia de valoraciones penológicas referidas a las circunstancias especiales de un caso concreto,

¹²¹ *Vid. supra*, Cap. II, II, 3, A y B.

¹²² «[Misión del Departamento de Justicia de los EE. UU.] hacer valer una ley y defender los intereses de Estados Unidos de acuerdo con la ley; garantizar la seguridad pública en contra de amenazas tanto nacionales como extranjeras; ofrecer un liderazgo federal en la prevención y control de la delincuencia; buscar un castigo justo para aquellos culpables de comportamiento ilícito; administrar y hacer valer las leyes de inmigración de la nación justa y eficazmente; y garantizar la justa e imparcial administración de justicia para todos los estadounidenses», disponible en http://www.justice.gov/spanish/mission_spanish.html [consultado 26-02-2010].

¹²³ *Vid. L. CREMONESI, Il patteggiamento nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2005, pág. 26: «La «cultura» ispiratrice dei riti alternativi, sensibile ai valori dell'efficienza processuale, ha implicitamente accantonato il problema che dovrebbe avere la finalità della pena». Asimismo, G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 713 y A. ESER, «Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la privatización del proceso penal?», cit., pág. 65.

que se imponga una pena negociada resultando excesivamente blanda o excesivamente dura, menoscabando la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico y en las decisiones de la administración de justicia¹²⁴.

La aplicación negociada del Derecho penal por medio de sentencias consensuadas también termina por erosionar todas las bases de la teoría del delito porque de esta manera se excluye cualquier posibilidad de discusión dentro de un proceso penal sobre los elementos que fundan la responsabilidad penal, como son el injusto, la culpabilidad o la punibilidad¹²⁵. La decisión de qué se entiende por delito queda finalmente en manos del procesado, como ocurre en Colombia¹²⁶, y la Fiscalía. Aquel generalmente es lego y actúa bajo un estado de agobio que le impide adoptar decisiones racionales. Estas decisiones, además, son muchas y muy importantes, por las consecuencias que acarrearán¹²⁷. De esa manera, la *teoría del delito* desaparece del proceso quedando como una reliquia que ha de reposar en los anaqueles de aquellos juristas que durante más de un siglo han construido las bases metodológicas que permiten razonar sobre los presupuestos de imputación que le permiten al Estado imponer una pena con legitimidad.

¹²⁴ Asimismo, L. CREMONESI, *Il patteggiamento nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2005, pág. 27.

¹²⁵ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 749: «Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación».

¹²⁶ Vid. CPP art. 354: «Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia».

¹²⁷ Vid. I. RIVERA BEIRAS (Coord.), *El populismo punitivo...*, cit., Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 2005, pág. 87: «Quizá, para la ciudadanía se está vendiendo la justicia como una respuesta rápida y, por lo tanto, eficaz, pero de cara a los detenidos esta justicia de pactos les hace sentir ajenos: entre el abogado, el fiscal y el juez han decidido por él y él, siguiendo su consejo, sale del juzgado sin entender bien lo que ha ocurrido esa mañana, pero con una pena que le han suspendido con la condición de no volver a delinquir».

Teniendo en cuenta el punto de vista de los principios acogidos por los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, es evidente que la justicia negociada puede ser objeto de muchas críticas. Con todo, se hace necesario tener en cuenta argumentos de otra índole para buscar un referente de análisis de cara a la realización de una valoración objetiva de la *conformidad*. De no ser así, el juicio que desde ahora se podría lanzar iría orientado a definirla como una forma de *injusticia negociada*¹²⁸.

B. De carácter económico

Mientras que los argumentos jurídicos contrarios a la conformidad son numerosos, llama la atención que los de naturaleza económica brillan por su ausencia. De allí puede sacarse una conclusión preliminar: la conformidad desde una perspectiva económica sólo reporta beneficios para el sistema penal en general y para la administración de justicia en particular, evidenciando con ello su potencial rendimiento para aquellos proyectos políticos y económicos que buscan la reducción del Estado y por ende –en este ámbito en concreto– la privatización del acceso a la justicia.

2. Argumentos favorables

La presentación de los puntos a favor de la conformidad es necesaria para la elaboración de un análisis objetivo de la institución. Por ello, al igual que con los argumentos favorables, se deslindan en los que tienen naturaleza jurídica y económica.

¹²⁸ A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 72.

A. De carácter jurídico

Desde la óptica de la doctrina española y colombiana son muy escasos los argumentos de carácter jurídico a favor de la conformidad¹²⁹. Algunos autores¹³⁰ presentan la fundamentación jurídica de este tipo de procesamiento desde el reconocimiento al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹³¹. Pero, hay que considerar, que tan perjudicial puede ser un proceso excesivamente largo, como uno excesivamente corto¹³².

Eventualmente, también podría ubicarse en este apartado aquella consideración que habla de la pronta disposición del delincuente para su resocialización¹³³ y de la potenciación de los fines preventivos de la pena en perjuicio de la reacción con contenido retributivo.

La conformidad también puede ser útil para evitar los efectos estigmatizantes del proceso penal tradicional. Con todo, si bien es cierto que se evita la exposición pública del procesado y las consecuencias negativas que esto le genera, no hay que olvidar igualmente la situación del

¹²⁹ En la doctrina norteamericana también escasean los argumentos favorables al *plea bargaining*. En la bibliografía revisada sobre el tema, los autores que hablan a favor de esta institución lo hacen desde un enfoque fundamentalmente económico. Al respecto *cfr.* T. W. CHURCH (Jr.), «*In defense of "Bargain justice"*», en: *LSR*, vol.13 n.º 2, 1979, págs. 509-525; T. SANDEFUR, «*In defense of plea bargaining*», en: *Regulation*, vol. 26, n.º 3, 2003, págs. 28-31; y R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, cit., págs. 872 a 877.

¹³⁰ *Cfr.* V. GIMENO SENDRA, «*Filosofía y principios de los juicios rápidos*», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra t. II*, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pág. 1715.

¹³¹ *Cfr.* CE art. 24.2 y CPCol art. 29.

¹³² *Vid.* S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., págs. 142 y 143: «Si ciertamente un proceso excesivamente largo puede comportar una clara injusticia, también lo puede ser un proceso excesivamente corto, en el que los mecanismos de defensa, el ejercicio de los derechos y cuantas garantías se ofrecen en el sistema procesal aparezcan mermados o incluso aniquilados ante tanta velocidad».

¹³³ R. B. McNAMARA, *Constitutional limitations...*, cit., pág. 181.

condenado, el cual queda con un antecedente penal¹³⁴ que se convierte en una verdadera etiqueta que le imposibilita acceder en igualdad de condiciones al mercado laboral, por ejemplo, y a una serie de bienes y servicios en la sociedad¹³⁵.

B. De carácter económico

Los argumentos de carácter económico son los que potencian el uso de la conformidad dentro del proceso penal desde finales de la década de 1980. Esta serie de argumentos viene indudablemente de la mano de la quiebra del Estado del bienestar y del modelo *fordista*¹³⁶. El influjo norteamericano en el mundo ha presentado una nueva forma de concebir la intervención punitiva ampliando los márgenes de criminalización y, paradójicamente, reduciendo la intervención estatal en su persecución¹³⁷. Esta nueva forma de penalidad está determinada económicamente. Una consecuencia de ello es el reemplazo del proceso penal tradicional por otras formas de control¹³⁸. Desde esta óptica, resulta mucho más fácil controlar

¹³⁴ Cfr. CPE art. 136; LECrim arts. 379, 503.1.1, 797.1.1; LOPJ art. 493 y STC 264/2000, de 13 de noviembre. También, CPCol art. 248; CP arts. 63.2, 268 y CPP arts. 166, 302 parág. y 447.

¹³⁵ Cfr. M. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983, págs. 365 y ss.; vid. F. BUENO ARÚS, *La cancelación de antecedentes penales*, Madrid, Civitas, 2006, pág. 47: «La existencia de un Registro de gestión administrativa donde consten los antecedentes penales de las personas que cometan delitos es necesaria para la realización de una serie de actuaciones judiciales y procesales respecto de las cuales no es indiferente la condición de delincuente primario o no del interesado. Carece de interés que las consecuencias de tales antecedentes se fundamenten en la mayor antijuridicidad de la conducta realizada o bien en el mayor culpabilidad o peligrosidad del sujeto, así como que la doctrina subyacente a tales consecuencias sea de naturaleza retributiva o preventiva».

¹³⁶ Cfr. A. DE GIORGI, *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control* (trad. de I. Rivera Beiras y M. Moclús Masó), Barcelona, Edit. Virus, 2005, pág. 11.

¹³⁷ Cfr. I. RIVERA BEIRAS (Coord.), *El populismo punitivo...*, cit., págs. 20 y 21.

¹³⁸ Vid. A. DE GIORGI, *Tolerancia cero...*, cit., pág. 59: «El poder punitivo ya no requiere de una legitimación. El castigo se autolegitima (articulándose en sus diversas formas) no en función de los efectos “positivos” que pueda producir en los sujetos, sino en términos de eficacia interna y funcionalidad económica del sistema de control social».

punitivamente con el uso de tecnologías del siglo XXI que con discursos garantistas: ya no se trata de rehabilitar sino de monitorear¹³⁹.

Vistas así las cosas, a favor de la conformidad se presenta realmente un único argumento, pero con una base muy sólida para sus defensores: se obtiene una condena rápida reduciendo todos los gastos que la instauración y el mantenimiento del sistema penal representan¹⁴⁰. Ello implica que toda la infraestructura de personal, esto es, los funcionarios que hacen parte de dicho sistema, como policías, fiscales, jueces y funcionarios de prisiones, se vean aligerados de trabajo. En efecto, la condena también se negocia para que sea excarcelable y el Estado se ahorra los gastos de la ejecución de la pena.

Todo esto se presenta ante la opinión pública como un ahorro en los gastos de funcionamiento de la administración de justicia; lo que no se dice es que a la par se aumenta el gasto en rubros de defensa, de seguridad privada y en el desarrollo de tecnologías de control. Evidentemente, resulta más práctica la aplicación de estos métodos de control, porque ellos no necesitan de la intervención de un Juez.

Ocasionalmente se dice que la conformidad elimina la posibilidad de error judicial¹⁴¹. Pero éste, claramente, es un argumento que se *muerde la cola*, porque si se elimina el proceso y por tanto, la intervención del Juez en él, se está excluyendo la posibilidad de que éste incurra en error. Dicen, quienes abanderan esta idea, que la pronta resolución de un gran volumen de procesos facilita que el sistema judicial se encargue de otros asuntos que

¹³⁹ En ese sentido lo expone, A. DE GIORGI, *Tolerancia cero...*, cit., pág. 13.

¹⁴⁰ Cfr. R. B. MCNAMARA, *Constitutional limitations...*, cit., pág. 181.

¹⁴¹ R. A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, cit., pág. 850: «El objetivo de un sistema procesal, desde el punto de vista económico, consiste en minimizar la suma de dos tipos de costos. El primero es el costo de las decisiones judiciales erróneas».

requieren una atención más profunda¹⁴². Con todo, esta posición no tiene en cuenta que el número de causas no es finito o limitado, sino que por el contrario éstas van en aumento –directamente proporcional– en la medida que también se aumente la criminalización de conductas por parte del legislador penal.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD

Los fundamentos de la conformidad como institución jurídica no pueden ser concebidos desde una perspectiva netamente formal o económica. Por tanto, es pertinente analizar su naturaleza acudiendo a referentes materiales, advirtiendo que su estudio no está exento de muchas dificultades¹⁴³, debido a la pluralidad de criterios que ha utilizado el legislador en su regulación. Así, esta metodología de estudio se hace necesaria si tenemos en cuenta que hemos de ubicarnos jurídicamente dentro de los contornos del Estado social y democrático de Derecho. Y ello por las siguientes razones: en primer lugar, si bien es cierto que el origen de la conformidad se presenta en el ordenamiento español desde el siglo XIX,

¹⁴² Vid. A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, cit., pág. 57: «Para sus partidarios, esta herramienta permite economizar el recurso máspreciado del procurador, a saber, su tiempo. Todos los procesos ahorrados le permitirán consagrar su tiempo y su energía a otros asuntos más importantes, y los roles de audiencia serán desatorados». En ese sentido, vid. G. GÓMEZ VELÁSQUEZ, «Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el Código de Procedimiento Penal», cit., págs. 69 y 70: «[La conformidad] descongestiona sensiblemente las oficinas de fiscales y jueces, quienes tienen ocasión de proceder de manera más celerosa (*sic*) en el pronunciamiento de sus decisiones, las cuales se mostrarán precisas y bien fundamentadas, pudiendo evacuar más procesos o dedicar su esfuerzo a situaciones más trascendentales o complicadas».

¹⁴³ Vid. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 194: «No obstante, y pese a que la institución de la conformidad es una clara realidad con asentamiento propio en nuestro proceso penal, cierto es que la misma es un tema complejo en su estudio, fundamentalmente por cuatro cuestiones esenciales que le afectan: en primer lugar, por su naturaleza jurídica; en segundo lugar, quiebra los principios del sistema; en tercer lugar, la regulación de la conformidad es complicada y las últimas reformas no han contribuido a su sencillez; y en cuarto y último lugar, los efectos que produce no son los mismos en atención a las diversas modalidades y manifestaciones de conformidad que se conocen en nuestro sistema procesal».

también lo es que esta institución jurídica está presente hoy bajo el techo normativo que proporciona la CE de 1978. Lo mismo es aplicable al ordenamiento colombiano, donde el marco normativo constitucional es imprescindible como referente de validez. En segundo lugar, aunque existan similitudes entre la *conformidad* o *aceptación de responsabilidad penal* de los ordenamientos español y colombiano con figuras como el *plea bargaining* norteamericano, la configuración teórica de los ordenamientos procesales penales de tradición jurídica europea continental tiene características totalmente diferentes a las de aquel ordenamiento. Ya se ha dicho que el *plea bargaining* hunde sus raíces en consideraciones de carácter estrictamente utilitarista. En estricta armonía con lo anterior, digamos que otra razón válida para determinar la naturaleza de carácter jurídico procesal de la *conformidad* está jalonada por la pretensión de reivindicar los principios jurídicos frente a las consideraciones exclusivamente utilitaristas. En otras palabras, se trata de establecer la prevalencia de lo trascendente sobre lo inmanente.

1. Disposición de derechos por parte del procesado

Ya hemos manifestado que el principio de legalidad, tanto en materia sustantiva como procesal penal, debe ser entendido como una garantía para el ciudadano frente al poder punitivo del Estado¹⁴⁴. En ese sentido, es indudable que la *conformidad* comporta, prevalentemente, la disposición de una serie de derechos establecidos a favor del individuo. El Estado simplemente le ofrece a éste la posibilidad de obtener algún beneficio a cambio de disponer de las garantías establecidas a su favor, modificando el contenido de la pretensión punitiva como ocurre con la *conformidad negociada*. Si aquel no se conforma, en todo caso, el Estado tiene el deber de actuar según la legalidad establecida en el ordenamiento jurídico la cual

¹⁴⁴ Vid. supra, Cap. IV, III, 1, B.

le obliga adelantar la persecución y el castigo de los autores de delitos de modo tal que no violente las garantías procesales.

Uno de los asuntos de fondo, de cara a establecer la naturaleza jurídica de la conformidad, cruza por responder a estos interrogantes: ¿De qué derechos hace disposición el procesado cuando se realiza la *conformidad*? ¿Es válida la disposición de todos los derechos establecidos a su favor?

A. Disposición del derecho de defensa

La conformidad del procesado, bien en su calidad de imputado o acusado, implica una renuncia al derecho de defensa que tiene frente a las imputaciones delictivas que el Estado realice en su contra. El procesado renuncia en todas las hipótesis de conformidad a la celebración del *crisol de la contradicción*¹⁴⁵, esto es, a la celebración de un juicio oral y público en el cual se lleve a cabo el debate sobre los fundamentos de la responsabilidad penal. El juicio es la etapa procesal donde se presenta la discusión sobre los extremos que componen el objeto principal del proceso penal¹⁴⁶. Dentro de un modelo procesal de tipo acusatorio, esta discusión tiene como presupuesto el aporte y la práctica de las pruebas ante el Juez de la causa. Este presupuesto es una carga establecida para que la soporten el acusador o los acusadores; por tanto, es un derecho a favor del procesado. Con todo, la decisión de permitir la no celebración del juicio oral por parte del procesado no lleva implícita una disposición de carácter probatorio, esto es, una disposición sobre el derecho a exigirles a los acusadores la necesidad de recopilar y presentar con sólidos argumentos las bases probatorias que lleven al Juez a un conocimiento cierto de la responsabilidad penal que se

¹⁴⁵ Cfr. Exposición de Motivos de la LECrim.

¹⁴⁶ Así, Á. VARGAS, «La acusación como núcleo del proceso penal», cit., pág. 97.

imputa. De tal suerte que, no obstante la renuncia al juicio manifestada por el procesado, el Juez tiene la obligación de fundar la sentencia condenatoria en elementos de conocimiento válidos; y ante la ausencia de éstos, debe proceder a dictar una sentencia de carácter absolutorio¹⁴⁷.

La renuncia a la realización del juicio o lo que es lo mismo, la declaración de voluntad para no continuar con éste¹⁴⁸, puede venir determinada por varios móviles los cuales eventualmente podrían tener un contenido ético o utilitario. Desde una perspectiva ética puede ocurrir que un procesado decida no afrontar el juicio porque es consciente de su responsabilidad penal. A su vez, movido por fines utilitarios, el procesado puede pasar de largo del juicio tratando de evitar el estigma que sobre su imagen puede llegar a producir un acto público en el cual pudieran ventilarse aspectos que a él le interesa mantener en reserva. También desde un punto de vista utilitario, la causa de la renuncia al juicio puede consistir en un ejercicio del derecho de defensa pasivo, esto es, sacando mejor provecho de lo que no se ha dicho que de lo que pueda llegar a decirse. En esta última perspectiva es que algunos autores consideran que la conformidad puede comportar el ejercicio del derecho de defensa en sentido negativo¹⁴⁹. Otros consideran que se trata de un acto de disposición procesal que recae sobre un acto del proceso y no sobre el contenido de éste. Es

¹⁴⁷ En ese sentido, V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», en: *Temas del ordenamiento procesal* t. II, Madrid, Tecnos, 1969, pág. 1223.

¹⁴⁸ Asimismo, M. FENECH, *El proceso penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1956, pág. 402. En la misma dirección pareciera expresarse V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», cit., pág. 1224. También, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», en: *Derecho procesal en serio y en broma*, México, Edit. Jus, 1978, pág. 146.

¹⁴⁹ Este es el planteamiento que propone V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», cit., pág. 1246.

decir, se trataría de una disposición sobre el procedimiento y no sobre el objeto del proceso penal¹⁵⁰.

Así pues, la *conformidad* puede ser entendida como una renuncia al derecho de la realización de un juicio oral¹⁵¹, pero en todo caso sometida a la condición de su verificabilidad fáctica y jurídica por parte del Juez, lo cual implica que el Juez debe tener certeza de la ocurrencia de los hechos que se imputan y de la adecuación de éstos a los presupuestos establecidos para el predicamento de la responsabilidad penal. En esa medida, sólo así podría ser considerada la sentencia como una decisión jurisdiccional¹⁵² y no resultaría menoscabada la garantía que en sí mismo representa el proceso penal.

B. Allanamiento frente a la pretensión penal

La LECrim establece diferentes tipos de conformidad dentro de la regulación de los procedimientos ordinario, abreviado y rápido. Dentro de dicha regulación cabe destacar las siguientes hipótesis: la del reconocimiento oral de los hechos objeto de imputación, prescrita en el art. 779.1.5^a, para el procedimiento abreviado. La declaración de conformidad con la pretensión punitiva evidenciada en el escrito de acusación que contenga el escrito más grave, ya sea que se formule oralmente o por medio del escrito de defensa, según lo reglado en los arts. 655, 668 y 694, para el

¹⁵⁰ Vid. M. FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 402: «En realidad [la conformidad] se trata de un acto de disposición procesal, o sea, no sobre el contenido, sino sobre el proceso mismo [...]». En contra, V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», cit., pág. 1233.

¹⁵¹ Sin dejar de considerar la naturaleza pública que tiene el proceso penal y que su regulación se realiza por medio de normas de orden público, no susceptibles de disposición por los particulares. Dicho esto, sería necesario interpretar que es la misma ley quien dispone y autoriza la renuncia al proceso.

¹⁵² Así, L. FERRAJOLI, «*El juicio penal*», cit., pág. 232. En el sentido de lo anteriormente dicho, no se comparte la tesis que habla de la no corroboración de los hechos en los que se funda la aceptación de responsabilidad; al respecto, *cf.* N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., pág. 145.

procedimiento ordinario; arts. 784.3, 787.1 para el procedimiento abreviado y art. 801 en el caso de los juicios rápidos. Cabe considerar si las mencionadas hipótesis de conformidad pueden ser catalogadas como una forma de allanamiento¹⁵³.

Indudablemente, en estas hipótesis se presenta una aceptación por parte del procesado de los cargos más graves que se le formulan una vez agotada la etapa del sumario, sin ninguna posibilidad de realizar una negociación con las acusaciones¹⁵⁴. Pero dicha aceptación no podría ser considerada, en principio, un allanamiento porque la naturaleza de esta institución es estrictamente civil ya que su objeto versa sobre derechos esencialmente disponibles¹⁵⁵. Tampoco esta aceptación puede implicar simple y llanamente una *confesión*¹⁵⁶.

Algunos autores sostienen que en el ordenamiento español dicho medio de prueba no existe con efectos penales según la regulación de la

¹⁵³ La Fiscalía, en su Memoria de 1883, equiparaba la *conformidad* a un allanamiento; así, *vid.* [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno...*, cit., pág. 109: «Opina el infrascrito, como el Presidente consultante, que, cuando un procesado manifiesta su conformidad con las conclusiones y solicitud de la acusación, hay un allanamiento á la demanda, y ya no se debe recurrir á pruebas, ni empeñar debates, ni áun continuar el juicio». *Vid.* STS de julio de 2006: «La conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a su equiparación total».

¹⁵⁴ *Vid.* M. COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho procesal penal español*, cit., 2008, págs. 669 y 670: «A pesar de que en el proceso penal español no existe la figura de la *negociación* entre las partes, sí existe la figura, que la supone, denominada “conformidad” que consiste en el reconocimiento del delito –nada hay en la Ley que lo impida o lo prohíba– con la consiguiente rebaja de la pena. Sin embargo, no es ninguna negociación, ni siquiera conlleva una rebaja de la pena criminal en todos los casos; consiste, simplemente, en el *reconocimiento del delito por el imputado o acusado*, dado que la conformidad se puede dar tanto en el procedimiento abreviado como en los llamados “juicios rápidos”, y también en el procedimiento ordinario».

¹⁵⁵ La consideran como un allanamiento, E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. V, cit., pág. 83; C. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Curso de derecho procesal penal* t. II, Madrid, Artes gráficas Helénica S.A., 1962, pág. 298. En contra, *cfr.* J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», cit., pág. 1499.

¹⁵⁶ *Cfr.* J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», cit., pág. 1499; también N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., págs. 142 a 145; y J. L. VÁSQUEZ SOTELLO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 119.

LECrím¹⁵⁷. Si bien es cierto que esta ley alude a la confesión en los arts. 696, 406, 688, 820 y 954, también lo es que no lo hace de manera directa refiriéndose a ella como un medio de prueba¹⁵⁸. El Tribunal Supremo considera que la confesión dentro del proceso penal va a contramano del art. 24 de la CE que recoge el derecho a no confesarse culpable¹⁵⁹.

Además, en la regulación procesal penal española no existe el sistema de valoración probatoria de la tarifa legal sino que el Juez debe valorar las pruebas en su conjunto con un criterio de libertad de conciencia¹⁶⁰, con lo cual no podría otorgársele al simple reconocimiento de los hechos la entidad de una confesión que sería la única fuente de conocimiento existente para decretar la responsabilidad penal¹⁶¹. Frente a este planteamiento, algunos autores consideran que para el momento en el cual se produce la conformidad con la acusación más grave, dentro del procedimiento ordinario, cabe hablar de una confesión. Sostienen que antes de la comprobación sumarial puede no bastar la confesión del procesado para la imposición de una condena porque, por lo general, todavía no

¹⁵⁷ Vid. V. FAIRÉN GUILLÉN, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio», cit., pág. 1233: «Aparte de que estimemos que no existe la confesión en el proceso penal español, faltaría el juramento –no admitido por el art. 387 Lecrim. que debe aplicarse analógicamente– [...]».

¹⁵⁸ Cfr. LECrím arts. 727 (declaratoria de indagatoria, equiparable por aplicación analógica a las declaraciones del acusado en el juicio); 726 y 730 (prueba documental); 723 a 725 (prueba pericial) cuya aplicación en el juicio también se hace según lo regulado para la fase instructora; y arts. 701 a 722 donde se regula lo relativo al testimonio.

¹⁵⁹ Cfr. STS de 12 de julio de 2006.

¹⁶⁰ Cfr. LECrím art. 741. Sin embargo, la Memoria de la Fiscalía de 1883, daba por válida la existencia de la confesión dentro del ordenamiento procesal penal; así, vid. [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno...*, cit., pág. 94: «Algunos Fiscales de Audiencias han pedido instrucciones á este Centro, acerca de si puede ser preguntado en el juicio oral el procesado. Esta Fiscalía contesta afirmativamente la anterior pregunta, por considerar que la confesión de los presuntos reos es una de las pruebas que admite la ley de Enjuiciamiento criminal; constituye uno de los medios más interesantes para el descubrimiento de la verdad, y no se opone, bajo ningún concepto, al espíritu acusatorio que ha inspirado la reforma del sistema de procedimientos criminales».

¹⁶¹ Cfr. LECrím art. 820 y L. GALLARDO GONZÁLEZ, *Memoria elevada al Gobierno de la República con motivo de la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1934*, Madrid, Edit. Reus, 1934, pág. 82.

existen los elementos que sirvan para establecer los dos extremos que componen el objeto principal del proceso penal. Pero para el momento de la apertura del juicio, y reunidos los elementos que puedan soportar probatoriamente lo que afirma en su contra el procesado, aun cuando se pueda retractar durante el juicio, debe constituir prueba contra él¹⁶².

Con todo, es bueno advertir que el CPE contempla en su art. 21.4 una circunstancia atenuante de carácter genérico, consistente, precisamente, en *confesar* ante las autoridades la comisión de una infracción penal antes adquirir conocimiento acerca de cualquier procedimiento iniciado por esa causa. A no dudarlo, se trata de un reconocimiento de los hechos de carácter preprocesal que el legislador, de manera impropia, denomina *confesión*. Precisamente, uno de los requisitos de validez para la confesión, según la doctrina clásica¹⁶³, es que ésta sea realizada por el procesado ante un Juez, lo cual implica, necesariamente, estar ubicados en sede de una actuación procesal.

En las conformidades de los arts. 655, 668, 694, 779.1.5^a, 784.3, 787.1 y 801 de la LECrim subyace un reconocimiento del delito imputado por los acusadores¹⁶⁴, pero no por ello debe concebirse como una forma de confesión¹⁶⁵, como un acto de prueba¹⁶⁶ o como un medio de prueba *sui*

¹⁶² Cfr. E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. V, cit., pág. 68; el mismo autor, en el t. III págs. 582 a 584 de la misma obra, delimita la posibilidad de reconocimiento de la confesión sólo cuando sea comprobada por otros medios la exactitud de ésta.

¹⁶³ Cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba...*, cit., págs. 245 y ss.

¹⁶⁴ Así, M. COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho procesal penal español*, cit., pág. 670.

¹⁶⁵ Vid. R. DE PINA, *Manual de Derecho procesal penal*, cit., págs. 108 y 109: «En nuestro proceso penal durante el período sumarial, la confesión del inculpado (artículo 406, ley de Enjuiciamiento criminal) no dispensará al Juez instructor de practicar las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Preceptúa la ley de Enjuiciamiento criminal (artículo 741) que en el juicio oral si se trata de delito a que corresponda pena de carácter correccional (siempre que la defensa preste su conformidad) produce el efecto de hacer innecesaria la

generis propio del proceso penal. Hay autores que circunscriben la conformidad a una aceptación de la pena más grave solicitada por los acusadores¹⁶⁷. A nuestro entender, en la conformidad se presenta una aceptación de la pretensión punitiva, pero ésta ha de tener no solamente un fundamento jurídico sino también fáctico, de donde se desprende que la conformidad también debe consistir también, aunque de manera indirecta, en una aceptación de los hechos.

Todo lo anterior nos lleva a reconducir nuevamente la discusión hacia el tema del allanamiento. Habiendo sostenido que es una institución de carácter marcadamente civil, es importante dar un repaso sobre sus características de cara a establecer su eventual aplicación dentro del orden procesal penal.

En primer lugar hay que recordar que el allanamiento debe recaer sobre derechos esencialmente disponibles. En segundo término, se debe tener en cuenta que éste implica un reconocimiento a la pretensión presentada por la parte adversa, lo cual conlleva a que se limiten los poderes de decisión y valoración del Juez según el principio de congruencia. El reconocimiento de la pretensión no implica necesariamente una confesión, porque dicho reconocimiento puede deberse a causas muy

continuación del mismo, dictando el Tribunal sentencia condenatoria; pero no en otro caso».

¹⁶⁶ Vid. M. FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 402: «La conformidad del imputado, a diferencia de la declaración del mismo, no es un acto de prueba, por cuanto no se dirige inmediatamente proporcionar al juzgador elementos para formar su convicción sobre la verdad de un hecho, sino que se dirige de manera inmediata a poner fin al proceso, impidiendo la celebración del debate oral, si bien este acto puede indirectamente servir para formar la convicción del Tribunal que ha de dictar la sentencia, sin poderse valer de otros medios de prueba que los producidos durante el sumario».

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., págs. 209 y 210: «No por reiterativo debe obviarse la consideración del reconocimiento de los hechos como algo diferente a la conformidad. Mientras que en el reconocimiento el objeto son los hechos que se le imputan al sujeto pasivo, en la conformidad el acusado está de acuerdo con la pena más grave de las solicitadas por la parte acusadora»; también, ID., pág. 218.

diferentes a las que concibe la parte activa para fundar su pretensión¹⁶⁸. Pero en ningún caso el allanamiento puede hacerse con la finalidad de provocar un fraude a la ley, menoscabar el interés general o actuar en perjuicio de un tercero¹⁶⁹. Una tercera característica indica que el allanamiento debe darse en primera instancia, porque si se presenta durante el trámite de medios impugnatorios sobre la decisión de fondo de la pretensión simplemente se trataría del desistimiento del respectivo recurso¹⁷⁰.

Visto lo anterior, salta a la vista que el allanamiento del proceso civil no puede ser trasplantado sin más al proceso penal¹⁷¹; y ello, sobre todo, por la naturaleza de los derechos que se encuentran de por medio¹⁷². Así las cosas, desde una concepción dualista de la teoría del proceso, como la asumida en este trabajo¹⁷³, hay que concebir una forma especial de allanamiento aplicable a la estructura y objetos propios del proceso penal,

¹⁶⁸ Vid. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., pág. 145: «[...] el allanamiento no implica necesariamente confesión de los hechos afirmados por el demandante, sino renuncia a continuar la contienda, que *de iure* se considera como reconocimiento de que la pretensión del actor es fundada, aunque *de facto* pueda responder a otros móviles».

¹⁶⁹ Vid. LEC art. 21: «*Allanamiento*. 1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante [...]».

¹⁷⁰ Así, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., pág. 145.

¹⁷¹ Asimismo, V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», cit., pág. 1233 y L.-A. DE DIEGO DÍEZ, «*La conformidad del acusado*», cit., pág. 140.

¹⁷² Desde este punto de vista, compartimos la tesis del Prof. J. MARTÍN OSTOS de no considerar la conformidad del art. 655 LECrim como una forma de allanamiento, aunque esta posición se fundamenta en la tesis monista del proceso por él defendida; al respecto, *cfr.* J. MARTÍN OSTOS, «*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*», cit., pág. 24. Con todo, resulta extraño que algunos autores que fueron defensores acérrimos de la teoría monista terminen por reconocer que existe un allanamiento propio del proceso civil y otro propio del proceso penal: es el caso de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Para corroborar lo afirmado, *cfr.* N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y R. LEVENE (Hijo), «*Derecho procesal penal* t. I, cit., págs. 37 a 39; y N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., pág. 146.

¹⁷³ Vid. *supra*, Cap. II, I, 1, A y B.

reconociendo, como no podría ser de otra manera, que ello de por sí implica un traspaso de conceptos civilísticos al campo penal¹⁷⁴.

En el sentido anteriormente expuesto, el allanamiento propio del proceso penal debe reunir características de carácter *material* y *formal*. Dentro del plano *material*, el allanamiento puede darse tanto frente a la pretensión punitiva como frente a la pretensión indemnizatoria. La aceptación de la pretensión punitiva debe estar limitada a un *quantum* que expresamente no puede sobrepasar el límite establecido en la ley¹⁷⁵, que para el procedimiento ordinario por delitos no podría sobrepasar, en principio, los seis años de prisión¹⁷⁶. Con todo, una interpretación extensiva puede ampliar dicho límite hasta los nueve años, si se tiene en cuenta que la regulación de la conformidad prestada en el juicio abreviado puede prestarse en relación con una pretensión punitiva cifrada en esa cantidad¹⁷⁷.

Una segunda característica, dentro del orden material, implica que el allanamiento no puede afectar los fines preventivos generales que se le asignan a la pena. La finalidad preventivo general es aquella que busca restablecer la confianza de los ciudadanos en el sistema normativo en general, y es evidente que en algunos casos de conformidad la pena no cumple con esa finalidad, sino que produce un efecto inverso¹⁷⁸. Ello podría ocurrir cuando la pretensión punitiva es manifiestamente injusta en contra del procesado, o cuando éste la acepta para procurar para sí o para otros la

¹⁷⁴ Así, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., pág. 144; *vid. supra*, Cap. II, I, 1, B.

¹⁷⁵ Cfr. LECrim art. 655.

¹⁷⁶ Así lo entiende J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», cit., pág. 1498.

¹⁷⁷ Cfr. LECrim arts. 655, 757 y 784.3; en contra S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., 2004, pág. 212.

¹⁷⁸ *Vid.* E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. III (arts. 259 a 455), Madrid, Edit. Reus, ²1924, pág. 583: «[...] siendo muchos los que opinan que la sociedad no puede fiar la defensa de sus intereses a la mayor o menor voluntad de los criminales para facilitar la prueba de su delincuencia».

impunidad frente a conductas delictivas de mayor entidad. En cuanto a la finalidad de prevención especial de la pena, resultaría válido dejar el allanamiento a la libre disposición del procesado, como un ejercicio de la autonomía ética, siempre y cuando sea consciente de esta naturaleza y de las consecuencias restrictivas que ello trae consigo¹⁷⁹.

Finalmente, como una tercera característica de carácter material, hay que mencionar que el Juez no queda vinculado a la aceptación de la pretensión punitiva realizada por el procesado. Aquel tiene el deber de verificar la existencia de los fundamentos fácticos y jurídicos de la mencionada pretensión, porque de esa manera se reivindica la naturaleza jurisdiccional de la sentencia y la aplicación, también estrictamente jurisdiccional, del Derecho penal.

Visto a partir de una perspectiva *formal*, el allanamiento en el proceso penal deberá reunir características de índole *temporal* y *modal*. Temporalmente, el allanamiento deberá presentarse dentro de los términos procesales establecido por la ley; ello, porque no hay que olvidar que detrás de esta institución subyace un utilitarismo que pretende la descongestión judicial. En cuanto al modo o la forma en que debe prestarse el reconocimiento de la pretensión punitiva es evidente que ello debe hacerse por parte del procesado de una manera libre. Esto implica a su vez varias cosas: en primer lugar, que sea una persona plenamente capaz; también implica que habrá de contar con la asistencia letrada de un defensor que

¹⁷⁹ En idéntico sentido la STS de julio 12 de 2006: «La búsqueda del consenso es un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales: 1º que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1. 2º que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25.2 CE, y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral».

actúe como garante del derecho a una defensa técnica. En armonía con ello, en tercer lugar, el procesado deberá estar informado y asesorado sobre el contenido de la imputación y de las consecuencias que ésta acarrea.

Al tenor de todo lo dicho, puede sostenerse que las hipótesis de conformidad reguladas por la LECrim en los arts. 655, 668, 694, 779.1.5ª, 784.3 párr.1, 787.1 y 801 pueden enmarcarse dentro de una forma de allanamiento propio del proceso penal. Con todo, hay que resaltar que estos eventos de conformidad no son una manifestación del principio de oportunidad, porque en ellos no se presenta una disposición sobre la pretensión punitiva de parte del órgano estatal encargado de ejercer la acción penal¹⁸⁰. Es evidente que en esta especie de conformidad se realiza un acto de disposición por parte del procesado, que consiste en la renuncia al derecho de exigir la celebración de un juicio lo que en el fondo contribuye para auspiciar la celeridad en el proceso penal.

Ahora bien, en el plano práctico es muy poca la aplicación que pueda tener la conformidad del procedimiento ordinario por delito ya que ella no presenta un ofrecimiento que pueda resultar interesante para el procesado en términos punitivos, a no ser que entendamos que extraoficialmente se puedan realizar acuerdos para concertar la presentación de la acusación¹⁸¹. La única ganancia para aquel sería evitar la eventual estigmatización social que le produciría un proceso o ganar tiempo con el trámite acelerado del procedimiento.

¹⁸⁰ *Vid. supra*, Cap. IV, III, 5; así también lo considera N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (I)*», en: *La Ley (d)*, n.º 5815, 2 de julio de 2003, pág. 3.

¹⁸¹ *Cfr.* F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 309; también, *vid.* N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (I)*», cit., pág. 3:«[...] el propio sentido común nos dicta que cualquiera que sea la forma en que la conformidad trascienda, necesariamente tendrá un origen convencional».

Finalmente, en relación con el ordenamiento colombiano, es necesario considerar que la naturaleza de la aceptación de responsabilidad penal regulada en el CPP en los arts. 288 num. 3, 351 inc. 1 y 367 inc. 2, no se aviene con la naturaleza del allanamiento penal aquí planteado. Ello es así porque en esos eventos no sólo se presenta una aceptación de los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión sino que también se puede visualizar una atenuación de la pena ordenada directamente por la ley, lo cual implica, indudablemente, una disposición de la pretensión punitiva. Así, el art. 351 inc. 1 prescribe que la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. Esta forma de aceptación de los cargos formulados trae consigo la posibilidad de obtener una rebaja punitiva que puede llegar hasta la mitad de la pena legalmente imponible, dando a entender la ley que el monto final de tal disminución será objeto de un acuerdo, lo que evidentemente ha de ubicarnos en el plano de la disposición de la pretensión penal.

Para el momento procesal en el cual se produce la formulación de la imputación, el conocimiento obtenido sobre los extremos que conforman el objeto principal del proceso penal en muchas ocasiones es apenas incipiente. Esto trae como consecuencia que la Fiscalía pueda presentar una imputación ante un Juez de garantías en una audiencia preliminar, sin que la persona contra quien ésta se dirige haya sido enterada de los elementos que posee la Fiscalía en su contra. Esto es así, ya que en la audiencia de la imputación, por mandato expreso de la ley, no se develan los elementos de conocimiento en que aquélla supuestamente se funda¹⁸². Desde esta

¹⁸² Vid. CPP art. 288 num. 2: «*Contenido*. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: [...] 2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la

perspectiva, esta hipótesis de aceptación de la responsabilidad penal estaría más cerca de *plea bargaining* norteamericano¹⁸³. En el allanamiento se presenta un reconocimiento de las pretensiones tanto fácticas como jurídicas presentadas por la parte actora. En el *plea bargaining* se presenta un reconocimiento de la pretensión en el sentido jurídico mas no en el fáctico. De lo dicho se concluye que la aceptación de la imputación a la que se viene haciendo mención no es equiparable a un allanamiento¹⁸⁴.

En los otros eventos de aceptación de los cargos formulados, que se producen durante la audiencia preparatoria del juicio oral¹⁸⁵ y al finalizar la instalación de la audiencia del juicio oral, esta vez según el escrito de acusación presentado por la Fiscalía, será el Juez en la sentencia el encargado de aplicar la rebaja¹⁸⁶. La aceptación de los cargos durante la audiencia preparatoria trae consigo una disminución punitiva que puede ser hasta de una tercera parte de la pena imponible. La aceptación durante la instalación del juicio conlleva una disminución de la pena en una proporción fija correspondiente a la sexta parte de la pena, lo que descarta que la misma sea el fruto de una negociación con el acusado. En todo caso,

información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento».

¹⁸³ En el mismo sentido F. J. SINTURA VARELA, «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», cit., págs. 97 y 98.

¹⁸⁴ Así, N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Cuestiones de terminología procesal*, cit., pág. 58 y R. M. DALEY, «*Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento*», cit., págs. 152: «*Il plea bargaining, non è altro che il procedimento di definizione di un processo penale messo a punto dall'accusa e dalla difesa mediante un accordo (agreement) sulle condizioni a cui è subordinata la dichiarazione di colpevolezza*». También, cfr. R. B. MCNAMARA, *Constitutional limitations...*, cit., pág. 180.

¹⁸⁵ Cfr. CPP art. 356 num. 5.

¹⁸⁶ Vid. CPP art. 367: «*Alegación inicial*. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados».

se presenta una disposición de la pretensión punitiva, pero esta vez fundada en los motivos tenidos en cuenta por el legislador al momento de elaborar la ley procesal. Se reitera, pues, que es más conveniente ubicar estas formas de aceptación de responsabilidad dentro del apartado referido a la disposición de la pretensión penal.

2. Disposición de la acción y pretensión penales

Según lo hemos establecido, la conformidad comporta una forma de aplicación del principio de oportunidad cuando ésta consiste en un acto de disposición, por parte de la Fiscalía, del ejercicio de la acción penal o del contenido de la pretensión punitiva. Evidentemente, esta modalidad de la conformidad tiene un trasfondo marcadamente utilitarista porque el acusador público, o los acusadores adjuntos –ajenos al Ministerio Fiscal– que permite la ley española, cederán en sus pretensiones si tienen a la vista la obtención de un beneficio en relación con el desarrollo normal del proceso. De igual manera, el procesado accederá a las pretensiones de los acusados siempre y cuando pueda obtener un beneficio. Vistas así las cosas, es importante analizar qué tipo de negociaciones se pueden dar entre las partes de un proceso penal, cuál es su naturaleza y las condiciones para que éstas tengan legitimidad desde una óptica constitucional.

A. Transacción sobre la acción y la pretensión

La transacción es concebida en los ordenamientos español y colombiano como una forma de extinguir las obligaciones. Expresamente dice el Código Civil español (CCE) en su art. 1809: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»; de un tenor muy similar es lo que dispone el Código

Civil colombiano (CCC) en su art. 2469: «La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa». La naturaleza jurídica de la transacción, según las normas transcritas, nos revela que es un acto jurídico bilateral por medio del cual las partes de un litigio dan por extinguida la causa de éste mediando el cumplimiento de unas prestaciones.

Con todo, luego de acudir al conjunto del ordenamiento jurídico para realizar una integración normativa, queda claro que tanto la legislación española como la colombiana prohíben de manera expresa la transacción sobre asuntos penales, según se desprende de lectura de las siguientes normas: CCE art. 1813: «Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal», y CCC art. 2472: «La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal».

La acción penal, pues, no es un derecho susceptible de disposición por parte de su titular oficial, que para el caso que nos ocupa, y según la definición que hemos hecho del principio de oportunidad, sería la Fiscalía. Por tanto, aunque en los eventos de conformidad negociada y premiada de la legislación española, así como en la aceptación de la responsabilidad penal y en los preacuerdos y negociaciones de la legislación colombiana, exista en el trasfondo una transacción¹⁸⁷, está claro que ésta se encuentra

¹⁸⁷ Vid. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (I)*», cit., pág. 3:«[...] lo normal y realmente previsible es que la defensa sólo se plegará a las pretensiones de la acusación a sabiendas de que va a obtener algún beneficio y que para ello esa ganancia le tendrá que ser descubierta»; asimismo, L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pág. 145.

prohibida expresamente por ambos ordenamientos jurídicos¹⁸⁸. Descartada la posibilidad de acudir a la transacción, debe considerarse otra posible naturaleza de las instituciones jurídicas objeto de estudio.

B. Flexibilización en el ejercicio de la acción y el sostenimiento de la pretensión penal

La regulación que se hace tanto en la ley procesal española como en la colombiana de la conformidad negociada evidencia el paso firme con el que avanza el *Derecho penal premial*. Esta concepción se basa en las fórmulas de negociación propias de la Fiscalía en los EE. UU., donde existe una discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la acción penal y en las posibilidades de disposición sobre la pretensión. Es de resaltar que el origen histórico de esta figura tiene que ver con la legalización de un ejercicio paralegal de la facultad de acusar¹⁸⁹.

En el proceso penal, español y colombiano, no puede tener cabida la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la acción penal y la pretensión que esta conlleva. El sistema normativo fundado en el Estado de Derecho implica que el desarrollo de la actividad por parte de los operadores jurídicos deba hacerse siempre bajo la cobertura de los principios jurídicos, los cuales le otorgan la base de legitimidad a esa actuación. Así, pues, puede buscarse una modulación entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, pero nunca otorgársele una prevalencia absoluta y

¹⁸⁸ Así también lo consideran, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., págs. 141 y 142; y T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., pág. 283.

¹⁸⁹ Vid. A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia* cit., pág. 56: «La *plea bargaining* nació en cierto modo como el mercado negro para mitigar las ineficiencias de un sistema de cambio cuya reglamentación no podía solucionar convenientemente el flujo de la oferta y la demanda»; también, A. W. ALSCHULER, «*Plea bargaining and its history*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 211-245.

constante a éste sobre aquél. Evidentemente, dicha modulación abarca la consideración de los fines que se le asignan a la pena dentro de cada ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la *conformidad negociada* puede concebirse como una facultad legal otorgada a la Fiscalía para disponer sobre el contenido de la pretensión punitiva, fundada en consideración a la modulación entre los principios de legalidad, de oportunidad y de necesidad de pena. En el ámbito del ordenamiento colombiano, dicha facultad se extiende a la posibilidad de disponer sobre el ejercicio de la acción penal frente a determinados delitos, a cambio de que el procesado acepte su responsabilidad penal frente a otras imputaciones.

Según la tesis presentada en este trabajo, el único sujeto legitimado para ejercitar el principio de oportunidad es el órgano público encargado de ejercer la acción penal. Por tanto, para que la conformidad negociada sea considerada una manifestación del mencionado principio, la disposición de la pretensión penal debe ser realizada por éste. La disposición de la pretensión penal por parte de los otros acusadores que concurren al proceso es un acto potestativo que emerge de su propia naturaleza. Evidentemente, el procesado no puede disponer de la pretensión punitiva, porque éste no es el titular de ella sino el sujeto pasivo de la misma. Por ello, no se comparte la tesis de algunos autores que adjudican la disposición de la pretensión punitiva a la defensa para encuadrar la conformidad negociada dentro del principio de oportunidad¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Vid. V. GIMENO SENDRA; J. C. LÓPEZ COIG y J. C. CERÓN HERNÁNDEZ, *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pág. 212: «[La conformidad es] un acto unilateral de postulación y de disposición de pretensión, efectuado por la defensa y realizado en ejercicio del principio de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder, en los procesos ordinarios, a los seis años de privación de libertad

En el fondo de toda la justicia penal de carácter premial o consensuada subyace una decisión de conveniencia, tanto para el acusador como para el procesado¹⁹¹. Pero dicha conveniencia no puede ser válida, sin más, dentro de un Estado de Derecho. El referente de validez, desde una perspectiva material viene dado por el respeto a todos los principios generales que informan y disciplinan al ordenamiento jurídico. Así, la decisión que implique un acto de disposición sobre la acción o la pretensión penales debe estar debidamente motivada –a partir de criterios materiales– por el órgano público encargado de su aplicación, destacando especialmente la condición necesaria de la prueba de los hechos¹⁹² y la capacidad del procesado de disponer libremente la no continuación del juicio¹⁹³ y la renuncia parcial al uso de los medios impugnatorios. Estos actos de disposición, deben ser objeto de una decisión judicial que autorice por medio de la sentencia esta forma de aplicación del Derecho penal por medio del proceso.

Es fundamental tener en cuenta en este apartado los fines que se le asignan a la pena, considerando en cada caso cómo estos pueden cumplirse, atendiendo a criterios no sólo cuantitativos sino cualitativos, como ocurre con las penas accesorias. En los fines de la pena, se considera no sólo la

y, en este proceso especial, a los dos años de prisión, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada».

¹⁹¹ En ese sentido, *cf.* M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma, Editori Laterza, 2009, págs. 124 y ss.

¹⁹² *Vid.* B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., pág. 106: «Para condenar a alguien a una pena criminal, lo cual está unido necesariamente a una comprobación de la culpabilidad, la mera conformidad del inculpado no puede ser suficiente como base de legitimación». Asimismo, M. PÉREZ MANZANO, «Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda», en: *JPD*, n.º 67, 2010, pág. 54.

¹⁹³ Elementos también consustanciales al *plea bargaining* norteamericano; así, *vid.* F. C. ZACHARIAS, «*Guilty plea: accepting the plea*», en: J. DRESSLER (Ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice* vol. 2, Gale group/Thomson learning, Ney York, 2002, pág. 752: «Valid guilty pleas have three basic elements. The court accepting the plea must have jurisdiction. The defendant must be competent to make the decision to plead guilty. Due process requires that the decision be voluntary and reasonably well-informed».

reacción punitiva dirigida contra el delincuente sino los efectos que ésta puede producir en la sociedad y, de manera muy especial, frente a sus víctimas. No podría el Estado renunciar a una persecución penal, o atenuar la pena a un culpable, por el sólo hecho de buscar la aplicación rápida de la ley penal acortando los trámites procesales. En los actos de disposición sobre el objeto del proceso penal, el Estado debe considerar de manera muy particular las expectativas que la víctima tiene sobre el ente que encarna la estructuración política y jurídica de la sociedad. Indudablemente, de esta manera, no sería válido equiparar *oportunidad* con *impunidad*.

3. Los derechos de las víctimas

En la conformidad dentro del proceso penal cobra una especial importancia la consideración de los derechos de las víctimas. Esto es así, porque con el afán de finiquitar la actuación procesal con una sentencia condenatoria no se pueden desconocer los derechos e intereses de aquellas. Tradicionalmente a las víctimas se les ha reconocido un derecho a obtener una reparación; sin embargo, hoy en día, a la par de aquel, también se consideran como derechos de las víctimas el acceso a la verdad y la obtención de justicia por medio de la intervención penal.

Cuando se habla de justicia, es evidente que la Fiscalía debe considerar en el ámbito de la conformidad negociada el componente retributivo que lleva consigo la pena. Por eso, so pretexto de una solución utilitarista al proceso penal tradicional, no pueden afectarse las expectativas victimales frente a la intervención punitiva que el Estado adelanta en contra de su presunto victimario. Como ya se ha manifestado en este trabajo, ello no debe implicar una reconsideración del proceso penal en clave *provictimal* sino una modulación de la concepción tradicional del proceso

penal, en la cual se respeten las garantías del procesado y se posibilite el ejercicio de los derechos reconocidos a favor de las víctimas.

A. En el ordenamiento español

Las víctimas tienen la posibilidad de personarse dentro del proceso penal como partes acusadoras con carácter privado en los eventos de los denominados delitos privados¹⁹⁴, o con carácter particular quien resulte ofendido por un delito que no sea privado¹⁹⁵. Incluso, cualquier ciudadano tiene legitimidad para acceder a la calidad de acusador popular según lo dispone la CE en el art. 125.

En lo que tiene que ver con el ejercicio de la acción civil, los acusadores, privado y particular, tienen legitimidad para adelantar su ejercicio dentro del proceso penal; acción, que según el criterio de algunos autores tiene un marcado contenido provictimológico¹⁹⁶. Y a ello hay que agregar que el MF está obligado legalmente a ejercitar la acción civil junto con la penal. El MF quedará exento del ejercicio de la acción penal, únicamente por la renuncia expresa de los legitimados para ejercerla o bien porque éstos se hayan reservado el derecho para ejercerla una vez acabado el proceso penal¹⁹⁷.

De todo lo anteriormente dicho, puede concluirse la amplia participación que pueden tener las víctimas en el desarrollo del proceso penal en el ordenamiento español. Ahora bien, esta participación puede verse reforzada cuando el MF cumple a cabalidad con los deberes de información hacia aquellas. En ese sentido, la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, de la FGE, sobre el deber de información en la tutela y protección de

¹⁹⁴ Cfr. CPE art. 215.1.

¹⁹⁵ Cfr. CE arts. 24.1 y 53.2.

¹⁹⁶ Así, M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción...*, cit., pág. 71.

¹⁹⁷ Cfr. LECrim art. 112, I.

las víctimas en el proceso penal, establece de manera clara cómo y cuándo debe ser informada la víctima para que no se vean afectados sus intereses dentro de la evolución del procesamiento penal. Así, la FGE reconoce que el deber de información tiene una especial trascendencia en aquellos supuestos en que la víctima no se persona en las diligencias como acusación particular, ni en un momento inicial ni en la fase intermedia, según lo establecido en los artículos 782.2 y 800.5 de la LECrim¹⁹⁸. Se destaca de manera especial la necesidad de informar a la víctima sobre las razones de la conformidad alcanzada en el acto del juicio oral¹⁹⁹.

La FGE también tiene en cuenta que, de cara a la negociación de la conformidad, el Fiscal debe procurar oír a la víctima o perjudicado –aunque no estén personados en la causa– para ponderar correctamente los efectos y el alcance del acuerdo. Si se llega a una conformidad con el procesado, el Fiscal deberá asegurarse en lo posible que tanto víctimas como perjudicados sean informados de la existencia, los términos de la conformidad y de sus consecuencias procesales²⁰⁰.

B. En el ordenamiento colombiano

En el proceso penal existe un monopolio en el ejercicio de la acción penal a favor de la Fiscalía²⁰¹. Las víctimas tampoco pueden constituirse en parte civil. Además de lo anterior, en las normas relativas a los preacuerdos y negociaciones, el CPP no menciona la posible participación de la víctima

¹⁹⁸ Instrucción 8 de 2005, de 26 de julio de 2005, de la FGE, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, en: C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, s.i.e., 2006, pág. 1041.

¹⁹⁹ Instrucción 8 de 2005, de 26 de julio de 2005, de la FGE, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal, en: C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Memoria elevada al Gobierno...*, cit., pág. 1043.

²⁰⁰ *Cfr.* Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad.

²⁰¹ *Cfr.* CPP art. 66.

en la celebración de éstos²⁰². La ley tan sólo prescribe que las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por aquella, confirmado la alternativa –en caso de rehusarlos– de acudir a otras vías judiciales pertinentes²⁰³.

Esta situación motivó que esas disposiciones fueran demandadas por inconstitucionales y en virtud a ello la Corte Constitucional profirió la SCC/C n.º 516 de 2007, donde otorga la razón a los demandantes y ordena a los operadores jurídicos –por medio de un fallo *aditivo* de la ley– incluir a las víctimas como participantes activos con pretensiones en los trámites de preacuerdos y negociaciones²⁰⁴.

Con todo, la participación de la víctima no implica que ésta tenga poder de veto sobre lo que se discute y se decide en los preacuerdos y

²⁰² Cfr. CPP arts. 348 al 354.

²⁰³ Cfr. CPP art. 351 num. 6.

²⁰⁴ Vid. SCC/C n.º 516 de 2007, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO: «Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional [...] No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el *consenso*, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima [...] De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (art. 351 inc. 2) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima».

negociaciones²⁰⁵. Sin embargo nada impide que la víctima y el procesado lleguen a una transacción sobre el contenido de la pretensión indemnizatoria, según lo dispone el CCC en su art. 2472, ya que la transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, sin perjuicio de la acción criminal.

Como ya se dijo, dentro del proceso penal colombiano, la víctima no tiene la posibilidad de personarse como acusador particular ni como parte civil. En todo caso, ante la sentencia condenatoria –que en este evento tendrá como causa una negociación del procesado con la Fiscalía– la víctima podrá iniciar el incidente de reparación integral una vez la sentencia quede en firme, según la nueva regulación del art. 102 del CPP, modificado por la Ley 1395 de 2010.

Sin embargo, no queda claro cuándo ni cómo se otorga el reconocimiento de la calidad de víctima, toda vez que el CPP establece que tal calidad se determina durante la audiencia de formulación de la acusación, procedimiento éste que no se realiza en el evento de la conformidad del procesado con la Fiscalía²⁰⁶. Vale recordar que a las víctimas se les reconoce el derecho a ser protegidas, a recibir información sobre todos los extremos que sean de su interés durante el desarrollo del procedimiento penal, según lo dispone el CPP en el art. 136. Curiosamente, en este artículo no se menciona un derecho a participar en los preacuerdos y negociaciones que la Fiscalía celebre con el procesado. Pareciera ser que la celeridad y el eficientismo que subyacen a esta clase de procesos fueran el caldo de cultivo idóneo para frustrar las expectativas de las víctimas²⁰⁷.

²⁰⁵ Asimismo, J. F. MESTRE ORDÓÑEZ, «*La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano*», cit., págs. 52.

²⁰⁶ Cfr. CPP arts. 338 a 340.

²⁰⁷ Con un juicio realizado frente al ordenamiento español, pero perfectamente aplicable al caso colombiano, *vid.* M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *La víctima en el proceso*

V. PLANTEAMIENTO CONCLUSIVO

Acudiendo a un juego de palabras utilizado por un reconocido crítico del sistema de negociación de penas norteamericano, podríamos decir que tanto la CE como la CPCol en sus arts. 24 y 29, respectivamente, –cuando hablan de la sujeción al principio del debido proceso de manera abstracta– colisionan con una realidad en la cual el proceso penal está desapareciendo. Por tanto, con el auge de la justicia pactada, el derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones penales queda reducido prácticamente a la nada²⁰⁸. Así, pues, el debido proceso penal con todas sus brillantes formalidades acusatorias y garantistas deja de ser la regla general y se convierte en la escasa excepción²⁰⁹.

1. La situación actual del proceso penal

Según se ha venido expresando la situación del proceso penal en la actualidad es consecuencia, fundamentalmente, del enfoque netamente económico con el cual se ha venido legislando en las últimas reformas procesales penales. Estas han venido anteponiendo la búsqueda de una

penal español, Santiago de Chile, Edit. Metropolitana, 2008, pág. 332: «En definitiva, si el cumplimiento estricto de la oportunidad propuesta pasa, inexorablemente, por la preterición de la víctima para, en sucesivas avanzadillas legislativas, acabar por proponer su total desaparición, habría que plantearse hasta qué punto resulta conveniente su aplicación en un sistema como el nuestro que, a diferencia de muchos otros de nuestro entorno, aun mantiene un reducto de actuación procesal victimal».

²⁰⁸ Vid. A. W. ALSCHULER, «*Guilty plea: plea bargaining*», en: J. DRESSLER (Ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice* vol. 2, Gale group/Thomson learning, Ney York, 2002, pág. 752: «Professor John LANGBEIN, a prominent plea bargaining critic, suggests that Americans replace the word *all* in the Constitutional declaration, “The Trial of all Crimes... shall be by jury”, with the words *virtually none*». También, J. H. LANGBEIN, «*On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial*», en: *HJLPP*, n.º 15, 1992, págs. 119-127, *passim*. En el mismo sentido, vid. T. LYNCH, «*The case against plea bargaining*», en: *Regulation*, vol. 26, n.º 3, 2003, pág. 24: «The truth is that government officials have deliberately engineered the system to assure that the jury trial system established by the Constitution is seldom used. And plea bargaining is the primary technique used by the government to bypass the institutional safeguards in trials».

²⁰⁹ Así, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 751.

supuesta eficiencia en la administración de justicia, a lo que ésta realmente debería ser: una rama del poder público del Estado encargada de administrar justicia, y no de cometer injusticias por medio de lo que pretende presentarse como un proceso penal²¹⁰.

Evidentemente, el caos normativo y estructural del cual adolece el sistema penal obedece al desconocimiento de los principios jurídicos ante la claudicación frente a los argumentos económicos²¹¹.

El modelo de justicia penal de los EE. UU. ha tenido mucho peso a nivel mundial como referente de legislación procesal en materia penal. No puede desconocerse cómo este modelo choca directamente contra los principios jurídicos propios de los sistemas penales de tradición continental. A medida que el modelo norteamericano avanza con su paso avasallante²¹², cada vez se diluye más la identidad de las conquistas jurídicas alcanzadas a través del respeto al hombre como persona humana. Esta visión concibe al proceso penal como un instrumento contractual que posibilita el intercambio de derechos del ciudadano con el poder punitivo del Estado²¹³.

²¹⁰ S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., págs. 189-190 y 115, respectivamente: «Innegable es que la conformidad es una institución eficiente, si entendemos por eficiencia la reducción de asuntos, el acortamiento de las causas, la búsqueda de una solución ágil y rápida en los procesos penales, incluso en ocasiones cuasi-instantánea, las estadísticas anuales que demuestren pendencia cero de los asuntos en sede judicial, entre otras [...] Lo que ya no está tan claro es que la justicia y la celeridad puedan ir siempre de la mano».

²¹¹ Vid. J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «Oportunidad y conformidad», en: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Madrid, CGPJ, 1992, pág. 48: «Haciendo balance o resumen del panorama legislativo especial en esta materia –y hablando ya en primera persona– me sumo a la postura crítica que considera la regulación y efectos de la conformidad como una claudicación frente a las conveniencias económicas».

²¹² Cfr. B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», cit., págs. 289-302, *passim*.

²¹³ Vid. A. GARAPO e I. PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, cit., pág. 62: «Pese a la importancia del *modelo de los derechos*, la referencia teórica dominante en los Estados Unidos para comprender la *plea bargaining* es hoy, indiscutiblemente, el movimiento *ley y economía*, una corriente doctrinaria interdisciplinaria que intenta entender las instituciones jurídicas con la ayuda del análisis

Un claro ejemplo de esta concepción del proceso se observa en la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, de la FGE sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por ésta y el Consejo General de la Abogacía española. En esta Instrucción se manifiesta el peso determinante que tiene la economía sobre los valores jurídicos del proceso penal. La carrera desenfrenada hacia el *eficientismo punitivo* en el ordenamiento español queda retratada cuando puede leerse en la Instrucción que desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una justicia más ágil, la *conformidad* cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio²¹⁴.

En el caso colombiano ello se hace aun más evidente. Durante la discusión dentro del poder legislativo en el trámite para la expedición del último CPP –Ley 906/2004– abiertamente se reconoció la incapacidad estatal para aplicar el Derecho penal sustantivo y se recurrió, como ya es de

económico [...] Para la teoría económica del derecho, son los criterios de escogencia racional y de eficiencia económica los que explican el comportamiento de todo actor en su comercio jurídico. Todas las instituciones jurídicas, entre las que se comprenden las del campo penal, deben ser analizadas de acuerdo con el *modelo del contrato*. El contrato es, en efecto, la mejor herramienta para alcanzar el *óptimo de Pareto*, es decir, una transacción que mejore la situación de, al menos, una parte, sin agravar la situación de la otra. Así, mediante la corriente *derecho y economía*, los derechos son títulos (*entitlements*) de los cuales cada uno puede disponer libremente, vendiéndolos o cambiándolos, con la finalidad de mejorar su situación. Ello presupone, naturalmente, la autonomía contractual más amplia posible y, por lo tanto, el rechazo de toda restricción indebida, proveniente del exterior, a la capacidad de cada uno de alienar sus títulos y sus otros recursos».

²¹⁴ Cfr. Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad.

uso, a los argumentos de tipo economicista para introducir de una manera robustecida los mecanismos de la justicia penal premial²¹⁵.

Pero el expediente manido de desconocer los principios jurídicos y buscar apoyo en los argumentos económicos trae consigo consecuencias de profunda relevancia en la concepción del Derecho, dentro del Estado de Derecho²¹⁶. El problema en sí, se centra en los costos económicos que acarrea la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Como ya se ha dicho, la presunción de inocencia siempre ha sido un lujo que los Estados difícilmente se han podido permitir y hoy en día, con la expansión compulsiva de la legislación penal, es un derecho del ciudadano que se torna aun más difícil de respetar. De allí que las reformas legislativas estén orientadas al abaratamiento los costos económicos que acarrea el respeto a la presunción de inocencia, pero sin medirse en gastos, paradójicamente, en cuanto a los costos políticos y jurídicos. La forma más fácil de aplicar esta política económica es abaratando la búsqueda de la verdad, y ello se logra a

²¹⁵ Vid. Gaceta del Congreso n.º 339 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: «De modo que, frente a la complejidad del problema y el crecimiento desmesurado de la delincuencia, cobra renovado vigor el argumento económico, pues no basta la represión formalmente dispuesta para todos los hechos con trazas de delito, cuando en la realidad no alcanzan las potencialidades físicas ni los recursos para perseguir inclusive conductas de importancia reducida, lo cual significa que "de hecho" muchas investigaciones tengan que esperar un turno en los anaqueles y, a veces, el único que les llegase el de la prescripción de la acción penal, no por negligencia de los funcionarios sino porque a lo imposible nadie está obligado. Por ello, resulta más sensato y realista regular el fenómeno de crecimiento de demanda en materia de justicia penal, que de hecho obliga a que los fiscales establezcan prioridades bienintencionadas y a veces equivocadas, para implantar una fórmula equilibrada de principio de oportunidad, como la que se pretende regular en el nuevo Código de Procedimiento Penal, porque finalmente la discrecionalidad de la Fiscalía queda atemperada por una regulación legal de los casos y el control del juez que ejerce dicha función»

²¹⁶ Vid. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pág. 115: «Los tiempos que corren han ido impregnando una máxima aplicable a todos los ámbitos de la vida, y por ello también predicable es del mundo del Derecho: lo no productivo no es rentable y hay que cambiarlo».

través de la eliminación de la instrucción en el proceso penal, *la función más delicada de la administración de justicia*²¹⁷.

La instrucción penal es reemplazada y el sistema probatorio dentro del proceso penal se reconduce a un sistema de ordalías²¹⁸, en el que la verdad transita de la mano con la fortaleza del procesado y con fenómenos físicos de difícil explicación²¹⁹. Además, ello nos sitúa nuevamente en las épocas más bárbaras de la humanidad cuando la coacción sobre el procesado era práctica frecuente y necesaria para obligarle a renunciar a su derecho de defensa. Reaparecen, también, nuevas formas de tormento acordes con los avances de una *sociedad civilizada* ubicada cronológicamente en el siglo XXI. En la misma línea, la confesión retoma su papel preponderante dentro del proceso penal y es restablecida en su reinado dentro del mundo probatorio varios siglos después²²⁰.

²¹⁷ [T. RUIZ CAPDEPÓN] *Exposición que dirige al gobierno...*, cit. pág. 13.

²¹⁸ Vid. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pág. 123: «Chi pensasse al funzionamento del processo solo in termini di efficienza nella risoluzione delle controversie, infatti, potrebbe esser tentato –in un’epoca *new age*– di resuscitare le ordalie medievali, che in effetti erano assai rapide ed efficaci; oppure si potrebbe ricorrere al lancio dei dadi praticato dal giudice Bridoye, o alla *random justice* di cui ha parlato recentemente un filosofo inglese».

²¹⁹ Cfr. F. CARRARA, *Programa de Derecho criminal* vol. II (trad. del italiano por J. GUERRERO y J.J. ORTEGA TORRES), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1986, pág. 423: «La historia ha demostrado que, mediante los tormentos, se han obtenido muchísimas veces confesiones de cosas falsas e imposibles; y la razón demuestra que, con ese medio, la culpabilidad y la inocencia dependen del valor o de la dureza de nervios del reo».

²²⁰ Vid. S. C. THAMAN, «Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos», cit., pág. 165: «Hemos aprendido la lección de la historia, antigua y moderna, que enseña que un sistema de enjuiciamiento penal que pasa a depender de la confesión, a la larga, será menos fiable y más susceptible de abusos por un sistema que se basa de prueba extrínseca obtenida libremente a través de una sagaz investigación [...] Todo sistema de administración de justicia que permita que el órgano de acusación se base de forma habitual en la auto-revelación como fuente de prueba, debe consecuentemente sufrir moralmente. Se generará la tendencia a confiar principalmente en dicha prueba y a darse por satisfecho con una investigación incompleta respecto de las otras fuentes de prueba».

Para mimetizar estas prácticas se busca darles una legitimidad a las mismas en los llamados *acuerdos* sobre la acción penal y la pretensión punitiva²²¹. También se utiliza la colaboración del coimputado y del arrepentido procesal, a quienes se induce o *estimula* por medio de premios, como rebajas de penas o sobreseimientos concertados²²². Todo ello sin descartar la participación de los delatores –verdaderos caza-recompensas del nuevo milenio–, para los cuales sí se destina el presupuesto que se le niega a la administración de justicia. Siendo conscientes del resquebrajamiento de la juridicidad que comportan tales figuras, no faltan los que otorguen su aval considerándolos como un *mal necesario*²²³.

Evidentemente, todo esto le resta legitimidad a una condena penal, si utilizamos como referente el catálogo de derechos fundamentales establecidos en las Constituciones de España y Colombia. Cabe concluir,

²²¹ Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 748: «El pacto en materia penal, de hecho, no puede sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados?».

²²² Cfr. CH. DE MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, cit., pág. 95; además, vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La recompensa como prevención general: el derecho penal premial*, Madrid, Hijos de Reus, 1913, pág. 55: «Montesquieu escribía: “Es una regla general, que las grandes recompensas en una Monarquía y en una República, son un signo de su decadencia, porque prueban que sus principio están corrompidos; que, de un lado, la idea del honor no tiene allí tanta fuerza; y que, de otro lado, la cualidad de ciudadano se debilita. Los más malos emperadores romanos han sido aquellos que han dado más, por ejemplo, Calígula, Claudio, Nerón, Othon, Vitellius, Cómodo, Heliogábalo y Caracalla. Los mejores, como Augusto, Vespasiano, Antonino Pío, Marco Aurelio y Pertinaz, fueron económicos. Bajo los buenos emperadores, el Estado recuperaba sus principios: el tesoro del honor suplía a los otros tesoros”».

²²³ Vid. F. J. SINTURA VARELA, «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», cit., pág. 95: «Como conclusión de este punto, sobre ventajas y desventajas del sistema, tendríamos que concluir con CHIESA que el sistema de justicia negociada viene a ser en su peor caracterización, “un mal necesario”, como quiera que hoy constituye un instrumento que permitirá reducir el atraso judicial y contribuirá a la descongestión de los despachos judiciales, independientemente de los reparos morales o ideológicos que derivan de la aplicación del sistema».

pues, que un proceso penal no será más eficiente por desconocer más garantías²²⁴.

2. Un punto de inflexión: la modulación entre la realidad y el Derecho

El problema actual sobre las instituciones que implican la disposición de la acción o la pretensión penales, y especialmente la *conformidad*, visto desde una perspectiva jurídica y política, nos sitúa frente a una realidad y, en consecuencia, frente a una serie de interrogantes para lograr su comprensión. La realidad es que el sistema penal evidencia grandes diferencias entre la pena establecida en la ley, la pena impuesta en el proceso y la pena realmente ejecutada²²⁵.

Los interrogantes que surgen son varios. El primero de ellos tiene que ver con el modelo de proceso penal que se viene configurando dentro del Estado de Derecho. ¿Se trata realmente de un proceso, o es simplemente un trámite de carácter administrativo para avalar la imposición de una condena penal? Otra pregunta que surge se relaciona con la legitimidad de la verdad obtenida dentro del proceso penal: ¿Puede un proceso penal ser construido sobre una base de negociaciones entre el Estado y el imputado? Si se acepta la validez de esta forma de acceder a la verdad, cabe cuestionarse, entonces, si las garantías tradicionales son suficientes para disciplinar este tipo de actuaciones²²⁶.

En el momento actual se hace necesario comprender que los principios jurídicos y la realidad de la aplicación del Derecho no pueden

²²⁴ Asimismo, L. RODRÍGUEZ RAMOS, «*Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa*», en: *CPC*, n.º 100, 2010, pág. 75.

²²⁵ Así, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 749.

²²⁶ En sentido similar, B. SCHÜNEMANN, *La reforma del proceso penal*, cit., págs. 46 y 47.

transitar por caminos distintos. Es evidente que la realidad se rebela contra la presión estática de los principios. Muchas veces éstos han sido concebidos o dotados de contenidos desde una perspectiva netamente teórica, alejada absolutamente de la realidad²²⁷. Ello implica la necesidad no solo de *retornar al juicio* sino también al conocimiento de la práctica cotidiana del sistema judicial. Este retorno, a la realidad de la aplicación y ejecución de la ley penal, servirá para conocer las necesidades que deben ser satisfechas de cara a la realización de un verdadero proceso penal que sea admisible dentro del modelo constitucional adoptado²²⁸.

Es perentoria una reconfiguración tanto teórica como práctica del sistema penal²²⁹. Dicha reconfiguración debe procurar un replanteamiento de la criminalización primaria, frenando su afán expansionista y buscando soluciones por vías alternativas que excluyan la huída hacia reacciones punitivistas. En cuanto a la aplicación de la ley penal, debe buscarse el disciplinamiento del proceso penal, de tal manera que se excluyan de éste las prácticas ritualistas, anacrónicas e innecesarias que tornan paquidémico el avance de la administración de justicia. Pero también debe disciplinarse la excesiva celeridad, porque ésta no puede seguir siendo el pretexto para desconocer garantías procesales²³⁰.

Como ha podido verse, la tendencia actual se dirige hacia la eliminación del proceso penal mediante el uso de la *conformidad*. Se habla en sede constitucional del debido proceso, mientras que en sede legal se

²²⁷ Así, P. TONINI, «*Giudizio abbreviato e petteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*», cit., pág. 658.

²²⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., pág. 123: «[...] l'efficienza del procedimento e l'economia delle attività processuali dovrebbero essere rese compatibili con l'aattuazione di altri valori inerenti al processo a all'amministrazione della giustizia che non sono meno importanti, e dunque non possono essere sacrificati a priori, come la giustizia delle decisioni giudiziarie».

²²⁹ En el mismo sentido, *cfr.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs. 751 y ss.

²³⁰ Así, J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», cit., pág. 1498.

busca por todos los medios eliminar la fase de la instrucción. También es cierto que el juicio va quedando reducido a un acto de verificación, casi de carácter notarial, perdiendo su identidad como acto de autoridad jurisdiccional²³¹. Así pues, hay que reivindicar la necesidad de un debido proceso penal, entendiendo que la solución a las fallas que éste pueda presentar no está en su eliminación sino en su perfeccionamiento. Es decir, hay que saber combinar y modular –en la ordenación de sus formas y su realización en la práctica– los principios existentes en el ordenamiento, de tal manera que sirvan mejor a la obtención de sus fines²³².

No queda más que, a manera de conclusión, reivindicar el proceso penal como garantía para la aplicación civilizada del Derecho penal, acudiendo a las palabras más famosas de la literatura procesal penal en el ámbito iberoamericano: «El juicio instantáneo, en un solo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y ello por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos; *Dios, para juzgar, no necesita proceso*»²³³. Ni tampoco de la *conformidad*, cabría agregar.

²³¹ Vid. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «El papel de la justicia penal en el estado de la crisis», cit., pág. 8: «Todo lo expuesto hace ostensible una clara línea de tendencia impresa en la dinámica del Estado actual, que se orienta hacia el depotenciamiento del momento judicial como momento de control o de garantía, con cierta dimensión de contrapoder».

²³² Asimismo, N. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, ²1970, pág. 226; vid. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa», cit., pág. 75: «Por otra parte, es erróneo pensar que la Justicia penal sería más eficaz si el Derecho procesal pena fuera menos garantista aun al precio de que se cometieran más errores judiciales, y es desacertado tal pensamiento porque no se puede arraigar semejante idea en una sociedad que pretenda de verdad conformarse como un Estado social y democrático de Derecho, pues sólo una justicia penal que sepa conjugar armónicamente los derechos de los imputados y de las víctimas, de los individuos y de la sociedad, será de verdad eficaz y eficiente y, sobre todo, justa».

²³³ M. FENECH, *El proceso penal*, Madrid, Agesa, ³1978, pág. 16.

CAPÍTULO SEXTO

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE

CAPÍTULO VI

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE

I. EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Aquí se encuentra la que puede ser considerada la conformidad clásica del ordenamiento español, y por qué no decirlo, del mundo¹. Esta modalidad de la conformidad, que es la base de la regulación actual de la institución, en realidad presenta una forma de aceptación de los hechos que genera como consecuencia la renuncia del acusado a la celebración del juicio. A nuestro modo de ver, las conformidades reguladas en los arts. 655 y 688 a 700 de la LECrim no comportan una manifestación del principio de oportunidad, porque éstas no implican una disposición de la pretensión punitiva por parte del acusador oficial, esto es, el MF. Eventualmente, si se admite la participación de todos los acusadores –e incluso del acusado– en la construcción de la imputación, lo cual implicaría un acto de disposición sobre la pretensión, sí podría hablarse de una hipótesis en la cual se estaría

¹ Así lo considera, por ejemplo, J. HERRMANN, «*Models for the reform of criminal procedure in Eastern Europe: comparative remarks on changes in trial structure and european alternatives to plea bargaining*», en: E. M. WISE (Ed.), *Criminal science in a global society: essays in honor of Gerhard O. W. Mueller*, Littleton (Colorado, EE. UU.), Fred B. Rothman & co., 1994, pág. 75: «In general, when continental European countries introduced the adversary trial, they did not adopt the guilty plea, plea bargaining, or a similar mechanism to replace the trial. There have, however, been exceptions. As early as 1882 the Spanish criminal procedural code provided for the *conformidad*, i.e., the right of the accused to consent to the charge by the prosecutor and thus forfeit his right to trial. The *conformidad* seems to have a minor role in the practice, but in 1989 it was considerably expanded by the Spanish legislature».

aplicando el principio de oportunidad. Pero esta posibilidad no parece encuadrar fácilmente dentro de los márgenes normativos establecidos.

Con todo, hay que destacar que la aplicación práctica de la conformidad en el procedimiento ordinario es muy escasa. Ello se debe a que este tipo de procedimiento es el que cobija a los delitos graves y éstos traen aparejadas unas consecuencias jurídicas penales de especial drasticidad, que pocas veces son encuadrables dentro del marco punitivo establecido para la conformidad en el proceso ordinario. Por ello, algunos autores proponen la eliminación de los topes punitivos para esta modalidad de la conformidad, sobre todo si se tiene en cuenta que esta institución muestra su utilidad cuando con ella el procesado se evita la cárcel o sale de ella antes².

1. Conformidad en la calificación

La conformidad con la acusación encuentra su régimen en el art. 655 de la LECrim. Allí se le presenta la posibilidad al acusado de manifestar la su aprobación sobre la acusación a través del escrito de defensa. Esta conformidad tiene lugar ante el Juez de Instrucción, independientemente de cuál sea el órgano competente ante el que se adelante la realización del juicio oral. El representante del acusado tiene la iniciativa para manifestar la aceptación, si bien debe contar con el consentimiento de aquél³; además, se requiere una manifestación expresa del procesado por medio de la cual debe corroborar el planteamiento expresado por su defensor. Dicha manifestación debe cumplir con algunos requisitos subjetivos, como son el

² Así, F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 311.

³ Algún autor llama la atención sobre el orden que establece la ley para la manifestación de voluntad, ubicando la LECrim en el art. 655 primero al defensor y luego al procesado, invirtiendo dicho orden en el art. 688; en ese sentido, *cfr.* V. FAIRÉN GUILLÉN, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», cit., pág. 1225.

conocimiento y la voluntariedad del procesado, de los cuales se hablará con mayor detenimiento cuando se trate el tema de la conformidad en el juicio abreviado.

La conformidad que aparece regulada en el art. 655 LECrim recae, de manera directa, sobre la pena más grave solicitada por las partes acusadoras; evidentemente, ello implica el reconocimiento de los hechos, esto es, la aceptación de la imputación fáctica de la cual se deriva la consecuencia jurídico penal legalmente establecida. En cuanto al límite de aquella, como ya quedó dicho en el capítulo anterior⁴, no existe unanimidad en la doctrina, alegando algunos que el límite previsto está fijado en seis años de privación de la libertad⁵, mientras otros insisten en anclar dicho extremo en los nueve años⁶. De esto depende, si se quiere, que la conformidad clásica de la LECrim produzca efectos reales. Si se parte de la idea según la cual el procedimiento ordinario únicamente procede para delitos cuya pena mínima sea de nueve años de privación de la libertad, no cabe duda que la conformidad limitada a las penas de seis años sería inaplicable⁷. De allí, pues, surge la iniciativa del sector doctrinal que extiende ese límite hacia los nueve años, posibilitando la supervivencia de esta institución en el procedimiento para enjuiciamiento de delitos graves.

Si el Juez considera que la calificación jurídica de la conducta hecha por los acusadores es errática, independientemente de la causa que haya propiciado el error, ordenará la continuación del juicio. Eventualmente el

⁴ *Vid. supra*, Cap. V, II, 3.

⁵ Así lo entienden, J. MARTÍN OSTOS, «*La conformidad en el proceso penal*», cit., pág. 1498 y V. GIMENO SENDRA, *Manual de derecho procesal penal*, cit., pág. 396.

⁶ J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 280.

⁷ En esta línea se ubica, J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), ³2009, pág. 1240: «[...] esta conformidad carece en la actualidad de virtualidad, pues, cuando la pena no supera la de prisión menor el procedimiento que debe seguirse es el abreviado».

Juez podrá sanear la situación requiriendo a la parte acusadora que presentó el escrito de calificación más grave para que manifieste si se ratifica en él. Si se presenta una variación, y el acusado se conforma nuevamente con ella, se puede dar trámite al pronunciamiento de la sentencia de conformidad⁸. Llama la atención en esta hipótesis, que es el Juez de Instrucción quien determina el objeto del proceso y por ende los extremos de la sentencia condenatoria. A nuestro entender, esto comportaría una actuación marcadamente inquisitiva, porque el mismo Juez que instruye termina, de manera directa, produciendo los extremos de la sentencia, ya que aquí no hay el debate propio del juicio oral ni la presentación de alegaciones conclusivas posteriores.

Cuando la defensa estime conveniente la continuación del juicio y el Juez valide esa solicitud, así lo ordenará. La conformidad también puede verse afectada cuando ésta no sea presentada por todos los procesados; esto es lo que la doctrina denomina una conformidad *parcial o impropia*⁹. A nuestro entender, esta disposición de la LECrim desconoce el principio de unidad de proceso, según el cual por cada delito cometido se adelantará un proceso penal, independientemente del número de autores implicados en su comisión. Además, también desconoce la LECrim una de las características del objeto del proceso penal, según la cual éste es *único* en relación con cada autor. Así pues, consideramos que nada obsta para que siendo uno el autor conformado, continúe el juicio frente a los que no prestaron su consentimiento, quienes obviamente habrán de seguir siendo arropados por la presunción de inocencia.

⁸ Así lo exponen, J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 281.

⁹ Así, V. GIMENO SENDRA, *Manual de derecho procesal penal*, cit., pág. 398.

Si no se presenta la conformidad con la responsabilidad civil, el proceso debe continuar, pero únicamente, en relación con ese extremo accesorio y contingente. Este evento se conoce como de conformidad *limitada* a la pretensión penal, por oposición a la *absoluta* que también comprendería el aspecto obligacional de índole civil.

2. Conformidad en el acto del juicio oral

De la misma manera puede prestarse la conformidad en el proceso penal ordinario al comienzo de la audiencia del juicio oral, bajo los presupuestos de la conformidad prestada frente a los escritos de calificación. La única diferencia es que en esta oportunidad la ley se refiere a ella, de una manera por demás errática, como *confesión*¹⁰. Así, la LECrim estipula en su art. 688 que en el día señalado para dar principio a las sesiones, el Secretario judicial velará por que se encuentren en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieren recogido, y el Presidente, en el momento oportuno, declarará abierta la sesión. En este caso, el Presidente preguntará, a cada uno de los acusados, si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios. En esta hipótesis todo el trámite de la aceptación deberá producirse antes de proceder a la práctica de las diligencias probatorias en la vista.

II. EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La reforma al proceso penal español realizada en el año 1988, mediante la introducción del proceso abreviado, implicó el inicio de una tendencia hacia la eliminación del juicio y el acortamiento de la instrucción.

¹⁰ Sobre ello, *cfr.* N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «*El allanamiento en materia penal*», cit., págs. 141 y ss.

El funcionamiento del sistema penal español se sustenta en gran medida gracias a la regulación del procedimiento abreviado y la posterior reforma introducida por medio de la legislación de los juicios rápidos. Ante la falta de una reforma integral a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, es un sistema penal que está comenzando a depender, casi en exclusividad, de las soluciones consensuadas como alternativas al trámite completo del proceso penal; así lo reconoce la FGE en la Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009¹¹.

A continuación vamos a realizar el estudio de las distintas formas de conformidad que pueden presentarse en el procedimiento abreviado. Hay que tener en cuenta, a ese respecto, que la reforma operada en la conformidad de la ley del procedimiento abreviado y la de los juicios rápidos debe ser completada con las modificaciones efectuadas en los art. 787 y 801 de la LECrim, por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del Código Penal. Evidentemente, también hay que considerar las reformas introducidas por la Ley 13/2009, de 13 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

La conformidad en el procedimiento abreviado puede darse de tres maneras diferentes, así: en primer lugar, en el supuesto de reconocimiento de hechos según lo establecido en el art. 779.1.5.^a de la LECrim. En realidad, esto es una forma de llegar a la conformidad premiada de los juicios rápidos¹². La vía para ello cruza por transformar las diligencias

¹¹ Vid. Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «Las cifras de conformidades alcanzadas, crecientes año tras año, constituyen uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica».

¹² Al decir de algunos autores, se trata de una *conformidad encubierta*. Su aproximación al *plea bargaining* es palmaria. En ese sentido, *cfr.* T. ARMENTA DEU,

previas en diligencias urgentes, habida cuenta la aceptación de los hechos por el procesado. En segundo lugar, a la conformidad en el procedimiento abreviado, propiamente dicho, puede llegarse por medio del escrito de defensa, tal y como lo establece la LECrim en su art. 784.3. Finalmente, puede también conformarse el procesado en el acto del juicio oral, una vez iniciadas sus sesiones, pero antes de dar comienzo la práctica de la prueba, al tenor de lo prescrito por la LECrim a través de su art. 787.1.

1. Conformidad en el reconocimiento de los hechos

La LECrim establece en su art. 779.1.5.^a LECrim que si en cualquier momento anterior –a la finalización de la fase de Diligencias Previas– el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el art. 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

Según la regulación legal, para el reconocimiento de los hechos dentro del procedimiento abreviado deben ser considerados varios presupuestos. Así, se requiere que se hayan adelantado unas *diligencias previas*, lo que excluye la procedencia de este reconocimiento en el sumario que se desarrolle dentro del trámite del proceso ordinario para delitos graves. Tampoco procede para la instrucción que se adelanta en la LOTJ. También se requiere que el Juez de Instrucción no haya dictado todavía el

Criminalidad de bagatela..., cit., pág. 167 y L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pág. 83.

auto de conclusión o de continuación de las diligencias previas. Es necesario, asimismo, que el imputado, estando asistido por su defensor, haya reconocido los hechos en presencia del Juez. Así, pues, no será suficiente un reconocimiento de los hechos que previamente haya realizado el procesado, como por ejemplo aquél del que trata el CPE en su art. 21.4¹³. En cuanto al límite punitivo para el delito susceptible de ser conformado, la pena no debe sobrepasar los tres años de prisión; si es de multa, su cuantía es indiferente, pero en todo caso las penas de distinta naturaleza no podrán sobrepasar los diez años, según los dispone el art. 801 de la LECrim, al cual remite el 779.1.5.^a del mismo cuerpo normativo.

Dados todos los requisitos anteriormente citados, el Juez convocará a las partes a fin de que manifiesten si formulan sus escritos de acusación de acuerdo al reconocimiento de los hechos que ha realizado la persona procesada. Esta aceptación se hace sobre la imputación fáctica, se reitera, quedando a la espera el procesado, por tanto, de conocer la imputación jurídica que se hará por medio de los escritos de acusación. La intención del legislador es fomentar las fórmulas de consenso en este ámbito, por lo cual se presupone la participación del procesado en la elaboración de un escrito de acusación consensuado¹⁴. Con la imputación jurídica ya se concreta el ámbito de la conformidad, porque es allí donde se conoce, además, cuál es la pretensión punitiva en concreto frente a la cual se ha de prestar la conformidad, que en todo caso ha de quedar enmarcada por los requisitos cuantitativos del art. 801 de la LECrim.

¹³ Vid. CPE art. 21.4: «Son circunstancias atenuantes: [...] 4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades». Sobre ello, *vid. infra*, Cap. VIII, I, 1.

¹⁴ También lo entienden de esa manera, J. M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ e I. RIAÑO BRUM, *Derecho procesal penal*, Gobierno de Navarra/Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006, pág. 432: «Se trata de una oportunidad para que las partes negocien sobre la acusación y la pena, respecto de aquellos delitos de entidad menor y de poca trascendencia social».

El órgano competente para este reconocimiento de los hechos es el propio Juez de Instrucción que está adelantando las diligencias previas, y no el Juez de Guardia, a quien el Juez de Instrucción podría remitirle estas diligencias. Esto, porque el último apartado del art. 779.1.5.^a le ordena incoar *diligencias urgentes*, efectuando tan sólo este precepto la remisión normativa al procedimiento de la conformidad, contemplado en los arts. 800 y 801 LECrim¹⁵. De esta manera, el reconocimiento de los hechos dentro de las diligencias previas del procedimiento abreviado lleva consigo la posibilidad de acceder a la conformidad premiada de los juicios rápidos. Cabe resaltar que si el procesado no acepta los hechos el camino a seguir sería el de continuar con el procedimiento de los juicios rápidos, ya que se cumplen todos los requisitos cuantitativos que para ello impone la ley¹⁶.

Así pues, la consecuencia de este reconocimiento de los hechos es que presenta un cambio de la cuerda procesal que se debe transitar, según los dispone la LECrim en el art. 779.15.^a, pasándose del procedimiento abreviado al trámite de los juicios rápidos, cuya regulación está basada en lo dispuesto por la LECrim en sus arts. 800 y 801.

Es necesario señalar, que a diferencia de la conformidad que se establece respecto de los juicios rápidos, en este caso hay que formular escrito de acusación con la conformidad del acusado, es decir, las partes acusadoras han de comparecer con la conformidad ya preacordada o negociada. En tanto que la acusación debe hacerse por escrito, se excluye la posibilidad de una acusación oral. De este modo, todas las partes convergen en la construcción de la imputación jurídica a partir del previo reconocimiento que haya hecho el procesado de la imputación fáctica.

¹⁵ Así, A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*», cit., pág. 7.

¹⁶ Así lo considera, N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (I)*», cit., pág. 4.

Cuando las partes presentan sus escritos de acusación en los que va implícito el reconocimiento de los hechos, y el imputado acepta además el cumplimiento voluntario de la mayor pena propuesta por las partes acusadoras, todo ello con su ratificación personal y la de su Abogado, el Juez cambiará las *diligencias previas* en *diligencias urgentes*. Esto se dará, si el Juez estima que se cumplen los requisitos del art. 801; en consecuencia, éste dictará sentencia de conformidad, al tenor del art. 801 de la LECrim, lo que implica la reducción de la pena en una tercera parte y la suspensión de su ejecución, o su sustitución por una pena no privativa de la libertad, si ello procede de conformidad a lo establecido en el CPE.

2. Conformidad con el escrito de acusación

Dentro del procedimiento abreviado propiamente dicho, la LECrim establece en el art. 784.3 párr. 1 la posibilidad de presentar la conformidad con la acusación que contenga la pena más grave, según los términos previstos en el art. 787. En efecto, en el escrito de la defensa, que también deberá ser rubricado por el acusado, se podrá manifestar la conformidad con la acusación más grave que se haya presentado. Éste sería un claro ejemplo de aceptación de la imputación jurídica, dejando de lado cualquier negociación¹⁷. En este caso, según lo ordena la LECrim en art. 784.5, las diligencias serán remitidas por el Secretario judicial al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición del Juez de lo Penal. El Juez competente

¹⁷ Vid. J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 280: «La posibilidad de conformidad en el escrito de calificación provisional de la defensa (escrito de defensa), es la clásica recogida en el art. 655 LECrim».

para dictar la sentencia debe realizar un análisis de fondo sobre los extremos de la conformidad para que dicho pronunciamiento tenga un carácter verdaderamente jurisdiccional.

Un elemento importante a considerar en la regulación legal de la figura es que allí sólo se hace mención a la pena más grave. A nuestro entender, el legislador penal deja de lado las consideraciones sobre el juicio de tipicidad sobre la conducta que se le imputa al procesado. El juicio de tipicidad debe ser considerado como una garantía en sí mismo, porque aquel destaca la relevancia jurídico penal de una conducta. El juicio de tipicidad, contiene una serie de valoraciones en torno a los fundamentos que el legislador tuvo en cuenta al momento de proscribir una conducta bajo la amenaza de una pena. Entre dichas consideraciones cabe mencionar el grado de injusto, lo que conlleva una estrecha relación con el bien jurídico.

Si la conformidad se fundamenta sólo sobre la pena más grave que se solicite por parte de los acusadores, se estaría desconociendo el principio de tipicidad y consecuentemente los principios de proporcionalidad e igualdad. El referente de aceptación de la responsabilidad sería la pena y no la conducta realmente cometida.

No puede desconocerse que el respeto a la legalidad es uno de los fundamentos propuestos para dar cabida al principio de oportunidad y sus diversas manifestaciones dentro de un Estado de Derecho. En efecto, la oportunidad no implica el desconocimiento de la legalidad, sino una modulación de ésta, atendiendo a las finalidades que se le asignen a la pena. En este sentido, es importante no dejar pasar de largo que el fundamento de la responsabilidad penal es la conducta cometida, la cual traerá como consecuencia la imposición de una pena. En el sentido propuesto por el legislador español, dentro de la regulación de la conformidad a la que

venimos haciendo referencia, se invierte el orden de los factores. Así, la pena es el elemento que determina la conducta que ha de imputársele al sujeto. Evidentemente ello no sólo trastoca las bases de la teoría del delito, sino toda la fundamentación que permite hacer una imputación válidamente dentro del modelo de Estado que ha suscrito España constitucionalmente.

Con todo, la ley autoriza a las partes en el art. 784.3 párrafo segundo, para que éstas confeccionen de consuno un nuevo escrito de acusación en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo establecido en el art. 787.1. Así, el nuevo escrito no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la primera acusación presentada. En esta hipótesis estamos en otro supuesto legal de disposición sobre la pretensión penal. A no dudarlo, la posibilidad de elaborar un nuevo escrito de acusación de común acuerdo evidencia una manifestación del principio de oportunidad. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de conformidad preacordada o negociada¹⁸, que podrá producirse en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral¹⁹.

Así las cosas, es necesario concluir que el ámbito de disposición de las partes de cara a la elaboración de un nuevo escrito de acusación no

¹⁸ Vid. V. GIMENO SENDRA, *Manual de derecho procesal penal*, cit., pág. 399: «De nuevo aparece el “plea bargaining”, puesto que la Ley permite a las partes acusadoras modificar su escrito de calificación en orden a invocar un título de condena más favorables al acusado [...]». En sentido similar, vid. J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 280: «La conformidad ante el Ministerio Público confirma la intencionalidad manifestada en 1988 de introducir en nuestro Ordenamiento una tímida posibilidad de la institución anglosajona del plea bargaining, consecuencia del llamado “principio de consenso” por la Circular 1/1989 de la FGE».

¹⁹ Vid. A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*», cit., pág. 10: «Con ello, parece que la intención del legislador es dar las máximas oportunidades a las conformidades regladas puesto que no circunscribe el tiempo hábil al momento de calificación de la defensa y, posteriormente, al inicio del juicio, pudiendo por el contrario gestarse el acuerdo con eficacia procesal en todo el lapso de tiempo que discurre hasta el comienzo de las sesiones del juicio oral».

puede abarcar el desconocimiento de los elementos básicos de la conducta que se le imputa al procesado. Y además, la petición de pena en concreto, ha de estar orientada por los fines que se le asignen constitucionalmente a ésta.

La conformidad con la acusación, en cualquiera de sus dos modalidades, se presenta ante el Juez de Instrucción ya que este el órgano jurisdiccional ante el cual se presentan los escritos de acusación y de defensa en el trámite del procedimiento abreviado, según lo normado en los arts. 781 y 784.5 de la LECrim.

La iniciativa para la conformidad puede provenir del abogado defensor, contando con el consentimiento del procesado. La ley no prohíbe que la iniciativa provenga del acusado, pero formalmente la petición debe hacerla la defensa. Con todo, nada impide que sea el Ministerio Fiscal quien realice los primeros contactos de cara a un eventual consenso sobre la responsabilidad penal²⁰. Algunos autores, incluso están a favor de la iniciativa del órgano jurisdiccional²¹.

La conformidad dentro del procedimiento abreviado puede realizarse en relación con delitos frente a los cuales la pena efectivamente pedida por los acusadores no supere los seis años de prisión, según el art. 787.1. Con

²⁰ Así se desprende de la lectura del texto de la Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible [...] En el supuesto inverso, es decir, cuando la iniciativa parte del Fiscal, los términos de aplicación del Protocolo son igualmente simples: en principio, el Fiscal encargado del asunto –o responsable de asegurar el cumplimiento del Protocolo, una vez más según la organización de cada Fiscalía– valorará, a partir de los factores en presencia, las posibilidades de promover la conformidad, muy especialmente cuando no existan intereses de terceros afectados o, por supuesto, cuando sean éstos –víctimas o perjudicados– quienes lo insten del Ministerio Fiscal».

²¹ Cfr. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 285.

todo, un sector de la doctrina sostiene que el límite objetivo es el fijado para encuadrarse dentro del procedimiento abreviado, según lo dispone la LECrim en el art. 757²².

3. Conformidad en el acto del juicio oral

La LECrim establece en su art. 787.1 dos hipótesis de conformidad que proceden durante la realización del juicio oral, una vez iniciadas sus sesiones, pero antes de la práctica de la prueba. Con todo, surge la duda en cuanto a la posibilidad de que el acusado manifieste su conformidad en un momento posterior. Sobre esto, hay quienes sostienen su viabilidad acudiendo a las finalidades de orden económico que orientan este tipo de procedimientos²³. Es importante destacar que la FGE aboga para que las conformidades se logren antes de este momento procesal, buscando de esa manera la optimización en el manejo de los recursos²⁴.

²² De esta forma lo entienden J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 280: «La conformidad es con la pena solicitada por la acusación o con la más grave de las solicitadas en caso de haber varias, con el límite de no exceder la pena efectivamente pedida de 9 años de prisión, límite objetivo de los delitos a tramitar por el proceso abreviado, ya que la distinción temporal prevista en el art. 787.1 LECrim no afecta al límite sino al contenido de la sentencia». En contra, *cfr.* A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos», cit., pág. 11.

²³ *Cfr.* J. MUERZA ESPARZA, *La reforma del proceso penal abreviado y el Enjuiciamiento rápido de delitos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pág. 121.

²⁴ *Vid.* Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, de la FGE, sobre aplicación del protocolo de conformidad: «[...] como también es sabido, algunas inercias instaladas en la práctica forense han impedido hasta ahora un aprovechamiento plenamente satisfactorio de esa útil herramienta procesal. El hecho de que en la gran mayoría de los casos se produzca, por expresarlo gráfica y literalmente, a pie de estrados, vacía a la conformidad de buena parte de su potencial eficacia, y además desvirtúa en alguna medida su esencia acusatoria [...] Así, desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una Justicia más ágil, la conformidad cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio».

En síntesis, puede darse la conformidad con el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad, o con el escrito conjunto de calificación presentado en ese acto judicial. Sobre estas hipótesis cabe hacer las mismas consideraciones que las presentadas en relación con la conformidad realizada frente al escrito de acusación.

4. Requisitos de validez

Consideramos que es conveniente realizar un análisis pormenorizado del art. 787 pues, como se verá a continuación, algunos de los aspectos que se contienen en el referido precepto sirven de referente para todas las clases de conformidad.

A. Requisitos objetivos

Aquí se observan los requisitos que delimitan la aplicación de la conformidad y el procedimiento a seguir en circunstancias especiales como la aceptación parcial de los procesados o la aceptación limitada de las consecuencias jurídicas.

En primer lugar, el margen punitivo extremo para que opere la conformidad lo establece la ley en seis años. Así lo prescribe el art. 787.1 de la LECrim cuando expresa que si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa. Con todo, ya se hizo mención a la discusión doctrinal en cuanto a la ampliación de este margen hasta los nueve años²⁵.

²⁵ Vid. J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 285: «Al menos las reformas de 2002 han contribuido a despejar las serias dudas que las diferentes clases de conformidad suscitaban a este respecto en el proceso abreviado. El límite de la competencia objetiva y el límite de la conformidad coinciden ahora: 9 años».

En segundo lugar, es necesario que la conformidad se haya manifestado respecto del escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presente durante la audiencia del juicio oral, el cual, en todo caso, no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación, al tenor del art. 787.1 LECrim.

Un tercer elemento a tener en cuenta implica que, a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entienda que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación. Así, el órgano judicial está llamado a verificar la calificación jurídico penal que se haga de los hechos. Dicha calificación debe comportar la emisión de un verdadero juicio de tipicidad²⁶, en el que además se han de considerar, como es obvio, la concurrencia de circunstancias genéricas y específicas, tanto de atenuación como de agravación, así como eventuales dispositivos amplificadores del tipo como la tentativa, la coparticipación criminal o el concurso de conductas punibles. Una vez realizado lo anterior, el órgano judicial debe proceder a realizar un ejercicio de determinación e individualización de la pena, para establecer la correspondencia entre la calificación jurídica y la pena aceptada por el procesado.

En este punto salta a la vista la naturaleza jurisdiccional de la sentencia de conformidad, ya que el Juez está obligado a establecer no sólo el fundamento de la consecuencia jurídica, sino la correspondencia de ésta con la conducta punible imputada. A nuestro entender, éste es el espacio en el cual el órgano de la jurisdicción debe plantear consideraciones de fondo en relación con los fines que el ordenamiento jurídico le asigna a la pena.

²⁶ Cfr. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 554.

Ellos también habrán de ser tenidos en cuenta para aprobar la consecuencia jurídica solicitada en el escrito de acusación.

Luego del examen atrás señalado, si el órgano judicial considera incorrecta la calificación formulada o entiende que la pena solicitada no procede legalmente, debe requerir a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica en éste o no. El acusador requerido puede modificar su escrito de calificación o mantenerse firme con el que ya había presentado. En todo caso, si lo modifica, se ofrecerá al acusado la posibilidad de prestar de nuevo su conformidad; en caso contrario, o si el acusado ya no presta una nueva conformidad, se ordenará que el juicio siga adelante.

En cuarto lugar, en lo que tiene que ver con el procesamiento de un número plural de personas, nada se dice en el art. 787 para regular el supuesto de que, siendo varios los acusados, alguno no se conforme. Ante esta situación, lo lógico será acudir de manera supletoria a las normas del procedimiento ordinario para delitos graves²⁷. Estas normas establecen que ante la existencia de varios acusados la conformidad habrá de prestarse por todos ellos, para que pueda dictarse sentencia con fundamento en dicha aceptación. No existiendo unanimidad, el juicio oral deberá continuar para todos los acusados. Frente a esta disposición legal, reiteramos las críticas ya formuladas, considerando que la misma desconoce el carácter individual del objeto del proceso penal frente a cada acusado²⁸. También se desconoce el carácter individual de la responsabilidad penal y además, por esta vía, igualmente, se ataca la presunción de inocencia de quienes no se quieren

²⁷ Cfr. LECrim arts. 655.4 y 697.2.

²⁸ Vid. E. BELING, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 98: «Dentro de su legitimación, cada litisconsorte es independiente de los demás. Cada uno conserva su posición personal como si se encontrara sólo. Ni puede deducir derechos de la persona o situación de sus litis consortes, ni experimenta tampoco por ellos una merma de sus derechos».

conformar. En relación con este punto, es pertinente destacar que un sector de la doctrina plantea la posibilidad de permitir la conformidad parcial por parte de los acusados²⁹.

En lo que tiene que ver con el objeto accesorio del proceso penal, como una quinta consideración sobre las reglas comunes, es bueno recordar que la ley nada dice sobre este extremo. Así las cosas, será válido considerar que, si la conformidad abarca únicamente lo que atañe a la responsabilidad penal, el juicio deberá proseguir para discutir el extremo pendiente de determinación. A esta conclusión se arriba, aplicando una vez más las normas que regulan el procedimiento ordinario de la LECrim.

En sexto lugar, sobre la adopción de medidas protectoras, el art. 787.5 de la LECrim establece que las conformidades que versen sobre éstas no vincularán al Juez o Tribunal en los casos de limitación de la responsabilidad penal. Aquí se nota claramente que el Juez no tiene una vinculación absoluta con la conformidad. En este sentido, la ley procesal autoriza al Juez o Tribunal para imponer una medida de seguridad menos grave que la solicitada y aceptada por las partes, y ello no sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo. Así pues, el órgano judicial es autorizado expresamente para ordenar la aplicación de una medida de duración inferior o de distinta naturaleza, menos restrictiva de los derechos del sancionado, y que resulte adecuada, necesaria y proporcionada a su situación particular. Evidentemente, el órgano judicial no podrá imponer medida más grave.

B. Requisitos subjetivos

Además de todo lo expuesto anteriormente, es preciso que la conformidad del acusado se haya prestado por éste de manera libre y con

²⁹ Cfr. L. A. DE DIEGO DÍEZ, *La conformidad del acusado*, cit., págs. 340 y ss.

conocimiento de sus consecuencias. Esto es, el acusado debe conocer el objeto del proceso penal y las consecuencias que se derivan de su aceptación de responsabilidad frente aquél³⁰. Además de dicho conocimiento, el acusado debe manifestar su voluntad. Así, aquel debe conocer que se está conformando y además debe querer hacerlo. Los requisitos subjetivos consisten, entonces, en el conocimiento y la voluntad de acusado en relación con la conformidad³¹. La ley procesal extrema las precauciones con el fin de garantizar la libre emisión del consentimiento prestado por el acusado y obtener la convicción de su manifestación voluntaria, consciente y libre; o lo que es lo mismo, el consentimiento del acusado debe carecer de vicios, tal como lo exige el art. 787.2 de la LECrim. En ese orden de ideas, el apartado cuarto de este artículo dispone que tras la manifestación de la conformidad por la defensa, el Juez o Presidente del Tribunal deberá informar al acusado de sus consecuencias. Aunque la Ley no determina cuál ha de ser el contenido de dicha información, no está de más que el Juez busque informar al acusado, de la manera más detallada posible, sobre todas las implicaciones que una condena penal acarrea, incluso sobre todas aquellas que tienen que ver con los antecedentes penales.

³⁰ Vid. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (II)*», en: *La Ley (d)*, n.º 5816, 3 de julio de 2003, pág. 2: «A fin de que pueda valorarse la voluntariedad de un acto es necesario que antes se compruebe si aquel es producto de una plena y acertada comprensión de sus consecuencias, extremo éste que hemos denominado “inteligencia” de la declaración de conformidad, hasta tal punto que no podrá afirmarse lo primero si la conducta sometida a escrutinio se ha visto influida por una interpretación equivocada de la realidad».

³¹ En similar sentido, vid. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (II)*», cit., pág. 3: «La voluntariedad será un aspecto que deberá verificar el Juez con independencia de que la declaración de conformidad y la pretensión punitiva objeto de la misma sean o no el resultado de un acuerdo suscrito entre la acusación y la defensa [...] En el derecho comparado y, en particular, en el marco de la práctica forense estadounidense se han analizado los efectos que sobre la voluntariedad de la declaración de conformidad pudieran tener determinados incentivos o estímulos (“*inductiuons*”), ya se contemplaran en la propia ley, ya tuvieran origen en la actitud del Ministerio Fiscal».

Luego de lo anterior, el órgano judicial requerirá al acusado para que, de forma ya definitiva, manifieste si presta su conformidad. En caso de no hacerlo, se ordenará la continuación de la actuación procesal en los términos ordinarios. Ahora bien, también podrá acordarse la continuación del juicio si el órgano judicial alberga dudas sobre la libertad del consentimiento del acusado a favor de la conformidad; una herramienta de la que no puede prescindir el juzgador para obtener su conocimiento sobre este aspecto es el *test de voluntariedad*³².

En cuanto a la concurrencia de voluntades entre el acusado y su defensor, esto no es un requisito imprescindible para que se cristalice la conformidad del acusado. En efecto, la LECrim en el art. 787.4 dispone que si el defensor considera necesaria la continuación del juicio y el Juez o Tribunal estima fundada esta petición, podrá solicitar la continuación de aquél. En todo caso, esta solicitud no es vinculante para el Juez o Tribunal, pero queda un vacío legal en cuanto a la continuación del asesoramiento por parte del letrado³³.

Finalmente, digamos que el juicio también deberá continuar si el acusado se niega a responder la pregunta del Juez en el sentido de si se conforma o no con la pena pedida. Lo mismo ocurre cuando el acusado quiere conformarse para obtener una pena más ventajosa por no haber

³² Cfr. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (II)*», cit., pág. 3.

³³ Sobre un eventual conflicto de intereses entre el acusado y su defensor, *vid.* E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. V, cit., pág. 77: «[...] y aun cuando es cierto que la ley exige además que el letrado defensor manifieste su personal opinión respecto de la continuación del juicio, expresando si la estima necesaria o no, por hallarse íntimamente relacionada con la referida conformidad en cuanto a la pena procedente con arreglo a derecho, tampoco opone esto, a juicio de la citada Fiscalía [la del Tribunal Supremo], ninguna dificultad que por sí sea suficiente para que se considere dicho defensor en una situación anormal con relación a su defendido, en cuya virtud entiende que en el caso indicado pueden el abogado y el procurador seguir defendiendo y representando al procesado, a pesar de lo ocurrido sin que haya necesidad, por lo tanto, de apelar a otros procuradores y letrados [...]».

aparecido el cuerpo del delito; ello, pues, según lo dispuesto por la LECrim en los arts. 698 y 699, respectivamente.

C. Revisión judicial de la conformidad

Si concurren todos los requisitos expuestos anteriormente, el órgano judicial habrá de dictar sin más trámites sentencia de conformidad con la pretensión acusatoria aceptada por el acusado. El Juez o Tribunal habrá de limitarse a hacer referencia en la sentencia a que las partes coinciden en que son ciertos los hechos descritos en el escrito de acusación o de nueva calificación. Seguidamente, procederá a asignarle a tales hechos la calificación jurídica que las propias partes hayan acordado y que, por definición, el propio órgano judicial estima correcta. Finalmente, condenará al acusado a la pena que éste ha aceptado, también legalmente procedente a juicio del órgano judicial.

Dentro del ordenamiento español se discute si el Juez está facultado modificar los términos de la conformidad, bien sea imponiendo una pena atenuada o incluso absolviendo al procesado³⁴. A nuestro modo de ver, un pronunciamiento judicial debe tener su fundamento en el Derecho. Y éste no se agota en el reglamento positivo, sino que debe ser considerado sistemáticamente en relación con todo el conjunto que compone el ordenamiento jurídico. Así, el papel del Juez dentro del Estado de Derecho es ante todo el de actuar como un garante de la Constitución y de los principios que ella representa. Por tanto, so pretexto de proteger un

³⁴ Vid. M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «*La conformidad en los juicios rápidos (I)*», en: *La Ley (d)*, n.º 5968, 4 de marzo de 2004, pág. 3: «El grado de vinculación del juez a los términos de la conformidad prestada ha sido desde antiguo objeto de debate. Hoy en día, a la luz de la nueva regulación, no puede considerarse que la situación esté ya suficientemente aclarada. Sí es pacífica la doctrina al entender que tal vinculación existe respecto de los hechos conformados». Sobre el estado de la discusión en este tema, *cfr.* A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*», *cit.*, págs. 15 y ss.

reglamento, el Juez no puede desconocer la presunción de inocencia de una persona que eventualmente aceptó su responsabilidad penal sin conocer la fundamentación jurídica de la imputación o sin estar en la capacidad de determinar con certeza las consecuencias jurídicas que de ella se derivan³⁵.

En algunos casos, la asistencia del letrado no es garantía de una defensa técnica y ello puede repercutir en las decisiones que pueda tomar su representado en el proceso. Por tanto, el Juez dentro del proceso penal no puede ser un simple espectador sino que adquiere un papel aun más relevante cuando se trata de juzgar los acuerdos sobre la responsabilidad penal a los que lleguen las partes. Desconocer la función jurisdiccional del Juez es atacar el presupuesto mismo de la aplicación del Derecho penal. Cuando el Juez cede su posición de *autoridad* dentro del proceso de elaboración de la sentencia, el Estado de Derecho está cediendo ante las *potestades* de los particulares.

En el sentido expuesto, el Juez podrá absolver al procesado cuando no se verifiquen las bases mínimas para proferir una sentencia condenatoria, teniendo en cuenta la fundamentación sustantiva, probatoria y procesal. Asimismo, el Juez podrá modificar el acuerdo sobre la pena cuando éste no se encuentre en armonía con los fines que se le asignen a aquella³⁶. De

³⁵ Vid. M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «*La conformidad en los juicios rápidos (I)*», cit., pág. 3: «Es razonable que no quepa hacer valoración judicial sobre la prueba de los mismos, puesto que no habrá juicio oral en el que ésta pueda desarrollarse. Sin embargo, a pesar de ello estimamos que deben hacerse ciertas precisiones sobre la inmutabilidad del relato fáctico conformado. De acuerdo con la CFGE 1/1989, imperativos de legalidad y de justicia han de impedir que, basándose en una aceptación del acusado, tengan lugar condenas improcedentes. En efecto, excepcionalmente, puede ser que sea evidente que el hecho no se cometió o que el acusado que acepta la pena pedida no fue su autor. En tales casos, no podría ya partirse de la certeza de los hechos. Pese a no preverse expresamente, consideramos que la solución en estos supuestos pasaría por ordenar la continuación del juicio».

³⁶ De manera semejante, vid. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (II)*», cit., pág. 2: «[...] el control judicial acerca de la “procedencia” de la pena acordada trae a colación la posibilidad de que el Juez verifique

acuerdo con lo anterior, eventualmente el Juez considerará que la reacción punitiva carece de necesidad en el caso que está juzgando o que ésta deberá aminorarse³⁷. El respeto a la legalidad, no puede perderse de vista, es una garantía para el ciudadano y no una cobertura para el Estado³⁸.

Si bien es cierto que la conformidad busca dotar de celeridad el desarrollo del proceso penal, también lo es que bajo ese pretexto no se pueden desconocer los fundamentos que le otorgan validez material a la sentencia. Como ya se ha planteado en este trabajo, el principio de oportunidad no implica un desconocimiento de la legalidad³⁹. Eventualmente, su introducción en el ordenamiento jurídico permite una modulación de la legalidad cuando las circunstancias así lo ameriten. Pero esto no conlleva necesariamente a dejar de lado los más altos valores constitucionales que se reflejan en el respeto a los derechos de los individuos, sobre todo si se tiene en cuenta que el modelo estatal acogido tanto en España como en Colombia es el de un Estado social de Derecho con clara vocación personalista.

Si la decisión de las partes fuese absoluta, habría que concluir lo siguiente: en primer lugar, que las funciones de investigación y juzgamiento estarían radicadas en las partes. De esa manera, se estaría resquebrajando el modelo acusatorio porque allí las partes estarían negociando su posición a

la proporcionalidad de la misma, sea por exceso o por defecto, a la luz de los fines de reeducación y reinserción social que la Constitución asigna a las penas privativas de la libertad y a las medidas de seguridad». En contra de ello *vid.* M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «*La conformidad en los juicios rápidos (I)*», cit., pág.7: «[...] si el legislador hubiera pretendido que el juez pudiera en todo caso, sin necesidad de más trámites que el de la audiencia, dictar sentencia inferior a la conformada, se hubiera mantenido la previsión de que pudiera dictarla “en los términos que proceda”».

³⁷ Ello queda expresamente planteado en el art. 787.5 de la LECrim en relación con las medidas protectoras.

³⁸ *Vid. supra*, Cap. IV, III, 1, B.

³⁹ *Vid.* J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 287: «[...] la “bargaining” no puede justificar nunca actuaciones contra ley».

partir del poder de cada una de ellas. Como consecuencia, se dejaría de lado la función jurisdiccional, con lo cual ya sería muy discutible hablar de proceso, y el papel del Juez quedaría limitado a ejercer una verificación administrativa de carácter cuasi-notarial.

En relación con la expedición de la sentencia de conformidad, al art. 787.6 LECrim dispone que ésta sea dictada oralmente y documentada conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresan su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

La sentencia de conformidad será recurrible, siguiendo lo prescrito por la LECrim en el art. 787.7, cuando no se hayan respetado los requisitos mínimos de conformidad o los términos de ésta, negándole la posibilidad de impugnar al acusado cuando éste pretenda discutir las razones de fondo la conformidad que libremente prestó⁴⁰. Este apartado recoge la doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia que, en aplicación de la doctrina de

⁴⁰ *Vid.* STS, de 30 de enero de 2006: «Como es doctrina de esta Sala –entre otras SSTs 622/99 de 27 de Abril, 691/2000 de 11 de Abril ó la 1774/2000 de 17 de Noviembre–, por regla general son inadmisibles, los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas de conformidad. Ello se apoya en la consideración de que tal conformidad del acusado, avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear ante el Tribunal Casacional las cuestiones fácticas y jurídicas aceptadas libremente y sin oposición, y en un deber de elemental lealtad al pacto al que se hubiera llegado entre la defensa y el Ministerio Fiscal[...] Ahora bien, se puntualiza que esta inadmisibilidad del recurso de casación frente a sentencia dictadas de conformidad, está condicionada a la doble exigencia de que: a) se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad, y b) a que se cumplan en ésta los términos del acuerdo entre las partes en la sentencia[...] Dentro de la primera de tales perspectivas resulta admisible el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de conformidad cuando se dicte en un supuesto no permitido por la ley, como es el que afecte a una pena superior a la legalmente establecida [...]».

los *actos propios* declaraba la inadmisibilidad del recuso contra la sentencia de conformidad por motivos de fondo⁴¹.

El art. 787.7 de la LECrim delimita expresamente los casos en que serán recurribles las sentencias de conformidad. De esta manera, cabrá recurso contra la sentencia de conformidad cuando en ésta no se hayan respetado las reglas comunes y los requisitos necesarios para su validez. También se podrá impugnar la sentencia, cuando se hayan desconocido los términos de la conformidad, considerados éstos desde una perspectiva formal. En todo caso, se reitera, el Juez ha de tener la potestad de intervenir como autoridad judicial para sentar su juicio sobre los extremos de la conformidad. Ello no debe descartar, desde luego, la posibilidad de impugnar la sentencia.

Los recursos serán los que se prevén frente a las sentencias definitivas, atendiendo al órgano jurisdiccional que resuelva. Así, se podrá presentar recurso de apelación si la sentencia de conformidad fue dictada por un Juzgado de lo Penal o Central de lo Penal; esta impugnación será resuelta por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁴². El recurso procedente será el de casación si la sentencia de conformidad fue proferida por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; de este recurso conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁴³.

III. EN LOS JUICIOS RÁPIDOS

La regulación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos prevista en la Ley 38/2002, de 24 de octubre, tiene su

⁴¹ Sobre el estado de la discusión en este tema, *cfr.* A. I. LUACES GUTIÉRREZ, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*», cit., pág. 19.

⁴² *Cfr.* LECrim art. 790.

⁴³ *Cfr.* LECrim art. 857.

complementaria en la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, que da una nueva redacción al art. 801 de la LECrim, estableciendo un tipo de conformidad en la que el propio Juez de Guardia dicta la sentencia⁴⁴.

Como puede observarse, la regulación de esta conformidad se efectuó por Ley Orgánica, por entender que en la misma se contemplaban determinados aspectos que necesitaban ser regulados por este tipo de ley. Así, de un lado, se consideró que la atribución de una nueva competencia al Juez de Instrucción –la de dictar sentencia de conformidad– exigía modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁵, lo que únicamente era viable por medio de una Ley Orgánica. Por otro lado, se entendió que la posibilidad de decidir sobre la suspensión de la ejecución o la sustitución de las penas afectaba al sistema de imposición de penas del CPE, materia propia, también, de Ley Orgánica.

Al tenor de lo dispuesto por la LECrim en el art. 795, por medio de este proceso se adelantará la persecución penal de aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado

⁴⁴ Vid. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., pág. 314: «Esta forma de aplicación del principio de oportunidad constituye, sin duda, el instrumento más potenciado a la hora de acelerar la resolución del proceso penal [...] De hecho, este es el único supuesto en que todo el conflicto penal puede ser resuelto en el mismo Juzgado de Guardia, es decir, la forma más acelerada contemplada hasta ahora».

⁴⁵ Vid. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), art. 87: «1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. b) Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley [...]».

para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Se requiere, además, que se trate de delitos flagrantes. La ley especifica frente a cuales delitos en particular se adelantará el procesamiento por esta cuerda procesal: delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CPE; delitos de hurto; de robo, de hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; delitos de daños referidos en el art. 263 del CPE; delitos contra la sanidad pública previstos en el art. 368 inc. 2 del CPE; y delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 del CPE.

1. Órgano competente y acumulación de funciones procesales

En los juicios rápidos, la competencia para dictar sentencia de conformidad no corresponde al órgano de enjuiciamiento sino al de instrucción⁴⁶. Concretamente al Juez de Instrucción, cuando se adopte en el seno de unas diligencias previas⁴⁷ o al Juez de Guardia en el supuesto de que la conformidad tenga lugar dentro de las diligencias urgentes de los juicios rápidos según lo dispuesto en el art. 801 de la LECrim. En todo caso, algunos autores consideran que la competencia no queda del todo delimitada, porque la ley está confundiendo al órgano de la jurisdicción y una de las funciones que éste, eventualmente, puede cumplir⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. LOPJ art. 87. 1 a) y b).

⁴⁷ Cfr. LECrim art. 779.1.5.^a.

⁴⁸ Así, *vid.* J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., pág. 1244: «La confusión entre órgano y función crea innumerables cuestiones que quedan, debido a ello, muy confusas en la regulación legal. Las funciones de guardia de un Juzgado varían de unos lugares a otros: pueden durar 24 horas, una semana, o ser permanentes, por lo que la determinación de cuándo puede prestarse la conformidad es indeterminada».

La competencia asignada a los Juzgados de Instrucción para dictar sentencia de conformidad –cuando cumplan funciones de guardia– es uno de los aspectos más controvertidos de la reforma que introdujo los juicios rápidos⁴⁹. Así, se suscitó la duda de si la previsión incluida en el art. 801 LECrim, mediante la que se atribuye al Juez de Guardia la competencia para dictar sentencia en un proceso penal en el que ese Juez ha actuado como instructor, resulta o no compatible con la garantía relativa a la imparcialidad objetiva del Juez.

Esta innovación, de la LO 8/2002 y la Ley 32/2002, sin embargo, no parece ir en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Juez imparcial, pues este Tribunal, a partir de la sentencia 106/1989, de 8 de junio, matizó su jurisprudencia en el sentido de que la asunción de actos instructorios por el órgano encargado de dictar sentencia no implica necesariamente su pérdida de imparcialidad objetiva⁵⁰.

A nuestro modo de ver, la confusión en un órgano de la jurisdicción de dos de las funciones procesales básicas implica no sólo el quebrantamiento de la imparcialidad objetiva del Juez sino la estructura

⁴⁹ Vid. F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 309: «En el juicio rápido, la ley parece empeñada en favorecer la conformidad del imputado a toda costa [...] Por eso la ley ha traspasado todos los límites previsibles. Haciendo malabarismos con la garantía de separación de instrucción y fallo, ha habilitado al propio Juez de guardia para dictar sentencia de conformidad y decidir sobre la suspensión o sustitución de la pena privativa de la libertad».

⁵⁰ Así, algunos autores niegan la confusión de las funciones procesales básicas, a partir de argumentos de diversa índole, como por ejemplo T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, cit., pág. 317: «Recuérdese que el control es meramente jurídico y no afecta valoración fáctica alguna. De ahí, que con arreglo a la doctrina constitucional, no quepa reprochar pérdida de imparcialidad en el juez guardia que conoce inicialmente del proceso y resuelve acogiendo la conformidad». Aporta otro argumento M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «La conformidad en los juicios rápidos (II)», en: *La Ley (d)*, n.º 5969, 5 de marzo de 2004, pág. 5: «[...] no todo acto instructorio compromete la imparcialidad»; también, *cf.* J. M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ e I. RIAÑO BRUM, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 516.

misma acusatoria del proceso penal⁵¹. Por más que se trate de matizar el asunto, sosteniendo que el acusador es el MF y que la verdad surge de un acuerdo entre las partes, dichos argumentos no hacen más que profundizar la brecha que separa esta disposición normativa de los principios del Estado social de Derecho. Si la sentencia en los eventos de conformidad premiada de los juicios rápidos pretende ostentar al carácter de jurisdiccional, el órgano encargado de decidir de fondo sobre el objeto del proceso penal no puede haber participado en las funciones de instrucción⁵².

2. Requisitos de validez

La LECrim por medio de su art. 801 establece los requisitos para que pueda dictarse sentencia de conformidad por el Juez de Guardia. Estos requisitos, al igual que en la metodología empleada en el procedimiento abreviado, pueden ser clasificados en objetivos y subjetivos.

A. Requisitos objetivos

La validez de la conformidad en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, se encuentra legalmente condicionada al cumplimiento de determinados requisitos de carácter objetivo. Así, en primer lugar, los hechos objeto de acusación debe ser calificados como delitos castigados con pena de hasta tres años de prisión,

⁵¹ Asimismo, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 567.

⁵² Vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., pág. 1705: «Junto a esta vertiente [la subjetiva], existe otra de carácter objetivo que se dirige a comprobar si existen garantías suficientes que excluyan toda posible duda de parcialidad. Es precisamente en esta vertiente objetiva en la que se han basado las sentencias del TEDH, dado que en esta materia reiteradamente ha indicado el Tribunal, que hasta las apariencias revisten importancia, pues es preciso alejar toda duda que impida que los Tribunales, en una sociedad democrática, inspiren confianza. Mantiene por tanto, la teoría de la apariencia. Esta fue la fundamentación que, en el importante caso DE CUBBER [STEDH 26 octubre 1984 (TEDH, 1984,16)], llevó al Tribunal a considerar violatorio del Convenio el ejercicio sucesivo de las funciones de Juez instructor y Juez de fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa».

con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años⁵³. Un segundo requisito indica que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión⁵⁴.

El primero de los requisitos objetivos señalados evidencia que esta figura se reserva para delitos de menor gravedad, cuyos autores podrán beneficiarse de las ventajas que la norma prevé para este tipo de conformidad⁵⁵. El segundo de los requisitos encuentra su justificación en que dicha cantidad de pena es precisamente la requerida por el CPE tanto para la suspensión de la pena impuesta, como para la sustitución de la pena privativa de libertad⁵⁶.

En cuanto a las partes que pueden intervenir dentro de dicha especie de conformidad, puede decirse, en tercer lugar, que la LECrim establece dos modalidades en su art. 801. Así, dispone este precepto lo siguiente: en la primera hipótesis que allí se regula se requiere que no se constituya la acusación particular y que el MF presente escrito de acusación en el acto⁵⁷. Con todo, si se ha constituido acusación particular, entonces será necesario que se den las condiciones contenidas en el art. 801.5 de la LECrim, esto es, que el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones.

⁵³ *Cfr.* LECrim art. 801.1.2º.

⁵⁴ *Cfr.* LECrim art. 801.1.3º.

⁵⁵ Ello, en armonía con la Recomendación n.º R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación del proceso penal, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987 y las propuestas emanadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal en su decimoquinto congreso celebrado en Río de Janeiro durante los días 4 a 10 de septiembre de 1994.

⁵⁶ *Cfr.* CPE arts. 80.1 y 88.1.

⁵⁷ *Cfr.* LECrim art. 801.1

Lo anteriormente expuesto obliga a distinguir ambos tipos de conformidad. En relación con la conformidad sin acusación particular resulta interesante destacar de su régimen que ésta requiere que el Juez de Guardia haya dictado previamente el Auto de apertura del Juicio Oral⁵⁸, y que el MF, que ha de estar presente en la comparecencia prevista en el art. 800, habrá de formular acusación, oral o escrita. En todo caso, si la acusación ha sido oral, ha de documentarse en el acta pertinente; y a la vista de la acusación formulada, el acusado, asistido de su letrado, podrá en el mismo acto prestar su conformidad. Finalmente, el Juez de Guardia ha de homologar esta conformidad, teniendo en cuenta de manera previa el examen de todos los requisitos estipulados en el art. 801 de la LECrim.

En caso de que el MF no presente en el acto su escrito de acusación, deberá el Juez suspender la comparecencia y requerir que, por su superior jerárquico, se deduzca la acusación en el plazo de dos días. Si dicho escrito se presentara en el plazo indicado, el Juez reanudará la comparecencia en la que la defensa podrá manifestar su conformidad con esta acusación escrita⁵⁹. Si el MF no presenta la acusación en el plazo indicado, el Juez, habrá de dictar auto de sobreseimiento libre.

Pero si la defensa ejercitara su derecho a la concesión de un plazo no superior a cinco días para presentar su escrito, según lo dispone la LECrim en su art. 800.2. párr. segundo, ya no podrá realizarse esta conformidad premiada, pues el indicado precepto hace referencia a un escrito de defensa contradictorio, que habrá de ser presentado ante el Juez de lo Penal, quien podrá aceptar la conformidad prevista en el art. 787, esto es la del procedimiento abreviado, pero no la del art. 801. Esta última especie de conformidad conlleva una serie de *premios punitivos* que sólo pueden ser

⁵⁸ Cfr. LECrim arts. 800.2 y 801.1.

⁵⁹ Cfr. LECrim art. 800.5.

aplicados dentro del juicio rápido en desarrollo de las diligencias urgentes, cuya competencia está radicada exclusivamente en el Juez de Instrucción con funciones durante la Guardia.

Respecto de la conformidad donde se encuentra presente la acusación particular, vale decir que en el apartado 5 del art. 801.1 de la LECrim, se contempla la posibilidad para que el acusado preste su conformidad en el escrito de defensa con la más grave de las acusaciones⁶⁰. Si se produce esta eventualidad, el Juez de Guardia suspenderá la comparecencia, procediendo a continuación a citar tanto al MF como a la acusación particular personada a su reanudación, en un plazo no superior a dos días. A esta citación habrán de acudir ambas acusaciones con sus escritos de acusación.

B. Requisitos subjetivos

Los requisitos subjetivos no se encuentran expresamente consignados en el art. 801.1 de la LECrim. Por tanto, se hace necesario acudir supletoriamente a lo regulado por la LECrim en su art. 787; así, en este aspecto, vale reiterar lo que ya se anotaba en relación con el juicio abreviado. Con todo, cabe destacar la crítica que hace la doctrina en cuanto a la premura a la que puede verse sometido el acusado para decidir si se conforma con la pretensión punitiva presentada en su contra⁶¹.

⁶⁰ Vid. V. GIMENO SENDRA, *Manual de derecho procesal penal*, cit., pág. 491: «[...] es decir, las partes acusadoras habrán de comparecer con la conformidad ya “negociada”, lo que permite encuadrarla dentro de los negocios “jurídicos procesales”».

⁶¹ Vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., pág. 1240: «Al acusado se le concede muy poco tiempo para decidir si acepta la conformidad y, con ella, una rebaja tan importante de pena; pero tal plazo puede variar de unos lugares a otros, e incluso, dependerá de que el acusado sea presentado al inicio de la guardia o que lo sea cuando la guardia esté terminando».

3. Consecuencias de la conformidad ante el Juez de Guardia

La conformidad prestada ante el Juez de Guardia es la más clara manifestación del Derecho pena premial existente en el ordenamiento jurídico español. Esta conformidad implica que la pena sea reducida automáticamente en una proporción fija de una tercera parte⁶². Además, en la sentencia, el Juez deberá disponer sobre la suspensión o sustitución de la pena privativa de la libertad.

La rebaja punitiva que concede la ley procesal en virtud de esta conformidad es la consecuencia jurídica más importante que se ha introducido en los últimos tiempos en el ordenamiento español. A todas luces, es una clara muestra de la influencia del *plea bargaining* norteamericano, en el cual, so pretexto de acelerar el proceso penal, se elimina tanto la instrucción como el juicio bajo el cuestionable estímulo de una rebaja punitiva automática. De esta manera la LECrim establece en el art. 801 que una vez prestada por el acusado su conformidad según los requisitos exigidos por el precepto citado, el Juez de Guardia debe imponer la pena solicitada por la acusación reducida en un tercio. Esta reducción de un tercio de la pena no sólo resulta aplicable a las penas privativas de libertad, sino que también afecta a las penas de distinta naturaleza, siempre que se respeten los límites punitivos previstos en el artículo 801 de la LECrim.

Vale destacar, como lo hiciera en su momento la STS de julio 12 de 2006, que esta rebaja punitiva ha supuesto una autentica modificación por vía indirecta del CPE al permitir, a modo de atenuante privilegiada –con una eficacia especial– la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación. Ello, precisamente, fue lo que determinó la necesidad de conferir

⁶² Cfr. LECrim art. 801.2.

al art. 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de Ley.

Algún sector de la doctrina reclama un tratamiento punitivo idéntico para quienes se conforman ante el Juez de lo Penal, porque vislumbran en tal diferenciación un tratamiento desigual que podría ser contrario a la CE⁶³. Manifestando que coincidimos con dicho planteamiento, hemos de reconocer que esa es quizá la característica más visible de los procedimientos que acogen el modelo del *plea bargaining*. En efecto, este tipo de procedimientos lo que buscan es la imposición de una pena, más allá de cualquier consideración relativa al grado de injusto o de culpabilidad de la conducta delictiva cometida. Los fundamentos materiales de la intervención punitiva se ven desplazados por los argumentos de tipo económico. Las razones del legislador para conceder esta atenuación punitiva no tienen en consideración los fines de la pena sino unos objetivos marcadamente económicos que buscan alentar la productividad de los recursos que se destinan a la administración de justicia. Ahí queda una muestra tangible de cómo los principios van cediendo ante las demandas del eficientismo punitivo.

En lo que toca con la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, debe resolverse lo procedente en la misma sentencia de conformidad que dicta el Juez de Guardia, quien deberá fijar todas las condiciones de suspensión o sustitución. La ejecución de la sentencia corresponde al Juez de lo Penal. Esta división entre el proferimiento de la sentencia de conformidad y su ejecución viene orientada por la finalidad de evitar una sobrecarga de funciones en los órganos instructores, pues ello llevaría a su eventual colapso. Además, a nuestro modo de ver, esto también

⁶³ Así, por ejemplo, R. FUENTES DEVESA, «Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia», en: *La Ley (d)*, n.º 5794, 3 de junio de 2003, pág. 8.

comportaría una ampliación de competencias de dudosa factura constitucional.

Es importante destacar que en el ámbito de los juicios rápidos el condenado no queda exento del cumplimiento de los requisitos que en los arts. 81 y 88 del CPE se exigen para acordar la suspensión o sustitución de la pena. El acuerdo entre las partes no está legitimado por la ley para disponer sobre estos extremos, razón por la cual esto sería improcedente⁶⁴.

En ese sentido, debe entenderse que el art. 801.3 de la LECrim establece ciertas precisiones sobre algunas de las condiciones que prescribe el CPE⁶⁵. Así, en primer lugar, el art. 801.3 hace depender la suspensión de la pena privativa de libertad del compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije. Si se tiene en cuenta que el CP dispone en su art. 81.3 –dentro de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la pena– la satisfacción de las responsabilidades civiles que se hayan originado, es evidente que la regulación de la LECrim al respecto comporta una morigeración de las mismas. Así, pues, la ley procesal penal concede la posibilidad de realizar el pago de la indemnización diferido en el tiempo. Es claro además, que si el condenado no tiene la solvencia económica no se le podrá negar este sustitutivo penal, como lo dispone el CPE reivindicando el *favor libertatis*.

El condenado asume una serie de compromisos que debe cumplir durante el tiempo de suspensión de la condena, según lo establece el art. 84

⁶⁴ Asimismo, M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «La conformidad en los juicios rápidos (II)», cit., pág. 3.

⁶⁵ Sobre ello, *cfr.* M. DEL P. MARTÍN RÍOS, «La conformidad en los juicios rápidos (II)», cit., pág. 3.

del CP. Ante el incumplimiento de los mismos, la consecuencia jurídica procedente es el cumplimiento efectivo de la pena impuesta.

Igualmente, para proceder al otorgamiento la suspensión o la sustitución de la pena, cuando el delito haya sido cometido a causa del uso o dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos⁶⁶, el Juez de Guardia le otorgará al condenado un plazo prudencial para obtener la certificación emitida por un centro público o privado, en la cual se acredite que aquel se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. Llama la atención varias cosas: en primer lugar, esta regulación comporta una nueva relajación de la ley procesal frente a la ley sustantiva, ya que ésta exige haber certificado suficientemente la deshabitación o el tratamiento⁶⁷. También resulta llamativo, pero desde una perspectiva material, que el CPE en su art. 20.2 considere una causal de exención de la responsabilidad penal el haber cometido la infracción penal en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; y sin embargo, a la persona que comete la conducta en esas circunstancias no sólo se le condena sino que eventualmente se le puede negar la concesión de los substitutivos penales. Con ello se confirma el planteamiento crítico frente a la conformidad negociada, según el cual ésta comporta el aniquilamiento de las bases jurídicas de imputación establecidas en la parte sustantiva del Derecho penal⁶⁸.

En cuanto a la sentencia de conformidad, el art. 801.2 de la LECrim, dispone que el Juez de Guardia controlará la conformidad de acuerdo con el

⁶⁶ *Cfr.* CPE art. 20.2.

⁶⁷ *Cfr.* CPE art. 87.1.

⁶⁸ *Cfr.* J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, cit., págs. 77 y 79.

art. 787 –según lo que ya hemos planteado frente al procedimiento abreviado– y en su caso, dictará oralmente la sentencia de conformidad, en la que impondrá la pena reducida en un tercio, aunque la pena impuesta sea inferior al límite mínimo fijado por el CPE. Si el MF y las partes personadas manifestasen su decisión de no recurrir, el Juez de Guardia en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

Para finalizar, es bueno destacar que el art. 801.4 dispone que una vez dictada la sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a las que se refiere este artículo en su apartado 2, el Juez de Guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario judicial, seguidamente, las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará con su ejecución.

IV. EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

En la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 22 de mayo de 1995, la conformidad se encuentra regulada como una de las formas en que procede la disolución del jurado. En efecto, el art. 50 de la citada ley determina que procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite la pena de mayor gravedad. De allí puede concluirse que primero ha de constituirse el jurado para luego proceder a su disolución en virtud de la conformidad alcanzada⁶⁹. Ello es una diferencia notable con la regulación

⁶⁹ Así lo considera, J. A. TOMÉ GARCÍA, «Art. 50 LOTJ: Disolución del jurado por conformidad de las partes», en: A. DE LA OLIVA SANTOS (Coord.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pág. 494.

que se hace de la conformidad en los procedimientos ordinario y abreviado, porque en éstos la conformidad se puede alcanzar en los escritos de calificación provisional.

Si uno de los fundamentos de la conformidad es el ahorro de recursos, no se entiende que en la LOTJ haya que esperar a la conformación del jurado para luego proceder a su disolución⁷⁰. Una solución para esta situación sería la aplicación por vía analógica de las normas existentes en la LECrim referidas a las diferentes modalidades de conformidad que allí se reglamentan, en especial las que tienen que ver con el juicio abreviado y los juicios rápidos⁷¹. El argumento que presenta la doctrina para sustentar esta solución parte de considerar que tanto el reconocimiento de los hechos como la conformidad con la calificación se produciría ante el Juez de Instrucción y no ante al Magistrado-Presidente, con lo cual no se presentaría un desbordamiento de las competencias de aquel órgano jurisdiccional. El inconveniente que surge de dicha solución es que la LOTJ sólo alude a la conformidad durante el acto del juicio oral, de donde se desprende que no serían equiparables las etapas procesales, de cara a la aplicación analógica de las normas sobre la conformidad en el trámite de la calificación. Pero, se reitera, ello no debe ser óbice para que se tenga en cuenta la manifestación de voluntades de las partes durante la calificación, ya que en todo caso aquella se presenta luego de haberse adelantado la

⁷⁰ Esta ubicación de la figura es considerada desafortunada, por no avenirse la misma con los fines que buscan imprimirle celeridad y economía al proceso penal; así, V. GIMENO SENDRA, *Comentarios prácticos al nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, Colex, 1996, pág. 273.

⁷¹ En el mismo sentido, F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, cit., pág. 311, y J. MONTERO AROCA, J.-L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO y S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional III...*, cit., pág. 288. En contra de la aplicación de la regulación prevista para el procedimiento abreviado se manifiesta I. SERRANO BUTRAGUEÑO, «*El juicio oral ante el Tribunal del Jurado*», en: A. PÉREZ-CRUZ MARTÍN *et al.*, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Granada, Comares, 1996, pág. 211.

instrucción, con lo cual resultan idénticas las bases cognitivas de la decisión de las partes.

Vistas así las cosas, la conformidad en la audiencia ante el Tribunal del Jurado puede presentarse mediante manifestación en el escrito de defensa según los arts. 655 y 784.3 de la LECrim, el cual deberá ser ratificado oralmente en la vista. También puede darse la conformidad cuando el acusado responde afirmativamente a la pregunta que le hace el Magistrado-Presidente sobre si acepta o no la responsabilidad de acuerdo a la acusación; ello obviamente por aplicación analógica del inciso segundo del art. 688 de la LECrim. La tercera modalidad, que sería la regulada propiamente por la LOTJ en su art. 51, puede darse de dos formas, así: manifestado la defensa su conformidad con el escrito que solicite la pena de mayor gravedad o realizando la presentación de un escrito común aceptado por todas las partes. Vale anotar que esta última forma de conformidad tiene unas características que la igualan a la del procedimiento abreviado, ya que en esta las partes acusadoras, en conjunto con la defensa, elaboran un escrito fruto de una negociación⁷².

Evidentemente, según el art. 50.1 *in fine* de la LOTJ el ámbito de la conformidad en esta actuación está limitado para aquellos delitos en los cuales la pena solicitada no exceda de los seis años de privación de la libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos⁷³.

⁷² Asimismo, J. A. TOMÉ GARCÍA, «Art. 50 LOTJ: Disolución del jurado por conformidad de las partes», cit., pág. 495.

⁷³ Con todo, hay quienes fijan la procedencia de esta conformidad únicamente frente a penas que no superen los tres años de prisión; *vid.* M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso...*, cit., pág. 331: «Finalmente, subrayar que el límite previsto en el art. 50.1 *in fine* LOTJ nos seguiría pareciendo excesivo, si no fuera porque, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal, el mismo debe entenderse referido a pena de prisión no superior a tres años».

Como la ley no precisa en qué momento del juicio oral ha de manifestarse la conformidad, puede entenderse que esto debe ocurrir antes de proceder a la práctica de pruebas⁷⁴. Esto, pues, si hacemos una remisión a los arts. 688 y siguientes de la LECrim. Aunque algún sector de la doctrina estima procedente la conformidad posterior a aquel momento, concretamente en la contestación al informe de las conclusiones definitivas de la acusación⁷⁵.

El inciso segundo del artículo de la LOTJ que se viene comentando, dice que el Magistrado-Presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes. Esto genera un equívoco en cuanto a la vinculación del funcionario decisor con la conformidad presentada. Si ésta es realizada con el escrito de calificación que contenga la pena más grave, lo normal es que la decisión jurisdiccional esté limitada en cuanto a la pena imponible por este *quantum*. Si la conformidad proviene de un escrito conjunto, se trata de una conformidad sobre los hechos, en razón de lo cual el Magistrado-Presidente puede proceder a su calificación para determinar la pena en consecuencia⁷⁶. Esta posición es criticada porque –según consideran algunos autores– la ley está ampliando de esa manera la órbita de disposición judicial, en demérito de lo conformado por las partes.

⁷⁴ Así, M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso...*, cit., págs. 327 y ss.

⁷⁵ Vid. I. SERRANO BUTRAGUEÑO, «*El juicio oral ante el Tribunal del Jurado*», cit., págs. 210 y 211: «Ello se hace posible gracias a que en los juicios por jurados los acusados se encontrarán situados junto a sus defensores y respondería a la finalidad de ahorrar al Jurado sus deliberaciones y veredicto, si la prueba de cargo hubiera resultado contundente. Esta tesis introduciría un nuevo momento para la conformidad y exigiría que el Magistrado-Presidente ofreciera la oportunidad a las partes para alcanzarla, simplemente acordando una breve suspensión antes del trámite de las conclusiones definitivas». En el mismo sentido, cfr. V. GIMENO SENDRA, *Comentarios prácticos...*, cit., pág. 273; ID., *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2008, pág. 397; en contra, cfr. L. A. DE DIEGO DíEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pág. 550.

⁷⁶ Así lo consideran, J. M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ e I. RIAÑO BRUM, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 615: «[...] la especialidad que presenta la LJ es que el Juez no queda vinculado con el objeto del proceso conformado, sino sólo con relación a los hechos admitidos»; L. A. DE DIEGO DíEZ, *La conformidad del acusado*, cit., págs. 556 y ss.; y M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso...*, cit., pág. 335.

Entienden, quienes esto critican, que al igual que ocurre con el art. 655 de la LECrim, el Magistrado-Presidente debe tener limitada su competencia decisoria por la imputación y la consecuencia jurídica acordada por las partes, sin perjuicio de que pueda proceder a una disminución de la pena e incluso absolver al acusado por estimarlo ajustado a derecho⁷⁷.

Con todo, la ley afirma claramente que el Magistrado-Presidente no quedará vinculado a la conformidad alcanzada cuando entienda que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de atenuación. En esos eventos, no disolverá el jurado y, previa audiencia de las partes, someterá a la consideración de aquél el objeto del veredicto por escrito. Llama la atención que la ley no le otorgue el poder al funcionario judicial de resolver autónomamente sobre la inexistencia de responsabilidad penal, sino que su decisión debe ser avalada por el jurado⁷⁸.

Sobre los demás extremos no regulados expresamente en la LOTJ, es válido aplicar por vía analógica lo dispuesto por la LECrim en las hipótesis asimilables, como la conformidad parcial de los acusados, la no aceptación

⁷⁷ Así, por ejemplo, J. A. TOMÉ GARCÍA, «Art. 50 LOTJ: Disolución del jurado por conformidad de las partes», cit., pág. 497.

⁷⁸ Así también, J. A. TOMÉ GARCÍA, «Art. 50 LOTJ: Disolución del jurado por conformidad de las partes», cit., pág. 498: «Entendemos que ello se debe a que, en definitiva, es el Jurado quien tiene que declarar probados o no los hechos que puedan determinar la estimación de una causa de exención u atenuación de la responsabilidad. Sin embargo, parece claro que nada tiene que decir el Jurado sobre si los hechos aceptados por las partes son o no constitutivos de delito, y que, por tanto, dándose este supuesto, lo lógico es que el Magistrado-Presidente procediera directamente a dictar sentencia absolutoria (hay que reconocer, no obstante, que será muy difícil que, estando tan avanzado el procedimiento, puedan surgir dudas acerca de si los hechos son o no constitutivos de delito, máxime cuando el propio Magistrado-Presidente, en el auto de hechos justiciables, determinó el delito que los hechos justiciables constituían –cfr. art. 37, e) LOTJ–)».

de la responsabilidad civil⁷⁹, o los requisitos subjetivos exigidos en relación con el conocimiento y voluntariedad respecto de la conformidad.

V. EN EL PROCESO PENAL DE LOS MENORES

También en el proceso penal de los menores tiene cabida la conformidad. Hay que recordar que en dicho procedimiento, regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, la instrucción es adelantada por el MF quien además ejerce como el acusador estatal. Todo ello sin perjuicio de la eventual participación del acusador particular⁸⁰. Esta es una institución que ha venido tomando auge progresivamente, al punto que la mayoría de procesos penales adelantados contra menores terminan por esta vía. Así lo indica un estudio que analiza los asuntos dirimidos en los últimos cinco años de vigencia de la Ley 4/1992 y el primero de la Ley Orgánica 5/2000⁸¹.

El proceso penal de los menores se encuentra revestido de una serie de garantías especiales, orientadas todas ellas hacia la protección integral del menor, lo cual no pasa inadvertido para la FGN al momento de ejercer su papel, especialmente en lo que tiene que ver con la conformidad⁸².

⁷⁹ Asimismo, M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso...*, cit., pág. 331.

⁸⁰ Cfr. LORPM art. 25.

⁸¹ Vid. O. GARCÍA PÉREZ (Dir.), *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch/Inst. Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2008, pág. 158: «Indudablemente el dato más llamativo es el elevadísimo número de resoluciones condenatorias con conformidad, que en el caso de la Ley 4/1992 asciende a 1514, lo que representa un 63.4% del total, y que en la Ley 5/2000 llega hasta los 258, lo que supone un 70.9% del total. En cambio, los supuestos de sentencia condenatoria sin conformidad tienen un peso muy escaso. En la Ley 4/1992 son 257 los casos, lo que entraña un 10.8% del total, mientras en la nueva regulación son 40, es decir, un 11%».

⁸² Vid. Circular número 1/2000 de la FGE, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de aplicación de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en: J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, s.i.e., 2001, pág. 547: «Conviene tener presente que en el proceso penal que afecta al menor, la conformidad, como manifestación del principio del

La conformidad puede presentarse en dos momentos diferentes de la actuación, siguiendo la estela del régimen general de la LECrim. Así, la conformidad puede darse frente al escrito de acusación más grave presentado durante la etapa intermedia o en la fase de audiencia.

La LORPM regula la conformidad dentro del Título IV, bajo la denominación genérica *Fase de Audiencia*. Evidentemente, la terminología empleada por el legislador no es del todo exacta, pues también denomina audiencia a lo que, en definitiva, comprende toda la etapa del juicio.

1. Conformidad en el escrito de alegaciones del letrado del menor

Según el art. 30 de la LORPM, acabada la instrucción, el MF resolverá la conclusión del expediente notificándosela a las partes personadas y remitirá aquél al Juzgado de Menores, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en la Ley, con la exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil. En el mismo acto propondrá el Ministerio Fiscal la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal.

Luego de esto, el Juez abre un trámite que la Ley denomina de audiencia, aunque en realidad esté haciendo referencia a toda la etapa de juzgamiento; por ello, esta alusión a la *audiencia*, no debe confundirse con

consenso, es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal».

el auto de apertura de audiencia, esta sí, propiamente dicha, del art. 34. Del escrito presentado por el Fiscal se dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formulen a su vez escrito de alegaciones y proponga las pruebas que consideren pertinentes. Este es el momento en que puede producirse la conformidad. Hay que tener presente que el denominado *escrito de alegaciones del Fiscal* es un auténtico escrito de calificación provisional o de acusación, y presenta un contenido similar a lo que para estos dispone la LECrim en su art. 650. Con el citado escrito se hace efectivo también el derecho fundamental que tiene todo acusado a ser informado de la acusación formulada contra él. En el mismo sentido, hay que recordar que el escrito de alegaciones presentado por el letrado del menor viene a ser lo que en el proceso de adultos es el escrito de defensa.

Si en el escrito de alegaciones la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del art. 36, éste dictará sentencia sin más trámite⁸³. Así pues, se excluye la posibilidad de conformidad del menor frente a las medidas que implican internamiento, como son las que se establecen en la norma antes citada, pero entre los literales a) y d), así: a)

⁸³ Vid. V. GIMENO SENDRA, «El proceso penal de menores», en: *La Ley (d)*, n.º 5386, 01 de octubre de 2001, pág. 3: «Se trata, como puede observarse, de una conformidad “vinculante” para el Juez, quien no podrá dejar de dictar la medida solicitada por el Ministerio Fiscal y aceptada por la defensa, ni sustituirla por otra sobre la que no verse esta conformidad».

internamiento en régimen cerrado, b) internamiento en régimen semiabierto, c) internamiento en régimen abierto, y d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto⁸⁴.

Aunque la ley no lo diga expresamente, algún sector de la doctrina sostiene que esta conformidad también puede ser negociada con la Fiscalía y el acusador particular, para lo cual todas las partes habrían de suscribir un escrito de alegaciones⁸⁵.

A. Requisitos

Dicho lo anterior, hay que destacar los requisitos necesarios para la procedencia de la conformidad en la LORPM. En primer lugar se requiere que en el escrito de alegaciones el Fiscal solicite la imposición de una

⁸⁴ Vid. LORPM art. 7: «Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes: a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro. c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias [...]».

⁸⁵ Así lo sostiene, por ejemplo, S. CALLEJO CARRIÓN, «El principio de oportunidad en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», cit., pág. 6.

medida prevista en las letras e) a ñ) del apartado 1 del art. 7, es decir, que se trate de medidas diferentes al internamiento en sus diversas modalidades, como las que se encuentran previstas en las letras a) a d). De esta manera, se excluye la conformidad que recaiga sobre una medida de internamiento para el menor. Con todo, vale aclarar que dicha exclusión no se presenta en el art. 36 de la LORPM cuando se refiere a la conformidad en la audiencia.

Otro requisito exige la presencia de un acuerdo entre el menor y su letrado. Por tanto, cualquier discrepancia al respecto imposibilita el arribo a la conformidad, siguiéndose en consecuencia con el trámite ordinario del proceso, a excepción de lo relativo a la responsabilidad civil en cuyo caso la discusión en la audiencia sólo versará sobre este objeto accesorio. Con este presupuesto, el legislador reivindica el derecho a la defensa técnica, a la vez que asegura la mejor protección y defensa de los intereses del menor, que al estar asesorado por su letrado, acredita al menos indiciariamente, un mejor conocimiento de la situación en que se encuentra y de las consecuencias derivadas de su aceptación de los hechos.

Lo que resulta cuestionable es que a los representantes del menor la ley no los faculte expresamente para expresar dicho consentimiento. Aunque la responsabilidad penal es personal, resulta claro que cuando menos aquellos representantes tendrán algo que decir frente a la responsabilidad civil subsidiaria que eventualmente se les impute como consecuencia de la conformidad. La oportunidad que tendrán para ello será la audiencia donde se sustanciará la actuación practicándose la prueba propuesta para determinar el alcance de la responsabilidad civil. En todo caso, no deja de sorprender que la ley civil considere al menor un incapaz para realizar actos jurídicos⁸⁶ y sin embargo otra parcela del ordenamiento

⁸⁶ *Vid.* CCE, art 162: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º. Los actos

le faculte para prestar su consentimiento en relación con consecuencias jurídicas de raigambre punitivo.

La ley exige, en tercer lugar, que la conformidad del menor sea expresada en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos establecidos en el art. 36 de la LORPM. No hay que olvidar que la conformidad se expresa en el escrito de alegaciones que presenta el letrado del menor. De este modo, el legislador pretende que se lleve a cabo una ratificación formal ante el Juez de Menores y dicha ratificación ha de tener lugar en comparecencia. A no dudarlo, se trata de una diligencia alternativa a la audiencia del juicio oral, si se tiene en cuenta que el Juez de Menores debe dictar sentencia sin más trámite y lo que se busca es imprimir celeridad a la actuación⁸⁷. Además el art. 33 de la LORPM dice que en los casos no previstos en el artículo anterior el Juez podrá optar, entre otras cosas por ordenar la celebración de la audiencia. Así pues, si el art. 32 menciona una comparecencia es claro que ello está regulado expresamente en detrimento de la celebración de una audiencia⁸⁸. Nada dice la ley ante una eventual retractación del menor o de su defensor de la conformidad manifestada con anterioridad. Por nuestra parte, consideramos que en ese caso debe continuarse el trámite ordinario de la actuación procesal penal.

relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

⁸⁷ Asimismo, *cfr.* V. GIMENO SENDRA, «*El proceso penal de menores*», cit., pág. 3.

⁸⁸ *Vid.* Circular número 1/2000, de la FGE, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en: J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *Memoria elevada al Gobierno...*, cit., pág. 548: «En tales casos, habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el Juez la concurrencia de los presupuestos que impone el artículo 32 acerca de la naturaleza y límites de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto se emancipe cronológicamente respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia».

2. Conformidad en la fase de audiencia

La conformidad en la LORPM también puede darse durante la audiencia. Los estudios estadísticos realizados sobre la aplicación de la conformidad durante el primer año de vigencia de la LORPM demuestran que esta es la hipótesis más utilizada⁸⁹.

Según lo dispone la LORPM en su art. 36, al comienzo de la audiencia del juicio oral el secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas solicitadas por el MF y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. Seguidamente el Juez le preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el MF. Con ello se trata de asegurar el pleno conocimiento por el menor del alcance de lo que se ventila en la audiencia, para que pueda, aceptándolo, evitar el desarrollo del juicio.

El juez, acto seguido, le preguntará si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con la medida solicitada por el Fiscal. Si mostrase su conformidad con ambos extremos, oído el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia. Y si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de audiencia solo en lo relativo a éste último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más

⁸⁹ Vid. O. GARCÍA PÉREZ (Dir.), *La delincuencia juvenil...*, cit., pág. 157: «Pues bien, de acuerdo con la configuración que en la nueva regulación tiene la conformidad, en un 7.4% de los casos se llega a ésta a través de la comparecencia prevista en virtud de los arts. 32 y s. y en un 63.2% por medio de la contemplada al inicio de la audiencia».

adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

Cuando el menor o la persona, o personas, contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.

Visto lo anterior, es claro que la conformidad de la LORPM no se aparta demasiado de la contemplada en el procedimiento abreviado ya que ésta se ha de proyectar sobre los hechos y las medidas, y requiere que su letrado no formule observación discordante. Sin embargo, hay que destacar que en este evento es posible una conformidad parcial, limitada a la imputación fáctica. En ese caso, como ya lo hemos visto, la ley dispone la continuación de la audiencia para la determinación de la medida. Así pues, resalta la importancia que la ley le otorga a la participación del menor en la búsqueda de una solución consensuada al conflicto delictivo.

En esta especie de conformidad la ley no impone límites sobre la medida aplicable al menor, mientras que en la hipótesis regulada en el art. 32 de la LORPM la medida en ningún caso podía ser de internamiento. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la conformidad celebrada durante la audiencia del juicio oral el Juez no queda vinculado a la voluntad de las partes, mientras que en la otra conformidad sí. Lo que no queda claro es por qué el menor puede presentar su disconformidad con la medida planteada en la hipótesis del art. 36, sugiriendo luego la imposición de una medida según su criterio y no pueda conformarse con las medidas de internamiento según el art. 32. En todo caso el Juez, al igual que en el proceso penal de adultos, podrá recorrer, con independencia del *quantum* de sanción

solicitado por el MF, la duración de la medida en toda su extensión, pudiendo llegar, incluso, a la absolució⁹⁰.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que para la elección de la medida o medidas adecuadas, según lo dispone la LORPM en el art. 7.3, tanto el MF como el defensor del menor y el Juez, deberán atender de modo flexible, no sólo a la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de presente los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma emitidos conforme al art. 27 de la LORPM.

Así pues, el Juez de Menores tiene la facultad de realizar el control de toda la actuación a la luz del criterio del interés superior del menor y en ese sentido deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma⁹¹.

3. Sentencia e impugnación

La LORPM no establece un régimen especial referido a la sentencia, a su eventual impugnación o su ejecución. Así pues, hay que buscar la regulación en el trámite ordinario del proceso penal de los menores.

Dentro de los cinco días siguientes desde aquel en que finalizó la audiencia, el Juez de Menores dictará sentencia. Si es en virtud de la conformidad del art. 32, la sentencia acogerá la conformidad presentada en el escrito de calificación presentado por la defensa. Si la sentencia tiene

⁹⁰ Así, V. GIMENO SENDRA, «*El proceso penal de menores*», cit., pág. 3.

⁹¹ Así, J-F. HIGUERA GUIMERÁ, *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003, pág. 353.

fundamento en una conformidad celebrada durante la audiencia del juicio oral, el Juez resolverá en ella sobre la medida aplicable según lo hemos ya expuesto. En la sentencia, el Juez también podrá disponer lo pertinente para la suspensión del fallo si se dan los presupuestos establecidos en el art. 40 de la LORPM.

Frente a la sentencia dictada por el Juez de Menores cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Si fue dictada por el Juzgado Central de Menores, resolverá la segunda instancia la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según lo dispone el art. 41.1 de la LORPM. Debe considerarse que la ley no establece expresamente sobre qué objeto puede recaer la sentencia tratándose de una conformidad. Con todo, ateniéndonos a la regulación del procedimiento abreviado y a las sentencias del Tribunal Supremo sobre este punto⁹², estimamos que por vía supletoria es aplicable la disposición contenida en el art. 787.7 de la LECrim, esto es, que únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente aceptada.

Sin perjuicio de lo anterior, la LORPM establece en su art. 42 la posibilidad de recurrir en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el art. 10 de la LORPM. Este recurso extraordinario tendrá por objeto la unificación de la doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan

⁹² Cfr. STS, de julio 12 de 2006.

dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

Finalmente, digamos que el control de la ejecución de la sentencia corresponde al Juez de Menores que la haya dictado. La ley le concede a este órgano la facultad de sustituir la medida durante su ejecución⁹³.

⁹³ *Cfr.* LORPM art. 51.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA VIGENTE

CAPÍTULO VII

LA CONFORMIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA VIGENTE

I. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, LEY 906/2004

El CPP de 2004 es quizá el cuerpo que más ha potenciado la institución de la conformidad dentro del ordenamiento colombiano. De hecho, bajo la influencia de los Estados Unidos, se reformó la CPCol de 1991 con la finalidad de adelantar las modificaciones estructurales a la Fiscalía que posibilitaran la introducción de un modelo procesal de carácter adversarial¹. Esta reforma procesal vino acompañada de una reforma al sistema de penas del CP: de esta manera se aumentaron las penas para todos los delitos de la Parte especial y se modificó el sistema de determinación de la pena en los eventos de conformidad². El aumento de penas se realizó con el objetivo de *estimular* o *seducir* –como dicen algunos autores³– la aceptación de responsabilidad penal renunciando al juicio, presentándole un panorama poco alentador al procesado en caso de ser condenado⁴. La modificación al sistema de determinación de la pena tuvo como finalidad buscar la flexibilidad de las negociaciones, sobre la pena a imponer,

¹ Cfr. L. E. NAGLE, «*Process issues of Colombia's new accusatory system*», cit., págs. 223-307, *passim*.

² Cfr. Ley 890/2004 arts. 14 y 3, respectivamente.

³ Así, F. J. SINTURA VARELA, «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», cit., pág. 87.

⁴ Cfr. Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal].

realizadas entre la Fiscalía y el procesado, más allá incluso de los acuerdos relativos a los cargos⁵.

La conformidad en el ordenamiento procesal colombiano procede frente a todo tipo de delitos –exceptuando lo dispuesto en el art. 199 del CIA–, situación que demuestra el afán de respuesta punitiva ante cualquier tipo de conflictividad social. En términos generales, la conformidad ha sido diseñada para ser aplicada frente a la mediana y gran delincuencia, buscando excluir de la persecución penal la criminalidad bagatelaria. Para los casos de delincuencia que comporten una mínima lesividad a los bienes jurídicos, la ley procesal dispone el archivo de las diligencias por parte de la Fiscalía⁶. En todo caso, la ciudadanía queda expectante y las más de las veces defraudada ante la respuesta punitiva que le vende el legislador penal.

1. Clases de conformidad

El CPP regula la conformidad dentro del proceso penal colombiano, fundamentalmente en los artículos 348 al 354, dentro de un título denominado *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. De esta denominación se infiere que los acuerdos también pueden presentarse en momentos anteriores a la presentación del escrito de acusación, con lo cual ha de tenerse presente la regulación sobre la aceptación de la imputación durante la audiencia preliminar, la cual se

⁵ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., págs. 137 y 138.

⁶ Vid. CPP art. 79: «*Archivo de las diligencias*. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación [...]»; también, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 18: «[...] no deben ser objeto de negociaciones y preacuerdos atentados o puestas en peligro leves, insignificantes o sin trascendencia social, estos conflictos sociales deben resolverse mediante el archivo por parte de la Fiscalía porque la conducta no tiene las características de un delito o a través de la solicitud al juez para precluir la investigación».

encuentra en los arts. 288 inc. 3 y 293 del CPP. Del mismo modo, ha de considerarse también la aceptación de la acusación manifestada durante la audiencia preparatoria y al inicio de la audiencia del juicio oral, según lo dispuesto en el CPP en sus arts. 356 num. 5 y 367 inc. 2.

Aunque la Fiscalía sea partidaria de sostener la existencia de un solo tipo de conformidad en el ordenamiento colombiano, a la cual se refiere genéricamente como *preacuerdos y negociaciones*⁷, lo cierto es que dicha institución presenta varias modalidades susceptibles de ser clasificadas a partir de la forma en que éstas se desarrollan. Así, pues, es posible hablar de una *conformidad simple* que consiste en la *aceptación de la imputación* o de la *acusación*, dependiendo del momento procesal en el cual se realice. Esta conformidad simple es equiparada por algunos autores a un allanamiento propio del proceso penal⁸. También se encuentra en el CPP la *conformidad negociada*, la cual se adecúa plenamente a lo que la ley procesal penal denomina como *preacuerdos y negociaciones*.

A. Aceptación de la pretensión punitiva

Esta consiste, en términos generales, en la aceptación total de la imputación, tanto fáctica como jurídica, presentada por la Fiscalía. La pretensión punitiva ha de tener fundamento fáctico que debe encuadrarse típicamente en un supuesto de hecho de la Parte especial del CP. De allí que sea correcto hablar de imputación fáctica e imputación jurídica. Según lo dicho, se concluye que la imputación jurídica incluye la imputación fáctica. Dentro de esta modalidad se encuentran abarcadas la aceptación de la

⁷ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 255.

⁸ Así también lo consideran J. F. MESTRE ORDÓÑEZ, «*La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano*», cit., pág. 27 y D. BAZZANI MONTOYA, «*La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad*», en: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2005, pág. 270.

imputación propiamente dicha, que se presenta en la audiencia de formulación de la imputación, y la aceptación de la acusación, que puede darse durante la audiencia preparatoria del juicio oral y al comienzo de la instalación de éste.

1) Durante la audiencia de formulación de imputación

Según el art. 286 del CPP, la formulación de la imputación es el acto a través del cual la FGN comunica a una persona su calidad de imputado en una audiencia que se lleva a cabo ante el Juez de control de garantías. En ese evento, el Fiscal deberá hacer la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Además, según lo dispone el CPP en su art. 288 inc. 2, el Fiscal debe hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información que tenga en su poder. Ante la formulación de la imputación que la Fiscalía realice en su contra, el imputado podrá optar por hacer un reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga⁹. Al tenor del art. 351 inc. 1 CPP, la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación comporta una rebaja que puede llegar hasta la mitad de la pena imponible. Esta aceptación puede producirse por iniciativa propia del imputado o por acuerdo con la Fiscalía; en este último caso, el acuerdo se consignará en el escrito de acusación. Queda claro, pues, que la aceptación de la imputación puede ser *simple* o *negociada*. En este acápite interesa realizar sobre el estudio de la primera modalidad, dejando la otra para ser

⁹ Cfr. CPP art. 283.

analizada en el espacio dedicado a los preacuerdos y negociaciones.

A primera vista, podría decirse que la forma de aceptación de la responsabilidad penal que se viene analizando comporta un allanamiento puro y simple, eventualmente equiparable a la conformidad regulada en el art. 655 de la LECrim. La gran diferencia estriba en que esta última se hace sobre un escrito de acusación, lo cual presupone el agotamiento de la etapa investigativa, mientras que en el CPP la aceptación se hace cuando esta etapa apenas comienza. Así las cosas, esta conformidad con la imputación tiene elementos que la identifican con el reconocimiento de los hechos de procedimiento abreviado que dan lugar a la continuación del proceso por la vía del juicio rápido, según lo regula la LECrim en su art. 779.1.5.^a. También tiene características que se asemejan al *guilty plea* norteamericano. La semejanza con la regulación del procedimiento abreviado español estriba en que ambas implican un reconocimiento de los hechos. La ley colombiana es clara cuando dispone que la formulación de la imputación tiene carácter fáctico y no jurídico¹⁰. Esta es, pues, una aceptación que recae sobre los hechos.

Al *guilty plea* se asemeja en el desconocimiento por parte del imputado de los fundamentos probatorios de los hechos que se le imputan¹¹.

¹⁰ Con todo, la Corte Constitucional lo entiende de una manera diferente; así *vid.* SCC/C n.º 1195 de 2005, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA: «Aunque el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 dispone que la imputación debe ser fáctica, el numeral 2 del artículo 288 precisa de manera más técnica que se trata de relacionar en forma clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes, de donde se puede concluir que la imputación debe ser mixta, de manera que al aceptar el imputado la imputación entiende cuales son los hechos por los que se le hace el acto de comunicación y qué clase de conducta jurídicamente es la que se le imputa especificada con todas las circunstancias de agravación punitiva sean éstas genéricas o específicas».

¹¹ *Vid.* M. L. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión en los delitos de terrorismo*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pág. 140: «Consiste el *plea of guilty* en el reconocimiento que el acusado hace, en la audiencia preliminar ante el juez, de los hechos que se le imputan. Dicha autoinculpación se caracteriza por tener su base en un acuerdo previo entre la acusación y la defensa, por

Es una aceptación de los hechos que se hace con total ignorancia de los elementos de conocimiento que tenga la Fiscalía, ya que esta no se encuentra obligada por la ley procesal a realizar el descubrimiento del material probatorio en la audiencia de formulación de la imputación¹². Por esta razón la doctrina cuestiona su viabilidad constitucional al entender que al procesado no se le informa de manera cierta en qué se funda la pretensión punitiva que el Estado ejerce en su contra¹³.

La aceptación de la imputación implica una rebaja automática de la pena, otorgada por la ley, que puede llegar hasta la mitad de la pena imponible. Sin embargo, nada se dice sobre cuál es el límite mínimo de esa rebaja. La Fiscalía interpreta que éste se encuentra determinado por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede la conformidad simple¹⁴, lo cual sería en la audiencia preparatoria; para esa oportunidad, la ley establece una rebaja punitiva de hasta una tercera parte de la pena. Teniendo en cuenta este planteamiento, la disminución punitiva oscilaría entre una tercera parte y la mitad de la pena imponible.

En todo caso, quien determina finalmente la rebaja punitiva es el Juez penal, órgano al que se envían las diligencias una vez producida la

cuya virtud el sujeto consigue ver reducida sustancialmente la condena, como contrapartida de su colaboración procesal y su renuncia al contradictorio (Trial), con presencia del Jurado (Jury Trial) en aquellos casos donde éste es requerido»; también, *cfr.* N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Edic. Univ. de Salamanca, 1997, págs. 44 a 52; asimismo, *cfr.* A. TINOCO PASTRANA, *Fundamentos del sistema judicial penal en el common law*, Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2001, págs. 153 y ss.

¹² *Cfr.* CPP en su art. 288 inc. 2.

¹³ *Vid.* F. J. SINTURA VARELA, «*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*», cit., pág. 99: «A nuestro juicio, esta última situación en la que el imputado alega su culpabilidad sin tener derecho a conocer la prueba de cargo, resulta una práctica violatoria de la Constitución Política, al no garantizarse el ejercicio pleno de un consentimiento de culpabilidad debidamente informado».

¹⁴ *Cfr.* FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 92.

conformidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la determinación de la pena en los casos de conformidad simple debe hacerla el Juez utilizando los criterios ordinarios establecidos en el CP, que se basa en el denominado sistema de cuartos¹⁵. Sin embargo, resulta evidente que esta jurisprudencia va en contravía de los motivos expresados por el legislador al momento de elaborar la ley. El legislador estimaba conveniente que el sistema de cuartos no se aplicase cuando se hubiesen utilizado mecanismos extraordinarios de terminación del proceso¹⁶, lo cual incluye, por supuesto, los casos de conformidad simple o aceptación de la pretensión punitiva.

a) Aceptación de la imputación durante la etapa de indagación

Doctrinalmente se discute si es posible la aceptación de la pretensión punitiva por parte del procesado antes de la audiencia de formulación de la imputación. Legalmente la etapa de indagación, equiparable a las diligencias previas del ordenamiento procesal penal español, precede a la formulación de la imputación. Durante la etapa de indagación, la Fiscalía busca y recopila los elementos materiales probatorios, evidencia física e

¹⁵ *Vid.* SCC/C n.º 1195 de 2005, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA: «[...] bien porque se trata de un allanamiento a la imputación, o porque así lo han acordado las partes difiriéndole al juez ese cálculo, o por simple olvido, le corresponde al juez tasar la pena acudiendo al sistema de cuartos, porque el acta no contiene la pena preacordada, ni la mención de la cantidad de pena a imponerse después de aplicada la proporción de pena cuya rebaja se ha acordado». En la misma línea se ha expresado la CSJ; así *cfr.* CSJ, Rad. n.º 26448, Sentencia de febrero 7 de 2007, M.P.: A. GÓMEZ QUINTERO.

¹⁶ *Vid.* Ley 890/2004 art. 3: «El artículo 61 del Código Penal tendrá un inciso final así: “El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”». Claramente se aprecian las consideraciones que tuvo en cuenta el legislador, por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, para modificar el CP en esta materia; al respecto, *vid.* Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal], Exposición de Motivos: «El sistema de cuartos opera cuando el juez impone la pena dentro de un proceso penal donde se han agotado todas sus etapas. Por el contrario, cuando se han utilizado mecanismos extraordinarios de terminación del proceso y por ello se rebajan las penas o cuando han existido negociaciones con el Fiscal, la pena debe orientarse exclusivamente dentro del marco de los mínimos y máximos».

información que le permita establecer, por medio de una inferencia razonable, si una persona es autor o partícipe de la realización de una conducta delictiva.

Podría pensarse en la posible realización de acuerdos durante la etapa de la indagación, orientados a que la Fiscalía formule una imputación determinada en la audiencia correspondiente, y una vez dispuesto todo en ella, el imputado acepte simple y llanamente la pretensión punitiva expresada por el Fiscal ante el Juez de garantías. Sería algo similar a la elaboración conjunta de un escrito de alegaciones para luego ser aceptada ante el Juez competente, igual a como sucede en el ordenamiento español, pero ya en la etapa intermedia. Con todo, la Fiscalía es enfática en negar esta posibilidad de conformidad¹⁷, que pudiéramos denominar *mixta*, en tanto tiene elementos de negociación y de aceptación. La Fiscalía sostiene que ello es improcedente porque comportaría un doble beneficio punitivo: así, el *indiciado* obtendría un beneficio negociando los términos de la imputación con la Fiscalía en la etapa de indagación; y posteriormente, durante la audiencia de formulación de la imputación obtendría una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible aceptando simple y llanamente la pretensión punitiva que en su contra formulara la Fiscalía¹⁸.

¹⁷ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 16.

¹⁸ Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 47: «De no procederse de esta manera el fiscal puede encontrarse con sorpresas en la práctica, podría suceder por ejemplo, que negociara la imputación del delito ejecutado eliminando circunstancias de agravación o tornando hacia una estructura que le disminuya en forma considerable la pena al imputado, y cuando se presente ante el juez con función de control de garantías a formular la imputación no por el delito cometido sino por el preacordado, el imputado se allane a la imputación, obteniendo de esta manera un doble beneficio punitivo: el primero, antes de formularse la imputación, cuando el fiscal acuerda degradar la conducta en forma directa o mediante la eliminación de circunstancias que aumenten la punibilidad; y el segundo, durante la audiencia de formulación de imputación en la que el imputado sorprende al fiscal allanándose a la imputación degradada punitivamente, circunstancias que no aprestigian la administración de justicia y hacen de ésta una engaño para sacar el mejor provecho más allá de los límites impuestos para los preacuerdos. Es

Otro argumento que tiene en cuenta la Fiscalía para no considerar la viabilidad de este tipo de conformidad cruza por evitar el descubrimiento de elementos de prueba ante una eventual frustración de las negociaciones. Es evidente que de esta manera, una negociación previa a la formulación de la imputación podría ser utilizada por el procesado para estructurar su defensa desde ese momento¹⁹. Por nuestra parte cuestionamos la validez de este argumento, si se tiene en cuenta que el derecho de defensa ha de reivindicarse en todas las etapas del proceso penal²⁰. Y ello se manifiesta con la posibilidad de ejercer la contradicción frente al órgano acusador estatal incluso desde las etapas previas. Así lo sostuvo la Corte Constitucional en relación con el régimen procesal penal anterior, donde afirmó de manera enfática el derecho de las personas a conocer las investigaciones previas en su contra y los fundamentos probatorios de éstas²¹.

2) Durante la audiencia preparatoria

Durante la audiencia preparatoria del juicio oral también es posible realizar la aceptación de la pretensión punitiva. En este caso la rebaja punitiva podrá llegar hasta una tercera parte de la pena imponible, según lo dispone el CPP en su art. 356 num. 5. En cuanto al límite mínimo la ley guarda silencio, pero la fórmula que propone la Fiscalía, ya enunciada anteriormente, indicaría que éste sería el rango de mayor disminución

por ello que el artículo 351 permite que el fiscal y el imputado lleguen a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, pero si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo».

¹⁹ Cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 22.

²⁰ Cfr. CPCol art. 29.

²¹ Cfr. SCC/C n.º 096 de 2003, M.P.: M. J. CEPEDA ESPINOSA y SCC/C n.º 451 de 2003, M.P.: E. MONTEALEGRE LYNETT.

punitiva para la siguiente oportunidad procesal, con lo cual, la rebaja oscilaría entre una sexta y una tercera parte de la pena imponible²².

En este caso la pretensión punitiva se manifiesta a través del escrito de acusación presentado previamente por la Fiscalía. Ello implica una progresión en el nivel cognoscitivo de cara a la fundamentación de la responsabilidad penal, en tanto se ha pasado de la imputación a una acusación.

La acusación, a diferencia de la imputación, implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información que la Fiscalía pretenda presentar como pruebas en la audiencia del juicio oral. Al respecto, el CPP dispone en su art. 344 que dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. Así, la defensa puede solicitar al Juez penal que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o evidencia física que tenga en su poder. En igual sentido podrá proceder la Fiscalía en relación con la defensa. El Juez penal, en todo caso, deberá velar porque el descubrimiento sea lo más completo posible dentro de esta audiencia.

La formulación de la acusación tiene como presupuesto la posibilidad de afirmar con probabilidad de verdad –a partir de la información recaudada por la Fiscalía–, que la conducta delictiva existió y

²² Vid. CPP art. 367 inc. 2: «*Alegación inicial*. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados».

que el imputado es su autor o partícipe²³. Así pues, a diferencia de la imputación donde se requería una inferencia razonable sobre la autoría o participación en los hechos imputados, en la acusación se exige un conocimiento a nivel de probabilidad de verdad sobre el objeto principal del proceso penal. Aunque la ley hable de que la acusación debe contener una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, ello debe entenderse en el sentido de concretar una imputación fáctica y jurídica si concebimos que la acusación es el núcleo del proceso penal.

Hay que tener en cuenta, además, que la audiencia preparatoria es posterior a la de formulación de la acusación, y que en aquella tanto la defensa como la Fiscalía deben anunciar la totalidad de las pruebas que pretendan hacer valer durante la audiencia del juicio oral, según lo previsto por el CPP en el art. 356 num. 3.

Se evidencia que la conformidad prestada en este momento de la actuación procesal difiere de aquella que se realiza durante la formulación de la imputación. En efecto, el acusado antes de prestar su conformidad en esta oportunidad tiene acceso a los elementos de conocimiento en los cuales la Fiscalía basa la pretensión punitiva. Con estos presupuestos, esta es una forma de conformidad que guarda semejanzas con la conformidad regulada en el art. 655 de la LECrim.

Con todo, en la medida que una de las finalidades que persigue esta forma de terminación anticipada del proceso penal es la economía, la rebaja punitiva que la ley ofrece al acusado se ve disminuida. Ello es así porque el acusado ha obligado al Estado a invertir recursos en destruir la presunción

²³ *Cfr.* CPP art. 336.

de inocencia, hasta el punto de haberlo hecho avanzar más allá de la formulación de la acusación.

Las consideraciones sobre la determinación de la pena son las mismas que se hacía en relación con la aceptación de la pretensión punitiva durante la formulación de la imputación. Por tanto, en este caso, el Juez penal debe determinar la pena atendiendo al sistema de cuartos, regulado en el CP.

3) Durante la instalación del juicio oral

Una vez instalado el juicio oral, el Juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

Si el acusado se declara culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Si el acusado no hace ninguna manifestación, ha de entenderse que reivindica su inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá con el trámite ordinario del juicio oral.

Esta aceptación de responsabilidad penal, al igual que la anterior, es realizada ante el Juez penal. Aquí se ha de verificar que el acusado esté prestando su conformidad de manera libre. En todo caso, el Juez debe también debe establecer si esa conformidad es producto de un acuerdo con

la Fiscalía²⁴. Así pues, la ley tácitamente considera la posibilidad de que esta aceptación de responsabilidad sea fruto de un acuerdo. De ser entendida así la situación, cabe preguntarse ¿por qué en esta ocasión sí es posible la negociación antes de realizar la conformidad simple con la acusación? Si nos atenemos a la argumentación presentada por la Fiscalía para excluir la negociación durante la etapa de indagación, previa a la formulación de la imputación, deberíamos concluir que la misma sería válida en esta hipótesis. En efecto, podría ocurrir que el acusado negocie con la Fiscalía sobre los cargos presentados en el escrito de acusación²⁵ –lo cual haría, evidentemente, para obtener una acusación más favorable– y luego, sobre dicha acusación *descafeinada*, lograría la rebaja punitiva que establece la ley de una sexta parte de la pena prestando su conformidad. Vistas así las cosas, es claro que la conformidad presentada al comienzo del juicio oral no puede tener una negociación previa para modificar los términos de la acusación. Además, para reforzar la posición que presentamos, hemos de recordar que el CPP establece en el citado art. 352, pero en su inciso segundo, una rebaja de una tercera parte cuando la negociación con la Fiscalía se realice luego de presentada la acusación y hasta antes de ser interrogado el acusado al inicio del juicio oral. Además, la Corte Constitucional ha reiterado que el Fiscal no puede crear tipos penales en ejercicio de la facultad de negociación y que a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente²⁶.

En lo que tiene que ver con la determinación de la pena, al tratarse de una conformidad simple, el Juez penal debe atenerse al sistema de cuartos

²⁴ Cfr. CPP art. 368. inc. 1.

²⁵ Vid. CPP art. 352: «Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior».

²⁶ Cfr. SCC/C n.º 1260 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ.

estipulado en el CP, según ya se ha indicado anteriormente.

B. Responsabilidad penal preacordada o negociada

Al lado de la conformidad simple, que consiste en la aceptación de la pretensión punitiva presentada por la Fiscalía, puede darse dentro del proceso penal colombiano la aceptación de la responsabilidad penal de una manera negociada. Aquí es donde se manifiesta de una manera clara la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad, porque los actos de disposición que lleva a cabo la Fiscalía pueden recaer no sólo sobre las imputaciones fáctica y jurídica, sino también sobre la pena en el evento de negociación de ésta.

El CPP establece la posibilidad de realización de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado²⁷. La utilización de estos términos por la ley no se hace para indicar con ellos la existencia de una alternativa; por el contrario, el legislador los usa como sinónimos.

Por preacuerdo puede entenderse, entonces, el convenio que celebra la Fiscalía con el imputado o acusado sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos o la diferente tipificación de la conducta, que tiene como objetivo específico la rebaja de la pena²⁸. El inicio de las negociaciones puede surgir de una iniciativa del procesado o de la Fiscalía.

Las finalidades que el CPP le asigna a estos acuerdos son las de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; solucionar los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la

²⁷ Cfr. CPP arts. 348 a 354.

²⁸ Así, cfr. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., pág. 255.

reparación integral de los perjuicios causado con éste, así como lograr la participación del procesado en la solución de su caso, todo en aras de terminar el proceso penal²⁹.

Estos preacuerdos pueden celebrarse en dos grandes momentos: el primero va desde la formulación de la imputación, acto procesal con el cual se considera establecida la relación jurídico-procesal que da comienzo a la investigación, hasta antes de ser presentado el escrito de acusación en la audiencia destinada para tal fin. Así, dentro de este ámbito temporal, la Fiscalía puede acordar los términos de la imputación con el procesado, a quien técnicamente, entonces, ha de reconocérsele como el imputado. También puede llegarse al preacuerdo luego de presentada la acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado sobre la aceptación de su responsabilidad al comienzo de las sesiones de la audiencia del juicio oral³⁰.

Ya que en el proceso penal colombiano existe un monopolio en el ejercicio de la acción penal por parte de la FGN, en la celebración de estas negociaciones únicamente participan la Fiscalía y el procesado, sin perjuicio de que a las víctimas se les informe sobre las sesiones donde se realizará la discusión sobre los mismos. En todo caso, éstas no tienen la potestad de vetar los acuerdos que suscriban la Fiscalía y el procesado. Así pues, la participación de la víctima tiene un carácter más simbólico que real. Si, como consecuencia del acuerdo entre la Fiscalía y el procesado, se establece una específica reparación para la víctima, ésta podrá rehusar a ella, conservando la posibilidad de acudir a las vías jurisdiccionales para ejercer las acciones procedentes, según lo dispone el CPP en el art. 351 inc. 1.

²⁹ *Cfr.* CPP art. 348.

³⁰ *Cfr.* CPP arts. 351 y 352.

1) Desde la formulación de la imputación hasta antes de presentarse el escrito de acusación

En sentido estricto, el acuerdo entre la Fiscalía y el procesado puede estar encaminado a construir los términos de la imputación, lo cual quedará plasmado en el escrito de acusación. Esta es una forma de conformidad que se asemeja a la conformidad negociada del ordenamiento español, pero con diferencias que, a nuestro entender, resultan importantes: en primer lugar, en el ordenamiento colombiano la negociación de la imputación puede darse desde el comienzo formal de la investigación, más allá de los elementos de conocimiento que para ese momento tenga en su poder la Fiscalía. Se trata de una verdad construida a partir de la negociación, lo cual implica un acercamiento al modelo norteamericano. En segundo lugar, la negociación se produce mediante la intervención exclusiva de la Fiscalía y el procesado, mientras que en el ordenamiento español la negociación sobre los términos de la pretensión punitiva cuenta con el concurso de la pluralidad de acusadores a los que la ley les otorga legitimidad para actuar.

También, en este momento, la Fiscalía y el procesado, pueden llegar a un acuerdo en el cual éste se declare culpable del delito imputado o de uno que tenga aparejada una pena menor, a cambio de que el Fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico³¹.

En todas las hipótesis de negociación posibles durante este tramo del procedimiento penal, éstas podrán darse sobre la pena imponible. En esos eventos, la Fiscalía y el imputado tienen la posibilidad de concertar el *quantum* de la pena al tenor de lo dispuesto por la Ley 890/2004 en su art. 3. De esta manera, la pena podrá ser determinada sin utilizar el sistema de

³¹ Cfr. CPP art. 350 inc. 2 num. 1.

cuartos y en todo caso la misma será vinculante para el Juez penal que dicte la sentencia. Aquí es donde se patentizan claramente las facultades dispositivas de la Fiscalía en la persecución penal. Es evidente que la Fiscalía termina disponiendo no sólo de la imputación fáctica y por tanto de la jurídica, sino también de la pena imponible. Ello implica, además, una actuación de dudosa constitucionalidad porque al igual que en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos del ordenamiento español, el órgano instructor ejerce facultades judiciales que implican decisiones de fondo sobre el objeto del proceso penal como es aquella que tiene que ver con la determinación de la consecuencia jurídica imponible.

Más allá de la discusión sobre la acumulación de funciones procesales básicas en cabeza de la Fiscalía, es bueno señalar que esta habrá de tener en cuenta criterios materiales orientados por los fines de la pena al momento de realizar negociaciones sobre las consecuencias jurídicas a imponer³². Esa es la única forma en que se pueda compatibilizar constitucionalmente la disposición sobre el principio de legalidad en aras de la oportunidad procesal.

2) Desde la presentación del escrito de acusación hasta el inicio del juicio oral

Una interpretación sistemática de la ley procesal penal colombiana indica que el marco de las negociaciones en este momento procesal está

³² Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 45: «Como Colombia asumió la rebaja automática sólo a partir de la presentación de la acusación, es razonable entender que el legislador quería evitar que muchos casos llegaran a juicio, por ello es que la rebaja que surge como consecuencia de los preacuerdos efectuados antes del escrito de acusación permite proporcionar la reducción punitiva y en esa gradación es donde mayor importancia tienen factores como el momento procesal del acuerdo, la colaboración para definir el caso y la actitud reparatoria hacia las víctimas. Entre más lejano esté el preacuerdo del juicio oral, mayor debe ser el monto punitivo a rebajar, especialmente si concurren circunstancias como la reparación efectiva a las víctimas y la colaboración para resolver el caso».

limitado a que la Fiscalía tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica tendente a obtener una disminución de la pena. En efecto, la alegación conclusiva, según lo previsto por el CPP en su art. 443, es aquella que se presenta en el juicio oral luego de realizarse la práctica de las pruebas, por medio de la cual el Fiscal expone oralmente los argumentos relativos al análisis de aquellas, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado su escrito de acusación. Es, por decirlo en otros términos, la delimitación de la imputación jurídica que hace el Fiscal, concretando los extremos que componen el objeto principal del proceso penal de cara a la decisión del Juez en la sentencia.

Por tanto, en este caso lo que el Fiscal negocia es el término de la imputación jurídica, mas no la pena imponible, la cual quedará al criterio del Juez penal utilizando el sistema de cuartos. En todo caso, por expresa disposición legal, frente a la pena que finalmente imponga el Juez ha de descontarse una tercera parte³³. Si nos atenemos a la argumentación presentada por la Fiscalía para excluir la negociación durante la etapa de indagación, previa a la formulación de la imputación, tendríamos que concluir que la misma sería procedente en esta hipótesis³⁴. Esta observación es válida, porque en este caso la Fiscalía estaría presentando una alegación conclusiva en el juicio oral *descafeinada*, fruto de una negociación, y ello generaría otra consecuencia adicional para el procesado, como es la rebaja fija de una tercera parte de la pena impuesta por el Juez.

2. Requisitos de validez y reglas comunes

Los preacuerdos y negociaciones son admisibles siempre que cumplan la finalidad propuesta y en su desarrollo se observen las reglas

³³ Cfr. CPP art. 352 inc. 2.

³⁴ Vid. *supra*, Cap. VII, I, 1, A, 1), a).

establecidas por el ordenamiento procesal³⁵. Como ya quedó dicho, la conformidad procede frente a todo tipo de delitos, con excepción de lo dispuesto por el CIA en su art. 199 num. 7, el cual la excluye en todas sus modalidades para los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes³⁶. Otra disposición de legislación procesal penal complementaria, como la que se encuentra en la Ley 1121/2006, prevé excepciones a la conformidad. En efecto, en el art. 26 de esta ley puede observarse que cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada³⁷ y confesión³⁸. En todo caso, queda la duda acerca de la posibilidad de negociación sobre la imputación.

A. Requisitos objetivos y reglas comunes

En cuanto a la intervención de la Fiscalía dentro de la celebración de los preacuerdos, hay que destacar que los Fiscales delegados deben observar las directivas trazadas por el Fiscal General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento³⁹.

³⁵ Así, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía...*, cit., Bogotá, FGN, 2006, pág. 256.

³⁶ En ese sentido lo confirma la CSJ, Rad. n.º 30299, Auto de septiembre 17 de 2008, M.P.: S. ESPINOSA PÉREZ.

³⁷ La redacción de este texto legal evidencia una falta de técnica legislativa absoluta, si se tiene en cuenta que en el ordenamiento colombiano no existe la figura de la sentencia anticipada desde la expedición de la Ley 906/2004, de agosto 31. Con todo, ha de entenderse que el legislador del año 2006 quiso hacer referencia a los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía regulados en el CPP desde el año 2004.

³⁸ Para una referencia a la confesión en el ordenamiento jurídico colombiano, *vid. infra*, Cap. VII, I, 3, A.

³⁹ *Cfr.* Directiva 001/2006, de 28 de septiembre de 2006, expedida por el Fiscal General de la Nación.

La conformidad no se podrá realizar en los delitos en los cuales el autor del delito hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, hasta tanto éste reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Éste es un requisito de carácter objetivo, que ha sido entendido por la jurisprudencia como aplicable exclusivamente a los delitos que comportan atentados contra el patrimonio económico del Estado, o que son cometidos por la criminalidad organizada⁴⁰. Con todo, entendemos que esta imposibilidad de acceder a la conformidad también puede extenderse a otras hipótesis delictivas; así, ello sería perfectamente aplicable al caso del sicario que comete un homicidio por promesa remuneratoria, obteniendo un lucro a partir de la comisión del delito. Eventualmente, sería válido extender esta prohibición a la persona que actúa como determinador del sicario, si tenemos en cuenta que el CP penal establece la misma pena para ambos sujetos⁴¹.

En cuanto al ejercicio de la defensa técnica, el CPP dispone en el art. 354 que son inexistentes los acuerdos realizados por el procesado sin la presencia de su defensor. Sin embargo, como ya lo hemos indicado, le otorga validez a los mismos aunque sean realizados en desacuerdo con el defensor, con lo cual podría concluirse que la asistencia del letrado pareciera ser meramente decorativa. No obstante, hay que destacar en este

⁴⁰ *Vid.* SCC/C n.º 059 de 2010, M.P.: H. A. SIERRA PORTO: «[...] se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración públicas (v. gr. peculado, concusión, cohecho, etc.)».

⁴¹ *Vid.* CP art. 30 inc. 2: «Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción»; además, *cfr.* CP arts. 103 y 104 num. 4.

punto que la ley exige que las negociaciones deben ser realizadas entre la Fiscalía y el defensor del procesado⁴².

La conformidad puede ser de carácter parcial, teniendo en cuenta aquellas hipótesis en las que puedan existir una pluralidad de delitos o de procesados. Así, frente a una imputación o acusación que comprenda varios cargos, el procesado no tiene la obligación de prestar su conformidad en relación a todos ellos. Frente a los cargos que no se conforma continúa la actuación procesal, según lo dispone el CPP en los arts. 53 num. 4 y 353.

Igual situación se presenta cuando sean varios los procesados. En efecto, la ley procesal dispone, reivindicando el *principio de unidad de proceso* –a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español– que existiendo una pluralidad de imputados o acusados, la actuación procesal deberá continuar frente aquellos que no suscriban acuerdos con la Fiscalía ni se allanen a la pretensión punitiva de ésta⁴³.

También, dentro de los requisitos objetivos, hay que considerar que la Fiscalía, cuando por causa de nuevos elementos cognoscitivos proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, deberá referirse en los preacuerdos a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Así pues, el papel del Juez queda reducido a una simple verificación de carácter notarial porque –a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, donde el Juez penal puede absolver al procesado que

⁴² Cfr. CPP art. 354 inc. 2.

⁴³ Cfr. CPP art. 53 num. 4.

haya prestado su conformidad— en Colombia el Juez debe dictar necesariamente sentencia condenatoria. El único remanente de autoridad que le concede la ley procesal penal colombiana al Juez penal en materia de conformidad queda limitado a verificar los requisitos de validez de carácter subjetivo y a la determinación de la pena cuando no sea procedente la aplicación del sistema de cuartos.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, se recuerda que dentro de la estructura procesal contemplada en el CPP de 2004 no existe la figura de la parte civil. La víctima tampoco tiene participación en las negociaciones entre la Fiscalía y el procesado. Así, queda limitada al acuerdo sobre el objeto accesorio del proceso penal suscrito por las partes concertadas. Con todo, tiene la posibilidad de solicitar lo que se le asigne según el acuerdo, por medio del incidente de reparación integral una vez la sentencia condenatoria haya hecho tránsito a cosa juzgada. También puede optar por la vía de la reclamación ante la jurisdicción civil⁴⁴. En todo caso, se ve claramente cómo dentro de la participación activa del proceso se desconoce a la víctima, manifestándose de esa manera una contradicción entre las proclamas discursivas del legislador y su actividad como creador de la ley.

El Juez penal deberá pronunciarse en la sentencia sobre la concesión o no de los sustitutivos penales, tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁴⁵. También ha de tener presente aquellos casos de conformidad para los cuales la ley prohíbe de manera expresa dichos sustitutivos⁴⁶. En todo caso, la fase de ejecución penal se realiza bajo la competencia del Juez de ejecución de penas y

⁴⁴ *Vid. infra*, Cap. VII, I, 4.

⁴⁵ *Cfr.* CP arts. 63 y 38, respectivamente.

⁴⁶ *Cfr.* Ley 1121/2006, art. 26.

medidas de seguridad⁴⁷.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la impugnación de la sentencia, la legitimidad para interponer los recursos queda limitada. Así, sólo el sentenciado podrá controvertir a través de los recursos –de apelación o casación– la vulneración de sus garantías fundamentales, el *quantum* de la pena y los aspectos referidos a su determinación. En este último evento tampoco puede mostrar su inconformidad quien concreta con la Fiscalía los términos de su responsabilidad y de la sanción, siempre y cuando el Juez los haya respetado⁴⁸.

B. Requisitos subjetivos

En cuanto a los requisitos subjetivos, el CPP dispone que la aceptación de responsabilidad penal por parte del procesado deberá hacerse de una manera libre, voluntaria y estando debidamente informado de las consecuencias de su decisión, para lo cual ha de contar con la asesoría de su defensor⁴⁹. En otras palabras, al igual que la LECrim española, el procesado debe conocer que está aceptando su responsabilidad penal y además debe querer hacerlo; esto es, la ley exige el conocimiento y la voluntad. Además, esta voluntad debe ser libre, lo cual implica que no puede surgir como fruto de coacciones o amenazas.

No deja de ser cuestionable la *libertad* de la voluntad expresada para aceptar la responsabilidad penal, si tenemos en cuenta que la introducción de todo el sistema de preacuerdos y negociaciones en el CPP de 2004 vino de la mano de una reforma al CP por medio de la cual se aumentaron las

⁴⁷ Cfr. CPP art. 38.

⁴⁸ Así, CSJ, Rad. n.º 29140, Auto de marzo 31 de 2008, M.P.: J. L. QUINTERO MILANÉS; también, CSJ, Rad. n.º 31126, Auto de marzo 26 de 2009, M.P.: J. L. QUINTERO MILANÉS.

⁴⁹ Cfr. CPP arts. 293 inc. 2 y 367 inc. 2.

penas para todos los delitos. En efecto, esta reforma al ordenamiento penal sustantivo, como ya lo hemos destacado en otras partes de este trabajo, implicó el aumento de las penas para todos los delitos de la Parte especial del CP en dos proporciones: así, se aumentaron las penas mínimas imponibles en una tercera parte y el máximo en la mitad⁵⁰. A ello hay que agregar que la pena máxima imponible se aumentó de cuarenta a cincuenta años⁵¹, y en el caso de concurso de conductas punibles la pena máxima puede llegar a ser hasta de sesenta años⁵². Así pues, el aumento punitivo establecido para todos los delitos es más que una *amable invitación* para aceptar la responsabilidad penal lo más pronto posible y lograr la rebaja punitiva que ofrece el ordenamiento.

Si se analizan, a partir de un ejemplo, los efectos de la reforma penal al sistema punitivo, salta a la vista que la única finalidad que se buscaba con ella era lograr la aceptación de responsabilidad penal⁵³. Si tenemos un caso de un delito X, al que se le asignaba antes de la reforma una pena de tres a cinco años de prisión, luego de la reforma operada por la Ley 890/2004, dicha pena quedó establecida en un marco que oscila entre los cuatro y los diez años de prisión. El imputado por este delito tendrá un tratamiento procesal que implica la imposición de prisión provisional⁵⁴ y en el evento de ser condenado quedaría excluido automáticamente de la posibilidad de

⁵⁰ Vid. Ley 890/2004, art. 14: «Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo [...]».

⁵¹ Vid. Ley 890/2004, art. 2: «El numeral 1 del artículo 37 del Código Penal quedará así: “1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”».

⁵² Vid. Ley 890/2004, art. 1: «El inciso 2° del artículo 31 del Código Penal quedará así: “En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”».

⁵³ Esta consideración se hace más allá de conocer la manifestación expresa de los gestores de la reforma legislativa a la cual se ha hecho alusión en varias ocasiones. Con todo, *cfr.* Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal].

⁵⁴ *Cfr.* CPP art. 313 inc. 2.

acceder a la suspensión condicional de la condena⁵⁵. Con este panorama, es válido dudar de la libertad del procesado para conformarse con la pretensión de la Fiscalía.

Además, hay que tener en cuenta que la ley procesal no considera la posibilidad de otorgarle al defensor la potestad para sugerir la conveniencia de la continuación del juicio, como sí lo hace la LECrim española en su art. 787.4. No obstante que el CPP dispone en el art. 130 *in fine* que en caso de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella, en el art. 354 ordena que prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor cuando se trate de aceptar la responsabilidad penal. Si bien esta antinomia pudiera ser interpretada como una garantía para el procesado, en el sentido de que únicamente él puede disponer sobre la aceptación de su responsabilidad penal, también puede entenderse como la evidencia de un afán excesivo del legislador para aprovechar la ansiedad y el agobio del procesado, dando por válida una conformidad prestada en estas condiciones, incluso discrepando de lo que aconseje su abogado, que se supone es quien ostenta la defensa técnica.

Tampoco el Juez penal puede disponer la continuación del juicio cuando albergue dudas sobre la voluntariedad de la conformidad expresada. Si observa alguna violación de una garantía fundamental, debe pronunciarse de fondo decretando la nulidad de la actuación desde cuando se haya producido el ataque a la validez de ésta, según lo ordena el CPP en el art. 457.

⁵⁵ *Cfr.* CP art. 63 inc. 1.

3. Fundamentos probatorios

A diferencia de las legislaciones anteriores, en el CPP de 2004 la investigación no está regida por el *principio de investigación integral*. En este cuerpo normativo la actividad investigativa está dirigida, fundamentalmente, a establecer los elementos desfavorables al procesado, no obstante lo cual, si la Fiscalía encuentra elementos de conocimiento que lo favorezcan debe darlos a conocer⁵⁶.

De acuerdo con la estructura acusatoria del proceso penal regulado por el CPP, los medios de conocimiento sólo adquieren el carácter de pruebas cuando son practicados en presencia del Juez de conocimiento durante la audiencia del juicio oral⁵⁷. Así pues, no aparece claramente establecido qué elementos de conocimiento objetivo han de fundamentar los actos procesales de decisión que se presentan en otras etapas de la actuación, como por ejemplo el que otorga validez a los *preacuerdos y negociaciones* entre la Fiscalía y el procesado. Aunque el CPP establezca que en los casos de aplicación del *principio de oportunidad*, y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no se podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, lo cierto es que la ley no especifica cuál es ese mínimo de *prueba*, y deja de lado cualquier consideración frente a la fundamentación probatoria de la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, teniendo en cuenta que estas son categorías que componen junto con la tipicidad la concepción dogmática de la conducta punible⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. A.L. 03/2002, art. 2, inc. 4; CPP arts. 15; 125 num. 3; 142 num. 2; y 337 lit. f); SCC/C n.º 730 de 2005, M.P.: A. TAFUR GALVIS; y, SCC/C n.º 1194 de 2005, M.P.: M. G. MONROY CABRA. Sobre ello, también, cfr. L. F. BEDOYA SIERRA, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Bogotá, FGN, 2008, págs. 33 y 34.

⁵⁷ Cfr. CPP arts. 377 y 379.

⁵⁸ Vid. CP art. 9: «*Conducta punible*. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la

Si partimos del supuesto de la existencia de un modelo adversarial en el CPP, hemos de concluir que la verdad no se descubre sino que se construye. A los elementos a los cuales otorga idoneidad la ley procesal penal para edificar esa verdad los denomina con una serie de nombres que no aportan claridad sobre el contenido de los conceptos. Así, la ley procesal penal habla de *medios de conocimiento, pruebas, elemento material probatorio, evidencia física, medios de prueba*, entre otros. Si, como establece el CPP, toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y practicada en el momento correspondiente del juicio oral y público⁵⁹, es claro que los preacuerdos y las negociaciones con la FGN tienen como base una verdad acordada⁶⁰. Siendo esto así, no es fácil compaginar esta reflexión con lo dispuesto en el art. 381 del CPP. Esta norma prescribe que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Si no hay pruebas y se omite la etapa del juicio ¿cómo se llega al conocimiento, más allá de toda duda, necesario también para condenar en los casos de preacuerdos y negociaciones? A ese respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que al Juez penal «le corresponde verificar la concurrencia de evidencias y elementos de prueba que, si bien no necesariamente deben aportar conocimiento más allá de toda duda –grado de certeza exigido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004– acerca del delito y de la responsabilidad del acusado, sí deben conducir a establecer la tipicidad y antijuridicidad de la conducta aceptada por el inculcado, y a señalarlo

imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad».

⁵⁹ Cfr. CPP art. 374.

⁶⁰ Vid. CPP art. 293: «Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación [...]».

como su más posible autor y responsable»⁶¹. Evidentemente, la respuesta ofrecida por la Corte Suprema de Justicia no guarda armonía con la CPCol, ya que no sólo desconoce las exigencias sobre el conocimiento mínimo requerido para dictar una sentencia condenatoria –lo cual hace parte del derecho fundamental al debido proceso–, sino que también desconoce el principio de igualdad, ya que establece criterios epistemológicos diferentes para fundar la sentencia condenatoria. En el caso de quien no negocie con la Fiscalía se exigiría un nivel de conocimiento más allá de toda duda razonable en tanto que para el procesado que negocie *no necesariamente* habría que llegar a dicho nivel. Con todo, es pertinente resaltar que la Corte Constitucional se pronunció en el año 1996 en relación con la sentencia anticipada –mecanismo de justicia penal premial equiparable a la aceptación de la imputación durante la investigación o de la acusación durante el juicio oral– advirtiendo en su momento que para dictar dicha sentencia se requería necesariamente de la existencia de plena prueba, esto es, certeza de que el hecho ha existido y de que el procesado es responsable del mismo⁶²; en la misma línea, pero en relación con el CPP vigente también se ha pronunciado el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional⁶³. Si tenemos en cuenta que para implantar el nuevo sistema procesal penal en Colombia la CPCol fue modificada en el año 2003, en su parte orgánica mas no en la dogmática, es claro que la decisión de la Corte Suprema antes referida va en contravía del texto constitucional⁶⁴.

⁶¹ Cfr. CSJ, Rad. n.º 30978, Sentencia de marzo 17 de 2009, M.P.: Y. RAMÍREZ BASTIDAS.

⁶² Cfr. SCC/C n.º 425 de 2006, M.P.: C. GAVIRIA DÍAZ.

⁶³ Cfr. SCC/C n.º 1260 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ.

⁶⁴ Vid. SCC/C n.º 591 de 2005, M.P.: C. I. VARGAS HERNÁNDEZ: «Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción».

No puede olvidarse que en la tradición jurídica de Europa continental el proceso penal se encamina a la *búsqueda* de la verdad con una perspectiva de *justicia*, mientras que en la tradición anglosajona el proceso penal es un escenario de *construcción* de una verdad negociada con fines utilitaristas⁶⁵. De allí que éste sea el principal choque que se presenta entre nuestra tradición jurídicopenal con el modelo de procesamiento que se ha venido imponiendo en el mundo postmoderno. Es por esto que se alzan voces que critican esta forma de verdad procesal, que no pretende alcanzar un conocimiento real de la ocurrencia del supuesto fáctico de imputación sino tan sólo consensuar convenientemente una pretensión punitiva⁶⁶; lo cual, dentro de sociedades permeadas por el *populismo punitivo* fácilmente termina siendo encauzado por sendas autoritarias⁶⁷.

⁶⁵ Vid. R. VOGLER, «*Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal*», cit., págs. 189 y 190: «La adversarialidad, por lo tanto, debe ser considerada un producto esencial de la Ilustración europea con muy poco en común con el procedimiento acusatorio de la alta Edad Media. Tiene sus orígenes en el desarrollo de la economía capitalista en Inglaterra y no es coincidencia que haya sido creada por los mismos abogados del *common law* que representaron a los empresarios en el mismo país que tomó la delantera en la Revolución Industrial. Es esencialmente una aproximación de libre mercado al sistema penal, basado en la negociación individual, libertad de contratar y en el concepto de un individuo portador de derechos [...] Además está profundamente marcada por la retórica antiautoritaria del protestantismo angloamericano».

⁶⁶ Vid. L. FERRAJOLI, «*El juicio penal*», cit., pág. 251: «El consenso, se ha dicho, no hace verdadero lo que es falso, ni hace falso lo que es verdadero. Este es el sentido de la famosa frase: “habrá también un juez en Berlín” que sea capaz de absolver al inocente (o de condenar al culpable) frente a la voluntad de la mayoría»; además, vid. K. H. GÖSSEL, «*La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*» (trad. de M. Polaino Navarrete), en: *CPC*, n.º 45, 2000, pág. 675: «Naturalmente, el Estado debe sancionar a los culpables, pero solamente a través de la puntual constatación, precisamente por medio del proceso penal, de quien ha sido realmente considerado como tal». En el mismo sentido, vid. M. TARUFFO, *La prueba* (trad. de L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán), Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 244: «No han faltado en la filosofía y en la epistemología recientes, posiciones según las cuales la verdad de cualquier aseveración dependería exclusivamente del consenso que sobre ella se realiza en un determinado contexto. Según estas posiciones, por tanto, no sería la realidad la que determinaría la verdad o falsedad de los enunciados que la describen, sino que la convergencia de opiniones en relación con la verdad o la falsedad de estos enunciados».

⁶⁷ Vid. K. H. GÖSSEL, «*La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*», cit., págs. 675 y 676: «La finalidad del combate de la criminalidad resulta contraproducente: la reducción de la criminalidad

A. La confesión como medio de prueba y fundamento de los hechos

Quienes alaban las bondades del sistema acusatorio de corte adversarial siempre han colocado en el blanco de sus críticas las actuaciones caducas del sistema inquisitivo. En particular, se recurre de manera frecuente al tópico que equipara sistema inquisitivo con la Inquisición; de esa manera, las críticas que puedan recaer sobre ésta inmediatamente son transferidas al sistema procesal. Compartimos la idea de criticar los excesos de una institución que se valió de métodos indignantes para tratar de llegar a una verdad material. Y es por demás evidente que a lo largo de la historia esa pretensión epistemológica contribuyó a que las formas de procesamiento penal transitaran por las sendas de la brutalidad, acudiendo reiteradamente al uso del tormento. Pero todo indica que el sistema adversarial de cuño norteamericano⁶⁸ se nutre de las malas experiencias de la humanidad, no para abandonarlas sino para acogerlas soterradamente en su estructura.

El CPP de 2004 elimina tácitamente a la confesión como un medio de conocimiento. Los medios de conocimiento o medios de prueba que esta ley procesal penal regula comprenden al testimonio, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico⁶⁹. Es pues, el de 2004, el primer CPP en toda la historia de Colombia que no considera la confesión como un medio de prueba. Recordemos que la regulación de ésta siempre se había realizado con los parámetros que garantizaran su libertad y credibilidad, de

privada, con la coetánea persecución y punición de inocentes, conduce directamente a la “criminalidad de Estado”».

⁶⁸ Cfr. R. VOGLER, «El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental», en: L. BACHMAIER WINTER (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 180.

⁶⁹ Cfr. CPP art. 382.

acuerdo con la experiencia de una milenaria tradición jurídica⁷⁰ y recogiendo las conquistas de la Ilustración en esa materia⁷¹. Así pues, esta ley procesal penal, a diferencia de las otras que han estado vigentes desde 1991, establece tácitamente que las afirmaciones realizadas por el procesado reconociendo su responsabilidad penal no deben cumplir con los requisitos de una confesión⁷². Por tanto, en la admisión de responsabilidad no se podrá cuestionar si esta fue veraz o no⁷³.

⁷⁰ Vid. *Digesto* 48, 18, 1, 17: «<Septimio> Severo, de consagrada memoria, dijo en un rescripto que no deben tenerse como prueba evidente de un crimen las confesiones de los reos cuando no consta para el juez ninguna otra prueba»; es importante destacar que esta disposición se halla ubicada en uno de los «libros terribles» del *Digesto*, con lo cual resulta paradójico que encontremos en textos legales del siglo XXI, supuestamente *garantistas*, disposiciones absolutamente contrarias a ésta y verdaderamente *terribles*.

⁷¹ Entre los aportes de la filosofía de la Ilustración al Derecho penal en esta materia, vid. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* [traduzione italiana sulla quinta edizione di Pisa, del Prof. C. DINGLI] (prima edizione milanese riveduta e annotata da F. Ambrosoli) Milán, Francesco Sanvito editore, 1863, § 550: «Nelle cause civili, siccome ognuno può a suo arbitrio disporre delle proprie sostanze, niuna ragione del diritto impedisce che la *confessione equivalga a un giudicato*. Ma nelle cause criminali, poichè non è lecito ad alcuno d'irrogar pene a sè stesso, le confessioni dei rei intorno a delitti corercibili con pene più severe delle pecuniarie, tanto posson valere, quante è la efficacia che vi possono attribuire le regole della storica certezza e della libertà civile insiem combinate»; en el mismo sentido vid. F. CARRARA, *Opúsculos de Derecho criminal* vol. II [1870] (trad. del italiano por J. Guerrero y J. J. Ortega Torres), Bogotá, 1976, pág. 471: «“*Confessus pro iudicato habetur*” [el confeso es tenido por juzgado]; [...] Hoy nadie osaría repetir que la confesión del reo *evita la instrucción del proceso*; nadie se atrevería a afirmar que esa confesión no debe *comprobarse* de ningún modo, ni que supe a la prueba del elemento *material del delito*».

⁷² Repárese que el legislador era consciente de la equiparación entre *confesión* y *aceptación de responsabilidad*. Ello se infiere de la lectura de las actas de las sesiones donde se debatió la reforma constitucional, que por medio del A.L. n.º 03/2002, introdujo formalmente el principio de oportunidad en el ordenamiento colombiano; vid. Gaceta del Congreso n.º 134 de abril 26/2002 [Ponencia para segundo debate al proyecto de Acto Legislativo número 237 de 2002 Cámara de Representantes. Por el cual se modifican los artículos 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política]: «El mencionado principio [de oportunidad] se concreta en una excepción al de legalidad, y funcionaría de una manera similar a como operan las figuras del *plea guilty* y el *plea bargaining* en el sistema anglosajón, donde la primera es la confesión y su efecto es evitar el juicio, y la segunda es la negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado».

⁷³ Vid. CPP art. 293: «*Procedimiento en caso de aceptación de la imputación*. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los

El legislador previó de una manera meticulosa la posibilidad de que los *preacuerdos* y las *negociaciones* tuviesen eventualmente como único fundamento la declaración del procesado. Y esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos: en primer lugar, la ley es clara al afirmar que los acuerdos entre la Fiscalía y el procesado obligan al Juez de conocimiento a dictar sentencia, salvo que se afecten las *garantías fundamentales*⁷⁴; y las garantías fundamentales que serían aquellas que van unidas a la confesión, al desaparecer ésta, ya no están recogidas dentro del ordenamiento procesal. Por tanto, la ley, dentro de un modelo adversarial, pretende la construcción de una verdad consensuada –y no contrastada con la realidad–, entre la Fiscalía y el procesado, independientemente de que se afecten los intereses de la comunidad o de las víctimas⁷⁵. Sobre ello, cabe destacar que la Corte Constitucional ha hecho pronunciamientos otorgando su aval a la introducción del modelo de verdad negociada dentro del proceso penal colombiano⁷⁶.

intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia».

⁷⁴ Cfr. CPP art. 351 inc. 4.

⁷⁵ Vid. M. TARUFFO, *La prueba*, cit., pág. 245: «En particular, parece peregrina la idea de que las partes “dispongan” del hecho que ha sido alegado, como si de la verdad de los hechos se pudiese disponer, con un negocio tan eficaz capaz de vincular al juez para tener como verdadero aquel hecho sin ni siquiera “convencerse de su existencia” [...] la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos en el mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes. Como ya ha sido dicho, la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí».

⁷⁶ Vid. SCC/C n.º 1195 de 2005, M.P.: J. ARAUJO RENTERÍA: «Así mismo, no puede perderse de vista que, en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada a través de la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación “de alguno de los intervinientes”, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes».

En segundo lugar, el acicate para estimular la aceptación de responsabilidad viene dado por el aumento punitivo establecido por la ley sustantiva, en donde una valoración utilitarista hace que el procesado se decida a prestar su consenso con la Fiscalía. Es la misma lógica del estímulo que tanto se critica como una de las grandes sombras del proceso inquisitivo: el uso del tormento⁷⁷. Hoy en día no se utilizan medios de coerción física, sino psíquica. Al procesado se le amenaza con una pena de prisión alta, y consecuentemente, si no acepta su responsabilidad lo más pronto posible, se le amenaza con un prolongado periodo de prisión preventiva mientras avanza el proceso. Y al igual que en el tormento, donde resistían los de mayor fortaleza física, aquí resistirán los de mayor fortaleza psíquica⁷⁸.

⁷⁷ *Vid. Siete Partidas* 7, 30, 1: «Tormento es vna manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la jufticia para efcodriñar, e faber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden fer fabidos, nin prouados por otra manera. E tiene muy grant pro para cumplir la jufticia. Ca por los tormentos los judgadores faben muchas vezes la verdad de los malos fechos encubiertos que non fe podrian faber de otra guifa».

⁷⁸ *Vid. Digesto* 48, 18, 1, 23: «Se declara en las constituciones imperiales que no se debe creer ni dejar de creer siempre lo declarado por los sometidos a tormento, porque se trata de una prueba insegura, peligrosa y que puede ocultar la verdad, pues generalmente los esclavos suelen despreciar el tormento, sea por su resistencia sea por su dureza, de suerte que no se les puede arrancar la verdad; otros son tan impacientes, que prefieren mentir diciendo cualquier cosa antes de sufrir el tormento, y así sucede que hacen confesiones contradictorias, culpándose ellos mismos a la vez que inculpan a otros»; en el mismo sentido, *vid. M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Discurso sobre las penas: contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, D. Joaquin IBARRA impresor, 1782, págs. 252 y 253: «Pero supongamos, que el tormento no es pena, sino una prueba, y medio para descubrir la verdad. Digo, que es una prueba no solo sumamente falible, sino enteramente inútil para el fin que se solicita, y una prueba tan desigual, que en ella el inocente siempre pierde, y el delinqüente puede ganar: porque, ó confiesa el inocente y es condenado, ó niega, despues de haber sufrido el tormento, que no merecía, sufre tambien una pena extraordinaria, que tampoco merece; pero el delinqüente tiene un caso favorable, que es quando tiene constancia para negar, y se libra de la pena que merecía. Es una prueba muy falible, porque como dice Quintiliano, mentirá en el tormento el que puede sufrir el dolor, mentirá también el que no lo puede sufrir. El facineroso robusto (y regularmente lo son todos, ó los más) que tiene resistencia para sufrir el dolor, mirará la muerte como mayor mal, y para evitarla negará el delito que ha cometido. El inocente débil, que no puede sufrir el dolor, le mirará como mayor mal que la muerte, y para evitarle tomará el camino mas corto, que es imputarse el delito que no ha cometido. Esto es muy conforme á la natural condicion del hombre, á quien la naturaleza misma enseña a escoger entre dos males necesarios el menor, ó el que le

Incluso, en tercer lugar, el legislador previó aquellas hipótesis en las cuales se pudiera presentar una discrepancia entre el procesado y su defensor en relación con la aceptación de responsabilidad. En muchas ocasiones el defensor, quien es garante de la defensa técnica, puede concluir que la conducta imputada a su defendido no es punible a la luz del ordenamiento jurídico penal o que en el trámite de la actuación se están vulnerando garantías procesales, con lo cual no sería válida una aceptación de responsabilidad, como fruto de los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía. Así, puede llegar a presentarse una situación de discrepancia entre el procesado y su defensor. En los casos de *discrepancia*, como regla general, prescribe el art. 130 del CPP que «[...] *En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella*». De esta manera, parece que se reivindicara la garantía de la defensa técnica tal como dispone el art. 29 de la CPCol. Con todo, el mismo CPP, pero ya en su art. 354, el cual está ubicado en el título dedicado a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, establece que *prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor*. Así, pues, el defensor no se puede oponer a la autoinculpación del procesado aunque no existan fundamentos legales para predicar su responsabilidad penal⁷⁹.

También ha considerarse, en cuarto lugar, que el procesado no podrá retractarse de lo dicho o de la responsabilidad penal aceptada. Esta posición, asumida por la ley procesal penal⁸⁰, ha sido declarada exequible

parece tal. Con mucha razón dice la Bruyere, que el tormento *es una invención maravillosa y segura para perder á un inocente débil y salvar á un facineroso robusto*.

⁷⁹ Vid. B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», cit., pág. 296: «La presunción de inocencia recogida por la Convención de Derechos Humanos también se lesiona por toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral, así como por cualquier decisión condenatoria tomada sobre la base de una magra confesión contenida en el acta».

⁸⁰ Vid. CPP art. 293: «[...] Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo

por la Corte Constitucional argumentando que los intervinientes celebran un acuerdo de voluntades –léase contrato– con efectos vinculantes u obligatorios para las partes⁸¹. Sobre este punto, también la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo la existencia de lo que ha denominado *principio de irrevocabilidad*. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia entiende que existe una limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de la aceptación de la responsabilidad. Esa limitación comporta la prohibición de desconocer lo aceptado o el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos, pues entiende –al igual que la Corte Constitucional– que el mismo tiene un carácter vinculante tanto para las partes como para el Juez⁸².

Sobre el denominado *principio de irrevocabilidad* vale la pena hacer un análisis tomando como referente el texto constitucional para demostrar su cuestionable validez dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Resulta cuando menos cuestionable que a la prohibición de retractarse por parte del procesado se le otorgue el carácter de principio, porque ello no comporta una optimización del ordenamiento jurídico sino al contrario un desconocimiento de los principios básicos de éste. Así por ejemplo, se desconoce el *principio de certeza* que debe sustentar a la sentencia condenatoria en materia penal. El Juez para dictar sentencia no dispone de un margen de autoridad para llegar a un conocimiento según la sana crítica para construir las bases de su decisión, sino que se encuentra atado a un sistema de tarifa legal. También puede decirse, en esta misma

para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia».

⁸¹ Cfr. SCC/C n.º 1195 de 2005, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA.

⁸² Cfr. CSJ, Rad. n.º 28818, Auto de diciembre 5 de 2007, M.P.: Y. RAMÍREZ BASTIDAS.

línea, que desaparece el principio del *in dubio pro reo*. De este modo, por la vía de los preacuerdos y las negociaciones ha de entenderse que no existen dudas en el proceso penal. El principio de la duda favorable al reo implica la necesidad de certeza como fundamento de la sentencia; en caso de duda el Juez debe absolver al reo. Con el denominado *principio de irretractabilidad* se presupone que el procesado no puede tener duda sobre la aceptación de responsabilidad penal; así, en caso de duda del procesado, no cabe duda que éste debe ser condenado, según el mencionado «*principio*».

Impedir que el procesado pueda retractarse atenta contra el *principio de buena fe*, recogido expresamente por el texto constitucional colombiano en su art. 83⁸³. De manera flagrante se desconoce la buena fe del procesado cuando se imposibilita que éste acuda a la autoridad judicial presentando la retractación de su aceptación, sobre todo si se tiene en cuenta que ello es considerado como un acto de *deslealtad procesal*⁸⁴.

Finalmente, en quinto lugar, no obstante que permanece sin ser enmendada la disposición constitucional que reconoce el derecho a no autoincriminarse, la Ley 906 de 2004 establece que si el procesado quiere realizar declaraciones dentro del juicio que se le adelanta –nos referimos obviamente a las exculporias–, debe hacerlo en calidad de testigo, ello es, bajo la gravedad del juramento⁸⁵, y con la conminación punitiva que trae

⁸³ Vid. CPCol art. 83: «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

⁸⁴ Vid. CSJ, Rad. n.º 29820, Auto de julio 10 de 2008, M.P.: J. L. QUINTERO MILANÉS: «Es decir, cuando el juez de control de garantías o el de conocimiento acepta el allanamiento por considerarlo que fue voluntario, libre, espontáneo, informado y asistido, surge en el procesado la improcedencia de retractarse de lo que ha admitido. En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación de la responsabilidad».

⁸⁵ Vid. CPP art. 394: «Acusado y coacusado como testigo. Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la

aparejada el delito de falso testimonio, con una pena que puede llegar a hasta los doce años de prisión según el aumento punitivo de la Ley 890/2004⁸⁶. Por esta vía, el único derecho que tiene el procesado es a guardar silencio, porque cualquier cosa que diga podrá ser usada en su contra⁸⁷. Claramente se evidencia que, con la amenaza de la pena y de la prisión preventiva, el Estado busca generar el consenso con el procesado, para soliviar la carga de la prueba y poder desvirtuar la presunción de inocencia⁸⁸.

En conclusión, la tendencia actual en materia procesal, dirigida por la influencia de los EE. UU., ha logrado que se elimine el proceso penal como un escenario de discusión sobre la verdad material acerca de los presupuestos de imputación y punibilidad, arrasando de paso la tradición jurídica existente en Hispanoamérica⁸⁹. Así pues, el *eficientismo punitivo* ha

gravidad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código».

⁸⁶ Vid. Ley 599/2000, contentiva del Código Penal vigente, art. 442: «Modificado por la Ley 890 de 2004, art. 8. *Falso testimonio*. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años»; con todo, en una insólita sentencia, la Corte Constitucional estimó que de esta manera no se está violentando el derecho a no autoincriminarse: *cfr.* SCC/C n.º 782 de 2005, M.P.: A. BELTRÁN SIERRA; providencia confirmada por la SCC/C n.º 537 de 2006, M.P.: H. A. SIERRA PORTO. Una visión crítica del mencionado incremento punitivo la ofrece F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 443: «Desde luego, cuando se dispuso la imposición de penas de prisión de seis a doce años para delitos como el falso testimonio [...] también se desconocieron los mandatos citados [legalidad y taxatividad] y se vulneraron los principios de proporcionalidad –para el caso referido a las consecuencias jurídicas– y de teleología de las sanciones penales».

⁸⁷ *Cfr.* CPP art. 303 num. 3.

⁸⁸ A no dudarlo, esta es una forma de proceder propia de los espacios más oscuros y por tanto cuestionables de un sistema inquisitivo; al respecto *vid.* E. BELING, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 232: « [En] el proceso inquisitivo del Derecho común, en el que no había partes, [...] el inculpado era un medio de prueba ordinario. Se le interrogaba con fines probatorios; y, en su caso, se le torturaba para conseguir una confesión. Existían “penas contra sus falsedades”. Su confesión se consideraba de primer rango “*Confessio est regina probationum, confessus pro convicto habetur*” [La confesión es la reina de las pruebas, el confeso es tenido por convicto]. En cambio, sus afirmaciones carecían de todo valor probatorio si le eran favorables ».

⁸⁹ Vid. J. MONTERO AROCA, *Proceso penal y libertad...*, cit., págs. 92 y 93: «A lo largo del siglo XIX en los sistema jurídicos de la Europa continental se desarrolló una

logrado eliminar el proceso penal como instrumento civilizado para aplicar el Derecho penal material al caso concreto, creando así las condiciones necesarias para llegar a la imposición de condenas en actuaciones sumarias que se agotan en un solo acto⁹⁰.

B. Exclusiones probatorias

El CPP dispone expresamente una serie de exclusiones probatorias. Así, en armonía con lo dispuesto por el art. 29 de la CPCol, la ley procesal penal prescribe en su art. 23 que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, disponiendo además que el mismo tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

En relación con los preacuerdos y negociaciones, el CPP excluye expresamente cualquier valor probatorio que se le pretenda otorgar a las conversaciones realizadas entre la Fiscalía y el procesado cuando éstas no

larga evolución que fue adelantando en el camino para lograr que el Derecho penal se aplicara sólo por los tribunales y exclusivamente por medio del proceso, desterrando cualesquiera otras maneras de imponer las penas. En esa evolución ha habido, ya en el siglo XX, altibajos, pero el caso ha sido que en los países de la Europa continental y de Iberoamérica se ha acabado por admitir de modo indudable, y así se ha plasmado en las constituciones de la segunda mitad del Siglo que una de las conquistas esenciales de nuestra civilización radica en que el Derecho penal –aparte de que lo apliquen únicamente los tribunales– se hace efectivo sólo por medio del proceso, pues es en el proceso donde las personas encuentran el respeto a las garantías que prometen esas mismas constituciones. El caso ha sido, con todo, que por razones que están aún por explicar, en esos países europeos continentales e iberoamericanos o, mejor, por parte de la doctrina procesal penal de los mismos, se ha sentido una fascinación por el sistema judicial penal norteamericano que ha alcanzado cotas rayanas en el ridículo, pues ese sistema, a pesar de lo que han pretendido explicarnos, tiene manifestaciones prácticas inquisitivas que no pueden ser admitidas en un Estado de Derecho que se base en la libertad. En los Estados Unidos una cosa es lo que se predica y otra muy diferente lo que se practica».

⁹⁰ En el mismo sentido, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit. pág. 445.

hayan conducido a una conformidad concertada, a menos que el procesado y su defensor consientan su utilización⁹¹.

4. Participación de las víctimas

Es una idea muy conocida aquella que describe el arrebatamiento del conflicto a las víctimas⁹². A éstas, fundamentalmente desde fines del siglo XIX –a partir de las tesis del Positivismo italiano– se les había restringido su participación en el proceso penal al ejercicio de una pretensión indemnizatoria⁹³. Esta tendencia netamente mercantilista, que centró la participación de las víctimas en el proceso penal durante gran parte del siglo XX, fue seguida por la legislación procesal penal colombiana. Incluso ya en el siglo XXI, la Ley 600/2000, de 24 de julio, determinó que la participación de la víctima estaría encaminada exclusivamente en la búsqueda de un resarcimiento de los perjuicios sufridos. Por tanto, más que hablar de víctimas, la ley hablaba de *perjudicados*. Así pues, los perjudicados sólo tenían *legitimidad en la causa* para pronunciarse sobre aspectos relacionados con la pretensión indemnizatoria. Si bien podían participar coadyuvando a la acusación estatal, ello únicamente tenía como finalidad establecer el presupuesto para tener derecho a la indemnización; de ahí que su actividad fuese muy restringida.

Esta situación dio lugar a que la citada ley fuera demandada ante la Corte Constitucional. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se argumentó que la participación de las *víctimas* concebida de manera tan restrictiva, vulneraba el derecho fundamental a la

⁹¹ Cfr. CPP arts. 259 inc. 2 y 369.

⁹² Cfr. N. CHRISTIE, «*Los conflictos como pertenencia*», cit., págs. 157-182 *passim*.

⁹³ Vid. R. GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, cit., pág. 58: «[...] a la nueva escuela positiva corresponde el mérito de haber considerado la reparación como uno de los principales objetos de la represión».

igualdad en relación con la participación de otros sujetos en el proceso penal ordinario. La demanda fue admitida y por medio de la SCC/C n.º 228 de 2002 fueron declaradas contrarias a la CPCol varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal del año 2000⁹⁴. Con esa sentencia el Tribunal constitucional quebró la tendencia en el tratamiento a las víctimas y estableció un hito al considerar que éstas no sólo tienen derecho a la *reparación*, sino también a la *verdad* y a la *justicia*; pero lo más importante fue que amplió el contenido del término *reparación*, dando la posibilidad de comprender dentro de éste otras opciones diferentes a las económicas. En ese mismo pronunciamiento jurisprudencial fueron definidas las categorías de *víctima* y *perjudicado*. Así, se entiende que la *víctima* es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica, mientras que la categoría de *perjudicado* tiene un alcance mayor que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito⁹⁵. Si bien puede ser discutible esta definición de *víctima*⁹⁶, lo importante es destacar que se da un primer avance en cuanto a la construcción de un concepto que se ha ido perfeccionando en desarrollos

⁹⁴ Cfr. SCC/C n.º 228 de 2002, M.P. (s): M. J. CEPEDA ESPINOSA y E. MONTEALEGRE LYNETT.

⁹⁵ Vid. SCC/C n.º 228 de 2002, M.P. (s): M. J. CEPEDA ESPINOSA y E. MONTEALEGRE LYNETT: «La Corte precisa que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también en daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal. El carácter civil de la parte ha sido entendido en sentido meramente patrimonial, pero en realidad puede tener una connotación distinta puesto que refiere a la participación de miembros de la sociedad civil en un proceso conducido por el Estado».

⁹⁶ Presenta un concepto más amplio de víctima, vid. G. QUINTERO OLIVARES, «La víctima y el derecho penal», cit., pág. 17: «Víctima lo es sin duda el perjudicado, pero con esa expresión se abre un abanico de consecuencias del delito para la vida inmediata de esas personas que no pueden ser comprendidas como simplemente propias de la condición de perjudicado». Por su parte, M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción civil...*, cit., pág. 42, entiende a la víctima en un sentido criminológico e incluye en esta categoría «tanto al sujeto pasivo del delito (el ofendido) como a quien directamente sufre, en su esfera patrimonial, los efectos del mismo (el perjudicado)».

legislativos posteriores. Los fundamentos de la sentencia citada mencionan la vigencia de los movimientos a favor de las víctimas surgidos a nivel mundial desde mediados del siglo XX, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y algunos pronunciamientos de las cortes Interamericana y Europea de los Derechos Humanos. Esta sentencia tuvo efectos inmediatos en la producción legislativa colombiana⁹⁷. El CPP del año 2000 entró en vigencia el 25 de julio de 2001 y tan sólo tres años después sería reformado íntegramente por la Ley 906/2004, de agosto 31. En ese tránsito se presenta un cambio que se refleja con un dato cuantitativo: la Ley 600/2000 está compuesta por 536 artículos y menciona a lo largo de su contenido la palabra *víctima* en diez ocasiones, en tanto que se habla de *perjudicado* en veinte; por su parte, la Ley 906/2004, que está compuesta por 531 artículos, cinco menos que la anterior, utiliza 106 veces la palabra *víctima* y tan sólo diez veces hace alusión al *perjudicado*. Por lo menos desde la perspectiva nominal se presentó un avance de la víctima, acogiendo además la tendencia de dar un valor unívoco al concepto de víctima abarcando al *sujeto pasivo* y al *sujeto perjudicado*⁹⁸.

El CPP de 2004 define a la víctima como la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto⁹⁹. Formalmente se le reconoce a la víctima amplias posibilidades de participación a lo largo del proceso penal, las cuales ya no van a estar enfocadas únicamente al

⁹⁷ Una descripción y análisis de los fundamentos legales, y del desarrollo de las instituciones procesales a favor de las víctimas en la ley penal colombiana, puede verse en P. CADAVID LONDOÑO, «*La víctima en la Ley 906 de 2004*», cit., págs. 273-330.

⁹⁸ Sobre el concepto unificado, *cfr.* M. HERRERA MORENO, *La hora de la víctima...*, cit., pág. 330.

⁹⁹ *Cfr.* CPP art. 132 [La expresión «directo» fue posteriormente declarada contraria a la CPC, mediante SCC/C n.º 516 de 2007, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO].

aspecto patrimonial¹⁰⁰. Se le otorga la posibilidad de coadyuvar a la Fiscalía en la aportación de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que pueda ser de utilidad para la investigación¹⁰¹. En el supuesto de que la víctima no cuente con los recursos económicos para contratar un abogado de confianza que la asista en el proceso, el Estado por intermedio de la Fiscalía se obliga a designarle un representante de oficio¹⁰². También se le concede la oportunidad de participar en un trámite procesal, posterior a la lectura del fallo que *anuncia* la responsabilidad penal del procesado, en el cual se debate sobre la *reparación* que debe recibir¹⁰³.

Con todo, el modelo procesal que contiene este código procesal se caracteriza fundamentalmente por un afán de *eficientismo*, para lo cual presenta un amplio abanico de posibilidades de negociación con el procesado a fin de que éste acepte una responsabilidad penal con fundamento en una verdad formal construida a partir de la mutua conveniencia con el Estado. Como consecuencia de ello, la pretensión reparadora que pueda tener la víctima queda excluida en el plano operativo y, por tanto, esa pretensión tiene que presentarse y discutirse ante la jurisdicción civil¹⁰⁴. Así pues, se evidencia una discordancia entre los fines

¹⁰⁰ Cfr. CPP art. 11; y arts. 132 al 136.

¹⁰¹ Vid. R. POSADA MAYA, «*El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio*», cit., pág. 19: «En virtud de este principio [integralidad de la reparación] las víctimas y los perjudicados no sólo tienen derecho a la plena reparación integral de los perjuicios causados por el delito y al restablecimiento de sus derechos y bienes violentados, sino que, también, tienen derecho, por virtud del bloque de constitucionalidad, a la revelación completa y pública de la verdad como posibilidad de conocer lo realmente sucedido y a la justicia como no impunidad y plena participación en el proceso».

¹⁰² Cfr. CPP art. 137 num. 6.

¹⁰³ Cfr. CPP arts. 102 al 108.

¹⁰⁴ Vid. M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción...*, cit., pág. 55: «[El sistema de reparación anglosajón] Se caracteriza por la nítida separación entre los procesos civiles y penales, no cabiendo la articulación de la pretensión civil en el curso de un proceso penal. Por ello, cualquier género de expectativa indemnizatoria que, a raíz del

que se pretenden lograr a favor de la víctima y los medios dispuestos para su efectiva realización. En la Ley 906/2004 nunca se menciona, en las normas relativas a los *preacuerdos* y las *negociaciones* del procesado con la Fiscalía, que la víctima pueda participar activamente en esas diligencias¹⁰⁵; tan sólo se dice que las reparaciones efectivas a la víctima que eventualmente resulten de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado pueden aceptarse por aquella y que en caso de rehusarlos podrá acudir a las vías judiciales pertinentes¹⁰⁶.

Esta situación motivó que esas disposiciones fueran demandadas por inconstitucionales y en virtud a ello la Corte Constitucional profirió la SCC/C n.º 516 de 2007, donde otorga la razón a los demandantes y ordena a los operadores jurídicos –en este fallo *aditivo* de la ley– incluir a las víctimas como participantes activos con pretensiones en los trámites de preacuerdos y negociaciones¹⁰⁷. Con todo, la víctima no puede oponerse a

padecimiento de un hecho delictivo, tenga el perjudicado, deberá hacerse valer en proceso civil».

¹⁰⁵ Cfr. CPP arts. 348 al 354.

¹⁰⁶ Cfr. CPP arts. 348 y 351 num. 6.

¹⁰⁷ Vid. SCC/C n.º 516 de 2007, M.P.: J. CÓRDOBA TRIVIÑO: «Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional [...] No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el *consenso*, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima [...] De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (art. 351 inc. 2) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima».

la celebración de un acuerdo entre la Fiscalía y el procesado¹⁰⁸. Vale recordar que en el ordenamiento colombiano la Fiscalía tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal¹⁰⁹. La FGN, siendo consciente de la legitimidad que tienen las víctimas, ha instado a sus funcionarios para que cuenten con su concurso durante la realización de las negociaciones con el procesado¹¹⁰.

En lo que respecta a la reparación, la cual es incompatible con la estructura procesal de corte anglosajón, el mecanismo que busca la reparación integral era además inaplicable, porque aquél tenía como base la declaratoria de responsabilidad penal y ésta únicamente existirá, técnicamente hablando, cuando el fallo judicial que la determina quedara debidamente ejecutoriado. El CPP establecía en su art. 102 que el incidente de reparación integral procedería cuando el Juez de primera instancia anunciara el sentido del fallo. Con ello, evidentemente, se le estaban creando falsas expectativas a la víctima, porque ese *fallo* tan sólo contenía una parte resolutive, ya que la parte de motivaciones del mismo ni siquiera se había confeccionando para ese momento. Es más, también el fallo definitivo del Juez de primera instancia, es decir, el que está compuesto por los fundamentos *–parte motiva–* y la resolución *–parte resolutive–* es

¹⁰⁸ Vid. SCC/C n.º 059 de 2010, M.P.: H. A. SIERRA PORTO: «[...] no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos [...] si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración».

¹⁰⁹ Cfr. CPP art. 66.

¹¹⁰ Vid. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, cit., pág. 99: «Efectivamente, la aplicación de los preacuerdos no puede conllevar el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Es cierto que se trata de un medio a través del cual la fiscalía puede negociar con el imputado o acusado para tipificar su conducta en su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena, incluso, para renunciar al ejercicio de la acción penal, cuando elimina algún cargo específico o alguna causal de agravación punitiva, en cualquier caso su aplicación debe ser compatible con el mandato constitucional que implica el respeto a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas».

susceptible de ser apelado ante el superior funcional y en caso de ser revocado, desaparecerían los fundamentos para la reparación de la víctima. Esta falta de técnica legislativa motivó que el citado art. 102 del CPP fuera objeto de una posterior reforma legal, la cual se adelantó por medio de la Ley 1395/2010, de julio 12, quedando establecido que el denominado incidente de reparación integral únicamente procede contra sentencias condenatorias que se encuentren debidamente ejecutoriadas¹¹¹.

De todo lo anterior puede concluirse que el actual CPP no comporta realmente un cambio a favor de la posición de la víctima dentro del esquema de la intervención punitiva. Por el contrario, ésta tenía más posibilidades de ser escuchada y de lograr sus pretensiones en otros estatutos normativos donde no la mencionaban tanto¹¹².

II. CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, LEY 1098/2006

Desde que se asume la tesis de la *protección integral al menor* por el ordenamiento jurídico colombiano¹¹³, a partir de la introducción de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el proceso penal de los menores comienza a ser objeto de una serie de

¹¹¹ Vid. CPP art. 102: «Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante».

¹¹² Vid. M. DEL P. MARTÍN RÍOS, *El ejercicio de la acción civil...*, cit., pág. 28: «La disminución de la satisfacción alberga, inevitables, el riesgo de que la víctima concluya que el sacrificio no ha merecido la pena y que la renuncia de sus potestades primigenias fue en vano».

¹¹³ Vid. CIA, art. 7: «Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior [...]».

cambios orientados al reconocimiento e implementación de las prerrogativas procesales existentes en el proceso penal de adultos y a la introducción de mecanismos que permitan la simplificación y flexibilidad de los procedimientos, necesarias en una intervención de carácter esencialmente educativa y protectora.

Reconocer la naturaleza procesal penal del mecanismo de aplicación del Derecho penal sustantivo a los menores es una conquista en sí misma, no obstante que todavía esta parcela del ordenamiento no sea objeto de un desarrollo doctrinal más amplio. Ahora bien, que el proceso penal de los menores deba ser concebido como una forma de *proceso especial* se justifica porque éste se emplea para reaccionar frente a una manifestación de criminalidad considerada menos grave, tanto cualitativa como cuantitativamente, y por la marcada pretensión de utilizar mecanismos alternativos para solucionar un conflicto delictivo de difícil articulación en un trámite procesal ordinario¹¹⁴. De esta manera se presenta un proceso concebido para posibilitar la flexibilidad de los procedimientos que permitan un diálogo constructivo entre los sujetos procesales, buscando la *protección integral del menor* sin perder de vista su *interés superior*¹¹⁵.

Esta respuesta reflexiva, educadora y protectora hacia los menores, admite en la actualidad varias críticas, porque el modelo se ve afectado por inconsistencias intrasistemáticas y por las crecientes arremetidas del *populismo punitivo*. En efecto, nada cambia realmente si el proceso penal especial para los menores se encuentra atado a las disposiciones contenidas en las leyes penales ordinarias, sustantivas y procesales, establecidas para

¹¹⁴ T. ARMENTA DEU, «*Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios*», cit., pág. 284.

¹¹⁵ Vid. CIA, art. 8: «*Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes*. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

los adultos¹¹⁶, porque de esa manera se traslada una reacción punitiva concebida para luchar contra una *criminalidad dura* a la criminalidad de los menores.

Con todo, hay que destacar que en las últimas décadas se ha presentado un aumento considerable de la criminalidad juvenil, situación que ha generado un desbordamiento de la capacidad operativa en los Juzgados de Menores. Esto trajo como consecuencia una pretensión por parte del legislador de introducir la conformidad en el proceso penal de los menores. Dicha pretensión se transformó en realidad en la Ley 1098/2006, de noviembre 6, Código de la Infancia y de la Adolescencia (CIA).

1. Clases de conformidad

En el CIA la única forma de conformidad permitida es aquella que consiste en la aceptación de la pretensión presentada por la Fiscalía; en estos casos no se tratará de una pretensión punitiva sino protectora. A esta conclusión hemos de llegar considerando los fines que el CIA en su art. 178 le asigna a las sanciones imponibles a los menores; éstas tendrán una finalidad protectora, educativa y restaurativa.

El art. 144 del CIA remite al CPP para la regulación de la estructura genérica del proceso penal aplicable a los menores, sin perjuicio de inaplicar aquellas que sean contrarias al interés superior estos. En ese sentido, el CIA también establece unas reglas especiales de procedimiento que se aplicarán de manera preferente. Así pues, hay que entender que la regulación de la conformidad en el CIA es una de aquellas reglas especiales que prevalecen sobre la regulación de esta institución en el CPP.

¹¹⁶ *Cfr.* CIA arts. 151 y 152.

A. Aceptación de la imputación

Por la regulación expresa que hace el legislador en el CIA, en este ámbito sólo procede la conformidad simple en relación con la imputación presentada por la Fiscalía, ya que de manera directa excluye las negociaciones entre ésta y el menor¹¹⁷. Y ello con razón, pues si el menor carece de la autonomía para celebrar actos jurídicos válidamente, no podría tenerla para disponer sobre su responsabilidad penal. Además, si la medida que se le impone al menor tiene como finalidad¹¹⁸ su *protección integral*, carecería de sentido cualquier negociación de corte utilitarista respecto de la misma.

La aceptación de la imputación debe hacerse en la audiencia donde ésta sea formulada ante el Juez de control de garantías. Cuando el menor acepte la imputación jurídica que le presenta la Fiscalía, la actuación deberá ser enviada ante el Juez de Menores a efectos de que éste determine la medida a imponer.

Nótese que la ley no determina una rebaja en relación con la medida imponible. Ello obedece a que en el sistema de responsabilidad penal de los menores las consecuencias jurídicas no están referidas de manera específica a cada conducta delictiva en particular. Al igual que ocurre en el ordenamiento español, es el Juez de Menores el encargado de imponer de manera fundada la medida que sea procedente según el catálogo establecido por el legislador.

¹¹⁷ Vid. CIA art 157 inc. 1: «*Prohibiciones especiales*. En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes no proceden los acuerdos entre la Fiscalía y la Defensa».

¹¹⁸ Vid. CIA, art. 140: «*Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral [...]».

Con todo, la aceptación por parte del menor de la imputación que le formula la Fiscalía es un criterio que debe considerar el Juez al momento de la determinación de la medida a imponer¹¹⁹. Las sanciones se impondrán en la audiencia de juicio oral que debe ser continua y privada, so pena de nulidad, según lo ordena el CIA en el art. 189 inc. 2.

En cuanto a la sanción imponible, es importante tener en cuenta la gran influencia que en este aspecto comporta el aumento punitivo que hizo el legislador en relación a todos los delitos de la Parte especial del CP por medio del art. 14 de la Ley 890/2004. Ya se ha mencionado en varias ocasiones que esta reforma penal implicó un aumento de las penas, que se materializó en la configuración del marco punitivo establecido para todos los delitos en el ordenamiento colombiano. Así pues, el límite mínimo se aumentó en una tercera parte y el máximo en la mitad. En relación con ello, el CIA en su art. 187 inc. 1 dispone que la privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el CP sea o exceda de seis años de prisión; en estos casos, la privación de libertad tendrá una duración de uno hasta cinco años.

Si recordamos las razones que el legislador esgrimió para aumentar las penas en el CP, encontramos que estas estaban orientadas a procurar las negociaciones del procesado con la Fiscalía dentro del proceso ordinario¹²⁰. Este aumento punitivo implicó que la mayoría de las conductas delictivas establecidas en el CP tuvieran asignada una pena de prisión que es igual o superior a los seis años, con lo cual, de manera indirecta, se atacó el

¹¹⁹ *Cfr.* CIA art. 179 num. 4.

¹²⁰ *Cfr.* Gaceta del Congreso n.º 345 de julio 23/2003 [Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Senado de la República, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal].

supuesto espíritu protector de la ley del menor, ya que en la mayoría de los casos la medida aplicable será la de privación de la libertad en un centro de internamiento por un tiempo de uno a cinco años. Así pues, la pretendida flexibilidad anunciada dentro de la legislación especial de los menores se ve atacada por los afanes eficientistas del legislador penal ordinario.

En cuanto al consentimiento de los menores, la ley no dice nada sobre una eventual discordancia entre éste y su defensor. Por nuestra parte, entendemos que deberá prevalecer el criterio del defensor como garantía de la protección del interés superior del menor. Ello implica que no podrá ser aplicada la norma referida a esta situación contenida en el art. 354 del CPP.

Sobre los demás requisitos de validez, reglas comunes, fundamentos probatorios y participación de las víctimas, tiene plena operancia la regulación referida a la conformidad simple del proceso penal ordinario.

III. CÓDIGO PENAL MILITAR, LEY 1407/2010

La organización jurisdiccional en Colombia es idéntica a la que suelen utilizar los Estados con sistema jurídico de Derecho continental europeo. En efecto, éstos disponen de un sistema propio de organización autónoma de la jurisdicción militar, limitada a su ámbito objetivo y diferenciado de la jurisdicción ordinaria que regula específicamente el ejercicio de la *acción penal militar* y el *juicio militar*¹²¹. Evidentemente, dentro de este modelo también es ubicable España.

En Colombia, por medio de la Ley 1407/2010, de agosto 17, se expidió un nuevo Código Penal Militar (CPM). En esta regulación, a tono

¹²¹ Así, E. PÉREZ-CABEZOS Y GALLEGOS Y F. J. PUYOL MONTERO, *Derecho procesal penal y militar*, Madrid, Reus, 1994, pág. 669.

con la tendencia procesal que se viene imponiendo en el mundo entero, se evidencia la influencia norteamericana. Esto se hace patente en la regulación de la conformidad, muy similar a la establecida en el CPP ordinario.

El CPM se aplica a las personas titulares del fuero militar, esto es, a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo para el procesamiento penal por los delitos cometidos en relación a dicho servicio¹²². Por *delitos cometidos dentro del servicio*, se entienden aquellos realizados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado¹²³. En todo caso, no podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en Convenios y Tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio¹²⁴. En estos eventos a los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía, quienes componen la Fuerza Pública, serán procesados por el procedimiento penal ordinario según el CPP. Las reglas procesales contenidas en el CPP sirven además para llenar los eventuales vacíos normativos que existan en la regulación procesal penal militar¹²⁵.

1. Clases de conformidad

El CPM regula la conformidad, fundamentalmente, en los artículos

¹²² Cfr. CPM art. 1.

¹²³ Cfr. CPM art. 2.

¹²⁴ Cfr. CPM art. 3.

¹²⁵ Cfr. CPM art. 197.

491 al 496 dentro de un título denominado *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía Penal Militar y el acusado*. A pesar de esta denominación la conformidad también puede presentarse en momentos anteriores a la presentación del escrito de acusación, con lo cual ha de tenerse presente la regulación sobre la aceptación de la imputación durante la audiencia preliminar, la cual se encuentra en los arts. 446 inc. 3 y 451 del CPM. Del mismo modo, ha de considerarse también la aceptación de la acusación manifestada durante la audiencia preparatoria y al inicio de la audiencia del juicio de Corte Marcial, oportunidades éstas reguladas por lo dispuesto en el CPM en los arts. 498 num. 5 y 508 inc. 2, respectivamente.

Las consideraciones de tipo analítico presentadas en relación con el procedimiento establecido en el CPP son válidas en relación con la reglamentación de la conformidad en el CPM, salvo algunas excepciones que se precisarán en su debido momento.

A. Aceptación de la pretensión punitiva

Esta consiste en la aceptación total de la imputación fáctica y jurídica sostenida por la Fiscalía Penal Militar (FPM). Dentro de esta modalidad se encuentran abarcadas la aceptación de la imputación propiamente dicha, que se presenta en la audiencia de formulación de la imputación, y la aceptación de la acusación, que puede darse durante la audiencia preparatoria a la Corte Marcial, y ya en el juicio propiamente dicho, una vez instalada la Corte.

1) Durante la audiencia de formulación de imputación

Según el art. 444 del CPM, la formulación de la imputación es el acto a través del cual la FPM comunica a un miembro de la fuerza pública

su calidad de imputado en una audiencia que se lleva a cabo ante el Juez Penal Militar de control de garantías. En ese evento, el Fiscal deberá hacer la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Ante la formulación de la imputación que la FPM realice en su contra, el imputado podrá optar por hacer un reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga, según lo dispone el CPM en el art. 451. La aceptación de la imputación comporta una rebaja que puede llegar hasta la mitad de la pena imponible. Ello se concluye, teniendo en cuenta que el art. 451 del CPM remite al 496 del mismo estatuto; pero en este último no se habla, efectivamente, de ninguna rebaja¹²⁶; por lo tanto, en un ejercicio de interpretación sistemática con todo el ordenamiento jurídico –realizado sin perder de vista el principio de igualdad– resulta lógico concluir que la rebaja debe ser la misma que establece el CPP para esta clase de conformidad¹²⁷. Así pues, no se puede dejar de lado que el CPM en el art. 493 otorga una rebaja punitiva de hasta la mitad de la pena imponible cuando el acusado acepta los cargos presentados en el escrito de acusación. Por tanto, si otorga esta amplia rebaja en un momento posterior de la actuación, resulta apenas obvio que la misma sea procedente cuando la investigación apenas comienza. De esta manera, habrá que entender que el legislador debió haber hecho referencia expresa al art. 493 y no al 496 del CPM.

¹²⁶ Vid. CPM art. 496: «Reglas comunes. Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia. Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el acusado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este Código».

¹²⁷ Cfr. CPP art. 351 inc. 1.

2) Frente al escrito de acusación presentado por el FPM

Esta es una novedad que trae el CPM en relación la regulación de la conformidad en CPP. En efecto, en el proceso penal militar se permite la aceptación del escrito de acusación. La ley procesal penal militar dispone en el art. 479 que el FPM presentará el escrito de acusación ante el Juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Dentro de los tres días siguientes al recibo del escrito de acusación, el Juez penal militar deberá señalar fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación. Esta audiencia no podrá celebrarse antes de treinta ni después de sesenta días, contados a partir de la convocatoria hecha por el Juez¹²⁸.

El imputado, porque formalmente no tiene la calidad de acusado en tanto no se ha celebrado la audiencia de formulación de la acusación, dispone de un amplio término para decidir si acepta o no la pretensión punitiva que sostiene la FPM. De este modo, el imputado puede conocer el contenido de la acusación, porque la ley dispone en el art. 480 *in fine* que la FPM debe entregar la copia de ésta no sólo al imputado sino también a las víctimas y al Ministerio Público. Según lo dicho, el imputado dispone de amplias ventajas para decidir si acepta la acusación presentada por la Fiscalía: así, conoce el contenido de la acusación y las pruebas en que ésta se fundamenta¹²⁹; dispone, además, de un amplio periodo de tiempo que puede llegar hasta los sesenta días para decidir si acepta o no la pretensión de la Fiscalía. Como si lo anterior fuera poco, la rebaja punitiva a la que se

¹²⁸ Cfr. CPM art. 481.

¹²⁹ Cfr. CPM art. 480 num. 5.

hace acreedor en caso de aceptación de la acusación puede llegar a ser de hasta la mitad de la pena imponible¹³⁰.

3) Durante la audiencia preparatoria a la Corte Marcial

Durante la audiencia preparatoria a la Corte Marcial también es posible realizar la aceptación de la pretensión punitiva formulada por la FPM. En este caso la pena podrá ser rebajada hasta en una tercera parte de la pena imponible, según lo dispone el CPM en su art. 498 num. 5. En cuanto al límite mínimo la ley guarda silencio, pero la fórmula que propone la FGN –a la cual se hizo alusión cuando se estudió la conformidad en el CPP– indicaría que éste sería el rango de mayor disminución punitiva para la siguiente oportunidad procesal, con lo cual, la rebaja oscilaría entre una sexta y una tercera parte de la pena a imponer¹³¹.

Aquí se evidencia un claro desequilibrio frente a la conformidad con la imputación que se halla en el CPP, la cual, como ya quedó dicho, es un verdadero caso de *guilty plea* donde el imputado debe aceptar su responsabilidad con los ojos cerrados y únicamente durante la audiencia de formulación de la imputación. En ese sentido, esta regulación del CPM, indudablemente, comporta una vulneración del principio de igualdad. En años anteriores, cuando se han presentado discrepancias similares entre la legislación penal ordinaria y la penal militar la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto y –reivindicando el principio de igualdad– de

¹³⁰ Cfr. CPM art. 493 inc. 1.

¹³¹ Vid. CPM art. 508 inc. 2: «*Alegación inicial*. Una vez instalada la Corte Marcial, el juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados».

manera por demás salomónica, ha equiparado ambas legislaciones en el sentido más desfavorable para el procesado¹³².

4) Durante la instalación del juicio de Corte Marcial

Una vez instalada la Corte Marcial, el Juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

Si el acusado se declara culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Si el acusado no hace ninguna manifestación, ha de entenderse que reivindica su inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá con el trámite ordinario de la Corte Marcial.

Esta aceptación de responsabilidad penal, al igual que la anterior, es

¹³² Sobre este punto, resulta paradigmática la sentencia manipulativa que *solucionó* el conflicto suscitado por la diferencia en cuanto a la pena imponible para el homicidio de acuerdo al Código Penal Militar en relación con el Código Penal ordinario; al respecto, *vid.* SCC/C n.º 358 de 1997, M.P.: E. CIFUENTES MUÑOZ: «Si bajo los aspectos relevantes, las dos situaciones son iguales, el tratamiento diferenciado es inaceptable. Por lo tanto, la Corte concluye que en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria. Es el caso del delito de homicidio, sancionado en el Código Penal Militar con una pena de prisión de 10 a 15 años –la que se eleva de 16 hasta 30 años si concurren circunstancias de agravación punitiva–, que en el Código Penal recibe un castigo más severo consistente en pena de prisión de 25 a 40 años, que se aumenta de 40 a 60 años si median circunstancias de agravación punitiva. De acuerdo con lo expuesto, las expresiones demandadas que fijan el *quantum* de la pena del delito de homicidio y de las circunstancias de agravación punitiva serán declaradas inexequibles. En estos dos eventos, por razones elementales de integración normativa, las penas serán las que se establecen en las normas respectivas del Código Penal».

efectuada ante el Juez penal militar. Aquí se ha de verificar que el acusado esté prestando su conformidad de manera libre. En todo caso, el Juez también debe establecer si esa conformidad es producto de un acuerdo con la FPM¹³³.

B. Responsabilidad penal preacordada o negociada

El CPM, al igual que el CPP, establece la posibilidad de realización de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía Penal Militar y el procesado¹³⁴. La regulación es muy similar a la que encontramos para el procedimiento penal ordinario. Con todo, es procedente destacar algunas diferencias en relación con el momento procesal en el que la conformidad negociada puede realizarse. En primer lugar, mientras que en el CPP existe la posibilidad de negociación desde la formulación de la imputación, en el CPM este ámbito temporal queda limitado a partir de la presentación del escrito de acusación. Otra diferencia consiste en la negociación sobre el *quantum* de la pena; así, mientras el CPP permite una negociación abierta entre el procesado y la FGN sobre la pena a imponer, el CPM sólo permite una negociación que llegue hasta la mitad de la pena imponible¹³⁵.

1) Desde la presentación del escrito de acusación hasta el inicio de la audiencia de acusación

En este espacio temporal, al que hemos calificado como una verdadera innovación que presenta el CPM en el ordenamiento procesal penal colombiano, el imputado puede acceder también a la conformidad negociada. Aquí, la FPM y el procesado pueden llegar a un acuerdo en el cual el éste se declare culpable del delito plasmado en la acusación o de uno

¹³³ *Cfr.* CPM art. 509. inc. 1.

¹³⁴ *Cfr.* CPM arts. 491 a 496.

¹³⁵ *Cfr.* CPM art. 493 inc. 1.

que tenga aparejada una pena menor, a cambio de que el Fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico¹³⁶. También se puede concertar para que la Fiscalía tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica tendente a lograr una disminución de la pena.

2) Terminada la audiencia de acusación hasta el inicio del juicio de Corte Marcial

La regulación legal indica que el marco de las negociaciones en este momento procesal está limitado a que la FPM tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica tendente a obtener una disminución de la pena. En este caso la FPM negocia el término de la imputación jurídica y, eventualmente, la pena imponible, según se desprende del art. 493 inc. 1. Consideramos que en el evento de negociación sobre la pena, la atenuación punitiva no podrá exceder de la mitad de pena imponible. Como ya se ha dicho, cuando la FPM y el procesado realizan acuerdos sobre la pena no deben atenerse a la utilización del sistema de cuartos establecido en el CP.

Ahora bien, cuando no se negocie la pena sino solamente los cargos, en todo caso, por expresa disposición legal, el Juez penal militar determinará la pena según el sistema de cuartos y sobre ella podrá hacer una disminución que podrá llegar hasta la mitad¹³⁷. Esta rebaja la deberá realizar, atendiendo a los criterios formales que sustentan la institución de la conformidad y los fines que se le asignan a la pena ponderando los principios de legalidad y oportunidad.

¹³⁶ *Cfr.* CPM art. 492 inc. 2 num. 1.

¹³⁷ *Cfr.* CPM art. 493 inc. 1.

2. Requisitos de validez, reglas comunes, fundamentos probatorios y participación de las víctimas.

Todas las consideraciones hechas sobre estos puntos en relación con el CPP son absolutamente válidas dentro de la regulación de la conformidad en el CPM, ya que existe una plena identidad entre las disposiciones normativas relativas a estos extremos¹³⁸.

¹³⁸ *Vid. supra*, Cap. VII, I, 2.

CAPÍTULO OCTAVO

OTROS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN PENALES POR COMPORTAMIENTOS POST-DELICTIVOS POSITIVOS

CAPÍTULO VIII

OTROS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN PENALES POR COMPORTAMIENTOS POST- DELICTIVOS POSITIVOS

I. PLANTEAMIENTO

En el afán por buscar la eficiencia en la persecución penal, el legislador acude a diversos mecanismos e instituciones que proyecta en el ámbito del proceso penal, afectando el inicio o el desarrollo de éste. Así, a partir de la verificación de comportamientos post-delictivos positivos se utiliza la *despenalización judicial indirecta*¹ y la *desjudicialización alternativa*²; esta última, como veremos, se presenta fundamentalmente en el caso colombiano. Los hechos post-delictivos positivos son aquellos que realiza el autor de un delito, luego de cometido éste, a favor de la víctima o de la administración de justicia³.

Los comportamientos post-delictivos realizados por el autor tienen una escasa relación con las categorías dogmáticas que integran el concepto de conducta punible⁴; eventualmente pueda trabarse una relación frente a

¹ *Vid. supra*, Cap. IV, II, 1, A, 1).

² *Vid. supra*, Cap. IV, II, 1, B, 1).

³ Así, J. DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, Secretariado de Publicaciones Univ. de León, 1985, pág. 40.

⁴ *Vid.* F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 486: «Al tratarse de circunstancias que operan en momentos posteriores a la comisión del delito no puede verse en ellas casos de disminución de la culpabilidad, sino meras razones político-criminales por las que se

determinadas concepciones dogmáticas del delito⁵. La sistematización de las hipótesis que se pueden agrupar bajo el rubro de comportamientos post-delictivos positivos resulta una tarea harto complicada. En todo caso, dichos comportamientos positivos se convierten en el fundamento que utiliza el legislador para conceder al procesado beneficios tales como el no ejercicio de la acción penal en su contra o la disposición a su favor de la pretensión punitiva.

La base que sirve de sustento a las figuras que implican una disposición de la acción y la pretensión penales la encontramos en planteamientos muy similares a los que se utilizan para fundar el principio de oportunidad. Así, extraídas de la discusión sobre la razón de ser de la exención de pena por el desistimiento en la tentativa⁶ encontramos una serie de teorías cuya aplicación es plenamente válida dentro del asunto que nos ocupa.

Para fundamentar la exclusión de la punibilidad, o incluso de la persecución penal, se afirma que el Estado se vale de *criterios político criminales* orientados a la consecución de finalidades estrictamente utilitarias⁷. Al lado de este utilitarismo, el titular del *ius puniendi* también

pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable [...]». En sentido similar, *vid.* S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 614: «Las atenuantes de confesión de la infracción (art. 21, 4ª) y de reparación del daño (art. 21, 5ª) disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal». En similar sentido, *cfr.* I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «*El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)*», en: *RECPC* [en línea], n.º 07-05, 2005, págs. 14 y 15.

⁵ *Vid.* M. L. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión en los delitos de terrorismo*, cit., págs. 261 y 262: «Admitir o negar que el comportamiento postdelictivo afecte de modo directo o indirecto a la antijuridicidad, a la culpabilidad, o al elemento conceptual de la punibilidad, presupone lógicamente, una opción previa a favor de una determinada concepción dogmática en torno a cada uno de aquellos elementos».

⁶ *Cfr.* CPE art. 16.1.

⁷ Así, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho penal*, Madrid, Servicio de publicaciones Univ. Complutense/Centro de Estudios Judiciales del

estaría interesado en conceder un *premio* al autor de un delito por el comportamiento positivo evidenciado con posterioridad a la comisión de éste⁸. También cabría incluir la *teoría del puente de oro*, pero en una versión más amplia⁹; así, la ley penal, procesal y sustantiva, le tiende un *puente de oro* al enemigo que le ayuda a luchar contra otros enemigos, convirtiéndose de este modo en su amigo. Puede considerarse, igualmente, la disminución de la voluntad criminal como un factor para proceder a disminuir o eliminar la reacción punitiva prevista contra el delincuente¹⁰. Finalmente, es válido destacar la *teoría del fin de la pena*, según la cual, aspectos de carácter preventivo, tanto especial como general, aconsejarían la ausencia de necesidad de imponer una pena en un caso específico¹¹.

Los ordenamientos español y colombiano concretan la concesión de beneficios al autor de un delito cuando éste realice comportamientos post-delictuales que procuren la facilitación del desarrollo de las actividades de investigación o la reparación de la víctima. Dentro de la colaboración con las actividades de investigación merecen ser resaltadas las figuras del *arrepentido procesal* y del *coacusado* o *coimputado* que presta su declaración como testigo de cargo. Entendemos que existe una diferencia entre el arrepentido procesal y el coacusado, porque aquel enfoca su

Ministerio de Justicia, 1994, pág. 41. Con una posición crítica frente a esta particular clasificación, *vid.* L. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 47: «La denominación de “teorías político-criminales” resulta equívoca, pues aunque se suelen equiparar a la “teoría del puente de plata” o “teoría del estímulo”, bajo esta expresión la doctrina también ha incluido las explicaciones del fundamento del desistimiento basadas en razones de utilidad, para proteger así los bienes jurídicos, o de justicia, aludiéndose incluso al concepto “premio”, constitutivo de otra teoría, o a los conceptos de prevención general y especial, también objeto de la teoría que basa la impunidad del desistimiento en los fines de la pena».

⁸ Cfr. L. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa...*, cit., pág. 58.

⁹ Cfr. F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal* t. III (trad. de la ²⁰ alemana por L. Jiménez de Asúa; adicionado con el Derecho penal español por Q. Saldaña), Madrid, Reus, ²1929, pág. 20.

¹⁰ Asimismo, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento...*, cit., pág. 51.

¹¹ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., págs. 81 y ss. También, L. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa...*, cit., pág. 69.

actividad post-delictiva ayudando a las autoridades tanto a la desarticulación de organizaciones criminales como a la evitación de futuros delitos. El coacusado o coimputado, por su parte, sirve de testigo de cargo contra otras personas que se encuentren vinculadas dentro de la misma actuación procesal, sin que necesariamente se trate de personas pertenecientes a organizaciones criminales. También resulta oportuno delimitar quienes pueden ser concebidos como *Testigos de la Corona*: por tales hemos de entender aquellos testigos puros –es decir, los terceros ajenos al proceso–, que bajo la promesa de remuneración por parte del Estado declaran a favor de los cargos; también pueden ser incluidos en esta categoría el coimputado que declara como testigo de cargo bajo inmunidad total¹².

Hechas las anteriores precisiones, no pueden dejarse de lado las críticas que estos beneficios de carácter procesal suscitan: así, en primer lugar, puede decirse que de esta manera se afectan los presupuestos del Derecho penal sustantivo por un comportamiento estrictamente procesal que, las más de las veces, ninguna relación guarda con el grado de injusto o de culpabilidad. Otra crítica está orientada a evidenciar que los beneficios o premios punitivos tienen un acento marcadamente desigualitario, porque casi siempre sus beneficiarios son, en mayor medida, los integrantes de los niveles superiores de las organizaciones criminales, que son los que tienen en sus manos una gran cantidad de información que ofrecer, en relación con los subordinados¹³. También se critica, en tercer lugar, que las hipótesis premiales que consigna la ley penal, sustantiva o procesal, están dirigidas para ser aplicadas frente a determinados delitos y no con carácter general,

¹² En sentido similar, *cfr.* M. L. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión en los delitos de terrorismo*, cit., pág. 148.

¹³ Así, por ejemplo, *cfr.* J. M. VALLE MUÑIZ y R. FERNÁNDEZ PALMA, «[Artículo 376 del Código Penal]», en: G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal t. III Parte especial (art. 319 a DF 7º)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 52008, págs. 379 y 380.

con lo cual, autores de otro tipo de delitos no tienen acceso a ellas¹⁴. Y, finalmente, también se ha señalado su contradicción con el principio de proporcionalidad de la reacción punitiva tanto en aquellos casos en que la disminución de la pena se estima excesiva como cuando se prescinde totalmente de ella o, incluso, se abandona la persecución penal¹⁵.

A continuación, veremos algunos ejemplos que comportan casos de disposición de la acción o la pretensión penal consignados en los ordenamientos jurídicos español y colombiano.

II. EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Existen en la legislación penal española, tanto sustantiva como procesal, figuras que implican la disposición de la pretensión punitiva por medio de la *despenalización judicial indirecta*. Algunas de ellas tienen una marcada tradición, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la *confesión* como atenuante punitiva¹⁶. Con todo, estímulos punitivos como el que se le concede a los arrepentidos procesales en materia de delitos de tráfico de drogas y terrorismo vienen marcados por una tendencia que se expande a nivel mundial. En efecto, en el ámbito internacional pueden hallarse algunas recomendaciones orientadas a la introducción de la figura del colaborador con la justicia o el colaborador arrepentido, particularmente con relación a los delitos cometidos por organizaciones criminales¹⁷. Así, por ejemplo, cabe destacar en el ámbito de la europeo la Resolución del Consejo, de diciembre 20 de 1996, relativa a las personas que colaboran

¹⁴ Así también, M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pág. 301.

¹⁵ Cfr. I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «*El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)*», cit., págs. 10 y 11.

¹⁶ Cfr. CPE art. 21.4.

¹⁷ Así, I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «*El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)*», cit., pág. 11.

con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, en la que se indica que los Estados deben alentar a las personas a colaborar en el proceso judicial, en particular aquellas que participen o hayan participado en asociaciones para delinquir u organizaciones criminales o en delitos característicos de la delincuencia organizada. Para ello invita a los Estados miembros a considerar la concesión de beneficios a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva, se esfuercen en evitar la continuación de las actividades delictivas o ayuden a las autoridades policiales o judiciales a reunir elementos de prueba decisivos para la averiguación de los hechos y la identificación o detención de los autores del delito; también se recomendó, en la mencionada resolución, la adopción de medidas de protección adecuadas para estas personas y sus familiares y allegados¹⁸. A tono con esta tendencia, encontramos en el CPE¹⁹, concretamente en los arts. 376 y 579.4, muestras de los estímulos punitivos que se ofrecen tanto a los miembros de organizaciones de narcotraficantes como a personas vinculadas con organizaciones terroristas.

1. La confesión como atenuante punitiva

A pesar de no existir en la legislación procesal penal española una regulación especial sobre la confesión como medio de prueba²⁰, el CPE en su art. 21.4 establece que ésta, en determinados eventos, puede operar como causa de atenuación de la pena. Así, dispone la ley penal sustantiva española que debe considerarse como una circunstancia atenuante de la punibilidad la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

¹⁸ Cfr. Diario Oficial n.º C 010 de 11/01/1997, págs. 0001 y 0002.

¹⁹ Según la redacción de los nuevos textos de acuerdo a la reforma operada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010.

²⁰ Salvo las esporádicas alusiones a la *confesión* que hace la LECrim en sus arts. 696, 406, 688, 820 y 954.

Según el texto legal, para que proceda la atenuación por confesión deberán presentarse los siguientes requisitos: en primer lugar, el autor de la conducta delictiva tendrá que realizar un acto que implique la confesión de su actuar contrario a la ley. En segundo lugar, esta confesión debe ser hecha antes de conocer la existencia de un procedimiento judicial que esté dirigido en su contra. Algún sector de la doctrina entiende, ampliando el concepto de procedimiento judicial, que hacen parte de éste las diligencias policiales²¹. Otro requisito tiene que ver con la veracidad de la confesión la cual, en armonía con lo dispuesto por la LECrim en su art. 406, habrá de ser corroborada por el funcionario encargado de adelantar la instrucción. Finalmente, en cuarto lugar, la confesión deberá hacerse ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla, entendiendo por tales las gubernativas o judiciales competentes en abstracto²².

Con todo, consideramos que en esta hipótesis, más que de una confesión, se trata de una declaración preprocesal que se constituye en una *notitia criminis* orientada a facilitar la investigación por la comisión de un delito. En efecto, si se considera que la confesión debe ser prestada ante un órgano judicial bajo la asistencia de un letrado, e informando al deponente sobre las consecuencias de sus afirmaciones, resulta claro que la regulación del art. 21.4 del CPE no se compadece con ello.

Se trata, pues, de un hecho post-delictivo positivo con marcado acento objetivo, por medio del cual el legislador busca estimular la presentación de la *notitia criminis* por el mismo autor del delito en aras de ahorrar recursos en el desarrollo de una investigación criminal. Así, se

²¹ Así, V. MAGRO SERVET, «Análisis de la circunstancia atenuante de confesar a las autoridades la infracción delictiva (art. 21.4 del CP)», en: *LLP*, n.º 41, 2007, págs. 111 y 112. En contra, *vid.* S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 618: «¿Qué debe entenderse por procedimiento judicial? El TS había incluido las diligencias policiales, pero lo correcto es limitarlo al procedimiento judicial en sentido estricto».

²² Asimismo, S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 618.

dejan de lado las consideraciones subjetivas que puedan concentrar la concesión del beneficio punitivo en el eventual arrepentimiento del autor del delito²³. La objetivación de la atenuante, por el contrario, permite considerar su fundamentación en aspectos preventivos de carácter general y especial. De este modo, viendo las cosas en clave de prevención general, la persona que acude a las autoridades penales para dar cuenta de la conducta punible que ha realizado demuestra con su actitud una confianza en el Derecho que repercute en una valoración positiva a su favor. En cuanto a la prevención especial, el autor demuestra un alto grado de socialización al manifestar su adhesión a la eventual solución que por medio de la intervención judicial se pueda realizar del conflicto que él mismo ha generado.

2. La reparación del daño

Otro comportamiento posterior al delito que obtiene una buena valoración por parte del legislador penal español es la reparación o la disminución del daño ocasionado a la víctima que realice el autor del delito durante cualquier momento del procedimiento. En todo caso, según lo dispone el CPE en el art. 21.5, esta conducta post-delictiva deberá verificarse antes del inicio del juicio oral.

Esta circunstancia de atenuación punitiva comporta un estímulo para que el procesado busque restablecer los derechos quebrantados a la víctima²⁴; de la misma manera, además, el legislador arropa a la víctima dentro del proceso penal, procurando un reforzamiento de sus expectativas de reparación. Aunque pareciera evidente que dicha circunstancia presenta un campo de aplicación más amplio en relación con los delitos contra el

²³ Asimismo, F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit., pág. 486.

²⁴ Así también, S. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 618.

patrimonio económico, nada obsta para que ésta sea aplicada en relación con todos los delitos establecidos en la Parte especial del CPE en los cuales exista una víctima determinada. En efecto, si bien es cierto que la restitución está orientada hacia el objeto material sobre el cual recae las conductas punibles atentatorias contra el patrimonio económico²⁵, también lo es que el concepto de reparación, entendido en un sentido amplio, abarca soluciones que van más allá del aspecto simplemente económico. En este sentido, habrá de entenderse que la reparación puede darse con otras conductas realizadas por el autor del delito tales como el arrepentimiento público o las disculpas a la víctima, entre otras. De esta manera, la atenuante debe ser interpretada con la mayor flexibilidad, en el sentido de no poner cortapisas a la actitud reparadora del sujeto agente²⁶.

Esta atenuante es perfectamente compatible con la atenuante de confesión; así, en el evento de concurrir ambas, habrá de aplicarse lo estipulado en el art. 66.2 del CPE, esto es, en caso de no presentarse agravante alguna, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y entidad de las atenuantes. En algunos eventos la rebaja punitiva sería equiparable a la que establece el CPE para los *arrepentidos procesales* en los casos de narcotráfico y terrorismo, según los dispone en los arts. 376 y 579.4, respectivamente²⁷.

²⁵ Cfr. CPE Títulos XIII y XIV.

²⁶ Igualmente, V. MAGRO SERVET, «Aplicación práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito», en: *La Ley (d)*, n.º 6361, 17 de noviembre de 2005, pág. 2.

²⁷ Vid. I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», cit., pág. 18: «Como la doctrina ha hecho notar, el juego de las atenuantes genéricas de arrepentimiento (artículo 21. 4 del Código Penal) y reparación del daño (artículo 21. 5 del Código Penal) podría permitir una rebaja de la pena similar a la prevé los preceptos citados [CPE arts. 376 y 579.4], si se aplican como atenuantes muy cualificadas, con menor grado de colaboración de la justicia».

En cuanto al ámbito temporal, la aplicación de la atenuante procederá cuando se realice la restitución o la reparación hasta antes de iniciarse el juicio, aunque algunos autores entienden que la celebración no supone simplemente la iniciación del juicio sino el cierre final de sus sesiones, es decir, cuando aquél pueda entenderse exhaustivamente celebrado²⁸. Con todo, si la conducta post-delictiva se realiza en un momento posterior, sería válido aplicar la atenuante como analógica según lo dispuesto por el CPE en su art. 21.7.

En similar sentido a la atenuante de la confesión, la reparación constituye un *actus contrarius* de parte del autor del delito, con lo cual se evidencia el restablecimiento de su confianza en el Derecho. Desde la perspectiva de la prevención especial, el autor demuestra un interés de socialización al considerar justa y necesaria una reparación para la víctima de su conducta delictiva, procurando el restablecimiento de los derechos de ésta.

3. El arrepentido procesal

La figura del arrepentido procesal dentro del ordenamiento español vigente presenta una naturaleza difícilmente identificable²⁹: de una parte, el arrepentido actúa como un imputado que se auto-declara culpable; y por otra, actúa como un testigo en contra de otros imputados en el mismo

²⁸ En ese sentido, F. SOTO NIETO, «Atenuante de reparación o disminución de los efectos del delito», en: *La Ley (d)*, n.º 6609, 13 de diciembre de 2006, pág. 16.

²⁹ Cfr. M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., págs. 314 y 315; sobre ello, vid. I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», cit., pág. 9: «El arrepentido se presenta en el proceso en una posición híbrida de aquella del testigo y el imputado: es un imputado que se autodeclara culpable y a la vez delata a otros coimputados buscando un trato de favor punitivo, a diferencia del testigo –que es un tercero ajeno a los hechos que se enjuician– no tiene obligación de decir la verdad so pena de incurrir en un delito de falso testimonio».

proceso penal. Parte del problema, a la hora de establecer esta identidad, surge por la inexistencia de regulación expresa de la figura en la LECrim.

Si se entiende que el arrepentido actúa como un testigo, prestará su declaración sin estar conminado a decir la verdad, con lo cual, se torna aun más sospechoso su testimonio ya que éste viene marcado desde un principio por un signo netamente utilitarista a su favor³⁰. Si actúa como un imputado, estaría realizando una confesión de los hechos declarándose culpable. Evidentemente este evento no sería compatible con ninguna de las hipótesis de *conformidad* establecidas en el ordenamiento jurídico español, ya que ello sería improcedente, de entrada, habida cuenta las penas imponibles por la comisión de los delitos de narcotráfico y terrorismo, que superan con creces los límites punitivos fijados para la aplicación de aquella figura procesal.

Con todo, algún sector de la doctrina estima la validez de la declaración del coimputado dependiendo del rol que éste asuma en el proceso penal respectivo; así, si varios sujetos actúan como coimputados, la declaración que uno realice en contra de los otros habrá de ser estimada como la versión de un imputado. Por el contrario, si el declarante lanza sus cargos dentro del desarrollo de otro proceso penal, o por fuera de un proceso penal, habrá de ser considerado como un testigo³¹. Así las cosas, el Juez debería realizar la valoración de la deposición –conforme a la identidad asignada a ésta, según el rol que cumpla el sujeto– a la luz de los criterios del art. 741 de la LECrim³².

³⁰ Así, M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pág. 307.

³¹ En ese sentido lo estima, M. P. DÍAZ PITA, *El coimputado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 404.

³² Asimismo, M. P. DÍAZ PITA, *El coimputado*, cit., pág. 419.

En todo caso, más allá de la naturaleza de la declaración del arrepentido procesal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado sus reservas para considerarla como única prueba de cargo en la que se pueda fundar un fallo condenatorio³³.

El ordenamiento punitivo español acoge la figura del arrepentido procesal en materia de delitos de terrorismo y tráfico de drogas. En un principio, la regulación estaba referida únicamente a los delitos de terrorismo según lo establecía la LO 2/1981, de mayo 4, que la introdujo en el CPE vigente para la época en el art. 174 bis c). Luego, por medio de la LO 9/1984, de diciembre 26, las medidas premiales a favor del arrepentido procesal se agruparon en ese cuerpo normativo. Posteriormente, a través de la LO 3/1988, de mayo 25, se reformó nuevamente el CPE vigente y la normatividad premial fue finalmente ubicada en el art. 57 bis b). Tiempo después, la LO 10/1995, de noviembre 30, contentiva del actual CPE, asumió parcialmente la regulación precedente y la extendió, de manera muy similar, a los delitos relacionados con el tráfico de drogas, unificando, de esa manera, la reacción penal en respuesta a ambas formas de delincuencia, a través de un sistema en donde conviven, junto a severas penalidades, excepcionales privilegios³⁴.

El CPE de 1995 fue reformado por la Ley 15/2003, de noviembre 25, suprimiendo, en lo relativo a la figura del arrepentido en los casos de narcotráfico, dos de las conductas que se exigían como fundamento de la atenuación punitiva: la presentación a las autoridades y la confesión de los hechos en que se hubiese participado. Así las cosas, el CPE dispone en su art. 376 párr. 1 que en los casos previstos en los arts. 368 a 372 de la Parte

³³ Por ejemplo, *cfr.* STS de 23 de septiembre de 2009.

³⁴ Así, J. M. VALLE MUÑIZ y R. FERNÁNDEZ PALMA, «[Artículo 376 del Código Penal]», *cit.*, pág. 375.

especial, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

En cuanto a los delitos de terrorismo, el CPE, conforme al texto de la LO 5/2010, de junio 22, establece en el art. 579.4 que en esos casos, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

La regulación normativa del arrepentimiento procesal es casi idéntica para ambos tipos de delincuencia, destacándose únicamente la diferencia que surge de la confesión que exige el art. 579.4 del CPE, lo cual plantea problemas de constitucionalidad, no sólo por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE –en relación con el art. 376 CPE–, sino también por desconocer la vigencia del derecho a no declarar contra sí mismo como lo dispone la misma CE en su art. 24.2.

La atenuante punitiva se patentiza en una rebaja de la pena imponible en uno o dos grados en relación con el delito cometido; esta atenuación indudablemente implica un acto de disposición de la pretensión penal a partir de una conducta post-delictiva positiva. Esta disposición de la pretensión punitiva será procedente cuando se presenten los siguientes presupuestos: en primer lugar, se exige que el sujeto activo haya abandonado voluntariamente la actividad delictiva³⁵. De este modo, se requiere que el sujeto rompa definitivamente con los vínculos que le unen a la organización delictiva, separándose definitivamente de la estructura asociativa de ésta³⁶. En este punto cabe destacar que la reciente reforma al CPE, realizada por medio de la LO 5/2010, de junio 22, ha definido como *organización criminal* la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas³⁷. En el mismo sentido, debe mencionarse que esta reforma legislativa también ha definido al *grupo criminal* como la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna las características de la organización criminal –estabilidad, o duración indefinida, o distribución coordinada o concertada de tareas o funciones–, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas³⁸. Más allá de las consideraciones dogmático-penales sobre el contenido de los delitos de

³⁵ Vid. M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pág. 306: «[...] no parece poder extenderse la atenuante a quien imputado ya de un delito contra la salud pública, de tráfico de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas observe un comportamiento colaboracionista respecto de la Autoridad con posterioridad a la imputación, so pena de extender el ámbito de aplicación de la medida premial de forma difícilmente compatible con el estricto respecto del principio de legalidad».

³⁶ Así, J. M. VALLE MUÑOZ y R. FERNÁNDEZ PALMA, «[Artículo 376 del Código Penal]», cit., pág. 379.

³⁷ Cfr. CPE art. 570 bis 1, párr. 2º.

³⁸ Cfr. CPE art. 570 ter. 1 c) *in fine*.

asociación como tipos de peligro abstracto³⁹, nos interesa resaltar que, para efectos procesales, la denuncia que haga un coacusado frente a un único copartícipe del delito comportaría la desarticulación de una *organización* o de un *grupo criminal*. Así pues, la famosa pareja criminal del *íncubo* y el *súcubo*, para efectos penales y procesales, ha de considerarse como un grupo de delincuencia organizada⁴⁰. Con todo, algunos autores estiman procedente la aplicación del beneficio punitivo incluso en casos de delitos realizados por una persona individualmente⁴¹. Según nuestro entender, en estos eventos podría darse aplicación preferente a las atenuantes consignadas en los numerales 4 y 5 del art. 21 del CP, esto es, la confesión ante la autoridades y la reparación del daño. Como ya se anotó, la aplicación conjunta de éstas puede producir una disminución punitiva equivalente a la establecida en la ley para el arrepentido procesal.

El segundo requisito exigido para que proceda la atenuación punitiva frente al arrepentido procesal tiene que ver con la voluntariedad del abandono. Así pues, éste tiene que ser libre y ausente de coacción. Se pretende de esta manera objetivizar la procedencia de la atenuante ya que

³⁹ Sobre ello, *cfr.* J.-M. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», en: *La Ley (d)*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010, pág. 5.

⁴⁰ *Vid.* J.-M. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», *cit.*, pág. 5: «La evolución de la política criminal internacional está conduciendo a la disolución del concepto de organización criminal. La característica general es que la integración de cada vez menos personas, con menos estructura y durante menos tiempo, se considera suficiente para apreciar la concurrencia de una organización».

⁴¹ *Vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: parte especial*, *cit.*, págs. 851 y 852: «En principio, no hay inconveniente que esta regulación pueda ser también aplicada al “terrorista individual”, aunque difícilmente se podrá exigir en este caso la concurrencia del tercer requisito, y concretamente de su segundo supuesto alternativo, porque no podrá el “terrorista individual” colaborar en la captura de otros responsables o atacar la infraestructura de la organización, sencillamente porque ni lo uno ni lo otro van a existir. El terrorista individual, por tanto, además del abandono y de la confesión, deberá colaborar activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, para que pueda gozar, en su caso, de la mencionada atenuación».

no se exige que el sujeto se arrepienta de su pasado delictivo o de su ideología⁴².

En cuanto al ámbito temporal para la realización de las conductas constitutivas del arrepentimiento el CPE no realiza ninguna anotación específica, de donde puede concluirse que éstas serán válidas siempre que sean compatibles con la etapa del proceso que se esté adelantando. Así, por ejemplo, el acusado podría manifestar su voluntad de colaborar eficazmente con las autoridades incluso hasta antes de producirse la sentencia definitiva⁴³.

En cuarto lugar, el arrepentido debe colaborar con las autoridades, de manera alternativa, para impedir la producción del delito; o aportando pruebas decisivas para la identificación de otros responsables, esto es, delatando a sus copartícipes⁴⁴; o para impedir, igualmente, la actuación o el desarrollo de las agrupaciones criminales con las que haya actuado. En el primer supuesto se entiende que es una *colaboración activa*, que depende fundamentalmente de la voluntad del arrepentido, con lo cual se presenta una cercanía con el desistimiento voluntario que torna impune la conducta⁴⁵; en los otros supuestos se trata de una colaboración eficaz para que las autoridades desplieguen su capacidad operativa para lograr el

⁴² En ese sentido lo precisan, J. M. VALLE MUÑIZ y R. FERNÁNDEZ PALMA, «[Artículo 376 del Código Penal]», cit., pág. 380.

⁴³ Así también lo estiman, J. M. VALLE MUÑIZ y R. FERNÁNDEZ PALMA, «[Artículo 376 del Código Penal]», cit., pág. 381.

⁴⁴ Vid. M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pág. 303: «[...] destacar la perversidad intrínseca de un precepto que erige al coimputado necesariamente en una fuente probatoria nada menos que decisiva. Esto significa que la aplicabilidad de la causa de atenuación supondrá siempre la imprescindible aportación al proceso, no meramente de declaraciones de coimputado en los términos estudiados, sino de auténticas pruebas decisivas. La colaboración eficaz deberá incidir en el proceso en forma de actividad probatoria de cargo, que de forma absolutamente ilegítima, llevará a cabo el reo o coimputado».

⁴⁵ Cfr. CPE art. 16.2.

objetivo de perseguir la organización o el grupo criminal según los datos suministrados por el arrepentido⁴⁶.

III. EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Los antecedentes de la justicia premial en el ordenamiento colombiano se remontan al comienzo de la década de 1980 cuando por medio de la Ley 2/1984, de enero 16, se reguló de manera expresa la declaración del coimputado. Esta ley trajo consigo un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. No obstante que para ese momento no se había introducido formalmente el principio de oportunidad, el legislador estableció la posibilidad de otorgar una rebaja punitiva al partícipe que primero aportara la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hubiesen actuado en la realización de uno de los mencionados delitos⁴⁷.

1. Beneficios por colaboración eficaz con la justicia

La tendencia hacia el *Derecho penal premial* siguió desarrollándose en la continua producción legislativa⁴⁸, hasta verse potenciada de una especial manera por la Ley 81/1993, de noviembre 2. Esta ley modificó el CPP vigente e introdujo, como complemento a la posibilidad de una *sentencia anticipada* por aceptación de la pretensión o por negociación de

⁴⁶ Vid. M. QUINTANAR DÍEZ, *La justicia penal...*, cit., pág. 307: «Por último –reiteramos–, la exigencia de actuación eficaz para asegurar pruebas decisivas prevista en el artículo 376 transforma, y, además, por ministerio de la Ley, el *arrepentido* en una fuente en una fuente probatoria que difícilmente se compadece con el clásico *status* de imputado en el proceso penal. Recordemos que ningún imputado está obligado a decir verdad y que tampoco declara bajo juramento».

⁴⁷ Cfr. Ley 2/1984 art. 34.

⁴⁸ Cfr. Ley 30/1986, art. 45; Dcto. 1199/1987, art. 8; Dcto. 180/1988, arts. 37 y 38; Dcto. 2047/1990 arts. 1 y ss. (algunos modificados por el Dcto. 2372/1990); Dcto. 2790/1990, arts. 63 y 64; Dcto. 3030/1990, arts. 1 y ss.; Dcto. 303/1991, arts. 1 y ss.; y Dcto. 2265/1991, art. 2, entre otros.

ésta en una audiencia especial –formas de conformidad existentes en ese momento, como ya se ha señalado⁴⁹, la posibilidad de obtener beneficios punitivos adicionales por medio de la *colaboración eficaz con la justicia*⁵⁰. Esta colaboración también servía para evitar un procesamiento penal en los casos de aquellas personas que todavía no hubiesen sido vinculadas a un proceso penal. Así, delatando a partícipes del delito –cómplices o coautores–, ayudando a desvertebrar grupos criminales o logrando evitar la comisión de delitos por parte de éstos, se obtenían beneficios punitivos, el sobreseimiento o la inmunidad total. La colaboración eficaz con la justicia podía consistir, en síntesis, en lo siguiente: ayudar a las autoridades para la desarticulación de organizaciones delictivas o la captura de uno o varios de sus integrantes; aportar información sobre autores o partícipes de delitos, en los cuales no necesariamente había participado el delator; presentarse voluntariamente ante las autoridades judiciales o presentar una confesión libre no desvirtuada por otras pruebas; lograr con su influencia el abandono voluntario de una organización criminal por parte de uno o varios de sus integrantes; ayudar a la identificación de las fuentes de financiación de organizaciones delictivas; y, con una valoración muy especial, la entrega de bienes provenientes de la comisión del delito. La ley no establecía claramente si los beneficios por colaboración eficaz eran acumulables con aquellos derivados de la confesión y de las diversas clases de conformidad, esto es, de la sentencia anticipada y la audiencia especial. En su art. 51, la Ley 81/1993 prohibía la acumulación de beneficios, pero no lo establecía en términos claros, con lo cual quedaba abierta la puerta para muchos tipos de

⁴⁹ *Vid supra*, Cap. V, I, 1.

⁵⁰ *Cfr.* Ley 81/1993, arts. 44 al 52; sobre ello, *vid.* A. VARGAS, *La Fiscalía General de la Nación desde el «Sueño de la mariposa»*, cit., págs. 85 y 86: «[...] íntegramente edificada en torno a las terrible e inseparables prácticas de la negociación y la delación –siameses infernales procreados por la pesadilla de la fiscalía colombiana–, la ley objeto de censura fue presurosamente tramitada y aprobada [...]».

interpretación y una aplicación extensiva de aquello⁵¹. De tal manera, podía presentarse el caso de una persona procesada que acogiera la sentencia anticipada obteniendo así una rebaja de una tercera parte de la pena; a ello se sumaba la confesión del hecho, agregándose, por supuesto, una rebaja de una sexta parte sobre la pena; y adicionalmente podía obtener más rebaja por colaboración eficaz con la justicia, lo que le aminoraría la pena imponible –teniendo en cuenta la rebajas anteriores– en dos terceras partes más. Las rebajas punitivas hasta aquí mencionadas se manifestaban en el ámbito de la determinación judicial de la pena, una vez que el Juez penal aprobara los acuerdos entre el procesado y la FGN. Además, durante la ejecución de la pena, se podían obtener rebajas por beneficios de carácter administrativo, como aquellas resultantes de actividades de trabajo, estudio o enseñanza realizadas por el condenado en el centro penitenciario⁵². Como puede apreciarse, semejante legislación sirvió para que grandes crímenes fueran objeto de una respuesta punitiva absolutamente simbólica, de la cual se sirvieron grandes organizaciones criminales que aprovecharon la *oportunidad para saldar sus cuentas* con el sistema punitivo del Estado⁵³. El legislador, siendo consciente de ello, trató de morigerar la situación y estipuló, expresamente, que en ningún caso los beneficios podrían implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena⁵⁴.

⁵¹ Vid. Ley 81/1993, art. 51: «Los beneficios por colaboración con la justicia aquí previstos, son incompatibles con los consagrados para las mismas conductas en otras disposiciones».

⁵² Cfr. Ley 81/1993, art. 44 inc. 3 y art. 47.

⁵³ Con otras palabras lo dijo en su momento, F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, «Aspectos sustantivos de la ley ochenta y una de 1993», en: *RFDCP*, n.º 95, 1995, pág. 11: «El nuevo texto legal es en parte producto de la actividad desplegada por diversos grupos de presión (traficantes de drogas, guerrilleros, milicias populares, grupos paramilitares) que, prevalidos de su poderío político, económico y militar, participaron directa o indirectamente en su confección, buscando consolidar un acuerdo con el Estado que les permitiera un mejor reacomodamiento para evitar conflictos por la vía militar». Un detallado recuento del proceso legislativo de la Ley 81/1993, con marcado acento crítico, puede leerse en T. QUINTERO OSPINA, *Procedimiento penal vigente: justicia negociada ¿sociedad burlada? Análisis crítico de la ley 81 de 1993 y de su aplicación práctica*, Bogotá, Editorial ABC, 1995, págs. XI a XXXII.

⁵⁴ Cfr. Ley 81/1993, art. 44 *in fine*.

Con algunas reformas parciales⁵⁵, tanto la sentencia anticipada como la audiencia especial y los beneficios por colaboración eficaz con la justicia subsistieron hasta la entrada en vigencia del CPP del año 2000. Estas instituciones fueron reproducidas en dicha normatividad; posteriormente, en el CPP del año 2004, se ubicaron dentro de los preacuerdos y negociaciones con la FGN y como hipótesis de aplicación del principio de oportunidad.

A. El arrepentido procesal

La ley 1312/2009 modificó el art. 324 del CPP introduciendo dentro de éste una nueva hipótesis de aplicación del principio de oportunidad. Así, el citado artículo del CPP dispone en su numeral cuarto que la FGN podrá utilizar dicho principio cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Se ve claramente cómo el legislador acudió a la figura del arrepentido procesal para buscar salvar los obstáculos probatorios que le supone el enfrentarse a las sólidas estructuras criminales. Con todo, no deja de ser cuestionable que un sistema procesal que se exhibe como acusatorio acuda a este recurso tan deleznable⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Dcto. 1072/1995 y Ley 365/1997.

⁵⁶ Vid. M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas...*, cit., págs. 29 y 30: «En causas de delitos enormes, difíciles de averiguar, suele ofrecerse el perdón al cómplice que delatare a sus compañeros. Esto es autorizar en cierto modo la traición, detestable aun entre los malvados, porque es muy grande el daño que causa y mucha la facilidad con que se puede cometer: y son ciertamente menos fatales a la sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por cuanto aquel es menos frecuente, y encuentra más obstáculos que la vileza y traición, la qual fraguándose impunemente en secreto, no se conoce hasta que causa el estrago sin poderle remediar, y por lo mismo suele ser muy comun y contagiosa». Además, cuánta prudencia nos enseñaba a este respecto la tradición jurídica romana, vid. *Digesto* 48, 18, 1, 26: «Cuando uno ha entregado a unos bandidos, se dice en algunos rescriptos que no se les debe creer si declaran en contra de los que les entregaron; pero en otros rescriptos más extensos se ordena que no deje de creérseles estrictamente, como suele hacerse con las otras personas, sino que se estime en cognición de causa si se les debe creer o no. En efecto, la mayoría, al temer que, al ser detenidos

Esta clase de arrepentimiento tiene una profunda relación con el desistimiento voluntario, aunque no alcance a equipararse con aquél. En esta hipótesis la colaboración del procesado debe estar orientada a tres objetivos claramente diferenciables y con carácter no acumulativo. Así, la colaboración puede estar encaminada a evitar la ejecución de un delito, que se supone de carácter permanente o continuado⁵⁷; aunque también puede ser de carácter masivo –el conocido como *delito masa*–⁵⁸. Evidentemente, no podría evitarse la ejecución de un delito ya consumado. También puede prestar su concurso para orientar a las autoridades en la frustración de un delito que se vaya a cometer, lo cual implica que tenga conocimiento de tal situación, aunque la ley no distingue si es necesario que el procesado pertenezca al núcleo de los posibles autores, o se trate de la denuncia de un delito que será cometido por terceras personas.

También la ley estima oportuno no ejercer la acción penal, o desistir de la pretensión punitiva durante el juicio, cuando el procesado colabore eficazmente para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

esos bandidos, los delaten, suelen entregarlos ellos mismos para granjearse así la impunidad, pues no suele darse fe fácilmente a los bandidos que denuncian a quienes los han entregado; pero no debe concederse siempre impunidad a causa de tales entregas, ni debe tampoco desatenderse a los que alegan que se les acusa porque ellos entregaron a los declarantes, ya que no debe tenerse como inválida la acusación de que es mentira o calumnia la levantada contra ellos».

⁵⁷ Vid. F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., págs. 634 y 635: «[delitos de conducta permanente] esto es, aquellos en los que el comportamiento del agente se renueva de manera continua, permanente, en el tiempo, como sucede con el concierto para delinquir (art. 340 CP), el secuestro (art. 168 CP), la fraudulenta internación en asilo o clínica (art. 186 inc. 1 CP) y el desplazamiento forzado (art. 180 CP)»; ID., pág. 991: «Hay delito continuado cuando el agente realiza diversos actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia –nexo de continuación– y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otras palabras: se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares».

⁵⁸ Vid. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit., pág. 470: «[...] cuando existe en las defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, público en general, de las que el sujeto activo pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento, debe estimarse un solo delito por el importe global de lo defraudado».

En este evento tampoco especifica la ley si el colaborador debe pertenecer a la banda que ayuda a desarticular o si puede tratarse de un grupo criminal ajeno a su pertenencia.

La ley no define qué ha de entenderse por colaboración eficaz, de tal manera que este concepto normativo queda huérfano de una significación acorde con el principio de legalidad. Si bien es cierto que el principio de oportunidad busca otorgar flexibilidad en el curso de la persecución penal, no podemos olvidar que ello comporta una modulación de la legalidad, mas no su exclusión. Así pues, sería conveniente una conceptualización por parte del legislador para delimitar los contornos en los cuales sería procedente el uso de esta causal⁵⁹.

El CPM regula un supuesto idéntico a éste, pero no como una hipótesis de aplicación del principio de oportunidad sino como una modalidad de los preacuerdos y negociaciones. Es importante recordar que la CPCol, cuando habla del principio de oportunidad, excluye expresamente su aplicación dentro del ámbito de la Justicia Penal Militar⁶⁰. Con todo, haciendo un quiebre a dicha disposición constitucional, el legislador establece en la primera parte del párrafo del art. 493 del CPM que cuando el acusado, previo acuerdo con la fiscalía, colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El CPM restringe esta forma de colaborar con la justicia a los procesados frente a los cuales se haya presentado el escrito de acusación; además la consecuencia jurídica consiste en una rebaja punitiva de hasta la

⁵⁹ Asimismo, C. A. GÓMEZ PAVAJEAU, *La oportunidad como principio...*, cit., pág. 141.

⁶⁰ *Cfr.* CPCol art. 250 inc.1 *in fine*.

mitad de la pena imponible. A todas luces, ello comporta una flagrante violación del principio de igualdad, establecido en sede constitucional en el art. 13 de la CPCol. No puede ser de recibo que donde haya una identidad del supuesto se disponga una reacción distinta; es decir, donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. En el CPP la consecuencia es la aplicación del principio de oportunidad, la cual implica el no ejercicio de la acción o la disposición absoluta de la pretensión penal incluso antes de iniciarse la audiencia del juicio oral; mientras tanto, el CPM regula la hipótesis como una forma de negociación con la Fiscalía –lo que de por sí ya asoma una dudosa constitucionalidad– y el efecto que le asigna es la disposición parcial de la pretensión punitiva que puede llegar a concretarse en una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible según los términos del acuerdo que se concrete con la Fiscalía Penal Militar⁶¹.

En todo caso, según la regulación del CPP que aplica esta hipótesis como una manifestación del principio de oportunidad propiamente dicho, su verificabilidad operativa está supeditada a la intervención directa del Fiscal General de la Nación o de un Fiscal especial que aquel designe para estos efectos, según lo dispone el parágrafo 2 del art. 324 del CPP, cuando se trate de un proceso penal por un delito que tenga asignada pena prisión cuyo mínimo sea de seis años o más. De la misma manera, habrá que tener en cuenta que no se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando la víctima sea un menor de dieciocho años –tratándose de conductas dolosas–, al tenor de lo dispuesto por el parágrafo tercero del precepto normativo antes citado.

⁶¹ *Cfr.* CPM art. 493 parág.

B. Declaración del coimputado

El CPP también considera la declaración del coimputado como una hipótesis de aplicación del principio de oportunidad, entendido éste en un sentido estricto. Con todo, la consecuencia jurídica no será únicamente la disposición que haga la Fiscalía sobre el ejercicio de la acción o la disposición absoluta de la pretensión penal durante el juicio; a ello hay que agregar que la ley procesal concede la inmunidad total o parcial al imputado acusado que, hasta antes de iniciarse la audiencia del juicio oral, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados⁶². Con todo, la aplicación del principio de oportunidad queda supeditada a la materialización del compromiso de declarar adquirido por el procesado durante el juicio. De esta manera, si una vez concluida la audiencia del juicio oral el coimputado no declara, la ley dispone la revocación del beneficio⁶³.

La ley procesal penal pareciera otorgarle dos efectos distintos a la declaración del coimputado como testigo de cargo. Si la ley concibe que esta es una manifestación del principio de oportunidad, los efectos han de ser los mismos que emanan de las demás hipótesis; esto es, la disposición sobre el ejercicio de la acción y, eventualmente, de la pretensión penal durante el juicio, según lo establece el CPP en su art. 323 inc. 1. Sin embargo, la ley pareciera asignarle una consecuencia adicional: ésta consistiría en el otorgamiento de inmunidad⁶⁴, total o parcial, al coimputado que declare en contra de los demás procesados. Es evidente que el

⁶² Cfr. CPP art. 324 num. 5 inc. 1.

⁶³ Cfr. CPP art. 324 num. 5 inc. 2.

⁶⁴ Vid. L. F. BEDOYA SIERRA, *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*, Medellín, Comlibros, 2008, pág. 160: «La inmunidad es una figura jurídica que permite llevar a juicio el testimonio de una persona a pesar de que los datos que ésta suministre den cuenta de su participación en una conducta punible. Para tales efectos, el Estado queda imposibilitado para utilizar dicha información para judicializar al deponente».

legislador hace una regulación precaria de la inmunidad, ya que la única mención que hace a este concepto es la que se encuentra en el num. 6 del art. 324 del CPP.

El CPP no reglamenta de una manera especial la declaración del coimputado dentro del juicio oral. Tan sólo se refiere a ella anunciando en el art. 394 que si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en el CPP. Así pues, el coimputado recibe el tratamiento de cualquier testigo, en una disposición de dudosa constitucionalidad en cuanto atenta contra el derecho a la no autoincriminación, recogido en sede constitucional en el art. 33 de la CPCol⁶⁵. Llama la atención que la ley no ordene un especial cuidado para la valoración del testimonio del coimputado⁶⁶, siendo claro que existe la máxima probabilidad de ser una declaración absolutamente parcializada orientada a la consecución de un beneficio personal⁶⁷.

El CPM también consigna la posibilidad de la declaración del coimputado. En efecto, el art. 493, en la parte final de su párrafo, dispone que el imputado puede actuar como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes. Esta disposición presenta varias diferencias en relación con la figura que presenta el CPP. Así, en la legislación procesal penal militar se habla expresamente del imputado y no del acusado; sin

⁶⁵ Con todo, la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de dicho precepto mediante la SCC/C n.º 782 de 2005, M.P.: A. BELTRÁN SIERRA.

⁶⁶ Vid. CPP art. 404: «*Apreciación del testimonio*. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad».

⁶⁷ Sobre ello, *cfr.* J. L. VÁSQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia...*, cit., págs. 134 y ss.

embargo, habrá que entender dentro del contexto semántico que el legislador se refiere al acusado. Y ello, porque la declaración del coimputado está considerada en dicho cuerpo normativo como una expresión de los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía Penal Militar. En concreto, la declaración del coimputado aparece como una modalidad de negociación que procede luego de presentado el escrito de acusación, según lo estipula el art. 493 del CPM. Hay que tener en cuenta, además, que el efecto de dicha declaración consiste en una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, siempre y cuando el coimputado sea el testigo principal de cargo.

Así pues, aparece una regulación diferente de la misma institución en dos normatividades procesales penales. A pesar de ello, no deja de ser criticable que el legislador establezca la declaración del coimputado como una manifestación del principio de oportunidad propiamente dicho dentro de la legislación ordinaria y, sin embargo, lo regule como una modalidad de preacuerdo en el CPM. Además de asignarles consecuencias jurídicas claramente diferentes –fuera de las ya anotadas– también es cuestionable que en el CPM no se le conceda la inmunidad total o parcial al coimputado, a quien adicionalmente se le exige que declare como testigo de cargo principal. Esto evidencia serios problemas de constitucionalidad por vulneración al principio de igualdad, lo cual, sin duda alguna, será objeto del pronunciamiento oportuno por parte de la Corte Constitucional colombiana.

Finalmente, es necesario considerar que en ningún caso el coimputado que obtenga el beneficio procesal podrá ser un jefe, cabecilla, determinador, organizador, promotor o directivo de alguna de las

organizaciones criminales que el Estado busca combatir⁶⁸. Si el coimputado declara dentro de un proceso penal que se adelante por la comisión de un delito que tiene una pena mínima o igual a los seis años de prisión, la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse por el Fiscal General de la Nación o por un Fiscal que aquel delegue de manera especial para el caso concreto, según lo dispone el CPP en el art. 324 parágrafo segundo.

C. Colaboración del testafarro

El testafarro es aquella persona que presta su nombre para la celebración de un contrato realizado personalmente por otro. Es una práctica muy frecuente tratar de legalizar la procedencia ilícita de bienes o capitales provenientes de actividades delictivas utilizando la identidad de personas que no tienen historial delictivo; así, por ejemplo, acontece en el delito de lavado de activos⁶⁹.

El legislador penal colombiano le ofrece la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad –lo cual implica no ejercer la acción penal en su contra o disponer, antes del comienzo del juicio oral, de la pretensión punitiva como autor del delito de testaferrato– a la persona que haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley, incluyendo, claro está las organizaciones dedicadas al tráfico de narcóticos. Para acceder a los beneficios del principio de oportunidad la persona debe entregar, al Fondo de Reparación de Víctimas, los bienes que figuren a su nombre. En ningún caso el testafarro que obtenga el beneficio procesal podrá ser un jefe, cabecilla, determinador, organizador, promotor o directivo de la

⁶⁸ *Cfr.* CPP art. 324 parág. 1.

⁶⁹ *Cfr.* CP art. 323.

organización criminal que el Estado colombiano esté enfrentando en ese caso⁷⁰.

En tanto que el *testaferrato* es un delito que tiene una pena que oscila entre los ocho y los 22 años y medio de prisión⁷¹, la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse por el Fiscal General de la Nación o por un Fiscal que aquel delegue de manera especial para el caso específico.

2. Justicia transicional en Colombia

En medio del conflicto interno que se presenta en Colombia desde hace más de sesenta años, la legislación procesal penal ordinaria se aplica fundamentalmente a los casos propios de la *delincuencia común*. Aunque tal sistema se ha tratado de aplicar a los *crímenes de lesa humanidad*, lo cierto es que ello no ha pasado del plano simbólico. Lo anterior ha dado lugar a que sean frecuentes los *procesos de paz* y que, por tanto, coexistan varios sistemas penales. Así, puede hablarse de un sistema penal ordinario que se aplica a aquellos victimarios que actúan dentro del ámbito en el cual es Estado tiene el monopolio de la fuerza; y, a la par de éste, puede considerarse la existencia de los sistemas extraordinarios que se *utilizan* frente aquellos victimarios en los casos de carencia de aquel monopolio estatal⁷².

⁷⁰ Cfr. CPP art. 324 num. 16.

⁷¹ Vid. CP art. 326: «*Testaferrato*. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes. La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de cinco mil (5.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes»; además, vid. Ley 890/2004, art. 14: «Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo [...]».

⁷² Al respecto, cfr. las leyes 418/1997, 548/1999, 782/2002 y 1106/2007, como verdaderos antecedentes de la ley que en este acápite se comenta, si se entiende que las

A. Ley de Justicia y Paz, Ley 975/2005

La Ley 975/2005, de julio 25, denominada popularmente como *Ley de Justicia y Paz*, busca establecer las bases para adelantar la desmovilización negociada de los grupos paramilitares de derecha⁷³. Fundamentalmente, esta ley plantea una solución alternativa a la respuesta punitiva que normalmente les cabría a los integrantes de grupo armados ilegales por los delitos cometidos⁷⁴. La base de la misma está compuesta por lo que podríamos denominar como una mezcla de todas las formas de conformidad dentro del proceso penal conocidas desde la Ley 81/1993⁷⁵.

1) Procedimiento establecido

El modelo de proceso penal recogido en esta ley es sumamente especial⁷⁶ y se compone de procedimientos que comportan verdaderos casos

conductas realizadas por los miembros de grupos paramilitares pueden ser enmarcadas como delitos políticos y no como delitos comunes.

⁷³ Vid. Ley 975/2005, art. 9: «*Desmovilización*. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente».

⁷⁴ Vid. Ley 975/2005, art. 3: «*Alternatividad*. Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley».

⁷⁵ La naturaleza de esta ley parece ser la propia de aquellas que regulan un proceso de justicia transicional; sin embargo, su composición y aplicación tiene todas las características propias de una ley de justicia retributiva. De allí que sostengamos que es una ley que abarca todas las formas de terminación anticipada del proceso penal conocidas desde la Ley 81/1993. Un interesante análisis en este sentido puede verse en, J. CAMACHO FLÓREZ, «*Comentarios. Ley de Justicia y Paz (975 de 2005)*», en: R. POSADA MAYA (Coord.), *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Edic. Uniandes/Edit. Temis, 2008, págs. 389-410.

⁷⁶ Un estudio detallado sobre el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz lo presenta K. AMBOS, *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975/2004) y Derecho penal internacional*, Bogotá, Temis/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010, *passim*.

de *aceptación de la imputación* realizada por la Fiscalía⁷⁷, de *negociación*⁷⁸ con ésta y de *colaboración eficaz* con la administración de justicia⁷⁹.

En esencia el trámite consiste en que la persona desmovilizada debe comparecer ante la Fiscalía General de la Nación, luego de la postulación que ante ésta presente el Gobierno Nacional, y rendir una versión libre, que no es otra cosa que realizar una confesión sobre los delitos cometidos durante su permanencia en un grupo armado ilegal⁸⁰. Esa confesión debe ser corroborada por la Fiscalía; y cuando ésta disponga de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, que le permitan inferir razonablemente que la persona desmovilizada es autor o partícipe de los hechos que ha confesado, le formulará la imputación concreta ante el órgano que ejerce como Juez de control de garantías⁸¹.

La formulación de la imputación da inicio a otra etapa, que consiste, curiosamente, en seguir verificando lo afirmado por el desmovilizado, terminada la cual se solicita ante el Juez de control de garantías la celebración de una audiencia de formulación de cargos⁸². En esta audiencia el procesado decide si acepta los cargos que la Fiscalía finalmente le

⁷⁷ Cfr. Ley 975/2005, art. 19.

⁷⁸ Vid. Ley 975/2005, art. 16: «Competencia. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional [...]».

⁷⁹ Cfr. Ley 975/2005 arts. 10 y 11; vid. A. M. DÍAZ y G. GALLÓN (Eds.), *Colombia: la metáfora...*, cit., pág. 124. «Por otra parte está la situación de 1.210 paramilitares postulados que han acudido a las citaciones que les ha hecho la fiscalía para iniciar su proceso en la ley 975 pero que en la primera sesión han decidido que no se van a acoger a su procedimiento alegando que, como no tienen procesos abiertos en su contra por los delitos de competencia de la ley de “justicia y paz”, no tienen nada por confesar. Otra es la situación de 313 paramilitares que, estando postulados a la ley 975, no han acudido a las diligencias de versión libre cuando han sido citados y sobre los cuales se desconoce su paradero».

⁸⁰ Cfr. Ley 975/2005 art. 17.

⁸¹ Cfr. Ley 975/2005 art. 18, incs. 1 y 2.

⁸² Cfr. Ley 975/2005 art. 18, inc. 3.

formule⁸³. Si el procesado acepta, se envía toda la actuación ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial competente –por el factor territorial– y una vez se verifique que la aceptación de los cargos fue realizada libre y voluntariamente, y contando además con la asistencia del defensor, se convoca para una audiencia donde se dicta sentencia con la respectiva determinación de la pena⁸⁴. En cualquier caso, independientemente de la naturaleza y cantidad de delitos cometidos, la pena oscilará entre los cinco y los ocho años de prisión, lo que a todas luces comporta una verdadera ganga para el desmovilizado⁸⁵. En la sentencia también se deberá establecer la forma en que deben ser reparadas las víctimas, fundamentalmente con bienes de procedencia ilícita o no, que el desmovilizado haya entregado voluntariamente al Estado⁸⁶.

2) Participación de las víctimas

En cuanto a la participación de las víctimas es importante anotar que la Ley 975/2005 está compuesta por 72 artículos y en ella se menciona la palabra víctima en 19 ocasiones⁸⁷; ello pareciera indicar que las víctimas

⁸³ Cfr. Ley 975/2005 art. 19, inc. 1.

⁸⁴ Cfr. Ley 975/2005 art. 19, incs. 2 y 3.

⁸⁵ Vid. Ley 975/2005, art. 29: «*Pena alternativa*. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal. En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos [...]». Al respecto, dice J. F. PERDOMO TORRES, «*El principio de oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*», cit., pág. 96: «Consideramos que el tema más álgido que se presenta es el que tiene que ver con la pena alternativa, pues es evidente que, *prima facie*, sustituir la pena principal por una alternativa de hasta ocho años para delitos atroces como los confesados por los desmovilizados postulados no es la respuesta adecuada al sentimiento de justicia y al contenido de este derecho expuesto y desarrollado por la jurisprudencia especializadas».

⁸⁶ Cfr. Ley 975/2005, arts. 43 y 44; y SCC/C n.º 576 de 2006, M.P.: A. TAFUR GALVIS.

⁸⁷ Se define a las víctimas así, vid. Ley 975/2005 art. 5: «Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún

son las grandes protagonistas en los procesos de desmovilización y reconciliación nacional⁸⁸. Sin embargo, ello no ha sido más que la plasmación de un simbolismo que no ha tenido ninguna materialización⁸⁹; y ello, fundamentalmente, por tres razones: en primer lugar, *la Ley de Justicia y Paz* es inaplicable porque el nivel de confusión que genera su lectura es paradigmático. Como ya se dijo, su cuerpo normativo se compone de 72 artículos y habiendo completado tan sólo un lustro de vigencia, ha sido reformada, reglamentada y revisada en múltiples ocasiones, como a continuación se anota: ha sido modificada por la Ley 1151/2007; reglamentada por once decretos emitidos por el Presidente de la República⁹⁰; y revisada por cuestiones de inconstitucionalidad en once ocasiones por la Corte Constitucional⁹¹. Es una ley absolutamente in-

tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley. También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida».

⁸⁸ Vid. Ley 975/2005, art. 4: «Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso. El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación [...]».

⁸⁹ Vid. A. M. DÍAZ y L. B. PFIZENMAIER (Eds.), *Encuentro nacional para la reflexión y el análisis de la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2010, pág. 65: «Los resultados de la Ley 975 de 2005, son muy deficientes. Actualmente, como víctimas, no conocemos los números reales de paramilitares y de empresas que han participado en los hechos. Adicional a esto, se necesita un desmantelamiento masivo de las estructuras paramilitares, que no se ha dado. La Ley 975 de 2005 es un proceso deficiente».

⁹⁰ Cfr. Dcto. 4760/2005; Dcto. 690/2006; Dcto. 2898/2006; Dcto. 3391/2006; Dcto. 423/2007; Dcto. 176/2008; Dcto. 880/2008; Dcto. 4719/2008; Dcto. 614/2009; Dcto. 1737/2010 y Dcto. 2288/2010.

⁹¹ Cfr. las sentencias: SCC/C n.º 455 de 2005, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA; SCC/C n.º 127 de 2006, M.P.: A. TAFUR GALVIS; SCC/C n.º 319 de 2006, M.P.: A. TAFUR GALVIS; SCC/C n.º 370 de 2006, M.P. (s): M. J. CEPEDA ESPINOSA, J. CÓRDOBA TRIVIÑO, R. ESCOBAR GIL, M. G. MONROY CABRA, A. TAFUR GALVIS y C. I. VARGAS HERNÁNDEZ; SCC/C n.º 531 de 2006, M.P.: M. G. MONROY CABRA; SCC/C n.º 575 de 2006, M.P.: A. TAFUR GALVIS; SCC/C n.º 650 de 2006, M.P.: A. TAFUR GALVIS; SCC/C n.º 670 de 2006, M.P.: R. ESCOBAR GIL; SCC/C n.º 719 de 2006, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA; SCC/C n.º 1199 de 2008, M.P.: N. PINILLA PINILLA y SCC/C n.º 029 de 2009, M.P.: R. ESCOBAR GIL.

inteligible, porque no hay capacidad jurídica que pueda llegar a comprender cómo debe operar la sistematización de toda la normativa que la complementa. Muestra de ello es el auto proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en donde se decreta la nulidad del proceso adelantado contra la persona que se convertiría en el primer condenado con la pena alternativa⁹²; en efecto, la Corte Suprema delimita las condiciones que a su juicio debe reunir el proceso establecido en la Ley 975/2005, estableciendo adiciones y modificaciones a la normativa aplicable, e incluso estableciendo la vigencia de medios probatorios que la ley procesal penal ordinaria vigente ya no contempla, como es el caso de la confesión⁹³.

En segundo lugar, toda la implementación administrativa necesaria para la aplicación de los mecanismos establecidos en la *Ley de Justicia y Paz* es muy difícil de materializar en un país con un presupuesto tan bajo destinado a la administración de justicia. Por esta razón, durante su vigencia nada se ha avanzado en los procedimientos que buscan la *verdad*, la *justicia* y la *reparación* de las víctimas⁹⁴. Y, finalmente, en tercer lugar, el Estado colombiano renunció a la continuidad del proceso de paz con las cabezas

⁹² Cfr. CSJ, Rad. n.º 31539, Auto de julio 31 de 2009, M.P.: A. J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

⁹³ Vid. *supra*, Cap. VII, I, 3, A.

⁹⁴ Vid. A. M. DÍAZ y G. GALLÓN (Eds.), *Colombia: la metáfora...*, cit., pág. 129: «Luego de más de tres años de iniciada la primera diligencia de versión libre en el procedimiento de la ley 975, muchos son los reportes e informes que diferentes medios de comunicación, entidades del Estado y organizaciones sociales han emitido sobre lo que los paramilitares han revelado en ellas. Pese a esto, cabe preguntarse si lo que han dicho los paramilitares en estas diligencias está contribuyendo, realmente, a hacer efectivo el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad»; ID., pág. 212: «De los 3.635 postulados a la ley 975 de 2005, hasta el momento no se ha recibido, ni siquiera, la versión del 20% de ellos. Es decir que son muchos los paramilitares que aún no han iniciado el proceso en la ley de “*justicia y paz*”. Esto sin tener en cuenta que muchos de los que ya empezaron a rendir versión libre no han terminado, pues esta audiencia no se desarrolla, en estricto sentido, en una sola audiencia. La versión libre comprende dos etapas que se llevan a cabo en tantas audiencias como sea necesario para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, versiones como las del paramilitar Salvatore Mancuso llevan más de dos años llevándose a cabo y aún no tienen fecha de culminación».

visibles de los grupos desmovilizados, anteponiendo las pretensiones de los Estados Unidos de América de juzgarlos por delitos comunes –*aplicando* soterradamente uno de los criterios de oportunidad reglada establecidos en el CPP⁹⁵–, dejando de lado las expectativas de las víctimas que siguen esperando la *verdad, la justicia y la reparación*⁹⁶.

B. Justicia transicional residual

A través de la Ley 1312/2009, de julio 9, se estableció un mecanismo adicional de aplicación del *principio de oportunidad* para los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que no hubiesen sido cobijados por la *Ley de Justicia y Paz*⁹⁷. De esta manera se pretendió legalizar la situación jurídica de unas treinta mil personas que aparecen como miembros de base o soldados de los grupos armados paramilitares, frente a los cuales, obviamente, el sistema penal colombiano no tiene la capacidad operativa para adelantar su procesamiento penal por los crímenes cometidos⁹⁸. En el fondo, se trata de una amnistía para delitos comunes

⁹⁵ Vid. CPP art. 324 num. 4: «*Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] 4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero»; sobre ello, vid. A. M. DÍAZ y G. GALLÓN (Eds.), *Colombia: la metáfora...*, cit., pág. 256: «La extradición de los máximos jefes del paramilitarismo, llevada a cabo durante el 2008 y el 2009, fue el hecho de mayor relevancia en el procedimiento de la ley 975 de 2005 durante los dos últimos años de su aplicación. Lo anterior, debido a las graves implicaciones que, para los derechos de las víctimas, tuvo el hecho de haber alejado a los responsables de crímenes de lesa humanidad de la justicia colombiana»; también, A. M. DÍAZ y L. B. PFIZENMAIER (Eds.), *Encuentro nacional...*, cit., pág. 65: «Las extradiciones son una fachada del gobierno para ocultar que existen funcionarios involucrados en los procesos; se preocupan más por los delitos cometidos en otros países que en aquellos cometidos en Colombia».

⁹⁶ Vid. M. HERRERA MORENO, «*Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor: hacia la paz social por la conciliación*», cit., pág. 396: «[...] en muchos casos, cumplidos los objetivos punitivos del Estado, el conflicto humano se ha enquistado, el diálogo es imposible y el problema se hace casi irremediamente insoluble».

⁹⁷ Cfr. CPP art. 324 núm. 17 (adicionado por la Ley 1312/2009, art. 2).

⁹⁸ Vid. A. M. DÍAZ y G. GALLÓN (Eds.), *Colombia: la metáfora...*, cit., pág. 122: «Los crímenes cometidos por los 28.005 paramilitares que recibieron una amnistía de

–institución que según la tradición jurídica liberal sólo es aplicable a los delitos políticos–, ya que legislador había equiparado previamente –por medio de la Ley 975/2005, art. 71– el *delito político* al delito común⁹⁹.

Así, pues, dispone el CPP en su art. 324 num. 4 –luego de la reforma introducida por la Ley 1312/2009– que los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley pueden acceder al principio de oportunidad. De este modo, el legislador traslada un evento de justicia transicional al ámbito de aplicación del sistema penal ordinario. Las personas que en principio recibirían una pena alternativa, como consecuencia de las conductas punibles cometidas, pueden verse ahora beneficiadas con la cesación de la persecución penal en su contra, ya que para este caso específico sería procedente la utilización del principio de oportunidad¹⁰⁰.

En este sentido, el CPP exige para la aplicación del principio de oportunidad que los miembros de los grupos armados al margen de la ley hayan manifestado con actos inequívocos el propósito de reintegrarse a la sociedad –en los términos de la normatividad vigente–, siempre que no hayan sido postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y

facto están quedando en total impunidad. No sólo sus autores no van a ser investigados y juzgados sino que, adicionalmente, los delitos están siendo invisibilizados como si nunca hubieran ocurrido, simplemente porque no están judicializados. Lo anterior tiene como consecuencia lógica que las víctimas de estos crímenes no van a obtener verdad, justicia ni reparación derivada de la aplicación de la ley 975, pues sus victimarios fueron amnistiados y el Gobierno les negó su calidad de víctimas en el momento en el que decidió que los crímenes que las victimizaron nunca existieron porque no estaban siendo objeto de un proceso judicial».

⁹⁹ Sin embargo, dicho artículo fue declarado contrario a la CPCol; al respecto *cfr.* SCC/C n.º 370 de 2006, M(s). P(s): M. J. CEPEDA ESPINOSA; J. CÓRDOBA TRIVIÑO; R. ESCOBAR GIL; M. G. MONROY CABRA; Á. TAFUR GALVIS y C. I. VARGAS HERNÁNDEZ; SCC/C n.º 426 de 2006, M.P.: H. SIERRA PORTO; SCC/C n.º 531 de 2006, M.P.: M. G. MONROY CABRA; SCC/C n.º 575 de 2006, M.P.: Á. TAFUR GALVIS; y SCC/C n.º 719 de 2006, M.P.: J. ARAÚJO RENTERÍA.

¹⁰⁰ *Vid. supra*, Cap. IV, III, 3, C.

beneficios establecidos en la Ley 975/2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal. Para efectos procesales, entiende la ley que dentro del tipo penal de pertenencia a organización criminal también debe incluirse la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Por nuestra parte, debemos decir que más allá de no considerar admisible la *desenfrenada carrera* del legislador por buscar una salida por la vía penal ordinaria a un conflicto interno, tampoco nos parece válido ni adecuado que, por este camino, la ley procesal penal termine modificando los tipos penales de la Parte especial del CP estableciendo el contenido de ellos¹⁰¹.

C. Los menores del conflicto armado

Además de la existencia de las hipótesis que la legislación procesal penal ordinaria ha denominado expresamente como causales del *principio de oportunidad*¹⁰² –las cuales son perfectamente aplicables al proceso penal de los menores en cuanto no vulneren la normativa internacional y constitucional orientada hacia el interés superior de aquellos– el Código de la Infancia y la Adolescencia regula un evento en el cual la Fiscalía puede renunciar a la persecución penal de los menores que hagan parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley¹⁰³, en una clara aplicación del principio de oportunidad. En efecto, cuando el menor por causas de marginación social, carencias económicas, culturales o por constreñimiento, haya

¹⁰¹ Cfr. CP, arts. 468, inc. 2 (adicionado por la Ley 975/2005, art. 71 [Declarado inexecutable mediante SCC/C n.º 370 de 2006, M(s). P(s): M. J. CEPEDA ESPINOSA; J. CÓRDOBA TRIVIÑO; R. ESCOBAR GIL; M. G. MONROY CABRA; Á. TAFUR GALVIS y C. I. VARGAS HERNÁNDEZ]), 346, 365 y 366.

¹⁰² Cfr. CPP art. 324 (modificado por la Ley 1312/2009, art. 2).

¹⁰³ Cfr. CIA, art. 175.

ingresado y actuado con grupos armados ilegales, fundamentalmente de guerrillas de izquierda, podrá beneficiarse del cese de la persecución penal por parte de la FGN. En el fondo, lo que allí se regula es un caso de *amnistía* –figura procesal que extingue la acción penal para los autores de delitos políticos y que es aplicada por el ejecutivo– con la diferencia de que en el CIA es dispuesta por la Fiscalía, que como sabemos es órgano de persecución penal perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público¹⁰⁴. Nada dice el CIA sobre la utilización de otras normas especiales que regulan casos de justicia transicional con grupos armados ilegales, pero nada obsta para que estas sean aplicadas con las debidas salvedades frente a la normativa internacional del menor ratificada por Colombia¹⁰⁵.

¹⁰⁴ *Vid. supra*, Cap. III, I, 2.

¹⁰⁵ Como por ejemplo, aplicar las normas contenidas en la Ley de Justicia y Paz, Ley 975/2005, que resulten favorables para la protección del interés superior de los menores que hagan parte de grupos armados ilegales; sobre este punto son interesantes los planteamientos que se encuentran en J. F. PERDOMO TORRES, «*El principio de oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*», cit., págs. 114 y ss.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES GENERALES

CONCLUSIONES

Del contenido planteado en esta tesis se pueden presentar las siguientes conclusiones:

1. En un Estado democrático la *política criminal* busca el control de los conflictos criminales, pero no de cualquier modo. El Estado, ante una situación de conflicto delictivo, no debe limitarse a reaccionar por medio de la pena sino que debe procurar, de manera prevalente, evitar el surgimiento de ese mismo tipo de situaciones a partir del cumplimiento de sus compromisos de política social acogidos por la organización estatal.

Así pues, la política criminal en un Estado democrático debe ser ante todo una política preventiva de carácter marcadamente social que, por un lado, atienda a todos los sectores de la sociedad y, por el otro, persiga la satisfacción razonable y posible de las necesidades básicas de éstos. En esta visión, el Estado sólo acudirá a la reacción punitiva cuando, no obstante haberse cumplido los fines consignados en el programa constitucional, evaluado la situación conflictiva y presentado las soluciones extrapenales, la pena cumpla de manera real, y no simbólica, los fines que se le asignan. Esto implica necesariamente tener en consideración, también, los intereses legítimos de la víctima.

2. El universo normativo que configure la intervención penal debe ser creado por el legislador con una pretensión sistemática. Así surge el *sistema penal*, el cual se debe construir como un conjunto normativo compuesto por normas penales de carácter sustantivo, procesal y de ejecución penal orientadas coherentemente por los fines que constitucionalmente se le asignan a las consecuencias jurídicas. Así concebido, el sistema penal debe funcionar de manera que sea aplicable a la realidad social.

3. El sistema penal dentro del Estado social y democrático de Derecho debe considerar la protección de la víctima y la participación efectiva de ésta en el proceso penal. El contenido social de dicha forma de Estado debe reconocer y propender hacia una materialización del derecho de las víctimas a una participación real y efectiva en el proceso penal, dentro del contenido genérico del derecho al acceso a la justicia. En ese sentido, la víctima deberá actuar dentro del proceso penal no sólo como parte con una pretensión encauzada a la obtención de una reparación, sino también como sujeto cognoscente que participa en la construcción de la verdad con miras a la realización de la justicia.

De esta manera, el proceso penal no deberá entenderse exclusivamente en clave de garantía para el procesado. También debe ser susceptible de concebirse como un escenario de inclusión de la víctima, modulando la participación de ésta de tal manera que sea real y eficaz, pero sin menoscabar las garantías procesales. La modulación adecuada de las posibilidades que otorga el modelo de Estado social y democrático de Derecho sirve para establecer un proceso penal garantista y a la vez participativo.

4. El desarrollo de la dogmática constitucional, y de las dogmáticas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal, pone en evidencia la necesidad de diferenciar el contenido de las categorías procesales que se aplican al proceso penal en razón, fundamentalmente, a la naturaleza de los derechos que se ubican dentro del ámbito de la intervención punitiva. También es un imperativo ineludible la diferenciación de la naturaleza de las consecuencias jurídicas que el Derecho penal trae consigo y de las finalidades que a éstas se les asignan. En síntesis, puede decirse, que a partir de la valoración del objeto procesal surge la perentoria necesidad de establecer las diferencias entre el proceso penal y el proceso civil.

5. Las teorías de la pena aportan las bases de la construcción del ordenamiento penal sustantivo y, por ende, también del procesal penal. Por ello, al proceso penal no se le puede reconocer que cumpla unas finalidades más allá de las que se le asignan a la pena. En los fines de la pena, se considera no sólo la reacción punitiva dirigida contra el delincuente, sino los efectos que ésta puede producir en la sociedad, y de manera muy especial frente a sus víctimas. No podría el Estado renunciar a una persecución penal o atenuar la pena a un culpable, por el sólo hecho de buscar la aplicación rápida de la ley penal acortando los trámites procesales. En los actos de disposición sobre el objeto del proceso penal, el Estado debe considerar de manera muy especial las expectativas que la víctima tiene sobre el ente que encarna la estructuración política y jurídica de la sociedad. Así, pues, no sería válido equiparar *oportunidad* con *impunidad*.

6. Desde la perspectiva planteada, resulta pertinente considerar al proceso penal como una entidad autónoma que tiene como finalidad la aplicación del Derecho penal material al caso en concreto. En relación con

ello, es necesario establecer cuál es la finalidad del Derecho penal sustantivo. Dicha finalidad no puede ser otra que aquella que se le asigna normativamente a las consecuencias jurídicas que este Derecho impone. Por tanto, bajo esta concepción, el modelo de proceso penal que se adopte en un ordenamiento jurídico viene determinado por la particular concepción del delito que el Derecho penal sustantivo haya asimilado en su Parte general y por la configuración que realice de los tipos penales en la Parte especial.

7. El Ministerio Fiscal, como sujeto procesal, debe tener delimitadas sus funciones de cara al logro de las finalidades que persigue el sistema penal. Y como ya quedó dicho, estas finalidades no pueden ser otras que las que se buscan lograr por medio de la pena. En consecuencia, tanto la ubicación institucional de la Fiscalía como su estructura y funcionamiento deben configurarse con un enfoque desde esta perspectiva.

8. El análisis de las instituciones procesales, y en particular la *conformidad* del procesado, muestra que las soluciones presentadas en las últimas décadas para tratar de aliviar la descompensación entre el derecho sustantivo y su aplicación por medio del proceso penal han sido fundamentadas, las más de las veces, con argumentos de tipo formal y preponderantemente económicos. Hoy en día, en medio de una expansión desmesurada del Derecho penal y cuando la crisis en la justicia penal llega a unos niveles francamente cuestionables, el análisis económico del Derecho presenta un arsenal de instrumentos para potenciar las soluciones a dicha crisis. El problema surge cuando desde esta perspectiva, so pretexto de buscar la productividad de la justicia penal y, por tanto, su eficiencia, se pasa de largo frente a los principios que operan como límites a los fundamentos material y formal del *ius puniendi*.

El Estado que promulga cada vez más leyes penales –y así se va expandiendo en el plano del *deber ser*–, muestra una faceta completamente distinta cuando de aplicar la ley sustantiva se trata. En este ámbito, su intervención se reduce al mínimo posible incumpliendo muchas de las obligaciones que han sido asumidas constitucionalmente. El reto está en buscar una modulación entre principios jurídicos, los fines del sistema penal y los presupuestos económicos del Estado. Es más que evidente el desgaste de la imagen que se presenta, tanto para el Estado en general como para su administración de justicia, cuando se colocan los planteamientos económicos por encima de los principios.

La modulación de este conjunto de elementos debe estar orientada, indudablemente, por los principios generales inherentes al Estado social de Derecho. De ese modo, ello se puede y debe aplicar con políticas de despenalización y de desjudicialización, lo cual conllevaría a reconocer un principio como el de *oportunidad*, orientado hacia los fines de la pena, desde una base material que soporte su configuración y regule su aplicación.

9. Así pues, el *principio de oportunidad*, considerado como uno de los elementos del sistema penal, ha de tener su fundamento en los fines de la pena. Por tanto, su aplicación deberá estar orientada hacia la consecución de dichos fines. Su base no puede ser de carácter exclusivamente económico, porque se estaría supeditando el logro de los fines del Estado a las circunstancias estrictamente materiales. Si bien es cierto que la intervención punitiva debe tener en cuenta las posibilidades administrativas de su implementación, hay que considerar que estas deben ser concebidas como una condición y no como una causa.

10. La permanente confusión que se genera en las discusiones sobre la inclusión del principio de oportunidad dentro del proceso penal viene determinada por el entrecruce que se hace del lenguaje jurídico con el económico. Mientras el lenguaje jurídico asume como criterios orientadores parámetros del mundo ideal hacia una pretensión de realización, el lenguaje económico se basa en el análisis de la realidad material de la distribución de los recursos. La metodología del análisis económico del Derecho ha contribuido en parte a generar dicha confusión lingüística. Esto puede deberse, en buena medida, a la influencia del sistema procesal penal norteamericano en la órbita mundial. Allí el análisis económico es un factor determinante en la configuración y funcionamiento del sistema de justicia penal. Una clara evidencia del galimatías mencionado anteriormente se manifiesta cuando se habla en términos jurídicos del *principio de oportunidad*: en ese sentido, se está haciendo referencia a un mandato de optimización que busca la realización de unos fines. Por el contrario, el lenguaje económico mira el concepto oportunidad desde otra perspectiva, enfocándolo, fundamentalmente, como *costo de oportunidad*. Una fundamentación exclusivamente económica del *principio de oportunidad* no puede tener asidero en el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

11. En un sentido amplio, la naturaleza del *principio de oportunidad* suele buscarse, fundamentalmente, en el campo de las argumentaciones pragmáticas y de corte económico. Con todo, este tipo de fundamentación –que a la vez sirve de explicación– no puede ser satisfactoria si el objetivo que se persigue es caracterizarlo como un *principio general* del ordenamiento jurídico.

Dentro del Estado social de Derecho los principios tienen un papel más que relevante. Pueden caracterizarse como normas que irradian su fuerza jurídica sobre todo el ordenamiento disponiendo que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son pues, *mandatos de optimización* que pueden cumplirse en diferente grado, lo cual depende de las posibilidades materiales y jurídicas, las cuales están determinadas por los principios y reglas opuestos. También cabe decir que los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se estructuran y unifican todas las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia. Así, pues, se evidencia que los principios no pueden ser absolutos sino que, en todo caso, deben estar considerados en función del sistema que compone todo el ordenamiento jurídico. De allí que en caso de cruce o enfrentamiento con otro principio se debe acudir a la ponderación, para establecer la relevancia de la aplicación de uno u otro considerando los fines que persiga el ordenamiento jurídico en general. En este sentido, los criterios de oportunidad dentro del proceso penal pueden entenderse como desarrollos de un principio que busca la despenalización y desjudicialización de eventos en los cuales se verifica la ausencia de necesidad de intervención punitiva y la necesidad de pena, teniendo presentes –como criterios orientadores– los fines que se le asignan a ésta. Por tanto, cabe perfectamente hablar del *principio de oportunidad* dentro del proceso penal.

Según lo dicho, tampoco debe entenderse el *principio de oportunidad* como la antítesis de la legalidad, porque no se trata de opciones opuestas y excluyentes, sino de normas que contienen mandatos de optimización susceptibles de ser moduladas en armonía con las circunstancias específicas, bajo la orientación de los fines de la pena.

12. Una definición que englobe los elementos esenciales del principio de oportunidad, esto es, una definición en *sentido estricto*, indica que aquel es un mecanismo por medio del cual el órgano oficial titular del ejercicio de la acción penal puede desistir del inicio de las actividades de persecución, disponer discrecionalmente del ejercicio de la acción penal y del contenido de la pretensión penal –en cuanto a su supuesto y consecuencias– durante la etapa de la investigación, con fundamento en motivos definidos de manera inequívoca en la ley procesal y atendido a la ponderación en relación con los demás principios que orientan el ordenamiento jurídico.

13. Es cierto que el principio de oportunidad –especialmente como se viene considerando desde las últimas décadas del siglo XX– implica un replanteamiento del concepto de proceso penal, lo cual necesariamente conlleva una modulación con los principios de legalidad penal y procesal penal.

14. Con todo, la aplicación práctica del *principio de oportunidad* trae consigo algunos problemas. Así, por ejemplo, si entendemos que la norma penal se compone de un supuesto de hecho de cuya realización depende inexorablemente la imposición de una consecuencia jurídica de carácter punitivo, la alternativa que ofrece el *principio oportunidad* se ubica como una *condición* que se agrega al supuesto de hecho modificándolo y creando una nueva consecuencia jurídica. Así pues, los criterios de oportunidad son vías procesales que terminan modificando la sustancia de una norma de Derecho penal sustantivo; vistas así las cosas, el medio termina por ser un elemento modificador del fin, invirtiendo la secuencia lógica de la relación estructural que debe existir entre el Derecho penal sustantivo y el procesal. Una solución para este problema podría ser la inclusión de criterios de

oportunidad por parte del legislador como elementos propios del tipo penal o como condiciones objetivas de punibilidad.

15. Cuando el encargado legalmente de ejercer la acción penal decide acudir a la oportunidad como mecanismo alternativo, su actuación discrecional debe de estar guiada por un derrotero que implique no sólo una estrecha relación con las reglas estrictamente fijadas en la ley, en las hipótesis de oportunidad propiamente dichas, sino también una profunda armonía con los principios del Estado social y democrático de Derecho, en especial con el *principio de proporcionalidad*. En efecto, este principio quizá sintetiza de manera más precisa los contenidos de esa alternativa que se patentiza con el *principio de oportunidad*. Con él se puede adelantar el razonamiento dentro del proceso penal acerca de la *necesidad de intervención* punitiva o de *necesidad de pena* en un caso concreto. Con el *principio de proporcionalidad* se establece la base que eventualmente permite justificar el acto discrecional de disposición sobre el ejercicio de la acción penal y del mantenimiento de la pretensión punitiva durante el juicio. Esto, porque dentro de aquel habrá que considerar si las *finalidades* que se le asignan al Derecho penal se logran o no por *medio* de la imposición de una pena en un caso particular.

16. La *conformidad* es una institución que remonta sus orígenes al siglo XIX en el ordenamiento español. Con todo, la potenciación de esta institución en este ordenamiento coincide cronológicamente con la época de su aparición en el ordenamiento colombiano a mediados de la década de 1980. Así pues, la potenciación en España y el comienzo de su introducción en Colombia coinciden en muchos aspectos.

17. El desarrollo legislativo que se ha producido en España y Colombia sobre la *conformidad* en el proceso penal, ha dado muestras de la influencia del modo de concebir en los EE.UU. los asuntos propios del proceso penal. La visión netamente económica del Derecho y el diseño gerencial de la persecución penal ha quedado plasmada en la introducción de órganos y estructuras procesales en las que se privilegian los factores cuantitativos en perjuicio de los valores de justicia. La fuerte presencia norteamericana ha pergeñado, de alguna manera, todas las reformas legislativas penales que se han producido durante los últimos 35 años en el mundo occidental.

18. La nota común que se observa en los ordenamientos español y colombiano, en cuanto al desarrollo legislativo del proceso penal en los últimos años, es una carrera desenfrenada por eliminar la instrucción y el juicio. Por demás dicente a ese respecto es la denominación que se ha utilizado en España para bautizar las leyes reformadoras del proceso penal: como si no fuera suficiente lograr un procedimiento abreviado en el año 1988, se buscó llegar al procedimiento rápido en el año 2002. La tendencia marca que en lo sucesivo, lo que quede del proceso, será algo así como una actuación *abreviadamente rapidísima*.

19. Una de las características de la *conformidad* es la abundante legislación al respecto, la cual se presenta de manera coyuntural por el legislador sin obedecer a una planificación político criminal coherente y a largo plazo. Ese caos normativo es quizá lo más criticable de la regulación sobre esta clase de figuras, ya que contribuye poco a dinamizar el desarrollo del proceso penal. El tiempo que se pretende ahorrar en la aplicación del Derecho penal sustantivo al caso concreto, se ve desperdiciado mientras se

resuelve cuál es la legislación aplicable y cómo han de resolverse los problemas que su utilización práctica representa.

20. Los fundamentos de la *conformidad* como institución jurídica tampoco pueden ser concebidos desde una perspectiva netamente formal o económica. Así, pues, es pertinente analizar su naturaleza acudiendo a referentes materiales. La *conformidad simple* puede ser entendida como una renuncia al derecho a la realización de un juicio oral, pero en todo caso sometida a la condición de su verificabilidad fáctica y jurídica por parte del Juez, lo cual implica que éste debe tener certeza de la ocurrencia de los hechos que se imputan y de la adecuación de éstos a los presupuestos establecidos para el predicamento de la responsabilidad penal. De esta manera, la sentencia se manifiesta como una verdadera decisión jurisdiccional y no se menoscaba la garantía que en sí mismo representa el proceso penal. Por su parte, la *conformidad negociada* puede concebirse como una facultad legal otorgada a la Fiscalía para disponer sobre el contenido de la pretensión punitiva, fundada en consideración a la modulación entre los *principios de legalidad*, de *oportunidad* y de *necesidad de pena*. En el ámbito del ordenamiento colombiano, dicha facultad se extiende a la posibilidad de disponer sobre el ejercicio de la acción penal frente a determinados delitos, a cambio de que el procesado acepte su responsabilidad penal frente a otras imputaciones.

21. En el ordenamiento español puede hablarse, en términos generales, de la existencia de varios tipos de conformidades. En primer lugar, la *conformidad ordinaria* que es aplicable en el proceso ordinario y en procedimiento abreviado. La del proceso ordinario se encuentra regulada en los arts. 655 y 688 subsiguientes de la LECrim. Para el proceso abreviado la encontramos en los arts. 784.3 párr. 1 y 787.1, también de la

LECrim, según la reforma de la LO 7/1988. Estas conformidades se manifiestan de dos maneras: por medio de la presentación del escrito de defensa, llamada por esto conformidad con la calificación o conformidad con el escrito de acusación; y a través de su manifestación al inicio de la vista antes de iniciarse la práctica de pruebas, de manera correlativa al escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad.

Aquellas conformidades que implican una aceptación de la solicitud de pena más grave solicitada por la acusación no pueden considerarse como una manifestación del *principio de oportunidad*, porque en ellas no se presenta una disposición sobre la pretensión penal por parte del acusador estatal.

22. También se encuentran, en el ordenamiento español, las *conformidades negociadas*. En estas sí se evidencian las características que permiten su inclusión como manifestaciones del *principio de oportunidad*. En estos casos se presenta una disposición sobre la pretensión punitiva por parte del acusador oficial y de los demás sujetos que comparecen en tal calidad de parte, bien porque se llegue a un acuerdo sobre la imputación fáctica o sobre la imputación jurídica concretada en una pena según el tipo penal imputado. Estas conformidades se encuentran reguladas en los arts. 779.1.5^a, 784.3 párr. 2 y 787.1 de la LECrim, aplicables al procedimiento abreviado.

Igualmente, podemos hallar la *conformidad premiada* del procedimiento rápido. A no dudarlo, ésta es otra manifestación del principio de oportunidad en el proceso penal español, según las razones ya manifestadas en el párrafo precedente, aunque en este evento la disposición que se hace es sobre la imputación fáctica y no sobre la pena. Así pues, la

característica principal de este tipo de *conformidad* consiste en el otorgamiento que hace la ley de una rebaja punitiva de una tercera parte de la pena imponible. También puede proceder de una manera especial la concesión de la suspensión de la pena o la sustitución de ésta.

23. La conformidad en el ordenamiento colombiano la encontramos en procedimiento penal ordinario establecido en la Ley 906/2004, contentiva del CPP. También existen las *conformidades* en el proceso especial aplicable a los menores –según lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia– y en el proceso penal militar. Paralelamente, también se encuentra una regulación especial de la *conformidad* dentro del procedimiento de la Ley 975/2005, Ley de Justicia y Paz, aplicable a los actores del conflicto armado interno que existe en Colombia, aunque en realidad, las disposiciones normativas contenidas en esta ley se acercan más a un modelo de justicia transicional.

24. Un análisis comparado refleja que la *conformidad* está diseñada para ser usada en España en relación con los delitos que comporten una escasa lesividad. De allí, precisamente, que se critique su escasa utilización en el juicio ordinario por delitos graves donde las penas imponibles para éstos tornan imposible su utilización. Mientras que, por el contrario, la *conformidad* es aplicable en Colombia frente a todo tipo de delitos, bien sea a través del procedimiento ordinario regulado en el Código de Procedimiento Penal, o mediante los procesos especiales establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, el Código Penal Militar o en la Ley 975/2005; con todo, vale considerar la existencia de algunas excepciones legales, como aquella que se manifiesta en el art. 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia en relación a los delitos cometidos sobre los menores de edad.

También puede decirse que la *conformidad* en el ordenamiento español requiere, como un presupuesto necesario, la existencia de un mínimo de elementos que señalen la existencia de un hecho presuntamente punible. Así, la regla general es que la conformidad se presente durante la etapa de calificación del sumario o eventualmente durante la iniciación del juicio. Ello indica que la decisión de conformarse por parte del procesado ha de estar basada, por lo menos, en un conocimiento sobre la imputación fáctica que haya podido ser acreditada en la actuación procesal penal. Esto, salvo las eventualidades del procedimiento rápido, hace que la conformidad española mantenga una prudente distancia del *plea bargaining* norteamericano.

25. En el momento actual se hace necesario comprender que los principios jurídicos y la realidad de la aplicación del Derecho no pueden transitar por caminos distintos. Es evidente que la realidad se rebela contra la presión estática de los principios. Muchas veces éstos han sido concebidos o dotados de contenidos desde una perspectiva netamente teórica, alejada absolutamente de la realidad. Ello implica la necesidad, no solo de *retornar al juicio* sino también al conocimiento de la práctica cotidiana del sistema judicial. Este retorno a la realidad de la aplicación y ejecución de la ley penal servirá para conocer las necesidades que deben ser satisfechas de cara a la realización de un verdadero proceso penal que sea admisible dentro del modelo constitucional adoptado por España y Colombia.

ANEXO

ANEXO LEGISLATIVO DE NORMAS COLOMBIANAS

ANEXO LEGISLATIVO DE NORMAS COLOMBIANAS

Este anexo legislativo contiene toda la normatividad perteneciente al ordenamiento colombiano citada en este trabajo. El mismo sirve como referente para el cotejo de las diversas citas, reenvíos y referencias a dichas normas para aquellos lectores ajenos a ese ordenamiento jurídico.

I. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Preámbulo EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

Art. 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Art. 6: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Art. 12: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Art. 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Art. 16: Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Art. 28: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles

Art. 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Art. 30: Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.

Art. 31: Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Art. 32: El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

Art. 33: Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Art. 35: La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

Art. 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Art. 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Art. 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Art. 113: Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Art. 116: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en

la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley

Art. 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.
3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.
4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.
5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.
6. Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales.
7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.
8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.
9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones.
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.
12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.
13. Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas.
14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa.
15. Decretar honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria.

16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

18. Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) Organizar el crédito público;

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;

c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrojárselas.

20. Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.

21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica.

22. Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.

25. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República.

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

Art. 152: Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

b. Administración de justicia;

c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

e. Estados de excepción.

f. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Art. 153: La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

Art. 189: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

1. Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos.

2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.

4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.

6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.

7. Permitir, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.

8. Instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura.

9. Sancionar las leyes.

10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

12. Presentar un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la Administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura.

13. Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley.

En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.

14. Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.

18. Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar, con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros.

19. Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173.

20. Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes.

21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

23. Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley.

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.

26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

27. Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley.

28. Expedir cartas de naturalización, conforme a la ley.

Art. 201: Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial:

1. Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.

2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares.

Art. 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Art. 241: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

Art. 243: Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Art. 248: Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

Art. 249: La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

Art. 250: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Art. 251: Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

II. LEYES

1. Código Civil colombiano, adoptado por la Ley 57/1887

Art. 16: No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

Art. 2469: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Art. 2472: La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal.

2. Ley 2/1984, de enero 16, por la cual se establece la competencia de las autoridades de Policía [...]

Art. 34: Al participe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos p revistos en este capítulo, en caso de ser condenado, se le a pena de una tercera parte a la mitad.

3. Ley 30/1986, de enero 31, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Art. 45: La persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes.

4. Ley 65/1993, de agosto 19, por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

Art. 9: *Funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad.* La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

5. Ley 81/1993, de noviembre 2, por medio de la cual se introducen modificaciones en el Código de procedimiento Penal.

Art. 3: El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 37. *Sentencia anticipada.* Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada.

Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días.

Los cargos formulados por el Fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

Las diligencias se remitirán al Juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El Juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de 1/3 parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una sexta (1/6) parte de la pena.

Art. 4: El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo con el número 37A, del siguiente tenor:

Artículo 37A. *Audiencia especial.* A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación, el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial en la que el fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia.

Terminada la audiencia se suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se haya llegado sobre los aspectos a que hace referencia el inciso anterior. El proceso se remitirá al Juez del conocimiento dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

Recibido el expediente por el Juez, dictará sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con lo acordado si encuentra el acuerdo ajustado a la Ley y siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado.

El Juez podrá formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, si lo considera necesario, mediante auto que no admite ningún recurso en el que ordenará devolver el expediente al fiscal y citará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de las observaciones. En la audiencia el fiscal y el sindicado discutirán las observaciones con el Juez y manifestarán si las aceptan, lo que consignarán en un acta. En caso de aceptar las observaciones el Juez dictará sentencia en el término de cinco (5) días.

Vencido el término establecido en el inciso tercero de este artículo o finalizada la audiencia a que hace referencia el párrafo anterior, el Juez, en caso de no aceptar el acuerdo lo improbará mediante auto susceptible del recurso de apelación.

Al sindicado que se acoja a la audiencia especial se le reconocerá un beneficio de rebaja de pena de una sexta a una tercera parte.

Parágrafo 1. *Suspensión de la actuación procesal.* Desde el momento en que se solicite la audiencia hasta cuando quede en firme la providencia que decida sobre el acuerdo, se suspenderá la actuación procesal, por un término que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas o vestigios del hecho. No se suspenderá en lo referente a la libertad o detención del procesado o en relación a la vinculación de otras personas que se haya ordenado antes de dicha solicitud.

Así mismo se suspenderán los términos para efectos de la libertad provisional y el término de prescripción de la acción penal.

Parágrafo 2. El trámite previsto en este artículo se hará en cuaderno separado, que solo hará parte del expediente si se concreta el acuerdo. En caso contrario se archivará.

El fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo.

Art. 38: El artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 299. *Reducción de pena en caso de confesión.* A quien, fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal confesare el hecho, en caso de condena, se le reducirá la pena en una sexta (1/6) parte.

Art. 44: El Código de Procedimiento Penal tendrá un con el número 369A, del siguiente tenor:

Artículo 369A. *Beneficio por colaboración eficaz.* El Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este artículo con las personas que sean investigadas, juzgadas o condenadas, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la administración de justicia, sujetándose el acuerdo a la aprobación de la autoridad judicial competente.

El acuerdo de los beneficios podrá proponerse según evaluación de la Fiscalía acerca del grado de eficacia o importancia de la colaboración, conforme a los siguientes criterios:

- a) Contribución a las autoridades para la desarticulación o mengua de organizaciones delictivas o la captura de uno o varios de sus miembros;
- b) Contribución al éxito de la investigación en cuanto a la determinación de autores ó partícipes de delitos;
- c) Colaboración en la efectiva prevención de delitos o a la disminución de las consecuencias de delitos ya cometidos o en curso;
- d) Delación de copartícipes, acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad;
- e) Presentación voluntaria ante las autoridades judiciales o confesión libre no desvirtuada por otras pruebas;
- f) Abandono voluntario de una organización criminal por parte de uno o varios de sus integrantes;
- g) La identificación de fuentes de financiación de organizaciones delictivas e incautación de bienes destinados a su financiación;
- h) La entrega de bienes e instrumentos con que marcarse haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.

Podrán acordarse, acumulativamente y en razón del grado de colaboración, una disminución de una sexta (1/6) hasta las dos terceras (2/3) partes de la pena que corresponda al imputado en la sentencia condenatoria; exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente; libertad provisional; condena de ejecución condicional; libertad condicional en los términos previstos en el Código Penal; sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social; beneficio de aumento de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza; detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, en delitos cuya pena mínima legal para el delito mas grave, no exceda de ocho (8) años de prisión; e incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

En ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni estarán condicionados a la confesión del colaborador.

Parágrafo. Para los efectos del literal (c) del presente artículo, se entiende que se disminuyen las consecuencias de un delito cuando se indemniza voluntariamente a las víctimas o a la comunidad; se entregan a las autoridades elementos idóneos para cometer delitos, o bienes o efectos provenientes de su ejecución; se logra disminuir el número de perjudicados o la magnitud de los perjuicios que habrían de ocasionar delitos programados o en curso, mediante el oportuno aviso a las autoridades, o se impide por este medio la consumación de los mismos; se facilita la identificación de miembros de organizaciones delincuenciales o se propicia su aprehensión; se suministran pruebas sobre bienes que son producto de la criminalidad organizada o sirven para su financiamiento; o se colabora efectivamente con las autoridades en el rescate de personas secuestradas.

Art. 45: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369B, del siguiente tenor:

Artículo 369B. *Beneficios para personas no vinculadas al proceso.* El Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, podrá otorgar el beneficio de que la persona no vinculada al proceso penal que rinda testimonio o colabore con la justicia mediante el suministro de información y pruebas, no será sometido a investigación ni acusación por hechos en relación con los cuales rinda declaración sin inculparse, cuando su versión o aporte pueda contribuir eficazmente a la administración de justicia, siempre que no haya participado en el delito.

Si la persona que rinde testimonio confiesa libre y espontáneamente conforme al artículo 33 de la Constitución Política, su participación en hechos punibles y colabora para la eficacia de la administración de justicia en los términos previstos en este artículo, se le abrirá investigación, pero se le podrá conceder la libertad provisional en el evento de imponerse medida de aseguramiento. En caso de condena se le podrá otorgar el subrogado de condena de ejecución condicional cuando la pena mínima para el delito más grave no exceda de cinco (5) años de prisión; cuando fuere superior sin exceder de ocho (8) años, se le podrá otorgar la libertad condicional siempre que se cumpla como mínimo una cuarta parte de la pena. En los demás casos, se cumplirá como mínimo una tercera parte de la pena.

El beneficio podrá acordarse según evaluación del Fiscal General de la Nación o del fiscal que éste designe, según evaluación del grado de colaboración para la eficacia de la administración de justicia siempre que se contribuya a:

- a) Inculpar autores intelectuales o demás autores o partícipes del hecho o hechos punibles;
- b) Prevenir la comisión de delitos;
- c) La identificación, localización o captura de otros autores o partícipes en el hecho o hechos punibles; d) Desarticular total o parcialmente organizaciones criminales;
- e) La obtención de pruebas de responsabilidad de los autores o partícipes en el hecho o hechos punibles.

Para realizar la dosificación correspondiente, el funcionario podrá tener en cuenta, además de los criterios establecidos en este artículo, la contribución a la identificación de fuentes de financiación de organizaciones delictivas, la incautación de bienes destinados a su financiación y la entrega de bienes e instrumentos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.

En todo caso deberá existir una proporcionalidad entre el beneficio y el grado de colaboración con la justicia. La libertad provisional, los subrogados de condena de ejecución condicional, y libertad condicional o los beneficios de sustitución de pena por trabajo social, aumento de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, con los límites establecidos en el artículo anterior, podrá concederse previo estudio de la relación entre la gravedad del hecho o hechos confesados, y la importancia, conveniencia y eficacia de la declaración del testigo o colaborador. En ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena.

Estos beneficios podrán concederse a testigos o colaboradores que se encuentren dentro o fuera del territorio nacional.

Parágrafo. Procedimiento. El Fiscal General de la Nación o el fiscal que éste designe, previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, elaborará un acta con el testigo o colaborador en la que constará:

- a) El beneficio concedido;
- b) Los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión en caso de que ésta se produjere;
- c) Las obligaciones las cuales queda sujeta la persona beneficiada.

Art. 46: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369C, del siguiente tenor:

Artículo 369C. *Colaboración durante la instrucción.* Si la colaboración a que se refiere el artículo 369A, se realiza durante la etapa de instrucción, el acuerdo entre el Fiscal y el procesado será consignado en un acta suscrita por los intervinientes, la cual se remitirá al juez para el control de legalidad respectivo.

Recibida el acta, el juez en un plazo no superior a cinco días hábiles podrá formular observaciones al contenido de la misma y al otorgamiento de los beneficios en auto que no admite recursos, en el que también ordenará devolver el trámite al Fiscal de manera inmediata.

Dentro de un término no superior a diez días hábiles, el Fiscal y el procesado se pronunciarán sobre las observaciones del juez en acta complementaria, la cual devolverán a éste.

Recibida el acta original o la complementaria, según el caso, el juez en un lapso no superior a diez días hábiles aprobará o improbará el acuerdo mediante providencia interlocutoria, susceptible de los recursos ordinarios cuando se hubiere improbadado el acuerdo, que podrán ser interpuestos por el procesado, su defensor, el Fiscal o el agente del Ministerio Público.

Aprobado el acuerdo por el juez, el Fiscal concederá el beneficio cuando se trate de libertad provisional o detención domiciliaria. En los casos de los otros beneficios el juez los reconocerá en la sentencia.

Cuando la persona solicite sentencia anticipada o audiencia especial y manifieste su deseo de colaborar eficazmente con la justicia, se aplicará el trámite establecido en el artículo 37 o 37A de este Código, según el caso

Art. 47: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369D, del siguiente tenor:

Artículo 369D. *Colaboración concomitante o posterior al juzgamiento.* Cuando la colaboración se produjere en la etapa de juzgamiento, la Fiscalía propondrá a la consideración y aprobación del juez el reconocimiento de los beneficios remitiéndole el acta respectiva. Reconocido el beneficio en los casos de libertad provisional y detención domiciliaria, el juez lo concederá inmediatamente. Tratándose de otros beneficios, el juez los concederá en la sentencia condenatoria cuando hubiere lugar a ella.

Si la colaboración se realiza con posterioridad al juzgamiento, el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, a solicitud de la Fiscalía, podrá conceder el subrogado de la libertad condicional; condena de ejecución condicional, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, aumento de rebaja de la pena por trabajo, estudio o enseñanza; e incorporación al programa de protección de víctimas y testigos.

Si la colaboración proviene de persona condenada, el Juez de Ejecución de Penas o quien haga sus veces, por solicitud de la Fiscalía, decidirá sobre la concesión del beneficio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

Si encuentra la solicitud ajustada a la Ley, el Juez de Ejecución de Penas o quien haga sus veces, concederá el beneficio mediante auto que no admite ningún recurso. En caso contrario, se pronunciará sobre las razones que motivaron su decisión mediante providencia susceptible de los recursos ordinarios.

Art. 48: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369E, del siguiente tenor:

Artículo 369E. Podrá acogerse al procedimiento previsto en los artículos anteriores cualquier persona que sepa o crea fundadamente que está siendo buscada o perseguida por las autoridades penales, acudiendo ante el Fiscal General de la Nación o su Delegado y poniéndose a su disposición para el adelantamiento de las diligencias investigativas y a fin de que se resuelva definitivamente su situación ante la Ley por los cauces ordinarios del debido proceso.

Parágrafo. La reincidencia en la comisión de delitos una vez acogido al procedimiento contemplado en los artículos anteriores, priva a la persona de la posibilidad, de manera definitiva, de acogerse nuevamente a los beneficios contemplados de la presente Ley.

Art. 49: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369F, del siguiente tenor:

Artículo 369F. *Beneficios condicionales.* Cuando se concedan los beneficios previstos en esta ley y en especial los de garantía de no investigación ni acusación, libertad provisional, detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, condena de ejecución condicional, libertad condicional, sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social, el funcionario judicial competente impondrá al beneficiado una o varias de las siguientes obligaciones:

- a) Informar todo cambio de residencia;
- b) Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;
- c) Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando se demuestre que se está en imposibilidad de hacerlo;
- d) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas;
- e) Someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas;
- f) Presentarse cuando el funcionario judicial lo solicite;
- g) Observar buena conducta individual, familiar y social;

- h) No cometer un nuevo hecho punible, excepto cuando se trate de delitos culposos;
- i) No salir del país sin previa autorización del funcionario judicial competente.
- j) Cumplir con las obligaciones contempladas en las normas y reglamentos del régimen penitenciario y observar buena conducta en el establecimiento carcelario.
- k) Cumplir y acreditar el trabajo o estudio ante las autoridades competentes.

El funcionario judicial competente impondrá las obligaciones discrecionalmente, según la naturaleza y modalidades del hecho punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, la naturaleza del beneficio, la personalidad del beneficiario, los antecedentes penales y la buena conducta en el establecimiento carcelario.

Las obligaciones de que trata este artículo, se garantizarán mediante caución que será fijada por el mismo funcionario judicial.

Art. 50: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369G, del siguiente tenor:

Artículo 369G. *Revocación de beneficios.* El funcionario judicial que otorgó el beneficio lo revocará cuando encuentre que se ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas, se ha incurrido en el delito de fuga de presos o en falta grave contra el régimen penitenciario, durante el respectivo periodo de prueba.

Art. 51: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369H, del siguiente tenor:

Artículo 369H. *Prohibición de acumulación.* Los beneficios por colaboración con la justicia aquí previstos, son incompatibles con los consagrados para las mismas conductas en otras disposiciones.

Otorgados los beneficios, no podrán concederse otros adicionales por la misma colaboración.

Art. 52: El Código de Procedimiento Penal tendrá un Artículo con el número 369I, del siguiente tenor:

Artículo 369I. *Reuniones previas.* En cualquiera de las etapas procesales podrá la Fiscalía General de la Nación celebrar reuniones con los colaboradores, cuando no exista orden de captura contra los mismos, o, en caso contrario con sus apoderados legalmente constituidos, para determinar la procedencia de los beneficios.

6. Ley 270/1996, de marzo 7, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Art. 45: *Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.* Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

Art. 46: *Control integral y cosa juzgada constitucional.* En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución.

7. Ley 365/1997, de febrero 21, por la cual establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones.

Art. 10: El literal d) del artículo 369A del Código de Procedimiento Penal quedará así:

d) Delación de dirigentes de organizaciones delictivas acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad.

Art. 11: El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Sentencia anticipada. Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada.

Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. Los cargos formulados por el fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

Las diligencias se remitirán al juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena.

Art. 12: El artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Disposiciones comunes. En los casos de los artículos 37 y 37A de este Código se aplicarán las siguientes disposiciones:

1. Concurrencia de rebajas. La rebaja de pena prevista en el artículo 299 de este Código podrá acumularse a aquella contemplada en el artículo 37 o a la señalada en el artículo 37A, pero en ningún caso podrán estas últimas acumularse entre sí

2. Equivalencia a la resolución de acusación. El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37A, son equivalentes a la resolución de acusación.

3. Ruptura de la unidad procesal. Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdos parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal.

4. Interés para recurrir La sentencia es apelable por el fiscal, el Ministerio Público, por el procesado y por su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes.

Art. 15: El artículo 369 H del Código de Procedimiento Penal tendrá un párrafo del siguiente tenor:

Parágrafo: Quien sea condenado por el delito de concierto para delinquir agravado por organizar, fomentar, promover, dirigir, encabezar, constituir o financiar el concierto o la asociación, en concurso con otro delito, podrá acogerse a la sentencia anticipada o audiencia especial y tendrá derecho a las rebajas por confesión y por colaboración eficaz con la justicia, pero en ningún caso la pena que se le imponga podrá ser inferior a la que corresponda en concreto sin disminuciones para el delito más grave.

8. Ley 599/2000, de julio 24, por la cual se expide el Código Penal.

Art. 3: *Principios de las sanciones penales.* La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Art. 4: *Funciones de la pena.* La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Art. 9: *Conducta punible.* Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Art. 11: *Antijuridicidad.* Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Art. 23: *Culpa.* La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Art. 30: *Partícipes.* Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

Art. 31: *Concurso de conductas punibles.* El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Art. 34: *De las penas.* Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Art. 35: *Penas principales.* Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

Art. 36: *Penas sustitutivas.* La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.

Art. 37: *La prisión.* La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso".
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

Art. 38: *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.* La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

2) Observar buena conducta.

3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.

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

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

2. Unidad multa. La unidad multa será de:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Amortización a plazos. Al imponer la multa, o posteriormente, podrá el Juez, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalar plazos para el pago, o autorizarlo por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. La multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

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

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

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

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

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

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

3) Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.

4) Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.

5) Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.

6) Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

Las disposiciones de la Ley Penitenciaria se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código.

En los eventos donde se admita la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallan las condiciones impuestas por el Juez.

Art. 40: *Conversión de la multa en arrestos progresivos.* Cuando el condenado no pague o amortizare voluntariamente, o incumpliere el sistema de plazos concedido, en

el evento de la unidad multa, se convertirá ésta en arresto de fin de semana. Cada unidad multa equivale a cinco (5) arresto de fin de semana.

La pena sustitutiva de arresto de fin de semana oscilará entre cinco (5) y cincuenta (50) arresto de fines de semana.

El arresto de fin de semana tendrá una duración equivalente a treinta y seis (36) horas y su ejecución se llevará a cabo durante los días viernes, sábados o domingos en el establecimiento carcelario del domicilio del arrestado.

El incumplimiento injustificado, en una sola oportunidad, por parte del arrestado, dará lugar a que el Juez que vigila la ejecución de la pena decida que el arresto se ejecute de manera ininterrumpida. Cada arresto de fin de semana equivale a tres (3) días de arresto ininterrumpido.

Las demás circunstancias de ejecución se establecerán conforme a las previsiones del Código Penitenciario, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código.

El condenado sometido a responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, podrá hacer cesar la privación de la libertad, en cualquier momento en que satisfaga el total o la parte de la multa pendiente de pago.

Art. 41: *Ejecución coactiva.* Cuando la pena de multa concorra con una privativa de la libertad y el penado se sustrajere a su cancelación integral o a plazos, se dará traslado del asunto a los Jueces de Ejecuciones Fiscales para efectos de que desarrollen el procedimiento de ejecución coactiva de la multa. Igual procedimiento se seguirá cuando en una misma sentencia se impongan las diferentes modalidades de multa.

Art. 42: *Destinación.* Los recursos obtenidos por concepto del recaudo voluntario o coactivo de multas ingresarán al Tesoro Nacional con imputación a rubros destinados a la prevención del delito y al fortalecimiento de la estructura carcelaria. Se consignarán a nombre del Consejo Superior de la Judicatura en cuenta especial.

Art. 43: *Las penas privativas de otros derechos.* Son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
2. La pérdida del empleo o cargo público.
3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

Parágrafo. Para efectos de este artículo integran el grupo familiar:

1. Los cónyuges o compañeros permanentes.
2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.
3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.
4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

Art. 52: *Las penas accesorias.* Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.

Art. 55: *Circunstancias de menor punibilidad.* Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

Art. 63: *Suspensión condicional de la ejecución de la pena.* La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

Art. 64: Libertad condicional. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

Art. 65: Obligaciones. El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario:

1. Informar todo cambio de residencia.
2. Observar buena conducta.
3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.
5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

Art. 82: Extinción de la acción penal. Son causales de extinción de la acción penal:

1. La muerte del procesado.
2. El desistimiento.
3. La amnistía propia.
4. La prescripción.
5. La oblación.
6. El pago en los casos previstos en la ley.
7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
8. La retractación en los casos previstos en la ley.
9. Las demás que consagre la ley.

Art. 88: Extinción de la sanción penal. Son causas de extinción de la sanción penal:

1. La muerte del condenado.
2. El indulto.
3. La amnistía impropia.
4. La prescripción.
5. La rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias.

6. La exención de punibilidad en los casos previstos en la ley.
7. Las demás que señale la ley.

Art. 103: *Homicidio.* El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Art. 104: *Circunstancias de agravación.* La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.

3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código.

4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.

6. Con sevicia.

7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de éste Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

10. Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, político o religioso en razón de ello.

11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Art. 218: *Pornografía con personas menores de 18 años.* El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

Art. 268: *Circunstancia de atenuación punitiva.* Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

Art. 323: *Lavado de activos.* El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito,

secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

Art. 326: *Testaferrato.* Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Inciso adicionado por la Ley 733 de 2002, artículo 7°. La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de cinco mil (5.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Art. 346: *Utilización ilegal de uniformes e insignias.* El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 365: *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.* El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.
2. Cuando el arma provenga de un delito.

3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades, y

4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

Art. 366: *Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos.* El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, o explosivos, incurrirá en prisión de cinco (5) a quince (15) años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 2° del artículo anterior.

Art. 368: *Violación de medidas sanitarias.* El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Art. 369: *Propagación de epidemia.* El que propague epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Art. 370: *Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B.* El que después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B, realice prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona, o done sangre, semen, órganos o en general componentes anatómicos, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Art. 371: *Contaminación de aguas.* El que envenene, contamine o de modo peligroso para la salud altere agua destinada al uso o consumo humano, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de cuatro (4) a ocho años (8) años de prisión, si estuviere destinada al servicio de la agricultura o al consumo o uso de animales.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

Art. 372: *Corrupción de Alimentos, Productos Médicos o Material Profiláctico.* El que envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, los comercialice, distribuya o suministre, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En las mismas penas incurrirá el que suministre, comercialice o distribuya producto, o sustancia o material de los mencionados en éste Artículo, encontrándose deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, siempre que se ponga en peligro la vida o salud de las personas.

Las penas se aumentarán hasta en la mitad, si el que suministre o comercialice fuere el mismo que la elaboró, envenenó, contaminó o alteró.

Si la conducta se realiza con fines terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a quince (15) años y multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Art. 373: *Imitación o Simulación de Alimentos, Productos o Sustancias.* El que con el fin de suministrar, distribuir o comercializar, imite o simule producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, incurrirá en prisión de cinco (5) a once (11) años, multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Art. 374: *Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud.* El que sin permiso de autoridad competente elabore, distribuya, suministre o comercialice productos químicos o sustancias nocivas para la salud, incurrirá en prisión de cinco (5) a once (11) años, multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Art. 374 A: *Venta fraudulenta de medicamentos.* El que con el objeto de obtener un provecho para sí o para un tercero, venda un medicamento que le haya sido entregado para su atención por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho (48) mes y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 375: *Conservación o financiación de plantaciones.* El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de plantas de que trata este Artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 376: *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.* El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 377: *Destinación ilícita de muebles o inmuebles.* El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene o transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 377A: *Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles.* El que sin permiso de la autoridad competente financie, construya, almacene, comercialice, transporte, adquiera o utilice semisumergible o sumergible, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para la aplicación de la presente ley, se entenderá por semisumergible o sumergible, la nave susceptible de moverse en el agua con o sin propulsión propia, inclusive las plataformas, cuyas características permiten la inmersión total o parcial. Se exceptúan los elementos y herramientas destinados a la pesca artesanal.

Art. 377B: *Circunstancias de agravación punitiva.* Si la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usado como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de ocho (8) a catorce (14) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un Servidor Público o quien haya sido miembro de la Fuerza Pública.

Art. 378: *Estímulo al uso ilícito.* El que en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 379: *Suministro o formulación ilegal.* El profesional o practicante de medicina, odontología, enfermería, farmacia o de alguna de las respectivas profesiones auxiliares que, en ejercicio de ellas, ilegalmente formule, suministre o aplique droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio de cinco (5) a diez (10) años.

Art. 380: *Suministro o formulación ilegal a deportistas.* El que, sin tener las calidades de que trata el artículo anterior, suministre ilícitamente a un deportista profesional o aficionado, alguna droga o medicamento que produzca dependencia, o lo induzca a su consumo, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Art. 381: *Suministro a menor.* El que suministre, administre o facilite a un menor droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Art. 382: *Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos.* El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la cantidad de sustancias no supere el triple de las señaladas en las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 383: *Porte de sustancias.* El que en lugar público o abierto al público y sin justificación porte escopolamina o cualquier otra sustancia semejante que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor.

Art. 384: *Circunstancias de agravación punitiva.* El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1. Cuando la conducta se realice:
 - a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;
 - b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;
 - c) Por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud, y
 - d) En inmueble que se tenga a título de tutor o curador.
2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse.
3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola.

Art. 385: *Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.* Incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el dueño, poseedor, tenedor o arrendatario de predios donde:

1. Existan o se construyan pistas de aterrizaje sin autorización de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil;
2. Aterricen o emprendan vuelo aeronaves sin autorización de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o sin causa justificada, a menos que diere inmediato aviso a las autoridades civiles, militares o de policía más cercana;

3. Existan pistas o campos de aterrizaje con licencia otorgada por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que no dé inmediato aviso a las autoridades de que trata el literal anterior sobre el decolaje o aterrizaje de aeronaves en las circunstancias previstas en el mismo numeral.

Art. 442: Falso testimonio. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Art. 467: Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 468: Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993.

9. Ley 685/2001, de agosto 15, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

Art. 163: Inhabilidad especial. Quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco (5) años. Esta pena accesoria será impuesta por el juez en la sentencia.

10. Ley 890/2004, de julio 7, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

Art. 1: El inciso 2° del artículo 31 del Código Penal quedará así:
“En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”.

Art. 2: El numeral 1 del artículo 37 del Código Penal quedará así:
“1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”.

Art. 3: El artículo 61 del Código Penal tendrá un inciso final así:

“El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”.

Art. 14: Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

11. Ley 906/2004 (CPP), de agosto 31, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Art. 1: *Dignidad humana.* Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

Art. 3: *Prelación de los tratados internacionales.* En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

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

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

Art. 7: *Presunción de inocencia e in dubio pro reo.* Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

Art. 8: *Defensa.* En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;

- c) No se utilice el silencio en su contra;
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
- f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él;
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
- h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;
- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;
- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

Art. 11: Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio;
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Art. 15: Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

Art. 18: Publicidad. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Art. 20: Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.

El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

Art. 22: Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

Art. 23: Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Art. 27: Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Art. 53: Ruptura de la unidad procesal. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

1. Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial.

2. Cuando se decreta nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los acusados o de delitos.

3. Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados decisión que anticipadamente ponga fin al proceso.

4. Cuando la terminación del proceso sea producto de la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa o del principio de oportunidad y no comprenda a todos los delitos o a todos los acusados.

5. Cuando en el juzgamiento las pruebas determinen la posible existencia de otro delito, o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe.

Parágrafo. Para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el juez penal de circuito especializado es de superior jerarquía respecto del juez de circuito.

Art. 56: Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.

2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.

4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.

7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.

8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.

9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.

10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.

12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.

13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso.

Art. 63: *Impedimentos y recusación de otros funcionarios y empleados.* Las causales de impedimento y las sanciones se aplicarán a los fiscales, agentes del Ministerio Público, miembros de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, y empleados de los despachos judiciales, quienes las pondrán en conocimiento de su inmediato superior tan pronto como adviertan su existencia, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos. El superior decidirá de plano y, si hallare fundada la causal de recusación o impedimento, procederá a reemplazarlo.

Cuando se trate de impedimento o recusación de personero municipal, la manifestación se hará ante el procurador provincial de su jurisdicción, quien procederá a reemplazarlo, si hubiere lugar a ello, por un funcionario de su propia dependencia o de la misma personería, o por el personero del municipio más cercano.

En los casos de la Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y demás entidades que tengan funciones de policía judicial, se entenderá por superior la persona que indique el jefe de la respectiva entidad, conforme a su estructura.

En estos casos no se suspenderá la actuación.

Art. 66: *Titularidad y obligatoriedad.* El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

Art. 70: *Condiciones de procesabilidad.* La querella y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal.

Cuando el delito requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación.

Art. 71: *Querellante legítimo.* La querella únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querellante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.

Cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe del delito, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio Público o los perjudicados directos.

En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia.

El Procurador General de la Nación podrá formular querrela cuando se afecte el interés público o colectivo.

La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

Art. 72: *Extensión de la querrela.* La querrela se extiende de derecho contra todos los que hubieren participado en el delito.

Art. 73: *Caducidad de la querrela.* La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

Art. 74: *Delitos que requieren querrela.* Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad, un inimputable o la persona haya sido capturada en flagrancia:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad.

2. Inducción o ayuda al suicidio (C.P. artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días sin exceder de sesenta (60) días (C.P. artículo 112 incisos 1º y 2º); lesiones personales con deformidad física transitoria (C.P. artículo 113 inciso 1º); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C.P. artículo 114 inciso 1º); parto o aborto preterintencional (C.P. artículo 118); lesiones personales culposas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días (C.P. artículo 120); injuria (C.P. artículo 220); calumnia (C.P. artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C.P. artículo 222); injuria por vías de hecho (C.P. artículo 226); injurias recíprocas (C.P. artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C.P. artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C.P. artículo 236); hurto simple de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 239); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C.P. artículo 243); estafa de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 246); emisión y transferencia ilegal de cheques de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 248); abuso de confianza de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 252); alzamiento de bienes de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 255); malversación y dilapidación de bienes (C.P. artículo 259); usurpación de tierras (C.P. artículo 261); usurpación de aguas (C.P. artículo 262); invasión de tierras o edificios (C.P. artículo 263); daño en bien ajeno de cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales

vigentes (C.P. artículo 265); falsa autoacusación (C.P. artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C.P. artículo 445).

Art. 75: *Delitos que requieren petición especial.* La acción penal se iniciará por petición del Procurador General de la Nación, cuando el delito se cometa en el extranjero, no hubiere sido juzgado, el sujeto activo se encuentre en Colombia y se cumplan los siguientes requisitos:

1. Si se ha cometido por nacional colombiano, cuando la ley colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.

2. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado el Estado o nacional colombiano y tenga prevista pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años.

3. Si se ha cometido por extranjero, cuando sea perjudicado otro extranjero, se hubiese señalado pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea superior a tres (3) años, no se trate de delito político y no sea concedida la extradición.

4. En los delitos por violación de inmunidad diplomática y ofensa a diplomáticos.

Art. 102: *Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.* En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

Art. 103: *Trámite del incidente de reparación integral.* Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y está fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

Art. 104: *Audiencia de pruebas y alegaciones.* El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

Parágrafo. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no

comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

Art. 105: *Decisión de reparación integral.* En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

Art. 106: *Caducidad.* La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

Art. 107: *Tercero civilmente responsable.* Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

Art. 108: *Citación del asegurador.* Para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado.

Art. 109: *El Ministerio Público.* El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto 1421 de 1993, en los mismos eventos del inciso anterior los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia los desplace.

Parágrafo. Para el cumplimiento de la función, los fiscales, jueces y la policía judicial enterarán oportunamente, por el medio más expedito, al Ministerio Público de las diligencias y actuaciones de su competencia.

Art. 111: *Funciones del Ministerio Público.* Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:

a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales;

b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;

c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;

d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley;

e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario;

f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.

g) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.

2. Como representante de la sociedad:

a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;

b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;

d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad;

e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

Art. 114: Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.

2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.

3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.

10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.

11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.

14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.

15. Las demás que le asigne la ley.

Parágrafo. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa.

Art. 115: *Principio de objetividad.* La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Art. 125: *Deberes y atribuciones especiales.* En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.

2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.

3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.

5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.

6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.

7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.

8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.

9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado, que la información será utilizada para efectos judiciales.

10. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

Art. 130: *Atribuciones.* Además de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que forman parte del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política y de la ley, en especial de los previstos en el artículo 8° de este código, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa que resultan compatibles con

su condición. En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquella.

Art. 132: *Víctimas.* Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

Art. 133: *Atención y protección inmediata a las víctimas.* La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

Las medidas de atención y protección a las víctimas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del imputado o de un juicio justo e imparcial, ni serán incompatibles con estos.

Art. 134: *Medidas de atención y protección a las víctimas.* Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral.

Art. 135: *Garantía de comunicación a las víctimas.* Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.

Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

Art. 136: *Derecho a recibir información.* A quien demuestre sumariamente su calidad de víctima, la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación le suministrarán información sobre:

1. Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo.
2. El tipo de apoyo o de servicios que puede recibir.
3. El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela.
4. Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas.
5. El modo y las condiciones en que puede pedir protección.
6. Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídicas, asistencia o asesoría psicológicas u otro tipo de asesoría.
7. Los requisitos para acceder a una indemnización.
8. Los mecanismos de defensa que puede utilizar.
9. El trámite dado a su denuncia o querrela.
10. Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación.

11. La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de control de garantías, cuando haya lugar a ello
12. La fecha y el lugar del juicio oral.
13. El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral.
14. La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia.
15. La sentencia del juez.

También adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.

Art. 137: *Intervención de las víctimas en la actuación penal.* Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
4. Este numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-516 de 2007.
5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.
6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

Art. 142: *Deberes específicos de la Fiscalía General de la Nación.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General de la Nación los siguientes:

1. Proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Nación.
2. Suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado.
3. Asistir de manera ininterrumpida a las audiencias que sean convocadas e intervenir en desarrollo del ejercicio de la acción penal.
4. Informar a la autoridad competente de cualquier irregularidad que observe en el transcurso de la actuación de los funcionarios que ejercen atribuciones de policía judicial.

Art. 166: *Comunicación de la sentencia.* Ejecutoriada la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad, el funcionario judicial informará de dicha decisión a la Dirección General de Prisiones, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación y demás organismos que tengan funciones de policía

judicial y archivos sistematizados, en el entendido que solo en estos casos se considerará que la persona tiene antecedentes judiciales.

De igual manera se informarán las sentencias absolutorias en firme a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de realizar la actualización de los registros existentes en las bases de datos que se lleven, respecto de las personas vinculadas en los procesos penales.

Art. 175: *Duración de los procedimientos.* El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

Art. 283: *Aceptación por el imputado.* La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.

Art. 286: *Concepto.* La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.

Art. 288: *Contenido.* Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

Art. 293: *Procedimiento en caso de aceptación de la imputación.* Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Art. 294: *Vencimiento del término.* Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de

conocimiento. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento.

El vencimiento de los términos señalados será causal de mala conducta. El superior dará aviso inmediato a la autoridad penal y disciplinaria competente.

Art. 302: *Procedimiento en caso de flagrancia.* Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

Parágrafo. En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.

Art. 303: *Derechos del capturado.* Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge,

compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa.

Art. 321: *Principio de oportunidad y política criminal.* La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Art. 322: *Legalidad.* La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

Art. 323: *Aplicación del Principio de Oportunidad.* La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Art. 324: *Causales.* El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de

declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

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

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

Parágrafo 1°. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Parágrafo 4°. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Art. 327: *Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.* El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Art. 328: *La participación de las víctimas.* En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

Art. 330: *Reglamentación.* El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.

Art. 332: *Causales.* El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Art. 336: *Presentación de la acusación.* El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Art. 337: *Contenido de la acusación y documentos anexos.* El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
 - g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas.

Art. 344: *Inicio del descubrimiento.* Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o

entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Art. 348: Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Art. 349: Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Art. 350: Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Art. 351: Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Art. 352: *Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación.* Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Art. 353: *Aceptación total o parcial de los cargos.* El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Art. 354: *Reglas comunes.* Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia.

Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este código.

Art. 355: *Instalación de la audiencia preparatoria.* El juez declarará abierta la audiencia con la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el Ministerio Público y la representación de las víctimas, si la hubiere.

Para la validez de esta audiencia será indispensable la presencia del juez, fiscal y defensor.

Art. 356: *Desarrollo de la audiencia preparatoria.* En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de

la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

Parágrafo. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

Art. 357: *Solicitudes probatorias.* Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Art. 367: *Alegación inicial.* Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.

Art. 368: *Condiciones de validez de la manifestación.* De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.

De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.

Art. 369: *Manifestaciones de culpabilidad preacordadas.* Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.

Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado.

Art. 374: *Oportunidad de pruebas.* Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

Art. 377: *Publicidad.* Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

Art. 379: *Inmediación.* El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

Art. 381: *Conocimiento para condenar.* Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Art. 382: *Medios de conocimiento.* Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Art. 392: Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

- a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos;
- b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa;
- c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;
- d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;
- e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

Art. 394: *Acusado y coacusado como testigo.* Si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código.

Art. 404: *Apreciación del testimonio.* Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Art. 443: *Turnos para alegar.* El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación.

A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado.

Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados.

Art. 447: *Individualización de la pena y sentencia.* Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral.

Parágrafo. En el término indicado en el inciso anterior se emitirá la sentencia absolutoria.

Art. 457: *Nulidad por violación a garantías fundamentales.* Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

Art. 518: Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Art. 521: Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

Art. 522: La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

Art. 523: Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

12. Ley 938/2004, de diciembre 30, por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Art. 1: Para el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación tiene la siguiente estructura:

Estructura:

1.1 Despacho del Fiscal General de la Nación

1.1.1. Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia

1.1.2. Dirección de Asuntos Internacionales

1.1.3. Oficina de Planeación

1.1.4. Oficina Jurídica

1.1.5. Oficina de Control Interno

1.1.6. Oficina de Protección y Asistencia

1.1.7. Oficina de Veeduría y Control Disciplinario Interno

1.1.8. Oficina de Divulgación y Prensa

1.1.9. Oficina de Informática

1.2. Despacho del Vicefiscal General de la Nación

1.3. Despacho del Secretario General

1.3.1. Oficina de Personal

1.3.2. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses

1.4. Dirección Nacional de Fiscalías

1.4.1. Direcciones Seccionales de Fiscalías

1.5. Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación

1.5.1. Direcciones Seccionales del Cuerpo Técnico de Investigación

1.6. Dirección Nacional Administrativa y Financiera

1.6.1 Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras

1.7 Entidades Adscritas

1.7.1 Establecimiento Público-Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Parágrafo. La estructura no definida en el presente estatuto orgánico, será desarrollada por el Fiscal General de la Nación, para lograr un equilibrio racional de los recursos humanos, técnicos, financieros y logísticos en las diferentes áreas. Para ello se tendrá en cuenta entre otros principios, el de racionalización del gasto, eficiencia y fortalecimiento de la gestión administrativa e investigativa y el mejoramiento de la prestación del servicio.

Art. 9: *Período.* El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.

Art. 38: La Junta Directiva del Instituto [Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses] estará conformada por el Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal quien la presidirá, los Ministros del Interior y de Justicia y de la Protección Social o sus delegados, el Procurador General de la Nación o su Delegado, el Defensor del Pueblo o su Delegado, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia o su delegado y el Presidente de la Asociación de Facultades de Medicina.

Actuará como Secretario de la Junta el Secretario General del Instituto. A la Junta Directiva pertenece el Director General del Instituto quien participa con voz pero sin voto.

Parágrafo. La Junta Directiva se reunirá por convocatoria del Director General del Instituto o del Fiscal General de la Nación.

Art. 49: *Principio de eficiencia.* El principio de eficiencia tiene por objeto asegurar y garantizar la productividad del trabajo de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En virtud del principio de eficiencia, los servidores que se rigen por el presente régimen, deberán realizar y cumplir las funciones de su cargo, con alta productividad, eficiencia y rendimiento, procurando emplear medios idóneos y eficaces para la consecución objetiva del trabajo y funciones propias del cargo.

Art. 50: *Principio de celeridad.* El principio de celeridad pretende garantizar prontitud y oportunidad en el trabajo que cumplen los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

En virtud del principio de celeridad, los servidores que se rigen por el presente régimen, deberán ejercer las funciones de su cargo con prontitud, celeridad y oportunidad debida, sin dilatar o retardar injustificadamente los asuntos o misiones conferidas. Así mismo, la celeridad como principio del régimen de carrera, debe ser tenida en cuenta para evaluar y calificar el desempeño de los servidores.

13. Ley 975/2005, de julio 25, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Art. 3: *Alternatividad.* Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley.

Art. 4: *Derecho a la verdad, la justicia y la reparación y debido proceso.* El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

Art. 5: *Definición de víctima.* Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Asimismo, se tendrán como víctimas al cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, de los miembros de la fuerza pública que hayan perdido la vida en desarrollo de actos del servicio, en relación con el mismo, o fuera de él, como consecuencia de los actos ejecutados por algún integrante o miembros de los grupos organizados al margen de la ley.

Art. 9: Desmovilización. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente.

La desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley 782 de 2002.

Art. 10: Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

Art. 11: Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos.

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación.

Art. 16: Competencia. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para:

16.1 Conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley.

16.2 Conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros.

16.3 Conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial que determine el CSJ, mediante acuerdo que expida antes de que se inicie cualquier trámite, será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere la presente ley.

No podrá haber conflicto o colisión de competencia entre los Tribunales Superiores de Distrito judicial que conozcan de los casos a que se refiere la presente ley y cualquier otra autoridad judicial.

Art. 17: Versión libre y confesión. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, y la fecha de su ingreso al grupo.

La versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso.

Art. 18: *Formulación de imputación.* Cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que el desmovilizado es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan, el fiscal delegado para el caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para formulación de imputación.

En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley. Igualmente solicitará la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de procedencia ilícita que hayan sido entregados para efectos de la reparación a las víctimas.

A partir de esta audiencia y dentro de los sesenta (60) días siguientes, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, con el apoyo de su grupo de policía judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Finalizado el término, o antes si fuere posible, el fiscal del caso solicitará al magistrado que ejerza la función de control de garantías la programación de una audiencia de formulación de cargos, dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, si a ello hubiere lugar.

Con la formulación de la imputación se interrumpe la prescripción de la acción penal.

Art. 19: *Aceptación de cargos.* En la audiencia de formulación de cargos el imputado podrá aceptar los presentados por la Fiscalía, como consecuencia de la versión libre o de las investigaciones en curso al momento de la desmovilización.

Para su validez tendrá que hacerlo de manera libre, voluntaria, espontánea y asistido por su defensor. En este evento el Magistrado que ejerza la función de control de garantías enviará inmediatamente lo actuado a la Secretaría de la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial a la que corresponda su conocimiento.

Recibida la actuación, la Sala correspondiente convocará a audiencia pública dentro de los diez (10) días siguientes para examinar si la aceptación de cargos ha sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. De hallarla conforme a derecho, dentro de los diez (10) días siguientes citará a audiencia de sentencia e individualización de pena.

Parágrafo 1°. Si en esta audiencia el imputado no acepta los cargos, o se retracta de los admitidos en la versión libre, la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz remitirá la actuación al funcionario competente conforme con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas.

Parágrafo 2°. Cuando exista solicitud de reparación integral, previamente se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la presente ley.

Art. 29: Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.

En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos.

Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció.

Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley, a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia

Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el periodo de prueba, se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan.

Parágrafo. En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.

Art. 43: Reparación. El Tribunal Superior de Distrito Judicial al proferir sentencia, ordenará la reparación a las víctimas y fijará las medidas pertinentes.

Art. 44: Actos de reparación. La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

Para tener derecho a gozar del beneficio de la libertad a prueba, el condenado deberá proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, si los tuviese, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación

Son actos de reparación integral los siguientes:

44.1 La entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas.

44.2 La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella.

44.3 El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles.

44.4 La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas.

44.5 La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias.

14. Ley 1121/2006, de diciembre 29, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

Art. 25: Modifícase el párrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 el cual quedará así:

El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...]

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico, terrorismo y financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

Art. 26: *Exclusión de beneficios y subrogados.* Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

15. Ley 1098/2006 (CIA), de noviembre 8, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Art. 7: *Protección integral.* Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Art. 8: *Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.* Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Art. 140: *Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Parágrafo. En ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes.

Art. 144: *Procedimiento aplicable.* Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

Art. 157: *Prohibiciones especiales.* En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes no proceden los acuerdos entre la Fiscalía y la Defensa.

Cuando el adolescente aceptare los cargos en la audiencia de legalización de la aprehensión o de imputación se procederá a remitir el asunto al juez de conocimiento para que fije la fecha para la audiencia de imposición de la sanción. El juez instará a la Defensoría de Familia para que proceda al estudio de la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y rinda el informe en dicha audiencia.

El Juez al proceder a seleccionar la sanción a imponer tendrá en cuenta la aceptación de cargos por el adolescente, y durante la ejecución de la sanción será un factor a considerar para la modificación de la misma.

Art. 173: *Extinción de la acción penal.* La acción penal se extingue por muerte, desistimiento, prescripción, conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar, aplicación del principio de oportunidad, y en los demás casos contemplados en esta ley y en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 174: *Del principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños.* Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.

Cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia. El Gobierno gestionará la apropiación de las partidas necesarias para cubrir a este rubro.

Art. 175: *El principio de oportunidad en los procesos seguidos a los adolescentes como partícipes de los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley.* La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.

4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

Parágrafo. No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma.

Art. 178: *Finalidad de las sanciones.* Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas.

El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.

Art. 187: *La privación de la libertad.* La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años.

En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de estos compromisos acarreará la pérdida de estos beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

Parágrafo. Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que este cumpla los

veintiún (21) años. En ningún caso esta sanción podrá cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad.

Los Centros de Atención Especializada tendrán una atención diferencial entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro.

Art. 189: Imposición de la sanción. Concluidos los alegatos de los intervinientes en la audiencia del juicio oral el juez declarará si hay lugar o no a la imposición de medida de protección, citará a audiencia para la imposición de la sanción a la cual deberá asistir la Defensoría de Familia para presentar un estudio que contendrá por lo menos los siguientes aspectos: Situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para imposición de la sanción. Escuchada la Defensoría de Familia el juez impondrá la sanción que corresponda.

Las sanciones se impondrán en la audiencia de juicio oral que debe ser continua y privada, so pena de nulidad. Si la audiencia de juicio no puede realizarse en una sola jornada, continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de 10 días hábiles y la interrupción por más tiempo conlleva a la nueva realización del debate desde su inicio.

Art. 199: Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo

no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

16. Ley 1285/2009, de enero 22, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Art. 4: Modifíquese el artículo 11 de la Ley 270/1996:

“Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:

I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria:

1. Corte Suprema de Justicia.
2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

1. Consejo de Estado
2. Tribunales Administrativos
3. Juzgados Administrativos

c) De la Jurisdicción Constitucional:

1. Corte Constitucional;

d) De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz.

2. La Fiscalía General de la Nación.
3. El Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo 1°. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas a nivel municipal y local.

Los jueces de descongestión tendrán la competencia territorial y material específica que se les señale en el acto de su creación.

Parágrafo 2°. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

Parágrafo 3°. En cada municipio funcionará al menos un Juzgado cualquiera que sea su categoría.

Parágrafo 4°. En las ciudades se podrán organizar los despachos judiciales en forma desconcentrada”.

Art. 5: El artículo 12 de la Ley 270/1996 quedará así:

Artículo 12. *Del ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial.* La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.

Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción”.

17. Ley 1312/2009, de julio 9, por medio de la cual se reforma la Ley 906/2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

Art. 1: El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 323. *Aplicación del Principio de Oportunidad.* La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Art. 2: El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. *Causales.* El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.

3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.

4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

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

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su

propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

Parágrafo 1°. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

Parágrafo 3°. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Parágrafo 4°. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

18. Ley 1407/2010 (CPM), de agosto 17, por la cual se expide el Código Penal Militar.

Art. 1: Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Art. 2: *Delitos relacionados con el servicio.* Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.

Art. 3: *Delitos no relacionados con el servicio.* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

Art. 197: *Integración.* En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones reglamentarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Penal y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal militar.

Art. 444: *Concepto.* La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal militar de control de garantías.

Art. 446: *Contenido.* Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el 496 de este Código.

Art. 451: *Procedimiento en caso de aceptación de la imputación.* Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Art. 479: *Presentación de la acusación.* El Fiscal Penal Militar presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Art. 480: *Contenido de la acusación y documentos anexos.* El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quienes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.

2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.

3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe la Defensoría Técnica Militar.

4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieren prueba;

b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo;

c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio;

d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación;

e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales;

f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía;

g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía Penal Militar solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas.

Art. 481: Citación. Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez penal militar señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, la cual no podrá celebrarse antes de treinta (30) días ni después de sesenta (60). A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier recinto público idóneo.

Art. 491: Artículo 491. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía Penal Militar y el acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Art. 492: Preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación. Presentado el escrito de acusación y hasta el inicio de la audiencia de acusación, el Fiscal Penal Militar y el acusado podrán realizar preacuerdos en los siguientes términos:

El fiscal y el acusado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el acusado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Retire de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

2. Readecue la tipificación de la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Art. 493: Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en el escrito de acusación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se presentará en la audiencia de formulación de acusación.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en el escrito de acusación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Parágrafo. Cuando el acusado, previo acuerdo con la fiscalía, colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El mismo beneficio será concedido cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes.

Art. 494: *Aceptación total o parcial de los cargos.* El acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad solo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Art. 495: *Preacuerdos posteriores a la audiencia de acusación.* Posterior a la audiencia de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá hasta en una tercera parte.

Art. 496: *Reglas comunes.* Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia.

Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el acusado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este Código.

Art. 498: *Desarrollo de la audiencia preparatoria.* En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios.
2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.
3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien a totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de (1) una hora, al cabo del cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme a lo previsto en el artículo 493. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

Parágrafo. Se entienden por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

Art. 508: Alegación inicial. Una vez instalada la Corte Marcial, el juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Si el acusado no hiciera manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.

III. DECRETOS

1. Dcto. 1199/1987, de junio 30, por medio del cual se dictan medidas tendientes a combatir la impunidad.

Art. 1: Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

Esta misma recompensa podrá ser reconocida a la persona que suministre informaciones y pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal o permitan hacerla extensiva a otras personas.

Art. 8: A quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura.

2. Dcto. 180/1988, de enero 27, por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público.

Art. 37: Eximente de punibilidad. Quien después de haber intervenido como autor o participe en la comisión de los delitos de competencia de la Jurisdicción de orden público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.

Comprobada la colaboración, el imputado tendrá derecho a libertad provisional inmediata, sin necesidad de suscribir diligencia de compromiso o de otorgar caución.

Art. 38: *Gratificación por información eficaz.* El que suministre oportuna y eficazmente información que permita la captura de quine hubiere intervenido en la perpetración de cualesquiera de los hechos de que trata el presente Decreto, recibirá del Erario, a título de gratificación, hasta el equivalente de quinientos (500) salarios mínimos, exentos de todo impuesto en el respectivo año gravable.

Para los efectos del presente artículo se aplicará lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto 1199 de 1987.

3. Dcto. 2047/1990, de septiembre 5, por el cual se crean mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hayan cometido delitos relacionados con los motivos de perturbación del orden público.

Art. 1: Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, quienes antes de la vigencia del presente Decreto hayan cometido cualquiera de los delitos establecidos en la Ley 30 de 1986 y demás normas que la adicionan o modifican, o cualquiera de los delitos de competencia de los jueces de orden público o especializados, tendrán derecho a rebaja de la pena o a condena de ejecución condicional según las previsiones de este Decreto, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la persona no se encuentre privada de la libertad.
2. Que la persona comparezca voluntariamente ante un Juez Penal o Promiscuo de la República y haga confesión libre y espontánea de los hechos punibles en que haya intervenido como autor o partícipe, siempre y cuando ella pueda servir de base para dictar sentencia condenatoria.
3. Que en dicha confesión denuncie bienes que hayan servido para realizar los ilícitos, o que provengan de su ejecución en forma directa o indirecta, si los hubiere.

Si se trata de armas, o de cualquiera otro bien que esté fuera del comercio, deberá hacer entrega de los mismos al juez si los tiene en su poder al momento de hacer la confesión, o posibilitar su incautación de manera efectiva.

Parágrafo. No obstante lo establecido en este artículo, para los delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir, los beneficios se aplicarán a quienes cometieren los hechos punibles hasta ciento ochenta (180) días siguientes a la vigencia del presente Decreto.

4. Dcto. 2790/1990, de noviembre 20, por el cual se dicta el *Estatuto para la defensa de la justicia*, integrando en una sola jurisdicción los jueces de orden público y los especializados creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, organizando la subdirección nacional y las direcciones seccionales de orden público para darles el apoyo operativo y necesario

para el cumplimiento de sus funciones y robusteciendo los organismos auxiliares de la justicia.

Art. 63: Los procesados por delito de competencia de la Jurisdicción de Orden Público tendrán derecho a los beneficios previstos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, o en el Decreto legislativo 3030 de 1990 y en los que los modifiquen, subroguen o adicionen, a su elección, siempre que se den los requisitos señalados en dichas normas.

En ningún evento serán acumulables estos beneficios.

El condenado favorecido con alguno de los anteriores beneficios que cometa posteriormente cualquier delito de competencia de la Jurisdicción de Orden Público lo perderá, así como la posibilidad de volver a obtenerlo.

Art. 64: Quien no siendo autor o partícipe del hecho punible, suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectiva orden de captura de sindicado o incautación de bienes destinados a la comisión o que provengan de la ejecución de delito de competencia de la Jurisdicción de Orden Público, o informes que permitan determinar la autoría, participación o responsabilidad penal en los mismos, será beneficiario de una recompensa monetaria cuya cuantía no excederá el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, la que podrá ser pagada dentro o fuera del país.

Dicho beneficio será determinado por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el Director General de la Policía Nacional o el Director Nacional de Instrucción Criminal, según el caso, quienes serán los ordenadores del gasto, el que se cargará contra la cuenta especial del presupuesto de la respectiva entidad, y cuyo manejo será cobijado por reserva legal, la cual podrá ser levantada solamente y en forma indelegable por el Contralor General de la República a quien corresponderá privativamente su auditaje, o por el Procurador General de la Nación y para las investigaciones penales o disciplinarias que promoviere.

Los ordenadores de estos gastos podrán autorizar en casos especiales que se realicen ofertas públicas de recompensa, por cuantía superior a la señalada en el inciso primero.

Los informes se consignarán en acta reservada, en la cual se hará constar la versión y se suscribirán por los Ordenadores del Gasto o por su delegado especial, un Agente del Ministerio Público y el informante, quien además estampará su impresión dactilar. El acta se remitirá a la jefatura del organismo que la haya autorizado donde se conservará con la debida reserva y seguridades, y de su contenido el Jefe del DAS, el Director General de la Policía Nacional o el Director Nacional de Instrucción Criminal deberá expedir copia autenticada, prescindiendo de la firma y datos de identidad del informante, con destino a la respectiva investigación penal, quedando su valor probatorio sujeto a la estimación que haga el Magistrado o Juez.

En todo lo relacionado con el contenido del acta para la identificación del informante; el levantamiento de su reserva para el Juez y Fiscal, o en caso de comprobación de falsedad de la información o de motivos fraudulentos, así como de la protección del exponente se aplicará lo previsto para el caso del testigo a que se refiere el artículo 22 del presente Estatuto.

5. Dcto. 3030/1990, de diciembre 14, por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público y se subrogan los decretos legislativos 2047, 2147 y 2372 de 1990.

Art. 1: Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, quienes antes del 5 de septiembre de 1990 hayan cometido cualquiera de los delitos establecidos en la Ley 30 de 1986 y demás normas que la adicionan o modifican, o cualquiera de los delitos de competencia de los jueces de orden público o especializados, tendrán derecho a rebaja de pena o condena de ejecución condicional, para los casos que expresamente se señalen en este Decreto, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que la persona que no esté privada de la libertad comparezca voluntariamente ante un Juez Penal o Promiscuo de la República y haga confesión libre y espontánea de cualquiera de los hechos punibles a que se refiere el inciso primero de este artículo, en el que haya intervenido como autor o partícipe, siempre y cuando que ella pueda servir de base para dictar sentencia condenatoria, por determinarse el hecho punible con las condiciones de tiempo, modo y lugar de realización que permitan identificarlo claramente, y que no se aleguen causales de justificación, inculpabilidad o impunidad.

El confesante acudirá a la diligencia acompañado de apoderado o el juez le nombrará defensor de oficio para el efecto.

La retractación de los hechos confesados hará perder todos los beneficios.

2. Que en dicha confesión denuncie bienes que hayan servido para realizar los ilícitos o que provengan de su ejecución en forma directa o indirecta, si los hubiere. Este requisito servirá para determinar la rebaja de la pena a que se refiere el artículo 9° de este Decreto.

Si se trata de armas o de cualquier otro bien que est, fuera del comercio, deberá hacer entrega de los mismos al Juez, si los tuviere en su poder al momento de hacer la confesión, o posibilitar su incautación de manera efectiva.

Parágrafo I. No obstante lo establecido en el inciso primero de este artículo, para los delitos de Porte Ilegal de Armas y Concierto para Delinquir, los beneficios se aplicarán también a quienes cometieren los hechos punibles dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha allí señalada.

Parágrafo II. El Director Nacional y los Directores Seccionales de Instrucción Criminal suministrarán a los interesados toda la información y protección necesarias para garantizar el adecuado desarrollo de esta norma, y prestarán al juez todo el apoyo que se requiera para trasladar al confesante ante el juez que sea competente para conocer de los delitos confesados, coordinando para ello las actividades requeridas con las autoridades judiciales, civiles, policivas y militares.

Es juez competente para conocer del proceso el de Orden Público o Especializado que esté adelantando la investigación por cualquiera de los hechos confesados. Si fueren varios, cualquiera de ellos a prevención. Si no se estuviere adelantando en el país investigación por ninguno de ellos o si hubiere sido cometido en el exterior, será competente el Juez de Orden Público o Especializado, a quien el Director Nacional o

Seccional de Instrucción Criminal o el de Orden Público, según el caso, asigne la investigación.

Si el proceso por el delito confesado lo estuviere adelantando un juez ordinario, perderá la competencia, la que corresponderá al Juez de Orden Público o Especializado, a quien el Director Nacional o Seccional de Instrucción Criminal o de Orden Público, según el caso, le asigne la investigación.

Parágrafo III. En ningún caso los beneficios establecidos en este Decreto se aplicarán a los delitos cometidos con posterioridad al 5 de septiembre de 1990, salvo lo dispuesto en el parágrafo I de esta disposición.

6. Dcto. 303/1991, de enero 29, por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público, se modifican y adicionan en lo pertinente los decretos legislativos 2047 y 3030 de 1990, y se dictan otras disposiciones.

Art. 1: De conformidad con lo previsto en el Decreto legislativo 3030 de 1990, las personas que se sometan a la justicia en las condiciones y por razón de los delitos allí contemplados, tendrán derecho a las rebajas de pena allí previstas, y no serán extraditadas por ningún delito, confesado o no, cometido antes de la fecha de la entrega, siempre que cumplan efectivamente la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia respectiva como se prevé en el mencionado Decreto. En este último caso se exceptúa la cesación de procedimiento a que se refiere el inciso tercero del artículo 9 del mismo Decreto.

7. Dcto. 2265/1991, de octubre 4, por el cual se adoptan medidas como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio.

Art. 2: Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 2372 de 1990:

Artículo 1o. El artículo 2o. del Decreto 2047 de 1990, quedará así:

Artículo 2o. Si el juez que recibe la confesión es el competente para conocer de los hechos punibles, y estuviere adelantando el proceso, continuará la actuación, recibirá la indagatoria y procederá a definir la situación jurídica dentro de los términos de ley, si fuere el caso, disponiendo la libertad inmediata del imputado sin caución y con el compromiso de hacer presentación personal cuando se le requiera por razón del proceso, si se tratare únicamente de los delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir. En estos casos tampoco habrá incautación ni decomiso de bienes, salvo los relacionados con las armas mismas.

Si confiesa otros delitos, o los confesados son diferentes a los anteriores, se proferirá detención preventiva sin derecho a excarcelación.

Si los delitos confesados son conexos, se adelantará un solo proceso. Si algunos no lo fueren, se investigarán por separado y conocerá de ellos el mismo juez, aunque no sean de su competencia, y se acumularán todos en la etapa del juicio. En esta última etapa

sólo habrá lugar a excarcelación cuando haya transcurrido más de un (1) año desde la fecha de la ejecutoria de la primera resolución acusatoria, sin que se haya dictado sentencia.

Artículo 3o. Si durante el término de privación de la libertad por razón de los delitos confesados llegare una solicitud de extradición o una denuncia penal por el hecho no confesado, el procesado será juzgado por él por el mismo juez que esté adelantando o adelantó el proceso.

Si confiesa la comisión de tales hechos tendrá derecho a todos los beneficios señalados en el Decreto 2047 de 1990, siempre que la confesión pueda ser base de la sentencia. En caso contrario se adelantará la investigación y si fuere condenado por ellos, no tendrá derecho a las rebajas en él señaladas pero no habrá lugar a extradición por estos mismos hechos.

Artículo 4o. Los procesados de acuerdo con los procedimientos señalados en el Decreto 2047 de 1990, y en este Decreto, perderán los derechos que hubieren podido obtener por la confesión si incurren en fuga o intentan realizarla.

8. Dcto. 264/1993, de febrero 5, por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia.

Art. 1: Beneficios. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal que éste designe podrá conceder uno o varios de los beneficios consagrados en este Decreto a las personas que sean o puedan ser investigadas, juzgadas o condenadas por delitos de competencia de los jueces regionales, en virtud de la colaboración que presten para la eficacia de la administración de justicia, de conformidad con los criterios establecidos en este Decreto.

Podrán concederse los siguientes beneficios:

- a) Garantía de que las manifestaciones del imputado o procesado no se utilizarán directa o indirectamente como prueba en su contra;
- b) Beneficio de libertad provisional, que se otorgará de acuerdo con el trámite previsto en el Código de Procedimiento Penal, en cuanto a las obligaciones que deben imponerse al beneficiario;
- c) Detención domiciliaria para delitos cuya pena mínima no exceda de ocho años de prisión;
- d) Exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente, siempre que existan dudas sobre los medios probatorios que demuestren su existencia.

La exclusión de causales de agravación punitiva y la concesión de causales de atenuación punitiva se otorgarán para efectos de formular resolución de acusación, dictar sentencia o determinar la procedencia de la medida de aseguramiento que deba adoptarse;

- e) Proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento;
- f) Disminución punitiva de acuerdo con la colaboración que se haya prestado en proporción que determinará el fiscal competente. El beneficio se deducirá de la pena que se imponga en la sentencia condenatoria;
- g) Otorgamiento de libertad condicional.

El tiempo de pena cumplida necesario para obtener la libertad condicional se fijará por el fiscal competente según la eficacia de la colaboración;

h) Aumento de rebaja de pena por estudio, trabajo o enseñanza según la colaboración prestada;

i) Suspensión de la condena impuesta;

j) Exclusión parcial o total del cumplimiento de la pena para el sentenciado;

k) Exclusión de pago de multa;

l) No imposición de una o varias penas accesorias;

m) Supresión de antecedentes penales;

n) Incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

Parágrafo. Los beneficios anteriores pueden ser concurrentes a juicio de la Fiscalía siempre que no se excluyan por su naturaleza.

9. Dcto. 1072/1995, de junio 23, por el cual se reglamentan los artículos 49 y 50 de la Ley 81 de 1993.

Art. 1: Registro Nacional de Beneficios por Colaboración con la Justicia. Con el objeto de asegurar la cumplida ejecución y el control y vigilancia de los beneficios y obligaciones consagradas en los artículos 369A a 369I del Código de Procedimiento Penal, créase el Registro Nacional de Beneficios por Colaboración con la Justicia, bajo el control del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

10. Dcto. 4932/2009, de diciembre 18, por medio del cual se crea una Comisión.

Art. 1: *Objeto.* Créase la Comisión de expertos cuyo fin será evaluar la posibilidad y alcance de una reforma estructural a la justicia que tenga en cuenta la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder y el balance institucional, funcional y técnico, que debe haber entre ellas, respetando la autonomía propia de la Rama.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BIBLIOGRAFÍAⁱ

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, Edersa, 1999.

AGUILERA DE PAZ, Enrique, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. I (arts. 1 a 117), Madrid, Edit. Reus, ²1923.

—————, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. III (arts. 259 a 455), Madrid, Edit. Reus, ²1924.

—————, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. V (arts. 649 a 846), Madrid, Edit. Reus, ²1924.

AGUILERA MORALES, Marien, *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*, Barcelona, Cedecs, 1998.

—————, «La mediación como “alternativa” al proceso penal de adultos: ¿De la práctica a la ley?», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano* t. I, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 279-293.

—————, *Proceso penal y causa general: la inquisitio generalis en el Derecho español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2008.

AGUILO REGLA, Joseph, «Presunciones, verdad y normas procesales», en: *JPD*, n.º 57, 2006, págs. 45-55.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en: *ADPCP*, vol. 52, fasc. I, 1999, págs. 177-226.

—————, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», en: *Doxa*, n.º 25, 2002, págs. 139-175.

—————, *Los fines del derecho penal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2004.

ⁱ El guarismo ubicado como superíndice, en el año de la publicación de algunas referencias bibliográficas, indica el número ordinal de edición de la respectiva obra.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, «*Lo que debe ser el Ministerio Público*», en: *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, Edic. Góngora, 1934, págs. 1-22.

———, *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, 1962.

———, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1970.

———, *Cuestiones de terminología procesal*, México, Instituto de Investigaciones Científicas UNAM, 1972.

———, «*Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*», en: *Estudios de teoría general de historia del proceso (1945-1972)* t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1974, págs. 317-373.

———, «*En torno a la noción de proceso preliminar*», en: *Estudios de teoría general de historia del proceso (1945-1972)* t. I, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1974, págs. 453-501.

———, «*Liberalismo y autoritarismo en el proceso*», en: *Estudios de teoría general de historia del proceso (1945-1972)* t. II, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1974, págs. 245-290.

———, «*Evolución de la doctrina procesal*», en: *Estudios de teoría general de historia del proceso (1945-1972)* t. II, México, UNAM (Instit. de Investigaciones Jurídicas), 1974, págs. 293-331.

———, «*El allanamiento en materia penal*», en: *Derecho procesal en serio y en broma*, México, Edit. Jus, 1978, págs. 141-146.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (Hijo), *Derecho procesal penal* t. II, Buenos Aires, Edit. Guillermo Kraft Ltda., 1945.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986] (trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto), Madrid, CEPC, 2001.

[ALFONSO X] *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono*, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Real Consejo de Indias de su Magestad, con su repertorio muy copioso, así del Testo como de la Glosa, Madrid, se venden en casa de Juan Hafrey, MDCXI.

ALSCHULER, Albert W., «*Plea bargaining and its history*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 211-245.

———, «*Guilty plea: plea bargaining*», en: DRESSLER, Joshua (Ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice* vol. 2, Ney York, Gale group/Thomson learning, 2002, págs. 754-762.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001.

AMBOS, Kai, «Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible», en: *PC*, n.º 5, 2008, págs. 1-26.

AMBOS, Kai *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975/2004) y Derecho penal internacional*, Bogotá, Temis/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010.

AMODIO, Ennio, «Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana», en: AMODIO, Ennio y CHERIF BASSIONI, Mahmoud (Coords.), *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, Milano, Giuffré, 1988, págs. VII-LII.

—————, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, Giuffré editore, 2003.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «El papel de la justicia penal en el Estado de la crisis», en: *JPD*, n.º 10, 1990, págs. 6-8.

—————, «Ni fiscal instructor, ni Habermas “procesalista” (a pesar de Vives Antón)», en: *JPD*, n.º 16-17, 1999, págs. 43-59.

—————, «Sobre prueba y motivación», en: *El estado actual de las ciencias penales: Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Univ. de Antioquia*, Medellín/Bogotá, Univ. de Antioquia/Grupo Edit. Ibáñez, 2009, págs. 331-352.

ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *El principio de oportunidad en el Perú*, Lima, Palestra Eds., 2004.

ANITUA, Gabriel Ignacio, «La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales iberoamericanas», en: *RGDPR*, n.º 6, 2005, págs. 1-23.

ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Rubí, 1981.

—————, *Proceso y derecho procesal (introducción)*, Madrid, Edersa, 2^a1997.

ARANA MONTOYA, Edgar Augusto *et al.*, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, Medellín, Univ. de Medellín, 2008.

ARCHILA PARRA, María Victoria, «Beneficios por colaboración eficaz en el marco de la ley 906 de 2004», en: VV. AA., *XXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Univ. Libre, 2008, págs. 57-97.

ARDILA QUINTANA, Hermes y SABOGAL QUINTERO, Moisés, *Los mecanismos de terminación anticipada en el nuevo sistema penal acusatorio*, Bogotá, Edic. Nueva Jurídica, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa, «Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos descriminalizadores arbitrados en la RFA, con especial referencia al principio de oportunidad», en: *Justicia/90*, n.º I, 1990, págs. 201-223.

———, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.

———, «Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios», en: *Un "Codice tipo" di procedura penale per L'America Latina. Memoria del Congreso Internacional, Roma 1991*, Padova, CEDAM, 1994, págs. 271-288.

———, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995.

———, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», en: *RPJ*, n.º 41 y 42, 1996, págs. 53-86.

———, «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997, págs. 313-335.

———, «La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal», en: *RPJ*, n.º 58, 2000, págs. 261-297.

———, *El nuevo proceso abreviado*, Madrid: Marcial Pons, 2003.

———, «Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos», en: *Criminalia*, año LXX, n.º 1, 2004, págs. 253-269.

———, «Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa», en: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 109-133.

———, «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», en: *Estudios sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Eds., 2008, págs. 13-43.

———, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 42009.

ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Editorial Trivium, 1991.

———, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 42008.

ASENCIO MELLADO, José María y FUENTES SORIANO, Olga (Coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, La Ley, 2008.

ASUA BATARRITA, Adela, «Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional», en: CEREZO MIR, José et al. (Eds.), «El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al

profesor Doctor Don Ángel Torío López», Granada, Comares, 1999, págs. 221-244.

ASUA BATARRITA, Adela y GARRO CARRERA, Enara (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, Univ. del País Vasco, 2009.

AVELLA FRANCO, Pedro Oriol, *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, FGN, 2007.

BACIGALUPO, Enrique, «Descriminalización y prevención», en: *PJ*, n.º especial II, 1988, págs. 9-27.

———, «Sobre la vinculación del juez penal a la ley», en: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 31-46.

———, «La posición del fiscal en la investigación penal», en: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, págs. 15-28.

BACHMAIER WINTER, Lorena, «Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal», en: ID. (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 11-48.

BÁDENAS ZAMORA, Antonio, *El patrocinio del justiciable pobre en la España liberal*, Madrid, Dykinson, 2005.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «La acusación popular en el proceso penal: propuestas para una reforma», en: *RIDP*, 2008, págs. 9-54.

BARALLAT LÓPEZ, Juan, «Sobre la conformidad en los juicios rápidos por delito», en: *Análisis de la nueva ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Madrid, Colex, 2002, págs. 269-283.

BARATTA, Alessandro, «Política criminal: entre la política de seguridad y la política social», en: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004, págs. 152-167.

———, «Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)» (trad. de LENZI, Beatriz), en: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2004, págs. 299-333.

BARBERO SANTOS, Marino, «La división en dos partes del proceso penal», en: *ADPCP*, vol. 22, Fasc. II, 1969, págs. 269-281.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo, «Comentarios a la ponencia presentada por el Fiscal General de la Nación Luis Camilo Osorio Isaza», en: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (Coord.), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnósticos y soluciones*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 129-136.

BARONA VILAR, Silvia, «La conformidad en el proceso penal», en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *La reforma de la*

justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997, págs. 285-311.

———, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales* (trad. de FINZI, Conrado A., de la ed. alemana ampliada de ³1979), Buenos Aires, Depalma, 1989.

BAZZANI MONTOYA, Darío, «Comentario a la ponencia “Intervención del Ministerio Público en el sistema acusatorio” de Edgardo José Maya Villazón», en: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (Coord.), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnósticos y soluciones*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 147-153.

———, «La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad», en: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2005, págs. 215-275.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*, Medellín, Comlibros, 2008.

———, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Bogotá, FGN, 2008.

BELING, Ernst von, *Derecho procesal penal* (trad. y notas de FENECH, Miguel), Barcelona, Edit. Labor, 1943.

———, *Esquema de Derecho penal [Grundzüge des Strafrechts*, ¹¹1930], (trad. de SOLER, Sebastián), Buenos Aires, Depalma, 1944.

———, *Esquema de Derecho penal [Grundzüge des Strafrechts*, ¹¹1930], (trad. de SOLER, Sebastián), Buenos Aires, Librería El Foro, 2002.

———, [1903] «Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal» (trad. de GUERRERO PERALTA, Óscar Julián), en: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009, págs. 1-56.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales* vol. I (Obra compilada de los manuscritos del autor por Esteban DUMONT; trad. del francés por OSSORIO FLORIT, Manuel), Buenos Aires, EJE, 1971.

———, *Tratado de las pruebas judiciales* vol. II (Obra compilada de los manuscritos del autor por Esteban DUMONT; trad. del francés por OSSORIO FLORIT, Manuel), Buenos Aires, EJE, 1971.

BERGALLI, Roberto, «Principio de legalidad: fundamento de la modernidad», en: *JPD*, n.º 32, 1998, págs. 58-63.

———, «Jurisdicción y administración de justicia: jueces y fiscales en la sociedad compleja», en: BERGALLI, Roberto (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 315-349.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005.

———, «*El tribunal constitucional, legislador y principio de proporcionalidad*», en: *REDC*, n.º 74, 2005, págs. 417-444.

BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal: interpretación, determinación, integración, aplicación*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

BERZOSA FRANCOS, María Victoria, «*Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal*», en: *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona, Bosch, 2001, págs. 13-24.

BETANCOURT-SERNA, Fernando, *Derecho romano clásico* (ed. revisada y aumentada), Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de publicaciones), ³2007.

BETTIOL, Giuseppe, «*Del derecho penal al derecho premial*», en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, págs. 279-293.

———, *Instituciones de derecho penal y procesal* (trad. de GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino), Barcelona, Bosch, 1977.

BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, ²2000.

BLANCO RESTREPO, José Vicente; BOTERO MARTÍNEZ, Javier y GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, «*Los procedimientos abreviados: ¿Economía o represión?*», en: *NFP*, n.º 34, 1986, págs. 488 - 494.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

BROWN, Jeff, «*Meriti e limiti del patteggiamento*», en: AMODIO, Ennio y CHERIF BASSIONI, Mahmoud (Coords.), *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, Milano, Giuffré, 1988, págs. 131-149.

BUENO ARÚS, Francisco, *La cancelación de antecedentes penales*, Madrid, Civitas, 2006.

BUITRAGO RUIZ, Ángela María, «*Fundamento y fin de la pena: consecuencias jurídicas y justicia restaurativa*», en: CANCINO MORENO, Antonio José (Comp.), *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 363-381.

———, «*La constitución, el sistema penal y la norma penal*», en: CANCINO MORENO, Antonio José y JAÉN VALLEJO, Manuel (Coords.), *Nuevas aportaciones al derecho penal iberoamericano*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2002, págs. 145-162.

———, «*La víctima en el proceso penal colombiano*», en: *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Buenos Aires, Instituto

Iberoamericano de derecho procesal, 2003, págs. 261-299.

———, «*El principio de oportunidad en el Código de “Infancia y adolescencia”*», en: VV. AA., *XXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Univ. Libre, 2008, págs. 99-117.

BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, «*Notas sobre la protección penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular*», en: *Justicia/90*, 1990, págs. 101-120.

———, «*Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de Derecho español y colombiano*», en: VÁZQUEZ SOTELO, José Luis (*Liber amicorum*) *Rigor Doctrinal y práctica forense*, Barcelona, Atelier, 2009, págs. 233-256.

BÜLOW, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* [1868] (trad. de ROSAS LIECHTSCHNEIN, Miguel Ángel), Buenos Aires, EJEA, 1964.

BURON BARBA, Luis Antonio, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre del año 1983*, Madrid, s.i.e., 1983.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, M^c Graw Hill, 1998.

CAAMAÑO, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *El ministerio público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, Comares, 1996.

———, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (I)*», en: *La Ley (d)*, n.º 5815, 2 de julio de 2003, págs. 1-5.

———, «*Justicia negociada y nueva reforma procesal penal (II)*», en: *La Ley (d)*, n.º 5816, 3 de julio de 2003, págs. 1-6.

CACHÓN CÁRDENAS, Manuel, «*Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal*», en: *Cuadernos penales José María Lidón; Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Bilbao, Univ. del Deusto, 2001, n.º 1, págs. 41-74.

CACHÓN CÁRDENAS, Manuel y CID MOLINÉ, José, *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos*, en: *La Ley (d)*, n.º 5819, 8 de julio de 2003, págs. 1-8.

———, *Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos*, en: *La Ley (d)*, n.º 5820, 9 de julio de 2003, págs. 1-10.

CADAVID LONDOÑO, Paula, «*La víctima en la Ley 906 de 2004*», en: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.), *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Edic. Uniandes/Edit. Temis, 2008, págs. 273-330.

CALAMANDREI, Piero, «*Proceso y justicia*» (trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago), en: *RDP*, año X, n.º 1, 1952, págs. 13-28.

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, *El arrepentimiento espontáneo*, Madrid, Edersa, 1990.

CALLE CALDERÓN, Armando Luis, «*Acerca de la reforma procesal penal: una primera aproximación*», en: *NFP*, n.º 67, 2005, págs. 145-175.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya, «*El principio de oportunidad en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*», en: *La Ley (d)*, n.º 6366, 24 de noviembre de 2005, págs. 1-10.

CAMACHO FLÓREZ, Jaime, «*Comentarios. Ley de Justicia y Paz (975 de 2005)*», en: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.), *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Edic. Uniandes/Edit. Temis, 2008, págs. 389-410.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «*Título VI: Delitos contra la libertad*», en: VIVES ANTÓN, Tomás S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995* vol. I (arts. 1 a 233), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

CARDENAL MOTRAVETA, Sergi, *El tipo penal en BELING y los neokantianos*, Barcelona, s.i.e., 2002.

CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, s.i.e., 2001.

CARMIGNANI, Giovanni, *Elementi di diritto criminale* [traducción italiana sulla quinta edizione di Pisa, del Prof. Caruana DINGLI] (primera edizione milanese riveduta e annotata da Filippo AMBROSOLI) Milano, Francesco SANVITO editore, 1863.

CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago), Buenos Aires, Librería del foro, 1994.

CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho criminal* vol. II [1870] (trad. del italiano por GUERRERO, Jorge y ORTEGA TORRES José J.), Bogotá, 1976.

—————, *Opúsculos de Derecho criminal* vol. V [1874] (trad. del italiano por GUERRERO, Jorge y ORTEGA TORRES José J.), Bogotá, 1980.

—————, *Opúsculos de Derecho criminal* vol. VI [1876] (trad. del italiano por GUERRERO, Jorge y ORTEGA TORRES, José J.), Bogotá, 1980.

—————, *Programa de Derecho criminal* vol. II (trad. del italiano por GUERRERO, Jorge y ORTEGA TORRES, José J.), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1986.

—————, *Programa de Derecho criminal* vol. IV (trad. de GUERRERO, Jorge y ORTEGA TORRES, José J.), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1986.

CARRASCO PERERA, Ángel (Coord.), *Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2004.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «El nuevo proceso penal. La mediación», en: *DPP*, n.º 23, 2010, págs. 69-91.

CASTRO OSPINA, Sandra Jeanette, «Algunos criterios que conviene tener en cuenta en la reglamentación del principio de oportunidad», en: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (Coord.), *II Foro: Estado actual de la justicia colombiana*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 99-106.

CHANTRAINE, Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*, París, Klincksieck, 1999.

CHIOVENDA, José [Giuseppe], *Principios de derecho procesal civil t. I* [1922], Madrid, Reus, 2000.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización de la pena*, Madrid, Colex, 1997.

———, «El derecho constitucional a la presunción de inocencia», en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (Coords.), *Derechos procesales fundamentales (Manuales de formación continuada n.º 22)*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 627-658.

CHRISTIE, Nils, «Los conflictos como pertenencia» (trad. de BOVINO, Alberto y GUARIGLIA, Fabricio), en: *De los delitos y las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, págs. 157-182.

CHURCH, Thomas W. (Jr.), «In defense of “Bargain justice”», en: *LSR*, vol.13 n.º 2, 1979, págs. 509-525.

COBO DEL ROSAL, Manuel, *Tratado de Derecho procesal penal español*, Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, «La confesión del acusado como única prueba de cargo», en: *JPD*, n.º 64, 2009, págs. 117-126.

COMISIÓN DE EXPERTOS DE REFORMA A LA JUSTICIA, *Informe preliminar de la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia*, Bogotá, s.e., 2010.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Alternativas a la pena privativa de la libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal», en: DE LA CUESTA, José Luis et al. (Comps.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, págs. 1009-1023.

———, «El impacto de la victimología en el proceso penal: derechos de la víctima y principio de oportunidad», en: *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Madrid, Colex, 1999, págs. 107-146.

CONTRERAS ALFARO, Luis H., «Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de

facultades de oportunidad basadas en la reparación», en: RGDP, n.º 5, 2004, págs. 1-36.

———, *Corrupción y principio de oportunidad penal*, Salamanca, Ratio legis librería jurídica, 2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «*Los fines de la pena en el sistema de penas y medidas de seguridad*», en: CARBONELL MATEU, Juan Carlos *et al.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 229-250.

CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

COROMINAS, Joan y PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico (ME – RE)* vol. IV, Madrid, Gredos, 2010.

COVIÁN Y JUNCO, Víctor, *El procedimiento penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria: parte general t. I*, Madrid, Fuentes y Capdeville librereros y editores, 1886.

———, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre del año 1921*, Madrid, Reus S.A., 1921.

CREMONESI, Luca, *Il patteggiamento nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2005.

CRUZ REYES, Euménides, «*El principio de oportunidad: ¿un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía*», en: DPC, n.º 15, 2006, págs. 35-82.

CUADRADO SALINAS, Carmen, «*Discrecionalidad del Fiscal y flexibilización de la acción penal: El interés público en una administración eficaz de la Justicia*», en: RGDP, n.º 18, 2009, págs. 1-26.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson, 2003.

CUERDA-ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión en los delitos de terrorismo*, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

D'ORS, Álvaro, *Escritos sobre el derecho en crisis*, Roma/Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973.

DALEY, Richard M., «*Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito*», en: AMODIO, Ennio y CHERIF BASSIONI, Mahmoud (Coords.), *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, Milano, Giuffrè, 1988, págs. 151-177.

DAMIÁN MORENO, Juan, «*¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?*», en: *La Ley (d)*, n.º 7032, 13 de octubre de 2008, págs. 1-2.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, «*Algunos apuntes sobre la “plea bargaining” de los U.S.A.*», en: *Justicia/89*, 1989, págs. 943-964.

———, *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

———, *Los recursos contra las sentencias “de conformidad”*, Madrid, Tecnos, 1997.

———, *Justicia criminal consensuada*, Cádiz/Valencia, Univ. de Cádiz/Tirant lo Blanch, 1999.

DE DIEGO, Clemente, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, s.i.e., 1959.

DE FOLTER, Rolf, «*Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal: una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault*», en: *Abolicionismo penal* (trad. de CIAFARDINI, Mariano Alberto y BONDANZA, Mirta Lilian), Buenos Aires, Ediar, 1989, págs. 57-85.

DE GIORGI, Alesandro, *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control* (trad. de RIVERA BEIRAS, Iñaki y MOCLÚS MASÓ, Marta), Barcelona, Edit. Virus, 2005.

DE LA CUESTA, José Luis (Ed.), *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, Toulouse, Éditions Érès, 2009.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «*Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*», en: *RGD*, n.º 577 y 578, 1992, págs. 9853-9903.

——— (Coord.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

———, «*Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*», en: *RIDP*, 2007, págs. 701-708.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *et al.*, *Derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, ⁸2007.

DE MIGUEL, Raimundo y El Marqués de Morante [GÓMEZ DE LA CORTINA, Joaquín], *Nuevo diccionario latino-español etimológico*, Madrid, Sáenz de Jubera hermanos, 1897.

DE PINA, Rafael, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Reus, 1934.

DE RAMÓN FORNS, Ignacio, «*La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal*», en: *La Ley (d)*, n.º 7433, 28 de junio de 2010, págs. 9-16.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «*La conformidad penal*», en: *La Ley (d)*, n.º 4936, noviembre 26 de 1999, págs. 15-16.

DE VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, León, Secretariado de Publicaciones Univ. de León, 1985.

DEL POZO PÉREZ, Marta, «*Problemas constitucionales y legales de la aplicación del régimen de conformidad introducido por la Ley 38/2002 y su complementaria la L.O. 8/2002*», en: *La Ley (d)*, n.º 6081, 8 de septiembre de 2004, págs. 1-7.

DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo, «*El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad*», en: *La Ley (d)*, n.º 6520, 6 de julio de 2006, págs. 1-9.

DELGADO BARRIO, Javier, «*El principio de oportunidad en el proceso penal*», en: *AP*, n.º 15, 1990-1, págs. 147-153.

DELGADO MARTÍN, Joaquín (Comp.), «*La agilización de los procesos penales*», en: *Análisis de la nueva ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Madrid, Colex, 2002, págs. 17-25.

————— (Comp.), «*Sobre la conformidad en los juicios rápidos por delito*», en: *Análisis de la nueva ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Madrid, Colex, 2002, págs. 269-283.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, Edic. Univ. de Salamanca, 1999.

—————, «*Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo*», en: BERNUZ BENÉITEZ, María José y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación sociojurídica*, Logroño, Servicio de publicaciones Univ. de la Rioja, 2006, págs. 107-120.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. ABC, 1981.

DÍAZ PITA, María Paula, *El coimputado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

—————, *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

DÍAZ, Ana María y GALLÓN Gustavo (Eds.), *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe sobre balance de la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2010.

DÍAZ, Ana María y PFIZENMAIER, Lucía Beatriz (Eds.), *Encuentro nacional para la reflexión y el análisis de la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*», en: *JPD*, n.º 49, 2004, págs. 25-42.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel, 2000.

DOIG GARCÍA, Yolanda, «La conformidad «premiada» en los juicios rápidos», en: *La Ley (d)*, n.º 6157, 29 de diciembre de 2004, págs. 1-10.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «Principio acusatorio y pena. ¿Hacia un reforzamiento del “poder de acusar” y del Ministerio Fiscal? (I)», en: *La Ley (d)*, n.º 6771, 4 de septiembre de 2007, págs. 1-8.

—————, «La experiencia de las Fiscalía de Menores como sistema acusatorio desde la perspectiva de la instrucción penal a cargo del Ministerio Fiscal», en: *La Ley (d)*, n.º 6828, 26 de noviembre de 2007, págs. 1-5.

—————, «De nuevo, sobre el principio acusatorio y pena legal. Comentario al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007», en: *La Ley (d)*, n.º 6917, 3 de abril de 2008, págs. 1-8.

DOMINGO, Rafael, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999.

DONINI, Massimo, «Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa» (trad. de RODRÍGUEZ RESTREPO, Diana), en: *RGDP*, n.º 13, 2010, págs. 1-20.

DORADO MONTERO, Pedro, «Sobre la proporción penal», en: *RGLJ*, t. 129, 1916, págs. 5-39; 218-233 y 321-333.

DRIPPS, Donald A., «Miscarriages of justice and the constitution», en: *BCLR*, vol. 2, n.º 2, 1999, págs. 637-680.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977] (trad. de GUSTAVINO, Marta), Ariel, Barcelona, 1984.

ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo, «Derecho penal material y principio de oportunidad», en: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.), *Temas de Derecho Penal* Bogotá, Edic. Universidad de los Andes/Edit. Temis, 2008, págs. 229-272.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.), *Código penal alemán StGB Código procesal penal alemán StPO*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

ELBERT, Carlos Alberto y BALCARCE, Fabián, *Exclusión y castigo en la sociedad global*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2009.

ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, París, Librairie C. Klincksieck, 1967.

ESCOBAR JIMÉNEZ, Manuel, *Juicios rápidos: Estudio práctico del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, Granada, Comares, 2003.

ESER, Albin, «Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la privatización del proceso penal?» (trad. de VILLAMARÍN LÓPEZ, María

Luisa), en: AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comps.), *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, págs. 49-92.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995.

ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, «*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*», en: *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, (ARANGÜENA FANEGO, Coral y SANZ MORÁN, Ángel José (Coords.), Valladolid, Lex Nova, 2008, págs. 411-421.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, «*Acerca de la potestad de modulación de la acción punitiva o del mal llamado "Principio de oportunidad"*», en: *RFDCP*, n.º 106, 2007, págs. 125-154.

FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, *Lecciones de procedimientos judiciales*, Barcelona, Imp. La Neotipia, ²1921.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «*La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio*», en: *Temas del ordenamiento procesal t. II*, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 1199-1246.

FANCHIOTTI, Vittorio, «*Origini e sviluppo della giustizia contrattata nell'ordinamento statunitense*», *RIDPP*, vol. 27, 1984, págs. 56-101.

FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid/Sevilla, Civitas/Univ. de Sevilla, 1991.

FEELEY, Malcom M., *The process is the punishment*, New York, Russell Sage Foundation, 1979.

—————, «*Perspectives on plea bargaining*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 199-209.

—————, *Court reform on trial*, New York, Basic Book Inc. Publishers, 1983.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2007.

—————, «*Retribución y prevención general*», en: *DPC*, n.º 20, 2007, págs. 87-110.

FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1956.

—————, *El proceso penal*, Madrid, Ageda, ³1978.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Principios y normas rectoras del derecho penal: introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bogotá, Leyer, 1998.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. «Los principios procesales y procedimentales en la Ley Orgánica 7/1988», en: *La reforma del proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 15-69

———, *Justicia a cien por hora*, en: *Justicia/92*, págs. 47-101.

FERNÁNDEZ MARTÍN, Fernando y DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, «La conformidad penal, una ley pendiente y necesaria», en: *La Ley (d)*, n.º 5579, julio 3 de 2002, págs. 1-3.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; RUIZ MIGUEL, Alfonso; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos; TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío), Madrid, Trotta, 1995.

———, «El juicio penal», en: ID., *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones Fontamara, 2006, págs. 231-252.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Punibilidad y proceso penal», en: *RGDP*, n.º 10, 2008, págs. 1-16.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona, Marcial Pons, ²2005.

FERRI, Enrico, *Sociología criminal t. II [I Nuovi orizzonti della giustizia penale, Bolonia, 1881 / Sociología Criminale, Turín, ⁵1884]* (trad. de SOTO Y HERNÁNDEZ, Antonio), Madrid, Centro Editorial de Góngora, ²1908.

FEUERBACH, Paul Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* [ed. alemana ¹⁴1847, Giessen] (trad. de ZAFFARONI, Eugenio Raúl e HAGEMEIÉ, Irma), Buenos Aires, Hammurabi S.R.L.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale: parte generale*, Bologna, Zanichelli editore, ⁵2007.

FILIPPI, Paola, *Il patteggiamento*, Padova, CEDAM, 2000.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN [Colombia], *Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, FGN, 2006.

———, *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad I»*, Bogotá, FGN, 2007.

———, *Módulo de formación para fiscales en «Principio de oportunidad II»*, Bogotá, FGN, 2007.

FISHER, George, *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*, Stanford, Stanford University Press, 2003.

FLETCHER, George P., «The fall and rise of criminal theory», en: *BCLR*, vol. 1, n.º 2, 1998, págs. 275-294.

FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal* (trad. de PRIETO CASTRO, Leonardo), Barcelona, Librería Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*, (trad. de GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio), Madrid, Siglo XXI, ⁸1992.

FREUND, Georg, «*Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal*» (trad. de RAGUÉS I VALLÉS, Ramón), en: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 91-128.

———, «*La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema*» (trad. de PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe y GARRO CARRERA, Enara), en: ASUA BATARRITA, Adela y GARRO CARRERA, Enara (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, Univ. del País Vasco, 2009, págs. 27-54.

FRIEDMAN, Lawrence M., «*Plea bargaining in historical perspective*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 247-259.

FUENTES DEVESA, Rafael, «*Las sentencias de conformidad dictadas por el juez de guardia*», en: *La Ley (d)*, n.º 5794, 3 de junio de 2003, págs. 1-11.

FUENTES SORIANO, Olga, «*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal*», en: ASENSIO MELLADO, José María y FUENTES SORIANO, Olga (Coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, La Ley, 2008, págs. 161-192.

GALAIN PALERMO, Pablo, *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Montevideo, Facultad de Derecho Univ. Católica/Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

GALLARDO GONZÁLEZ, Lorenzo, *Memoria elevada al Gobierno de la República con motivo de la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1934*, Madrid, Edit. Reus, 1934.

GAMBINI, Rosanna, «*Il “plea bargain” negli USA: più inconvenienti che vantaggi*», *RIDPP*, vol. 25, 1982, págs. 115-127.

———, «*L’evoluzione del plea bargaining nell’ordinamento nord-americano*», en: *RIDPP*, vol. 26, 1983, págs. 661-675.

———, *Il “plea bargaining” tra common law e civil law*, Milán, Dott. A, Giuffrè editore, 1985.

———, *Il processo penale statunitense*, Torino, G. Giappichelli editore, ³2009.

GANÓN, Gabriel, «*¿La “MacDonaldización” del sistema de justicia criminal?: la aceptación improvisada de los paquetes de reforma judicial para el tercer milenio*», en: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki y BOMBINI, Gabriel (Comps.), *Violencia y sistema penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2008, págs. 237-264.

GARAPO, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y Francia* (trad. de DÍAS PERILLA, Viviana), Bogotá, Legis, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo* t. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, ¹⁴2008.

GARCÍA GARCÍA, María Ángeles, «*La mediatización del Ministerio Fiscal*», en: *JPD*, n.º 15, 1992, págs. 3-7.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto, «*El arrepentimiento en los delitos de narcotráfico. Notas jurisprudenciales*», en: *La Ley (d)*, n.º 6702, 27 de abril de 2007, págs. 1-7.

GARCÍA PÉREZ, Octavio (Dir.), *La delincuencia juvenil ante los juzgados de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch/Inst. Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, ⁴2006.

GAROFALO, Rafaele, *Indemnización a las víctimas del delito* (trad. de DORADO MONTERO, Pedro), Madrid, La España moderna, 1890.

GARRO CARRERA, Enara, «*La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento*», en: ASUA BATARRITA, Adela y GARRO CARRERA, Enara (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, Univ. del País Vasco, 2009, págs. 157-196.

GARZÓN MARÍN, Alejandro; LONDOÑO AYALA, César Augusto y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Gloria Cristina, *Negociaciones y preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano* t. I y II, Bogotá, Edic. Nueva Jurídica, 2007.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio, *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «*¿Qué es la imputación objetiva?*», en: ID., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, ³1990, págs. 209-217.

GIMENO SENDRA, Vicente, «*Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*», en: *Justicia/1987*, n.º II, 1987, págs. 355-376.

———, «*La acusación popular*», en: *PJ*, n.º 31, 1993, págs. 87-94.

———, «*El proceso penal de menores*», en: *La Ley (d)*, n.º 5386, 01 de octubre de 2001, págs. 1-5.

———, «*Filosofía y principios de los juicios rápidos*», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* t. II, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, págs. 1713-1726.

———, «*La conformidad “premiada” de los juicios rápidos*», en: *LLP*, n.º 5, 2004, págs. 5-14.

———, «*La reforma de la LECRIM y la posición del MF en la investigación penal*», *RPJ*, n.º XIX, 2006, págs. 79-99.

———, «*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos “Botín” y “Atutxa”*», en: *La Ley (d)*, n.º 6970, 18 de junio de 2008, págs. 1-10.

———, *Manual de derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2008.

———, *Comentarios prácticos al nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, Colex, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente; LÓPEZ COIG, Juan Carlos y CERÓN HERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, ¹²2008.

GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935* [original en castellano], Barcelona, Casa edit. Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner, «*Explicación de la teoría de la situación jurídica*», en: *RDP*, año IX, n.º 3, 1953, págs. 353-367.

GOMES, Luis Flavio y BIANCHINI, Alice, «*“Derecho penal” del enemigo y los enemigos de Derecho penal*», en: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* t. II, Madrid/Montevideo-Buenos Aires, Edisofer/B de F, 2006, págs. 949-976.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «*La constitución española de 1978 y su influencia en el derecho procesal penal*», en: *NFP*, n.º 26, 1984, págs. 461-474.

———, «*No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal*», en: *JPD*, n.º 2, 1987, págs. 9-10.

———, *Constitución y proceso penal*, Madrid, Tecnos, 1996.

———, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales* t. III, Madrid, Librería de Sánchez, ³1861.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. I (Introducción - Arts. 1 a 51), Barcelona, Bosch, 1947.

———, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal* t. II (Arts. 52 a 258) vol. I (Arts. 52 a 117), Barcelona, Bosch, 1951.

———, «*La acción como derecho al proceso* [1948]», en: *Derecho y proceso*, Madrid, Civitas, 2009, págs. 459-475

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Madrid, Ageda, ¹⁰1987.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, s.f.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo, «*Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el Código de Procedimiento Penal*», en: *Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*, Bogotá, Pontificia Univ. Javeriana/Konrad Adenauer Stiftung/Fiscalía General de la Nación, 2005, págs. 69-82.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Acusación y defensa en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2004.

———, «*La mediación penal en España: situación actual y perspectivas de futuro*», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano t. I*, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 663-674.

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

GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Iustel, 2007.

GÖSSEL, Karl-Heinz, «*Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho*» (trad. de POLAINO NAVARRETE, Miguel), en: *CPC*, n.º 60, 1996, págs. 611-632.

———, «*La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*» (trad. de POLAINO NAVARRETE, Miguel), en: *CPC*, n.º 45, 2000, págs. 673-694.

———, «*La verdad en el proceso penal ¿Es encontrada o reconstruida?*» (trad. de POLAINO NAVARRETE, Miguel), en: *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, México, Porrúa, 2002, págs. 57-72.

GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique, «*De la reparación a las víctimas y la garantía del plazo razonable y el nuevo sistema acusatorio en Colombia*», en: *DPC*, n.º 20, 2007, págs. 143-166.

GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La reforma penal Nacional-Socialista* [1942, Milano], Buenos Aires, Ediar, 2009 [reimp.].

GROSSMAN, Gene M. y KATZ, Michael L., «*Plea bargaining and social welfare*», en: *AER*, vol. 73, n.º 4, 1983, págs. 749-757.

GROSSO GALVÁN, Manuel, *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Barcelona, Bosch, 1983.

GUASP, Jaime, «*La pretensión procesal*», en: *ADC*, t. V, 1952, págs. 7-61

———, *Concepto y método de derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1997.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

———, «[Informes nacionales] *Colombia*», en: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai y WOLSCHNIK, Jan (Coords.), *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 2000, págs. 197-267.

———, «*El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*» en: *ADCL*, n.º 2006 2, 2006, págs. 1047-1069

———, «*Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano*», en: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009, págs. 151-213.

———, *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Edic. Nueva Jurídica, 2009.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, «*El derecho a la defensa y a la asistencia del letrado*», en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (Coords.), *Derechos procesales fundamentales (Manuales de formación continuada n.º 22)*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 277-318.

[HAMMURABI], *Código de Hammurabi* (ed. preparada por LARA PEINADO, Federico), Madrid, Editora Nacional, 1982.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal* (trad. y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis), Barcelona, Bosch, 1984.

———, «*La persecución penal: legalidad y oportunidad*», en: *JPD*, n.º 4, 1988, págs. 8-11.

———, «*Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*», en: *ADCPC*, t. XLV, fasc. I, 1992, págs. 235-249.

———, «*¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)*» (trad. de DÍAZ PITA, María del Mar), en: *RDPC*, n.º 3, 1999, págs. 317-331.

———, *Crítica al Derecho penal de hoy* (trad. de ZIFFER, Patricia), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

HEGEL, Georg W. F., *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho [1821]* (trad. de VÁSQUEZ, Eduardo), Madrid, Edit. Biblioteca Nueva, 2000.

HENDLER, Edmundo, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006 [reimp.].

———, «La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido», en: *Teorías actuales en el derecho penal: 75º aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, págs. 393-404.

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima: compendio de victimología*, Madrid, Edersa, 1996.

———, «Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor: hacia la paz social por la conciliación», en: *RDPC*, n.º 6, 1996. págs. 377-414.

———, «La “conciliación menor-victima” en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a la controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en: *AJM*, n.º 1, 2001, págs. 425-441.

HERRMANN, Joachim, «Models for the reform of criminal procedure in Eastern Europe: comparative remarks on changes in trial structure and european alternatives to plea bargaining», en: WISE, Edward M. (Ed.), *Criminal science in a global society: essays in honor of Gerhard O. W. Mueller*, Littletown (Colorado, EE. UU.), Fred B. Rothman & co., 1994, págs. 61-83.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, «Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias», en: CEREZO MIR, José et al. (Eds.), «*El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*», Granada, Comares, 1999, págs. 387-410.

———, *Derecho penal juvenil*, Barcelona, Bosch, 2003.

HIRSCH, Andrew von, «Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena» (trad. de NIETO MARTÍN, Adán), en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Edic. de la Universidad de Castilla La Mancha, 2003, págs. 125-145.

HIRSCH, Hans Joachim, «La posición del ofendido en el derecho penal y en el derecho procesal penal, con especial referencia a la reparación» (trad. de SÁNCHEZ-OCAÑA CHAMORRO, Roberto L.), en: *CPC*, n.º 42, 1990, págs. 561-576.

HRUSCHKA, Joachim, «Sobre la difícil prueba del dolo» (trad. de RAGUÉS I VALLÉS, Ramón), en: SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo (Ed.), *Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría del delito*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, págs. 145-157.

HUBER, Barbara, «Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán» (trad. de GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis), en: *RP*, n.º 22, 2008, págs. 43-103.

HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de POLITOFF, Sergio),

Barcelona, Ariel, 1984.

HYMAN, Jonathan M., «*Philosophical implications of plea bargaining: some comments*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 565-566.

IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. «*El principio de oportunidad*», en: *RU*, n.º 109, 2005, págs. 73-94.

IHERING, Rudolf von, *El fin en el derecho [1877-1883]* (trad. de RODRÍGUEZ, Leonardo), Madrid, B. Rodríguez Serra (Ed.), s.f.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María, «*La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*», en: *La Ley (d)*, n.º 7122, 25 de febrero de 2009, págs. 1-7.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2000.

—————, «*Derechos procesales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en sistema de recursos*», en: *DPC*, n.º 18, 2007, págs. 5-38.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal: parte general fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis), Madrid, Marcial Pons, 2^a 1997.

—————, «*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*» (trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel), en: CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad* (Seminario con Günther JAKOBS en la UAM), Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 23-62.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal: parte general* (trad. de OLMEDO CARDENETE, Miguel), Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal* vol. I, Madrid, Edit. Revista de derecho privado, s.f. [¿1941?].

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La recompensa como prevención general: el derecho penal premial*, Madrid, Hijos de Reus, 1913.

JUANES PECES, Ángel, «*La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley*», en: *AJA*, n.º 573, 10 de abril de 2003, págs. 1-4.

[JUSTINIANO] *Cuerpo del Derecho civil* t. I (que comprende las Instituciones de Justiniano y el Digesto ó Pandectas, vertidas al español parte por el licenciado D. Bartolomé RODRÍGUEZ DE FONSECA y parte por el letrado D. José María DE ORTEGA); t. II (que comprende el Código y las Auténticas ó Nuevas Constituciones del Emperador Justiniano, vertidas al español por D. Alejandro DE BACARDÍ), Barcelona, Establecimiento tipográfico de Narciso Ramírez y compañía, 1874.

KAGAN, Robert, *La ley del imperio* (trad. y estudio preliminar de DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio), Córdoba, Edit. Almuzara, 2005.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* [1797] (trad. de CORTINA, Adela y CONILL SANCHO, Jesús), Madrid, Tecnos, ³1999.

———, «Fundamentación para una metafísica de las costumbres» [1785] (trad. de ARAMAYO, Roberto R.), en: ID., *Kant II*, Madrid, Gredos, 2010, págs. 29-109.

KATZ, Jack, «*Legality and equality: plea bargaining in the prosecution of white collar and common crimes*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 431-459.

KAUFMANN, Hilde, *Pretensión penal y derecho a la acción penal: la delimitación entre el derecho penal material y el formal* (trad. de PEDREIRA, Félix, MÜLLER, Guido y VENTURA, Arturo), Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2009.

KERN, Lucian y MÜLLER, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, Barcelona, Gedisa, 2000.

KIPNIS, Kenneth, «*Criminal justice and the negotiated plea*», en: *Ethics*, vol. 86, n.º 2, 1976, págs. 93-106.

———, «*Plea bargaining: a critic's rejoinder*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 555-564.

LANGBEIN, John H., «*Torture and plea bargaining*», en: *UCLR*, vol. 46, n.º 1, 1978, págs. 3-22.

———, «*Land without plea bargaining. How the Germans do it*», en: *MLR*, n.º 78, 1979, págs. 204-255.

———, «*Understanding the short history of plea bargaining*», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 261-272.

———, «*On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial*», en: *HJLPP*, n.º 15, 1992, págs. 119-127.

LANGER, Máximo, «*La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*», en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, págs. 97-136.

———, «*From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure*», en: *HILJ*, vol. 45, n.º 1, 2004, págs. 1-64.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo, «*La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva*», en: *RMF*, n.º 3, 1996, págs. 167-197.

———, «*La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal*», en: *RGLJ* (3ª época), n.º 3, 2009, págs. 513-544.

LARA LÓPEZ, Antonio María, «Principio de oficialidad vs. Principio de oportunidad en el proceso penal español», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano* t. II, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 89-99.

LARDIZÁBAL URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas: contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, D. Joaquin IBARRA impresor, 1782.

LISZT, Franz von, *La idea del fin en el derecho penal* [Programa de la Universidad de Marburgo, 1882] (trad. de PÉREZ DEL VALLE, Carlos), Granada, Comares, 1995.

———, *Tratado de derecho penal* t. II (trad. de la ²⁰alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; adicionado con el Derecho penal español por SALDAÑA, Quintiliano), Madrid, Reus, ²1927.

———, *Tratado de derecho penal* t. III (trad. de la ²⁰alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA; adicionado con el Derecho penal español por SALDAÑA, Quintiliano), Madrid, Reus, ²1929.

LONDOÑO AYALA, César Augusto, *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*, Bogotá, Edic. Nueva Jurídica, 2009.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, *La Fiscalía General y el sistema acusatorio*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», en: *REDC*, n.º 73, 2005, págs. 381-410.

———, *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, CEPC, 2006.

LOPES JR., Aury, «Re-pensando el proceso penal desde un análisis de su naturaleza jurídica», en: *RIDP*, 2008, págs. 271-293.

LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo, «El principio de oportunidad», en: *Cuadernos de Derecho judicial (proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales)*, Madrid, CGPJ, 1995, págs. 49-78.

———, «El derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse», en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino y LÓPEZ LÓPEZ, Enrique (Coords.), *Derechos procesales fundamentales (Manuales de formación continuada n.º 22)*, Madrid, CGPJ, 2004, págs. 587-625.

———, *Tratado de Derecho procesal penal*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), ³2009.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, «El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español», en: *AP*, n.º 26, 1992-1, págs. 265-274.

LÓPEZ STERUP, Henrik, «*Libertad personal y presunción de inocencia*», en: *Manual de Constitución y democracia*, Bogotá, Facultad de Derecho Univ. de los Andes, 2008, págs. 83-117.

———, «*Derecho al debido proceso –Algunas consideraciones–*», en: *Manual de Constitución y democracia*, Bogotá, Facultad de Derecho Univ. de los Andes, 2008, págs. 119-149.

LORCA MARTÍNEZ, José, «*Experiencias de la instrucción por el Fiscal en los procedimientos de la Ley Orgánica Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores*», en: *RMF*, n.º 12, 2004, págs. 181-199.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, «*La apertura a la conformidad*», en: ID., *Materiales para una necesaria y urgente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la superación de su modelo acusatorio formal*, San Sebastián Instituto Vasco de Derecho procesal, 2005, págs. 135-136.

———, «*Fiscal instructor ¿Sí o no?*», en: *La Ley (d)*, n.º 6884, 15 de febrero de 2008, págs. 1-4.

———, «*¿Jueces instructores o Jueces inquisidores?*», en: *La Ley (d)*, n.º 7434, 29 de junio de 2010, págs. 7-11.

LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel, «*La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos*», en: *RGDPR*, n.º 6, 2005, págs. 1-30.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «*La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*», en: SCHÜNEMANN, Bernd y DE FIGUEREDO DIAS, Jorge (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María [ed. española], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1995, págs. 115-127.

LYNCH, Gerard, «*Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos*», en: *NDP*, fasc. A, 1998, págs. 293-330.

———, «*The case against plea bargaining*», en: *Regulation*, vol. 26, n.º 3, 2003, págs. 24-27.

LLADÓ Y VALLÉS, José, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre del año 1923*, Madrid, Reus S.A., 1923.

LLORENTE, Juan Antonio, *Discurso sobre el orden de procesar en los tribunales de inquisición* [ed. con base en el texto original de 1797 (MS. n.º 1461 AHN, fols. [1.a. – 72.a.]) con un estudio preliminar de E. de la Lama], Pamplona, Edic. Eunete, 1995.

MA, Yue, «*Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany and Italy: a comparative perspective*», en: *ICJR*, vol. 12, 2002, págs. 22-52.

MADROÑERO SOBRINO, Antonio, «¿Tiene hoy sentido el fiscal como defensor de la legalidad?», en: *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 1373-1400.

MAGRO SERVET, Vicente, «Aplicación práctica de la atenuante de la reparación del daño causado a la víctima del delito», en: *La Ley (d)*, n.º 6361, 17 de noviembre de 2005, págs. 1-8.

———, «Análisis de la circunstancia atenuante de confesar a las autoridades la infracción delictiva (art. 21.4 del CP)», en: *LLP*, n.º 41, 2007, págs. 110-115.

———, «Validez de la autoinculpación de un acusado en sede policial y negativa en el plenario», en: *LLP*, n.º 48, 2008, págs. 96-101.

———, «Doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo sobre la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 del CP)», en: *LLP*, n.º 50, 2008, págs. 155-166.

MAIER, Julio B. J., «¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?», en: GARCÍA VITOR, Enrique *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 105-120.

———, «Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, págs. 2383-2404.

MANCO LÓPEZ, Yeison, «El arrepentimiento, la confesión y los premios, como prácticas jurídicas en el derecho penal», en: *DDP*, n.º 3, 2010, págs. 1-19.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Oportunidad y conformidad», en: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 27-50.

———, «La libertad vigilada», en: *La Ley (d)*, n.º 7386, 22 de abril de 2010, págs. 1-8.

———, «La orientación de las penas privativas de libertad hacia la resocialización del reo», en: *La Ley (d)*, n.º 7428, 21 de junio de 2010, págs. 1-4.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho procesal penal* t. I (trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago y AYERRA REDÍN, Marino), Buenos Aires, EJEJA, 1951.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, ⁴2005.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en: *JPD*, n.º 61, 2008, págs. 19-29.

MARTÍN DE LA HOZ, José Carlos, «¿Confesión o conversión? Objetivo del proceso inquisitorial», en: *Communio*, vol. 37, n.º 1, 2004, págs. 185-198.

MARTÍN OSTOS, José, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1981.

—————, «La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado», en: *Justicia/89*, 1989, págs. 813-845.

—————, «La conformidad en el proceso penal», en: *La Ley (r)*, n.º 5, 1996, págs. 1497-1505.

—————, «La víctima en el proceso penal abreviado», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra t. II*, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, págs. 1549-1565.

—————, «A la expectativa de reformas orgánicas y procesales», en: *CJH*, n.º 4, 2006, págs. 281-307.

—————, «Profesionales colaboradores de la justicia», en: *CDJ*, n.º XVIII, 2006, págs. 183-227.

—————, *Introducción al derecho procesal*, Sevilla, Astigi, ³2008.

—————, *El proceso penal en el Salvador (propuestas y reflexiones)*, Sevilla, Astigi, 2009.

MARTÍN PASTOR, José, «La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?», en: *RGDPR*, n.º 14, 2008, págs. 1-50.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, «La conformidad en los juicios rápidos (I)», en: *La Ley (d)*, n.º 5968, 4 de marzo de 2004, págs. 1-7.

—————, «La conformidad en los juicios rápidos (II)», en: *La Ley (d)*, n.º 5969, 5 de marzo de 2004, págs. 1-6.

—————, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*, Madrid, La ley, 2007.

—————, *La víctima en el proceso penal español*, Santiago de Chile, Edit. Metropolitana, 2008.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El desistimiento en Derecho penal*, Madrid, Servicio de publicaciones Univ. Complutense/Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1994.

—————, «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig t. I*, Madrid, Edisofer, 2008, págs. 465-497.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel (Coord.), *Instituciones de derecho privado t. I Personas* vol. I, Madrid, Civitas, 2003.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José, «Intervención del Ministerio Público en el sistema acusatorio», en: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (Coord.), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnósticos y soluciones*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 137-146.

MC NAUGHT, John, «Inglaterra y Gales», en: *Sistemas de proceso penal en Europa*, Barcelona, Cedecs, 1998, págs. 213-230.

MCDONALD, William F., «From plea negotiation to coercive justice: notes on the respecification of a concept», en: *LSR*, vol. 13, n.º 2, 1979, págs. 385-392.

MCDONALD, William F.; ROSSMAN, Henry H. y CRAMER, James A., «The Prosecutor's plea bargaining decisions», en: MCDONALD, William (ed.). *The prosecutor*, Beverly Hills, Sage Publications, 1979, págs. 151-208.

MCNAMARA, Richard B., *Constitutional limitations on criminal procedure*, Colorado Springs, Shepard's/Mc Graw-Hill, 1982.

MENA ÁLVAREZ, José María, «El principio de inoportunidad», en: *JPD*, n.º 8, 1989, págs. 11-12.

MENDOZA DÍAZ, Juan, «Algunos aspectos polémicos asociados a la reforma procesal penal en América Latina», en: *XX jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano t. II*, Málaga, Servicio de Publicaciones del Centro de Edic. de la Diputación de Málaga, 2006, págs. 279-293.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, «La eficacia de los preacuerdos en el derecho procesal penal colombiano», en: VV. AA., *XXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Univ. Libre, 2008, págs. 19-56.

———, *La discrecionalidad para acusar: la Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado social de derecho*, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Univ. Javeriana, 2003.

MIR PUIG, Santiago, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en: *ADCPC*, t. 39, fasc. I, 1986, págs. 49-58.

———, *Derecho penal: parte general*, Barcelona, Reppertor, ⁸2008.

MIRA RÍOS, Corazón, *Régimen actual de la conformidad*, Madrid, Colex, 1998.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal* (trad. por un ilustre abogado del Colegio de Madrid), México, tipografía de R. Rafael, 1853.

MOCCIA, Sergio, «Función sistémica de la política criminal: principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente» (trad. de MELERO MERINO, F. Javier), en: SCHÜNEMANN, Bernd y DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María [ed. española], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1995, págs. 73-98.

MOLINA BLÁSQUEZ, María Concepción, *La aplicación de la pena*, Barcelona, Bosch, ³2002.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo, *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006.

———, «*La McDonaldización del proceso penal*», en: *RFDCP*, n.º 109, 2008, págs. 307-321.

———, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Edit. Univ. Pontificia Bolivariana, 2010.

———, «*El principio de oportunidad: análisis de sus fundamentos en la legislación colombiana*», en: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.), *Delito político, terrorismo y temas de Derecho Penal*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Univ. de los Andes/Edic. Uniandes, 2010, págs. 541-579.

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español (J-Z)*, Madrid, Gredos, ³2007.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

———, *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Civitas, 2008.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, ¹⁸2010.

MONTERO HERNANZ, Tomás, «*La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000*», en: *La Ley (d)*, n.º 7471, 20 de septiembre de 2010, págs. 1-4.

———, «*El principio de intervención mínima en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores*», en: *La Ley (d)*, n.º 7473, 22 de septiembre de 2010, págs. 1-7.

MONTESQUIEU [Charles de], *El espíritu de las leyes [1748]* (trad. de BLÁSQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro), Madrid, Tecnos, 1972.

MORÁN, Manuel, «*Los datos del sistema de justicia oficial en una cultura poco proclive a la mediación*», en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Universitas vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Edic. Univ. de Salamanca, 2007, págs. 509-520.

MORENO CATENA, Víctor, «*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*», en: ASENCIO MELLADO, José María y FUENTES SORIANO, Olga (Coords.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, La Ley, 2008, págs. 193-212.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, ³2008.

MORENO, Juan Damián, «¿Un derecho procesal de enemigos?» en: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* t. I, Madrid/Montevidéo-Buenos Aires, Edisofer/B de F, 2006, págs. 457-472.

MORGAN, Virginia, «Estados Unidos de América», en: *Sistemas de proceso penal en Europa*, Barcelona, Cedecs, 1998, págs. 125-150.

MOSCOSO DEL PRADO Y MUÑOZ, Javier, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, s.i.e., 1989.

MUERZA ESPARZA, Julio, *La reforma del proceso penal abreviado y el Enjuiciamiento rápido de delitos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003.

—————, «Algunas consideraciones sobre la regulación de la conformidad en la reforma procesal penal de 2002», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* t. II, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, págs. 1619-1635.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», en: *RDPP*, n.º 1, 1999, págs. 63-97.

—————, «De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal penal del enemigo», en: *RP*, n.º 23, 2009, págs. 73-114.

—————, *Derecho penal: parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 172009.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 62004.

MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio y ACUÑA VIZCAYA, José Francisco, «Principio de oportunidad y preacuerdos en el nuevo sistema penal acusatorio», en: *Sistema Penal Acusatorio*, Bogotá, Univ. Nacional de Colombia/DAS, 2006, págs. 117-136.

MUÑOZ NEIRA, Orlando, *El sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006.

MUÑOZ ROJAS, Tomás, «Acercas de las condiciones del proceso penal y de la pena», en: *RDPr*, n.º II, 1965, págs. 69-98.

—————, «Las cuestiones previas en el proceso penal», en: *RDPr*, n.º I y II, 1964, págs. 95-134.

MUSCO, Enzo, «La premialità nel diritto penale», en: *LIP*, anno XX, 1986, págs. 591-611.

NAGLE, Luz Elena, «Process issues of Colombia's new accusatory system», en: *SJLTA*, n.º 2, 2008, págs. 223-307.

NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi, «*El discutido valor probatorio de las diligencias policiales (I)*», en: *La Ley (d)*, n.º 6780, 17 de septiembre de 2007, págs. 1-9.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio, *La atenuación de la pena*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas/Dykinson, 1998.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *De los delitos y las sanciones en la Ley de la XII Tablas*, Málaga, Secretariado de publicaciones de la Univ. de Málaga, 1988.

ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo, «*El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites*», en: *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Cizur Menor (Navarra) Aranzadi/Thomson/Centro de Estudios Jurídicos, 2006, págs. 115-135

OSORIO ISAZA, Luis Camilo, «*Colombia [El principio de oportunidad]*», en: STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrian (Coords.), *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, págs. 223-253.

PALACIO CEPEDA, Marisol, «*La reforma de la justicia en Colombia: una nueva sensibilidad dogmática*», en: *CPC*, n.º 86, 2005, págs. 161-181.

PARRA ARCHILA, María Victoria, «*Beneficios por colaboración eficaz en el marco de la ley 906 de 2004*», en: VV. AA., *XXIX Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Univ. Libre, 2008, págs. 57-97.

PASTOR PRIETO, Santos, «*¿Penuria de medios? Un análisis empírico de los costes públicos y privados, visibles y ocultos de la justicia*», en: *CDJ*, n.º VI, 2008, págs. 345-434.

PASTOR, Daniel R., «*Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*», en: *RGDPR*, n.º 5, 2004, págs. 1-35.

———, «*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*», en: *NDP*, 2005/A, págs. 73-114.

———, «*¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina*», en: PASTOR, Daniel R., (Dir.) y GUZMÁN, Nicolás (Coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, págs. 369-428.

PECO, José, *¿Defensa o acusación?*, Buenos Aires, Talleres tipográficos argentinos de L. J. Rosso, 1935.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «*Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad (I)*», en: ID., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990, págs. 313-375.

—————, «*Reflexiones sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*», en: *RJCL*, n.º 1, 2003, págs. 13-90.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto *et al.*, *Derecho procesal penal t. I*, Madrid, Colex, 2000.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, «*Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad*», en: *ADPCP*, vol. 61, 2008, págs. 199-236.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad: fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el derecho procesal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005.

—————, «*Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad*», en: *CPC*, n.º 94, 2008, págs. 141-158.

—————, «*El principio de oportunidad frente a la Ley de Justicia y Paz*», en: LÓPEZ DÍAZ, Claudia (Coord.), *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal de Alemania, 2009, págs. 77-135.

PÉREZ BEDOYA, Orlando de Jesús *et al.*, «*Principio de oportunidad*», en: VV. AA., *Sistema Acusatorio*, Cali (Colombia), Univ. Santiago de Cali, 2006, págs. 87-106.

PÉREZ FERRE, Fátima, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 2005.

—————, «*¿Qué significa juzgar?*», en: *CDJ*, n.º VI, 2008, págs. 17-59.

—————, «*Kant y los derechos humanos*», en: ID., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica (Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor; homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla)*, Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2009, págs. 117-141.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, «*Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda*», en: *JPD*, n.º 67, 2010, págs. 51-66.

PÉREZ MORALES, Mónica Galdana, *El juicio rápido por delitos y su impugnación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Los principios generales del proceso penal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional* (revisada y puesta al día por CARRASCO DURÁN, Manuel), Madrid, Marcial Pons, ¹¹2007.

PÉREZ-CABEZOS Y GALLEGO, Esther y PUYOL MONTERO, Francisco Javier, *Derecho procesal penal y militar*, Madrid, Reus, 1994.

PERIS RIERA, Jaime, *El proceso despenalizador*, Valencia, Univ. de Valencia, 1983.

PIZZI, William T., «*Victims' rights: rethinking our "Adversary System"*», en: *ULR*, n.º 2, 1999, págs. 349-368.

———, *Trial without truth*, New York, New York university press, 1999.

———, *Juicios y mentiras: crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (trad. y estudio introductorio de FIDALGO GALLARDO, Carlos), Madrid, Tecnos, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, «*Delitos contra la libertad II. Amenazas y coacciones*», en: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 237-265.

———, *Derecho penal, parte general* (con la colaboración de POLAINO-ORTS, Miguel), Barcelona, Bosch, ⁵2004.

———, «*Reformas penales: desde (1995 a 2002)*», en: BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Coords.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 645-691.

———, *La reforma penal española de 2003*, Madrid, Tecnos, 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel, «*La irrupción del Derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores*», en: *CJH*, n.º 7, 2007, págs. 319-378.

———, «*El menor como enemigo (o el cambio de paradigma en el tratamiento penal de la delincuencia juvenil)*», en: MARTÍN OSTOS, José (Coord.), *El experto universitario en justicia de menores*, Sevilla, Astigi, 2008, págs. 142-153.

———, *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona, Bosch, 2009.

POLAINO ORTEGA, Lorenzo, «*Correlación entre el delito y el proceso*», en: *RDP*, n.º IV, 1965, págs. 83-96.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «*Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*», en: *JPD*, n.º 49, 2004, págs. 43-50.

POSADA MAYA, Ricardo, «*El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio*», en: *BIEC*, n.º 15, 2008, págs. 7-40.

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho* [1992] (trad. de SUÁREZ, Eduardo L.), México, Fondo de Cultura Económica, ²2007.

POTT, Christine, «*La pérdida de contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario (§258.a StGB) y el sobreseimiento (§153 sigs. StPO)*» (trad. de IÑIGO CARROZA, Elena y BENLLOCH PETIT, Guillermo), en: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIV. POMPEU FABRA [ed. española], *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, págs. 79-100.

POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PRATS CANUT, Josep Miquel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «*Título VI: Delitos contra la libertad (Cap. II De las amenazas)*», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), ⁵2005, págs. 218-243.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, Instituto edit. Reus, 1947.

PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, Madrid, Colex, 1994.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *La justicia penal y los denominados «arrepentidos»*, Madrid, Edersa, 1996.

QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, «*Los aparentes puntos de confluencia de la norma procesal con la norma sustancial*», en: *TP*, n.º 7, 1988, págs. 41-57.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «*La llamada privatización del derecho penal*», en: *RDPP*, n.º 6, 2001, págs. 13-21.

———, «*La víctima y el derecho penal*», en: *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 15-26.

QUINTERO OSPINA, Tiberio, *Procedimiento penal vigente: justicia negociada ¿sociedad burlada? Análisis crítico de la ley 81 de 1993 y de su aplicación práctica*, Bogotá, Edit. ABC, 1995.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho* (s.i.t.), Madrid, Edit. Revista de Derecho privado, ⁴1959.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard y WELZEL, Hans, *Derecho injusto y derecho nulo* (trad. de RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María), Madrid, Aguilar, 1971.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, José María Bosch editor, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2010.

RASCÓN GARCÍA, César y GARCÍA GONZÁLEZ, José María (Eds. y trads.), *Ley de las XII Tablas*, Madrid, Tecnos, ³2003.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía de la lengua española (Ed. revisada por las Academias de la Lengua Española)*, Madrid, Espasa, 1999.

———, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, ²²2001.

REIG REIG, José Vicente, *Reforma del procedimiento abreviado*, Madrid, Dykinson, 2002.

REINGANUM, Jennifer F., «*Plea bargaining and prosecutorial discretion*», en: *AER*, vol. 78, n.º 4, 1988, págs. 713-728.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Oviedo, Servicio de publicaciones Univ. de Oviedo, 1997.

REYES ALVARADO, Yesid, «*“Arrepentidos” y “testigos”*: remembranzas de la Santa Inquisición», en: *Teorías actuales en el derecho penal: 75º aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, págs. 375-390.

RIFÁ SOLER, José María; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUM, Iñaki, *Derecho procesal penal*, Gobierno de Navarra/Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.

RITZER, George, *La MacDonaldisación de la sociedad* (trad. de SAUTIÉ, Miguel), Madrid, Edit. Popular, 2007.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)*, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, Bosch, 1997.

———, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Edic. Univ. de Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y CONTRERAS ALFARO, Luis H., «*Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal*», en: *La Ley (d)*, n.º 6255, 18 de mayo de 2005, págs. 1-12.

———, «*Algunas reflexiones acerca del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del derecho procesal penal del siglo XXI*», en: *Justicia/2006*, n.º 3-4, 2006, págs. 53-106.

RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, «*Juzgado de guardia y ejecución de las sentencias de conformidad*», en: *La Ley (d)*, n.º 7465, 10 de septiembre de 2010, págs. 1-11.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «*Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa*», en: *CPC*, n.º 100, 2010, págs. 61-75.

RODRÍGUEZ, César y UPRIMMY, Rodrigo, «¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América latina», en: RESTREPO BOTERO, Darío (Coord.), *La falacia neoliberal: críticas y alternativas*, Bogotá, Unibiblos, 2003, págs. 415-451.

ROJAS BUITRAGO, Álvaro *et al.*, «Reflexiones sobre la política de sometimiento a la justicia», en: *Criterio*, Revista de la Univ. Autónoma de Colombia, Bogotá, n.º 22, 1995, págs. 1-7.

ROXIN, Claus, «Sentido y límites de la pena estatal», en: ID., *Problemas básicos del derecho penal* (trad. de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel), Madrid, Reus, 1976, págs. 11-36.

—————, *Derecho penal: parte general. Fundamentos; la estructura de la teoría del delito* [²alemana] (trad. de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier), Madrid, Civitas, 1997.

—————, «Pena y reparación» (trad. de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique), en: *ADPCP*, vol. 52, 1999, págs. 5-15.

—————, *Derecho procesal penal* [²⁵alemana, ²reimp.] (trad. por CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel), Buenos Aires, Eds. del Puerto, 2003.

—————, «Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión» (trad. de SANTANA VEGA, Dulce María), en: *ADPCP*, vol. 59, 2006, págs. 5-24

—————, *Pasado, Presente y futuro del derecho procesal penal* (trad. de GUERRERO PERALTA, Óscar Julián), Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2007.

—————, «De la dictadura a la democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán» (trad. de CANO PAÑOS, Miguel Ángel), en: *CPC*, n.º 100, 2010, págs. 7-28.

ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal* (trad. de ARROYO ZAPATERO, Luis y GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis), Barcelona, Ariel, 1989.

[RUIZ CAPDEPÓN, Trinitario] *Exposición que dirige al gobierno de S.M. el Fiscal del Tribunal Supremo el 15 de setiembre de 1883*, Madrid, Imprenta y fundición de Tello, 1883.

RUIZ VADILLO, Enrique, «El proceso penal en el Estado social y democrático de derecho», en: ID., *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, Comares, 1995, págs. 37-55.

—————, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en: ID., *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, Comares, 1995, págs. 57-104.

—————, «El principio de oportunidad reglada», en: ID., *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, Comares, 1995, págs. 299-316.

RUIZ-FUNES, Mariano, «*El procedimiento penal y la hispanidad*», en: *Criminalia*, n.º 7, 1942, págs. 434-440.

RUSCONI, Maximiliano, «*Legitimación penal de la coexistencia de los principios de legalidad y oportunidad*», en: *CPC*, n.º 94, 2008, págs. 197-212.

RUSSELL, Bertrand, *Historia de la filosofía* [1945], Madrid, RBA [Gredos], 2009.

SAINZ RUIZ, José Antonio, «*Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿Hacia un Fiscal instructor?*», en: *RGD*, n.º 667, 2000, págs. 3791-3797.

SAMANES ARA, Carmen, «*Los límites de la acusación popular*», en: *RDPe*, n.º 29, 2010, págs. 129-139.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, *La humanización del proceso penal*, Bogotá, Legis, 2003.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Univ. de Valladolid, 1999.

———, «*El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)*», en: *RECPC*, n.º 07-05, 2005, págs. 1-33.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, «*La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio*», en: *DPC*, n.º 7, 2004, págs. 107-128.

———, *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, s.f.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «*Un problema de antijuridicidad. Sobre la racionalización de los contenidos de oportunidad a través de la teoría jurídica del delito*», en: *ADPCP*, vol. 60, fasc. I, 2007, págs. 293-313.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Práctica procesal de los juicios rápidos*, Madrid, Edit. Jurídica Sepin, 2003.

———, *Enjuiciamiento criminal: comentarios y jurisprudencia t. I* (arts. 1 a 527), Madrid, Sepin, 2010.

———, *Enjuiciamiento criminal: comentarios y jurisprudencia t. II* (arts. 528 a 998 y Disposiciones), Madrid, Sepin, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo (parte general)*, Madrid, Tecnos, 2008.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo, «*Negociación y preacuerdos*», en: BERNATE OCHOA, Francisco *et al.*, *Sistema penal acusatorio*, Bogotá, Edit. Universidad del Rosario/Biblioteca Jurídica Díké, 2005, págs. 214-233.

SANCHO GARGALLO, Ignacio, «Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado», en: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, Madrid, CGPJ, 1992, págs. 235-249.

SANDEFUR, Timothy, «In defense of plea bargaining», en: *Regulation*, vol. 26, n.º 3, 2003, págs. 28-31.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime, «La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial», en: *NFP*, n.º 55, 1992, págs. 41-50.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Penología: partes general y especial*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

SANNA, Alessandra, «Aplicazione dell'art. 129 C.P.P. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento», en: *LIP*, anno XII, n.º 1, 2009, págs. 139-168.

SANTANA VEGA, Dulce María. «Principio de oportunidad y sistema penal», en: *ADPCP*, vol. 47, fasc. I, 1994, págs. 105-136

SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., «Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales», en: *PJ*, n.º 31, 1993, págs. 205-234.

SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Bologna, Società editrice Il Mulino, ²1996.

SAVITSKY, Douglas, «Is plea bargaining a rational choice? Differential subjective decision making as an engine of racial stratification in the United States prison system», en: *CSES Working paper series*, n.º 53, págs. 1-33.

SCOTT, Robert E. y STUNTZ, William J., «Plea bargaining as contract», en: *TYLJ*, n.º 101, 1992, págs. 1909-1968.

SCHEIDEGGER, Kent S., *The death penalty and plea bargaining to life sentences*, Sacramento (California), Criminal Justice Legal Foundation, 2009.

SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (trad. de NÚÑEZ, José Manuel), Buenos Aires, Bibliográfica argentina, 1957.

SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert, «El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania», en: SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert (Eds.), *Sistema acusatorio proceso penal: juicio oral en América latina y Alemania*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer, 1995, págs. 41-61.

SCHULHOFER, Stephen J., «Plea bargaining as disaster», en: *TYLJ*, n.º 101, 1992, págs. 1979-2009.

SCHÜNEMANN, Bernd, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)» (trad. del texto por BACIGALUPO, Silvina; trad. de las notas al pie por BAZA, Lourdes), en: *Temas actuales y permanentes del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 289-302.

———, *La reforma del proceso penal* (s.i.t.), Madrid: Dykinson, 2005.

———, «Determinación de la estructura del proceso penal por medio del derecho penal material», en: *El estado actual de las ciencias penales: Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Univ. de Antioquia*, Medellín/Bogotá, Univ. de Antioquia/Grupo Edit. Ibáñez, 2009, págs. 353-367.

SENTÍS MELENDO, Santiago, «Acción y pretensión», en: *RIDP*, n.º I, 1967, págs. 7-53.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, «El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional», en: *La Ley (d)*, n.º 6347, 26 de octubre de 2005, págs. 1-5.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, «El juicio oral ante el Tribunal del Jurado», en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín *et al.*, *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Granada, Comares, 1996, págs. 181-234.

SILVA MELERO, Valentín, «La estructura del proceso penal, en relación con el concepto de parte», en: *RIDP*, año II, n.º 2, 1946, págs. 247-272.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, ²2001.

———, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en: ASUA BATARRITA, Adela y GARRO CARRERA, Enara (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Bilbao, Univ. del País Vasco, 2009, págs. 13-25.

———, «Prevención del delito y reducción de la violencia», en: *La Ley (d)*, n.º 7160, abril 23 de 2009, págs. 1-5.

———, «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», en: *La Ley (d)*, n.º 7464, 9 de septiembre de 2010, págs.1-7.

SINTURA VARELA, Francisco José, «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», en: *DPC*, n.º 9, 2004, págs. 85-108.

SOBREMONTA MARTÍNEZ, José Enrique, *Indultos y amnistía*, Valencia, Univ. de Valencia, 1980.

SORIANO IBÁÑEZ, Benito, «El principio de oportunidad», en: *Estudios jurídicos: Ministerio Fiscal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2002, n.º 1, págs. 645-682.

SOTO NIETO, Francisco, «Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías», en: *La Ley (d)*, n.º 5700, 20 de enero de 2003, págs. 15-16.

———, «Atenuante de reparación o disminución de los efectos del delito», en: *La Ley (d)*, n.º 6609, 13 de diciembre de 2006, págs. 15-16.

———, «Principio acusatorio. Vinculación del Tribunal a la petición de pena formulada por la acusación», en: *La Ley (d)*, n.º 6663, 2 de marzo de 2007, págs. 1-10.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, «Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa», en: *NFP*, n.º 71, 2007, págs. 13-65.

SPOLANSKY, Norberto Eduardo, «El llamado arrepentido en materia penal», en: GARCÍA VITOR, Enrique *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 121-128.

STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrian (Coords.), *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal: Parte general I* (trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel y SANCINETTI, Marcelo), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.), *Manual de Derecho penal t. I (Parte general)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en: *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 27-45.

———, «La difícil asunción de la reparación penal por parte de la jurisprudencia española», en: *RGDP*, n.º 7, 2007, págs. 1-18

TARUFFO, Michele, *La prueba* (trad. de MANRÍQUEZ, Laura y FERRER BELTRÁN, Jordi), Madrid, Marcial Pons, 2008.

———, *La semplice verità*, Roma, Editori Laterza, 2009.

———, *Páginas sobre justicia civil* (trad. de ARAMBURO CALLE, Maximiliano), Madrid, Marcial Pons, 2009.

THAMAN, Stephen C., «La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE. UU.», en: *JPD*, n.º 38, 2000, págs. 81-92.

———, «L'impatto dell'11 settembre sulla procedura penale americana», en: *CP*, n.º 01, 2006, págs. 251-264.

———, «Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases», en: *EJCL*, vol. 11, 2007, págs. 1-54.

———, «Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos» (trad. de COX, Francisco), en: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 161-176.

TINOCO PASTRANA, Ángel, *Fundamentos del sistema judicial penal en el common law*, Sevilla, Univ. de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2001.

TOCORA, Fernando, «*La reforma procesal penal en América Latina*», en: *Cap.Crim.*, vol. 33, n.º 4, 2005, págs. 445-468.

TOMÁS DE AQUINO [Santo], *Suma contra los gentiles* vol. I (trad. dirigida y revisada por el padre PLA CASTELLANO, Jesús M.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1952.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «*Gobierno e instituciones de España en el Antiguo Régimen*», en: *Obras completas*, t. II, Madrid, CEPC, 1997, págs. 1579-1823.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, «*Art. 50 LOTJ: Disolución del jurado por conformidad de las partes*», en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Coord.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, págs. 493-499.

TONINI, Paolo, «*Giudizio abbreviato e petteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*», en: *DPPro*, n.º 6, 2010, págs. 649-658.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, «*La desjudicialización como respuesta de menores de edad*», en: *CPC*, n.º 79, 2003, págs. 79-107.

UPRIMMY, Rodrigo, «*El desafío de la reforma al proceso penal: ¿ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y la investigación criminal en Colombia?*», en: *JYD*, n.º 16, 2001, págs. 83-108.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, «*El principio de oportunidad*», en: BERNAL CUÉLLAR, Jaime (Coord.), *II Foro: Estado actual de la justicia colombiana*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 87-97.

VV. AA., «*Manifiesto sobre la política criminal europea*», en: *ZIS*, n.º 12, 2009, págs. 727-736.

VAELLO EZQUERDO, Esperanza, «*La incesante aproximación del Derecho penal de menores al Derecho penal de adultos*», en: *RGDP*, n.º 11, 2009, págs. 11-40.

VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, Medellín, Comlibros, 2007.

VALLE MUÑIZ, José Manuel y FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, «*[Artículo 376 del Código Penal]*», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código Penal t. III Parte especial (art. 319 a DF 7ª)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, págs. 374-385.

VALLESPÍN PÉREZ, David, «*¿La instrucción en manos del Ministerio Fiscal como nuevo sistema procesal penal?*», en: *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra* t. II, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de Estudios Jurídicos, 2004, págs. 1449-1454.

VARGAS, Álvaro, «*La constituyente y el proceso penal: toma de posición en un debate*», en: *NFP*, n.º 50, 1990, págs. 535-540.

———, «*La acusación como núcleo del proceso penal*», en: *Iusta*, n.º 16, 1990, pág. 95-111.

———, «*El debido proceso penal colombiano*», en: *TP*, n.º 11, 1993, págs. 85-92.

———, *La Fiscalía General de la Nación desde el «Sueño de la mariposa»*, Ibagué, Forum-Pacis, 1998.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, «*La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores: especial consideración de la reparación entre menor infractor y la víctima*», en: *AJM*, n.º 2, 2002, págs. 167-190.

VÁSQUEZ RIVERA, Juan Carlos y MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, *Principio de oportunidad: reflexiones jurídico políticas*, Medellín, Univ. de Medellín, 2010.

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, «*Sobre la necesidad de un enfoque integrado de la materia penal sustantiva y realizativa*», en: GARCÍA VITOR, Enrique *et al.*, *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 271-283.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Temis, 1987.

———, *Las normas rectoras del código procesal penal*, Medellín, Señal Editora, 1991.

———, «*Aspectos sustantivos de la ley ochenta y una de 1993*», en: *RFDCP*, n.º 95, 1995, págs. 9-31.

———, «*¿Delito político o delito común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 11 de julio de 2007*», en: *JPD*, n.º 60, 2007, págs. 134-144.

———, *Derecho penal: parte general*, Medellín, Comlibros, 42009.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, «*La instrucción en la doctrina*», en: *RDP*, año IX, n.º 3-4, 1951, págs. 319-362.

VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, Carlos, *Curso de derecho procesal penal t. I*, Madrid, Arte gráficas Helénica S.A., 1962.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *Comentarios a la Ley de medidas Urgentes de Reforma Procesal (t. II La reforma del proceso penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

VOGLER, Richard, «*Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal*» (trad. de ORCE, Guillermo), en: AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comps.), *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de*

- derecho comparado, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2005, págs. 177- 202.
- , *A World view of criminal justice*, Aldershot (England), Ashgate, 2006.
- , «*El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental*», en: BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 177-194.
- WEISBERG, Robert, «*A new agenda for criminal procedure*», en: *BCLR*, vol. 2, n.º 2, 1999, págs. 367-388.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán: parte general* [ed. alemana ¹¹1969] (trad. de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio), Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, ²1976.
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal: parte general* [ed. alemana ⁶1976] (trad. de FINZI, Conrado), Buenos Aires, Depalma, 1980.
- WOLTER, Jürgen, «*Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena*» (trad. de BENLLOCH PETIT, Guillermo), en: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 31-89.
- ZACHARIAS, Fred C., «*Guilty plea: accepting the plea*», en: DRESSLER, Joshua (Ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice* vol. 2, Ney York, Gale group/Thomson learning, ²2002, págs. 750-754.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «*El sistema penal ante las exigencias del presente*», en: GARCÍA VITOR, Enrique et al., *El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 11-21.
- , *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Grupo Edit. Ibáñez/Univ. Santo Tomás, 2006.
- , *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, ²2002.
- , *Manual de Derecho penal: parte general*, Buenos Aires/Bogotá, Ediar/Temis, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, «*La justicia como “sentimiento de injusticia”*», en: *JPD*, n.º 53, 2005, págs. 3-6.
- ZAVALA LOAIZA, Carlos, «*Los sistemas procesales penales*», en: *RDP*, año V (primera parte), 1947, págs.83-111.