Las necesidades de protección frente a imputables peligrosos en los sistemas de una y doble vía

The need for protection against dangerous prosecutable lawbreakers in single-track and double-track systems

As necessidades de proteção contra perigos imputáveis em sistemas de via única e dupla

Hernán Darío Orozco López[1] y Humberto José Sierra Olivieri[2]

DOI: https://doi.org/10.47741/17943108.842

Cómo citar: Orozco-López, H. y Sierra-Olivieri, H. (2026). Las necesidades de protección frente a imputables peligrosos en los sistemas de una y doble vía. *Revista Criminalidad, 68(1)*: 199-220. https://doi.org/10.47741/17943108.842

• **Fecha de recepción: 2025/12/22**
• **Fecha de aprobación: 2026/02/11**

Resumen La relación entre penas y medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico colombiano permite clasificarlo como un modelo de una sola vía. Esta configuración conduce a que las necesidades de protección frente a sujetos que representan un elevado riesgo de cometer graves delitos en el futuro sean canalizadas mediante disposiciones que no están en armonía con los principios básicos de un derecho penal liberal. Con el objetivo de buscar una posible solución a esta problemática, en este artículo se explora el modelo alternativo al escogido por nuestro legislador: el sistema de doble vía. Para ello, se analiza el ordenamiento jurídico alemán, con especial énfasis en su medida de seguridad más drástica, a saber: la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). Contrariamente a lo que podría pensarse en un primer momento, el

Open Access | Diamond Open Access | CC BY-NC-ND 4.0© por Policía Nacional de Colombia

1. Doctor en Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia. **hernan.orozco@uexternado.edu.co**
2. Magíster en Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia. **humberto.sierra.ol@uexternado.edu.co**

sistema de doble vía repercute de manera positiva en principios centrales de un Estado de Derecho como los de igualdad y seguridad jurídica. Asimismo, una configuración complementaria de las penas y las medidas de seguridad logra armonizar de mejor manera la posición jurídica de los involucrados y los intereses de la sociedad en su conjunto.

Palabras clave
Derecho penal; derecho de medidas de seguridad; una vía; doble vía; penas incapacitantes; reincidencia

Abstract

The relationship between penalties and security measures within the Colombian legal system allows it to be classified as a single-track model. This structure means that the need to protect society from individuals who pose a high risk of committing serious crimes in the future is addressed through provisions that are not in harmony with the basic principles of liberal criminal law. With the aim of seeking a possible solution to this problem, this article explores the alternative model to that chosen by our legislature: the dual-track system. To this end, it analyses the German legal system, with particular emphasis on its most drastic security measure, namely: preventive detention (Sicherungsverwahrung). Contrary to what one might think at first glance, the dual-track system has a positive impact on the core principles of the rule of law, such as equality and legal certainty. Similarly, a complementary structure of penalties and security measures is better able to harmonise the legal position of those involved with the interests of society as a whole.

Keywords
Criminal law; law on security measures; single-track system; dual-track system; incapacitating penalties; recidivism

Resumo

A relação entre penas e medidas de segurança no ordenamento jurídico colombiano permite classificá-lo como um modelo de via única. Essa configuração faz com que as necessidades de proteção contra indivíduos que representam um alto risco de cometer crimes graves no futuro sejam atendidas por meio de disposições que não estão em harmonia com os princípios básicos de um direito penal liberal. Com o objetivo de buscar uma possível solução para essa problemática, este artigo explora o modelo alternativo ao escolhido pelo nosso legislador: o sistema de via dupla. Para isso, analisa-se o ordenamento jurídico alemão, com ênfase especial em sua medida de segurança mais drástica, a saber: a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*). Ao contrário do que se poderia pensar à primeira vista, o sistema de dupla via repercute de forma positiva nos princípios centrais de um Estado de Direito, como os da igualdade e da segurança jurídica. Da mesma forma, uma configuração complementar das penas e das medidas de segurança consegue harmonizar melhor a posição jurídica dos envolvidos e os interesses da sociedade como um todo.

Palabras-Chave
Direito Penal; direito das medidas de segurança; via única; via dupla; penas incapacitantes; reincidência

Introducción

Desde antaño, una preocupación constante de las ciencias penales y criminológicas se refiere a los delincuentes que presentan un elevado riesgo de cometer nuevamente delitos graves en el futuro. Al respecto, se han destilado básicamente dos formas de canalizar las necesidades de protección frente a dichos sujetos: por una parte, a través de un tratamiento punitivo más gravoso en el marco de los sistemas de una sola vía y, por la otra, mediante las medidas de seguridad para imputables peligrosos, características de los *sistemas de doble vía* (véase, con ulteriores referencias, Orozco López y Reyes Alvarado, 2025). Puesto que la distinción entre sistemas (o modelos) de una sola vía (monistas) y de doble vía (dualistas) no es una cuestión ampliamente debatida en el contexto colombiano, es conveniente iniciar con una somera precisión conceptual.

Los *sistemas de una sola vía* prevén una sola forma de consecuencia jurídica como reacción a la comisión de una conducta delictiva. En términos generales, se considera que hacen parte de estos sistemas no solo los ordenamientos que consagran la pena como única forma de reacción frente al delito, sino también aquellos que, aunque conocen dos tipos de consecuencias jurídicas –las penas y las llamadas medidas de seguridad–, las configuran de manera mutuamente *excluyente*: la pena se vincula a la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable por parte de un sujeto autorresponsable, mientras que las medidas de seguridad se reservan exclusivamente para los inimputables que llevan a cabo un comportamiento típico y antijurídico. Si bien en este segundo escenario existen dos tipos de consecuencias jurídicas, se clasifica dentro de los sistemas de una sola vía, porque, al no existir una zona de intersección entre ellas, su relación es *dicotómica*: pena o medida de seguridad. Ahora bien, puesto que los sistemas de una sola vía deben canalizar las necesidades preventivas frente a sujetos imputables a través de la única consecuencia jurídica de la que disponen, la estrategia más común en el caso de los delincuentes que representan un grave peligro en el futuro consiste en la previsión de incrementos punitivos, por ejemplo, en caso de reincidencia (véase Frisch, 2007, pp. 7 y ss.).

Por su parte, los sistemas de doble vía son aquellos que no solo prevén *dos* tipos diferentes de consecuencias jurídicas frente al delito, sino que, además, establecen algún tipo de relación *complementaria* entre ellas. De este modo, frente a un mismo supuesto de hecho pueden concurrir como consecuencias jurídicas tanto una pena como una medida de seguridad, pues la relación entre ellas corresponde a la que existe entre "dos círculos secantes" (Roxin y Greco, 2020, § 1, nm. 3). Ello ocurre porque la fundamentación de cada una de ellas obedece a diferentes paradigmas: mientras que la pena expresa un reproche personal al autor por el hecho cometido en el pasado, de tal modo que el principio de culpabilidad fundamenta y, al mismo tiempo, limita la responsabilidad penal, las medidas de seguridad prescinden de cualquier tipo de reproche y se orientan más bien a contrarrestar la peligrosidad futura del delincuente, por lo que encuentran su fundamento en la idea de la prevención especial y su límite más importante en el principio de proporcionalidad (véase Eser, 2001, p. 235; Frisch, 2007, p. 15; Hassemer, 2006, pp. 133, 136; Stratenwerth, 2005, p. 50).

Así, según la lógica de los *sistemas de doble vía*, las necesidades de protección hacia el futuro respecto a delincuentes altamente peligrosos no deben abordarse con los instrumentos del derecho penal, sino a través de la categoría autónoma e independiente de las medidas de seguridad. Por consiguiente, frente a una persona, que ha cometido graves crímenes en el pasado y respecto a la cual existe un serio pronóstico de peligrosidad, se puede reaccionar con una pena orientada a reprocharle la comisión de los hechos pasados y, *de manera adicional*, con una medida de seguridad dirigida a cubrir las necesidades de protección que no alcancen a quedar cubiertas por la pena en virtud de su limitación por el principio de culpabilidad.

Realizada esa precisión conceptual sobre los sistemas monistas y dualistas es posible precisar también el objetivo investigativo de este texto. Puesto que la existencia de sujetos imputables respecto de los que existe un serio pronóstico de peligrosidad es un fenómeno innegable[1], la pregunta sobre cuál de esas dos estrategias es más adecuada reviste una importancia mayúscula. Por consiguiente, a continuación se analizará, en primera instancia, el ordenamiento jurídico penal colombiano como expresión de un sistema de una sola vía (*infra*, "El derecho penal colombiano como un modelo de una sola vía") y posteriormente el derecho penal y de medidas de corrección y seguridad alemán como manifestación prototípica de un sistema de doble vía (*infra*, "La doble vía del derecho alemán"). Si bien este texto constituye una primera aproximación a esta cuestión y, por tanto, las conclusiones que se alcanzarán no cubren todo el espectro del problema, el análisis comparativo de esos dos sistemas (*infra*, "Análisis comparativo de los dos sistemas") deja en evidencia que, contrario a los temores frente a la idea de medidas de seguridad para imputables peligrosos, un sistema dualista no solo es más coherente desde el punto de vista axiológico y sistemático (*infra*, "Coherencia axiológica y sistemática"), sino que también permite valorar de manera más adecuada los múltiples derechos e intereses en juego (*infra*, "Procesamiento de los derechos e intereses en juego").

El derecho penal colombiano como un modelo de una sola vía

Penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas excluyentes

Al igual que otros estatutos penales de su tiempo, el Código Penal de la Nueva Granada de 1837 preveía exclusivamente el instituto de la pena, la cual se subdividía básicamente en penas

1 No desconocemos que el tema de los pronósticos es una cuestión bastante problemática en el ámbito del derecho penal. No obstante, en este artículo partimos, dicho con Husak (2013, p. 179), de que "nuestras capacidades en materia de pronósticos son lo suficientemente fiables" como para poder identificar de manera no arbitraria un riesgo alto de comisión de graves delitos en el futuro por parte de determinados sujetos. Además, no sobra recordar que la actividad judicial involucra cotidianamente la realización de pronósticos de comportamiento (peligroso o conforme a derecho) en múltiples ámbitos: un ejemplo es la institución de la libertad condicional (art. 64, C. P.) que contempla un tratamiento mucho más beneficioso para los condenados cuando existe un pronóstico positivo.

corporales y no corporales. En términos generales, esta división se mantuvo en los estatutos penales subsiguientes de 1873 y 1890[2].

Es recién con el Código Penal de 1936 que se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de las medidas de seguridad. Sin embargo, este estatuto limitó la aplicación de las medidas de seguridad a aquellas personas que se encontraban "en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica", que padecían "grave anomalía psíquica" (art. 30) o que eran "menores de diez y ocho años" (art. 31)[3]. Salvo algunas modificaciones como el establecimiento de un tratamiento especial para los menores de dieciséis años, la restricción de la aplicación de las medidas de seguridad al ámbito de la inimputabilidad se mantuvo en el Código Penal de 1980[4].

Continuando con esta clasificación, el Código Penal de 2000 distingue claramente los ámbitos de aplicación de las sanciones penales: mientras que las penas son la única consecuencia jurídica aplicable a los sujetos imputables que realizan un comportamiento típico, antijurídico y culpable, las medidas de seguridad operan exclusivamente frente a los inimputables que se hayan comportado de forma típica y antijurídica (art. 9). De este modo, al haber regulado las penas y las medidas de seguridad como *consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes*, el legislador colombiano del año 2000 también "prevé un modelo de una sola vía" (Velásquez Velásquez, 2020, p. 710).

En lo que respecta a las penas, en el artículo 34 se prevén tres "clases": principales, sustitutivas y accesorias. Debido a restricciones de espacio, aquí nos podemos limitar a unas breves referencias a las características principales de los tres tipos de penas principales establecidas en el artículo 35[5]. En primer lugar, para la pena de prisión, que constituye la consecuencia jurídica en la gran mayoría de los delitos de la Parte Especial[6], el legislador establece una duración máxima de cincuenta años (art. 37, inc. 1), la cual, en los casos de concurso, puede ascender hasta sesenta años (art. 31, inc. 2). En segundo lugar, para la pena de multa se prevén dos modalidades (art. 39, inc. 1): por una parte, la multa "acompañante de la pena de prisión", que está prevista de manera cumulativa en la mayoría de los delitos y tiene un límite máximo de 50 000 salarios mínimos mensuales y, por otra parte, la multa en "modalidad progresiva", que puede ascender hasta un total de 1000 salarios mínimos mensuales, dependiendo de la capacidad económica del condenado. En tercer lugar, las penas privativas de otros derechos están previstas en el artículo 43, el cual contempla un catálogo

2 Para ello, véanse los arts. 18 a 20 del Código Penal de 1837, los arts. 25 a 28 del Código Penal de 1873 y los arts. 39 a 41 del Código Penal de 1890.

3 Ahora bien, con respecto a la determinación de la pena, el Código Penal de 1936 preveía los antecedentes judiciales como circunstancia de mayor peligrosidad (arts. 36, 37 n. 2).

4 Cabe mencionar que, más o menos a mediados del siglo XX, el legislador y el ejecutivo profirieron múltiples regulaciones independientes del Código Penal que crearon, en la práctica, un sistema *sui generis* aplicable a sujetos considerados como peligrosos, el cual complementaba las penas con medidas pre y posdelictivas. Para una primera aproximación a estas disposiciones, véase Gutiérrez Anzola, 1956, pp. 1-8; 15-21 y 43 y ss. También resulta ilustrativo el recuento histórico realizado en las sentencias de la Corte Constitucional: C-016 de 1997 y C-040 de 2006.

5 Para una exposición más detallada del sistema de penas previsto en el Código Penal de 2000 y, en particular, de las reglas para su aplicación, véanse Sierra Olivieri y Orozco López (2025/2026). Comentario a los arts. 59, 60 y 61 del Código Penal (Ley 599 de 2000). https://blogpenal.uexternado.edu.co/codigo-penal-comentado/

6 Para el momento del estudio más completo sobre esta materia en Colombia (2017), en el 94,3% de los delitos consagrados en la Parte Especial se establece como consecuencia jurídica la pena de prisión (véanse Cita Triana y González Amado, 2017, p. 226).

de 11 tipos de restricciones de derechos que deben ser impuestas en aquellos casos en los que se encuentren previstas explícitamente como consecuencia jurídica por la realización del tipo penal en cuestión.

Con respecto a las medidas de seguridad, el artículo 69 prevé en principio tres modalidades: la internación en establecimiento psiquiátrico (n. 1), la internación en casa de estudio o de trabajo (n. 2) y la libertad vigilada (n. 3). Sin embargo, el artículo 81 abre la posibilidad de restringir también otros derechos como los contemplados en el artículo 43, siempre que dichas restricciones "no se opongan a la ejecución de la medida de seguridad y sean compatibles con sus funciones". En relación con la internación en establecimiento psiquiátrico, se establece un límite máximo de duración de veinte años cuando el sujeto declarado inimputable padezca un trastorno mental permanente (art. 70) y de diez años cuando dicho trastorno tenga base patológica, pero sea de carácter transitorio (art. 71). La internación en casa de estudio está prevista para los inimputables que no padezcan trastorno mental alguno y su duración máxima se limita también a diez años. A su turno, la libertad vigilada tiene, en sus distintas modalidades, un tope máximo de tres años (art. 74). En todo caso, todas esas medidas de seguridad están sujetas a un constante control judicial que puede llevar a su revocación, suspensión o cesación anticipada (arts. 77 a 79).

Inclusión de las necesidades de protección frente a sujetos peligrosos en el ámbito del derecho penal

Teniendo en cuenta entonces, por una parte, que en el Código del 2000 se optó por un sistema de una sola vía, es decir, por uno en el que las medidas de seguridad operan exclusivamente frente a los inimputables y en el que las penas sancionan la comisión de hechos *pasados* (art. 6), y por otra, que en el sistema penal colombiano los principios de proporcionalidad (art. 3) y culpabilidad (art. 12) juegan un papel fundamental, podría pensarse, al menos a primera vista, que el legislador expulsó del ordenamiento jurídico penal las necesidades de protección frente a delincuentes peligrosos que probablemente cometerán otros (graves) delitos en el futuro. Una posible justificación para ello sería, por ejemplo, que el legislador considera que esas necesidades eminentemente preventivas deberían ser asumidas por otros ámbitos regulativos diferentes, como el derecho policivo, pues la reacción frente a ellas no podría fundamentarse ni en el principio del hecho ni en el principio de culpabilidad, como elementos estructurales del derecho penal.

No obstante, este diagnóstico sería prematuro: el legislador colombiano, como en la mayoría de los ordenamientos en los que rige un sistema monista, ha incorporado múltiples disposiciones que no están en armonía con la idea básica de un Derecho penal liberal, esto es, con un reproche por el hecho pasado ajustado al grado de culpabilidad del autor (véase Pawlik, 2023, pp. 110 y ss.), sino que persiguen primordialmente *finalidades incapacitantes*. De esta manera, se busca proteger a potenciales víctimas de aquellos delincuentes que amenazan con cometer otros delitos (graves) en el futuro mediante el *alargamiento del tiempo de reclusión* (incluso muy por encima de lo que sería ajustado a los principios de culpabilidad y proporcionalidad) o la *disminución de sus posibilidades de acción*, para así impedirles o al menos dificultarles el contacto social y, de esta manera, la comisión de ulteriores delitos.

Disposiciones de esta índole pueden encontrarse, en primera instancia, en la Parte General del Código Penal del 2000. Un caso prototípico son las penas privativas de otros derechos (art. 43) y las penas accesorias (art. 52), las cuales, por su naturaleza, no parecen que estén orientadas a elevar un reproche por el hecho *pasado*, sino más bien a impedir, o al menos dificultar, la comisión de delitos en el *futuro*. En efecto, en el artículo 52 se establece expresamente que las penas privativas de otros derechos se podrán imponer como penas accesorias para contribuir "a la *prevención* de conductas similares a la que fue objeto de condena" (cursivas fuera del texto original). Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que muchas de las restricciones que forman parte del catálogo de los artículos mencionados son consideradas, en otros ordenamientos jurídicos, de forma mucho más transparente como medidas de seguridad, pues su objetivo primordial es contener o al menos minimizar la peligrosidad futura de ciertos delincuentes (en este sentido, Posada Maya y Hernández Beltrán, 2001, p. 260; Velásquez Velásquez, 2020, p. 713).

Otro ejemplo paradigmático de la inclusión de necesidades de protección futura frente a sujetos declarados penalmente responsables, respecto de los cuales existe un agudo pronóstico de peligrosidad criminal, es el *topos* de la reincidencia. Entre otras funciones, la reincidencia está prevista como una circunstancia de mayor punibilidad que lleva a dosificar de forma más gravosa la pena (art. 58, n. 19).[7] El fundamento de ello residiría en que, respecto de aquellas personas que en el pasado han mostrado cierta disposición a no orientarse por las normas del ordenamiento jurídico, existe la sospecha de que pueden cometer otros delitos, por lo que sería necesario incrementar la magnitud de la pena y, de este modo, extender su tiempo de reclusión con el objetivo de mejorar el nivel de protección a futuro. Por otra parte, la reincidencia también sirve como criterio para restringir (art. 63) e incluso excluir beneficios y subrogados (art. 68 A). En consecuencia, los reincidentes, por lo general, deben purgar efectivamente más tiempo de prisión que aquellas personas que no hayan sido condenadas por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores, lo cual persigue nuevamente unos efectos incapacitantes sobre aquellas personas que son vistas como más proclives a la comisión futura de delitos.

Como si lo anterior fuese poco, en la Parte Especial del Código Penal también se consagran algunas disposiciones que no guardan relación con la culpabilidad del autor por el delito cometido, sino que buscan contribuir a la neutralización de sujetos que han cometido de manera reiterada conductas que se consideran particularmente peligrosas. Este es el caso, por ejemplo, del literal k) del artículo 103 A, por medio del cual se agrava la pena del homicidio de un menor de 18 años cuando el autor haya cometido con anterioridad homicidios contra niños, niñas o adolescentes, aumentándose

7 Durante la fase de investigación y redacción de este artículo se encontraba vigente el numeral 19 del artículo 58 del Código Penal. Dicha disposición consagraba como circunstancia de mayor punibilidad que la persona hubiera sido condenada, dentro de los sesenta meses anteriores a la comisión del delito, por otra conducta punible dolosa. Durante la fase de revisión editorial de este artículo, la Corte Constitucional expidió un comunicado en el que informó que dicha disposición es inexequible por ser incompatible con los "principios de *non bis in idem* y de culpabilidad, especialmente, frente al subprincipio de acto". Sin embargo, en dicho comunicado el Tribunal parece indicar que "no existe una prohibición constitucional para valorar la reincidencia en el ámbito penal". Por consiguiente, paradójicamente, parece que las demás consecuencias negativas asociadas al *topos* de la reincidencia fuera del ámbito de la determinación de la pena son consideradas como ajustadas a la constitución. (Comunicado 51 del 11 de diciembre de 2025, divulgado en la página de la Corte Constitucional, dentro del proceso D-16.359 – Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/comunicado-51-diciembre-11-de-2025 [consultado el 2 de marzo de 2026]). Hasta la fecha de la corrección final de este artículo (2 de marzo de 2026) la sentencia correspondiente no ha sido publicada.

el límite inferior del marco penal en más del doble y el superior en una tercera parte.[8] Algo similar sucede en el ámbito de los delitos sexuales, donde, por ejemplo, en el caso del acceso carnal violento contra menores, la pena mínima se aumenta a más del triple y la máxima a más del doble cuando el autor hubiese cometido en el pasado otros delitos sexuales también en contra de menores.[9]

En síntesis, aunque –o, más bien, precisamente porque– el Código Penal del 2000 no prevé un sistema de medidas de seguridad frente a imputables peligrosos, las necesidades de protección frente a sujetos que representan un elevado riesgo de cometer graves delitos en el futuro son atendidas mediante muy variadas disposiciones a lo largo de todo el Código Penal.

La doble vía del derecho alemán

Orígenes y evolución del sistema de la doble vía

Entre las características estructurales del Código Penal alemán destaca la consagración de un sistema de *doble vía*. En sintonía con esa estructura fundamental, el manual de Roxin (continuado por Greco) inicia precisamente con un apartado que tiene un título del siguiente tenor: "La sanción (pena y medida) como criterio de definición formal del derecho penal y la doble vía del sistema de sanciones" (Roxin y Greco, 2020, § 1). Como en tantos otros sistemas jurídicos, la *pena*, la primera de esas dos vías, requiere que el autor haya actuado *culpablemente* respecto de un hecho pasado. Por el contrario, las *medidas de corrección y seguridad* [*Maßregeln der Besserung und Sicherung*], que constituyen la segunda de esas vías, se basan en la *peligrosidad* del autor hacia el futuro. Ahora bien, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el colombiano, la falta de capacidad de culpabilidad no es un requisito para su imposición, por lo que proceden no solo frente a los inimputables, sino también ante los imputables. Así pues, las penas y las medidas de corrección y seguridad del derecho alemán no se encuentran en una relación de exclusión, sino que pueden coexistir, en el sentido de que a una misma persona se le puede imponer tanto una pena como una medida de corrección y seguridad. Es precisamente en virtud de lo anterior que Roxin y Greco señalan con acierto que "la denominación adoptada de forma general 'derecho penal' es en realidad incorrecta. De manera más precisa, debería llamarse 'derecho penal y de medidas' [*Straf- und Maßregelrecht*]" (Roxin y Greco, 2020, § 1, nm. 4).

Ahora bien, el derecho alemán no siempre ha consagrado un sistema dualista, sino que la distinción entre esas dos instituciones es el resultado de una larga e interesante evolución en la historia de las ideas penales que aquí, por cuestiones de espacio, solo puede ser referenciada a grandes rasgos (para una primera aproximación, véase Eser, 2001; en español véase Frisch, 2007).

8 De un marco penal de 208 a 450 meses de prisión (artículo 103) se pasa a uno de 480 a 600 meses (artículo 103 A).

9 De un marco penal de 144 a 240 meses (artículo 205) se pasa a uno de 480 a 600 meses en virtud de la agravación prevista en el literal h) del artículo 211 A.

El Código Penal del Reich de 1871 (estatuto penal que, sujeto a un importante número de modificaciones, sigue vigente en Alemania) reguló *inicialmente* un sistema de *una sola vía*, pues –aunque contenía algunas disposiciones que, de acuerdo con los estándares actuales, deberían ser clasificadas como medidas de seguridad al estar orientadas a contener la peligrosidad futura de ciertas personas como la llamada vigilancia policial [*Polizeiaufsicht*] prevista en los parágrafos 38 y 39 de dicho estatuto– consagró una *única categoría de sanciones*, a saber, la de las *penas*.

Apenas una década después de la expedición de ese estatuto, y en contra del entonces tradicional entendimiento de la pena como retribución justa por el delito cometido de forma culpable, Franz von Liszt propuso en su famosísimo escrito programático "La idea del fin en el derecho penal" una nueva concepción preventivo-especial de la pena, de acuerdo con la cual ella estaría orientada a la protección de bienes jurídicos. Para ello, según von Liszt, se deberían poner en relación los efectos esenciales de la pena con "tres categorías de delincuentes". Así, la *corrección* operaría frente a los delincuentes corregibles y que requieren corrección, la *intimidación* frente a los delincuentes que no requieren corrección y la *inocuización* ante los que denominó como incorregibles (von Liszt, 1994, pp. 114 y ss.).

Como las "penas" de la escuela moderna de von Liszt, orientadas por el paradigma de la prevención especial, que tenía a su vez como punto de referencia el grado de peligrosidad de los diferentes grupos de delincuentes, no eran compatibles con la concepción tradicional de la pena retributiva propia de la llamada escuela clásica, los bandos en conflicto se vieron obligados, al menos en lo que aquí interesa, a encontrar un punto medio que pudiese satisfacer, aunque fuese parcialmente, las pretensiones de cada uno. Fue así como surgió la idea de una configuración bifurcada del sistema sancionatorio, esto es, de un modelo que comprendiera las *penas* orientadas por el principio de culpabilidad, tal y como las concebían los defensores de la escuela clásica, *y* las *medidas* basadas en la idea de la prevención especial, que era por lo que finalmente abogaban los partidarios de la escuela moderna (sobre el establecimiento de la doble vía como un compromiso en el marco de la lucha de escuelas, véanse Eser, 2001, pp. 222, 224; Germann, 2009, pp. 84 y ss.; Meier, 2019, p. 274).

A partir de 1909 y durante la república de Weimar, este compromiso entre las escuelas clásica y moderna se reflejó de forma especialmente elocuente en una serie de proyectos de reforma que, sin embargo, por distintas razones no lograron convertirse en ley (en detalle Eser, 2001, pp. 228 y ss.). Fue recién en 1933 que, en virtud de la "Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección", se introdujo en el Código Penal el sistema de la doble vía. Si bien la configuración concreta de las penas y de las medidas auspiciada por el régimen nacionalsocialista tenía, evidentemente, un fuerte tinte represivo, autoritario e inhumano, la idea de un modelo que comprende tanto penas como medidas de corrección y seguridad (esta última categoría aplicable también a sujetos plenamente responsables, esto es, a los imputables) no es –según la opinión absolutamente dominante– en lo más mínimo ni fruto ni expresión de una concepción que pueda definirse como 'derecho penal nacionalsocialista' (véanse Meier, 2019, p. 274; Mitsch, 2011, p. 785; Peglau, 2022, § 66, nm. 7).

En efecto, tras el colapso del tercer Reich, la doble vía siguió rigiendo con algunas pocas excepciones. Es más, en el marco de la gran reforma del derecho penal alemán de las décadas sesenta y setenta del siglo pasado, dicho sistema no fue suprimido, sino que más bien experimentó cambios orientados principalmente a ponerlo al día con el nuevo clima político y ajustarlo de mejor manera a los principios del Estado de Derecho. Entre otras modificaciones, se abolió la casa de trabajo, se introdujo el centro de terapia social, se reconfiguró la libertad vigilada y se estableció un límite temporal máximo de diez años para la imposición por primera vez de la custodia de seguridad (al respecto, Meier, 2019, p. 275; Peglau, 2022, § 66, nm. 8 y ss.; Zimmermann, 2013, pp. 164 y s.). Si bien con posterioridad a ello se han presentado otras modificaciones, en la actualidad la doctrina absolutamente mayoritaria y la jurisprudencia en Alemania siguen estando de acuerdo en la necesidad y utilidad del sistema de la doble vía, el cual incluso es considerado como un "elemento básico firmemente establecido del sistema de sanciones alemán" (por todos Meier, 2019, p. 275).

Primera vía: naturaleza y gravedad de las penas en Alemania

El Código Penal alemán consagra únicamente dos tipos de penas principales: la pena de prisión (§§ 38 y 39) y la pena de multa (§§ 40 a 43). Como pena accesoria, que solo puede ser impuesta *junto* a una de las dos penas principales, está prevista únicamente la prohibición de conducción (§ 44).

En cuanto a la pena de prisión, están previstas *dos formas*. Por una parte, la pena de *prisión temporal*, la cual, en términos generales, no puede ser inferior a un mes y tiene un tope máximo de 15 años. Así, por ejemplo, el homicidio (simple) es castigado con una pena que no puede ser inferior a cinco años ni superior a 15 años (§ 212, párr. 1) y la violación con una pena que no puede ser inferior a dos años ni superior a 15 años (§ 117, párr. 6). Por la otra, la pena de *prisión perpetua* que solo puede ser impuesta en los casos (excepcionales) en los que está prevista de forma expresa; ejemplos paradigmáticos son el genocidio (§ 6, Código de Derecho Penal Internacional), el asesinato (§ 211) y algunos delitos en los que, además, se produce la muerte de la víctima como consecuencia de una violación (§ 178) o un robo (§ 251).

Por otra parte, la pena de multa conoce única y exclusivamente una modalidad, a saber, el llamado sistema días-multa. De acuerdo con el § 40, esta pena oscilará entre mínimo 5 y máximo 360 (o 720 en caso de concurso, § 54) días-multa. Ahora bien, para determinar el monto de un día-multa, se deberá tener en cuenta la situación personal y económica del autor, de tal modo que un día multa corresponde a los ingresos netos que en promedio el autor recibe o podría recibir en un día. En cualquier caso, un día-multa no podrá ser inferior a un euro ni superior a 30.000 euros.

Segunda vía: regulación actual de las medidas de corrección y seguridad con un especial enfoque en la custodia de seguridad

En la actualidad, el Código Penal alemán regula en los parágrafos 62 a 72 con gran nivel de detalle un total de seis medidas de corrección y seguridad, las cuales –según la opinión ampliamente

mayoritaria– se basan en el *paradigma de la prevención especial* y, por consiguiente, no están orientadas por el principio de culpabilidad que rige en el caso de las penas (fundamental al respecto, Meier, 2025, p. 276; Roxin y Greco, 2020, § 3, nm. 64 y s.). La ejecución de las tres primeras medidas conlleva una restricción de la libertad: internación en un hospital psiquiátrico (§ 63), internación en un centro de desintoxicación (§ 64) e internación en custodia de seguridad (§§ 66-66c). Por el contrario, las otras tres no implican una restricción de la libertad: la libertad vigilada (§§ 68-68g), el retiro del permiso de conducir (§§ 69-69b) y la prohibición de ejercer oficio o profesión (§§ 70-70b).

En lo que tiene que ver con la custodia de seguridad, que es la forma más drástica de procesar las necesidades de protección frente a los imputables peligrosos y que, por consiguiente, ocupa un lugar preferente en este estudio, su regulación legal primigenia data de 1933, cuando se introdujo en el Código Penal alemán mediante la ya mencionada "Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección".

Como se adelantó en un apartado precedente (véase *supra*, "Orígenes y evolución del sistema de la doble vía"), las principales modificaciones a esta institución tuvieron lugar recién en el marco de la gran reforma del derecho penal de los años sesenta y setenta del siglo pasado. Fue entonces cuando se regularon de forma más restrictiva los requisitos para su imposición y se introdujo un límite temporal máximo de diez años en los eventos de su imposición por primera vez.

En los años posteriores, la custodia de seguridad experimentó un periodo de estabilidad regulativa. El nuevo clima político y las restricciones introducidas en el marco de la gran reforma del derecho penal llevaron a una drástica disminución del número de custodias de seguridad impuestas anualmente y, en consecuencia, a una progresiva y evidente reducción del número total de personas sometidas a ella (véanse Dessecker, 2023, § 66, nm. 11 y ss.; Peglau, 2022, § 66, nm. 8 y ss.).

Aunque la situación de seguridad en Alemania continuó mejorando y no existía una verdadera necesidad político-criminal de reformar el derecho de las medidas de corrección y seguridad, a finales de la década de los noventa, dos casos de violencia sexual y homicidio contra menores, que recibieron un enardecido seguimiento mediático, cambiaron la percepción de la opinión pública, la cual empezó a reclamar medidas más drásticas en este tipo de casos (al respecto, Meier, 2019, pp. 351 y ss.).

Como respuesta a estas demandas, el legislador expidió una serie de leyes que introdujeron importantes cambios en la regulación de la custodia de seguridad. Fue así como en 1998, mediante la "Ley para la lucha contra delitos sexuales", se eliminó la restricción de 10 años como límite máximo a su imposición por primera vez. Asimismo, en el 2002 se introdujo la denominada reserva de la custodia de seguridad (§ 66a) y luego en el 2004 la llamada custodia de seguridad posterior (§ 66b). A esta reestructuración legal se le sumaron las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional y del Tribunal Federal Supremo. Con el objetivo de regular de una vez por todas esta materia en sintonía con la jurisprudencia de esos altos tribunales, el Parlamento promulgó en el 2012 la "Ley para la aplicación en el derecho federal del mandato de diferenciación en el ámbito de la custodia de seguridad", la cual –salvo ajustes puntuales– constituye el eje central de la regulación vigente de esta materia (para una exposición compacta, véase Zimmermann, 2013, pp. 164 y s.).

Así las cosas, el Código Penal alemán regula actualmente tres formas de custodia de seguridad. Por cuestiones de espacio, y teniendo en cuenta que este estudio constituye una primera aproximación a la materia, aquí basta con exponer la estructura general de la llamada *custodia de seguridad primaria*, que no solo es su manifestación legal primigenia y la única existente hasta el 2002, sino también la más relevante desde el punto de vista práctico de la imposición y ejecución.

El § 66 establece que este tipo de custodia de seguridad se podrá ordenar en la sentencia *junto* a una pena privativa de la libertad. En todo caso, esto no significa que la custodia de seguridad se ejecutará indefectiblemente, ya que después del cumplimiento de la pena se deberá examinar si la custodia de seguridad ordenada en la sentencia sigue siendo necesaria debido a la subsistencia del pronóstico de peligrosidad (véase de manera resumida Mitsch, 2011, p. 786). Ahora bien, para que en la sentencia se pueda ordenar la internación en la custodia de seguridad, es necesario que se cumplan unos requisitos formales y materiales.

Los *requisitos formales* son básicamente tres, a saber: el llamado "hecho desencadenante" (el último hecho delictivo con motivo del cual se ordena la internación en la custodia de seguridad), las penas previas a las que ha sido condenada la persona y el tiempo que ha purgado por ellas. Dicho gráficamente, de acuerdo con el párrafo 1 del § 66, el tribunal *deberá* ordenar la internación en la custodia de seguridad frente a la persona que (a) resulte condenada a una pena privativa de la libertad de al menos dos años por un delito doloso contra la vida o la autodeterminación sexual, siempre que esa persona, antes de ese hecho desencadenante, (b) ya hubiese sido condenada en dos ocasiones por hechos de esa naturaleza a una pena privativa de la libertad de al menos un año (en cada una de esas ocasiones) y (c) ya hubiese purgado efectivamente una pena privativa de la libertad de al menos dos años (para un análisis detallado en español, véase Kindhäuser y Hilgendorf, 2023, § 66, nm. 1 y ss.). Estos requisitos, ciertamente estrictos en el contexto del derecho alemán que contempla unas magnitudes de pena moderadas y una tasa de ejecución efectiva de la pena de prisión muy baja[10], cumplen una importante *función limitadora*, pues garantizan una fuerte *restricción del círculo de potenciales destinatarios* de una custodia de seguridad (en este sentido, Peglau, 2022, § 66, nm. 43).

Además, para que en la sentencia se pueda ordenar la custodia de seguridad, es necesario que, de manera cumulativa, se presenten dos *requisitos materiales* básicos. En primer lugar, el autor debe mostrar una *propensión* [*Hang*] a la comisión de delitos de cierta gravedad, lo que permite excluir a la criminalidad de bagatela del ámbito de la custodia de seguridad. Como resultado de dicha propensión, el autor debe ser, en segundo lugar, *peligroso para la comunidad*. Según la opinión absolutamente mayoritaria, este segundo criterio no requiere que se configure un peligro para un número indeterminado de personas, sino que basta con que el autor sea peligroso, por ejemplo, para un miembro de su familia. Independientemente de la relación en la que se encuentren estos dos requisitos materiales, lo esencial es que de la valoración global del autor y de sus hechos se derive

10 Así, por ejemplo, en el 2022, de un total de 604715 condenados, aproximadamente el 86% fue condenado a pena de multa y solo el 4,2% tuvo que purgar efectivamente una pena de prisión. En cuanto a la duración promedio de las penas de prisión impuestas, el 66,7% de las penas de prisión fue inferior a un año y solamente 1662 personas fueron condenadas a penas de larga duración de 5 a 10 años (véase Meier, 2025, pp. 52 y s., 106 y ss.).

un pronóstico de peligrosidad, en el sentido de que existe una altísima probabilidad de que en el futuro el autor vuelva a cometer graves delitos (con más detalle Meier, 2025, pp. 360 y ss.; Peglau, 2022, § 66, nm. 112b y ss.).

Ahora bien, además de los estrictos requisitos para su imposición, apenas mencionados, el cumplimiento de esta medida –regulado en el § 66c– reviste unas características especiales derivadas del llamado *mandato de diferenciación*, según el cual la ejecución de la custodia de seguridad debe diferenciarse de forma materialmente adecuada (en el sentido de tener una especie de privilegio cualitativo) de la ejecución de la pena de prisión. En virtud de ello, por ejemplo, la ejecución de la custodia de seguridad se debe llevar a cabo en *lugares separados* a los previstos para la ejecución de la pena privativa de la libertad y debe ser *lo menos gravosa posible* para la persona afectada con dicha medida. Además de ello, sobre la base de un profundo examen de las necesidades de tratamiento y de un plan de ejecución actualizado constantemente, a la persona custodiada se le debe ofrecer un *acompañamiento individual e intensivo* que tiene como objetivo tratar los factores que fundamentan su peligrosidad, de tal modo que la ejecución de la custodia de seguridad pueda ser suspendida en forma condicional o declarada extinguida lo más pronto posible (fundamental Zimmermann, 2013, pp. 166 y s.).

Análisis comparativo de los dos sistemas

Coherencia axiológica y sistemática

La preocupación por la coherencia de un conjunto de disposiciones jurídicas no es, en lo más mínimo, un ejercicio de *l'art pour l'art*, sino una cuestión con hondas repercusiones para principios cardinales en un Estado de Derecho, como los de igualdad y seguridad jurídica. Por consiguiente, sus instituciones y conceptos deben orientarse por una misma idea rectora con una sólida fundamentación material, lo que a su vez sirve para garantizar el principio de la justicia material en el caso concreto (véase, con múltiples referencias, Orozco López, 2018, pp. 305 y s., 339 y s.). Aplicado al problema que aquí interesa, esto significa lo siguiente: puesto que las ideas rectoras de la culpabilidad y la peligrosidad persiguen objetivos diferentes y, en consecuencia, en muchos casos son divergentes o contradictorias, ellas no pueden orientar de forma conjunta un solo modelo de reacción estatal, por lo menos no uno que sea axiológica y sistemáticamente coherente. Esto, sin embargo, no quiere decir que se deba sacrificar una de estas ideas en favor de la otra. Por el contrario, ese conflicto puede ser evitado mediante la distinción de dos vías de reacción estatal: una guiada por la idea de la culpabilidad y otra por la de la peligrosidad. Como se mostró en el apartado precedente (*supra*, "La doble vía del derecho alemán" III.), esta es precisamente la solución prevista por el legislador alemán y que cuenta con el respaldo de la jurisprudencia y la doctrina. Independientemente de todas las divergencias en cuanto a la fundamentación de las dos formas de sanción del derecho alemán y del contenido y alcance de sus manifestaciones específicas,

allí se defiende de forma absolutamente mayoritaria la distinción entre la vía del derecho penal, sustentada en el principio de culpabilidad, y la vía de las medidas de corrección y seguridad, basada en la idea de la peligrosidad[11].

Una de las principales ventajas de una configuración dualista del sistema de reacciones –como en el caso del derecho alemán– es su mayor coherencia axiológica y conceptual, como queda en evidencia con el tratamiento que reciben los sujetos peligrosos, en virtud de los criterios que rigen la imposición y la ejecución de las medidas de corrección y seguridad. Puesto que el fundamento de dichas medidas se encuentra en la idea de la peligrosidad, ellas deben ajustarse a una serie de requisitos y límites que no rigen en el caso de las penas orientadas por la idea de la culpabilidad por el hecho pasado. Para citar solo un ejemplo, la custodia de seguridad que se impone a los delincuentes imputables respecto de los cuales pesa un grave pronóstico de peligrosidad no solo prevé una *revisión periódica*, de tal modo que ella se extinguirá con la consiguiente recuperación de la libertad ambulatoria cuando se compruebe que el sujeto –por lo general, gracias a los programas de asistencia individual e intensiva que se deben prestar en el caso de la custodia de seguridad– ya no es peligroso o, por lo menos, que su peligrosidad se ha reducido hasta límites tolerables, sino que también contempla unas *condiciones de ejecución no punitivas*, esto es, más laxas que en el caso de la ejecución de la pena de prisión, las cuales se derivan del mandato de diferenciación desarrollado por la Corte Constitucional alemana[12].

Por el contrario, los sistemas monistas, como el colombiano, al procesar las necesidades preventivas frente a delincuentes altamente peligrosos dentro del derecho penal mediante las fórmulas del incremento punitivo y de la reducción o exclusión de beneficios, dejan completamente de lado los requisitos y las restricciones que deben aplicarse a cualquier medida coactiva de carácter estatal cuyo fundamento sea un pronóstico de peligrosidad. De esta manera, y para trazar un paralelo con la ejemplificación en el caso de los *sistemas de doble vía*, los sistemas de una sola vía no solo *evaden el control periódico* propio de las medidas preventivas o de seguridad basadas en la idea de la peligrosidad, sino que también terminan sometiendo a los imputables peligrosos a *condiciones punitivas de privación de la libertad*, a pesar de que el fundamento de dicha privación no se encuentra en un reproche que legitime esas condiciones punitivas, sino más bien en un riesgo futuro que no logra justificar unos males sensibles que vayan mucho más allá de la privación de la libertad.

Procesamiento de los derechos e intereses en juego

El segundo punto de la valoración crítica, del que nos queremos ocupar, es el atinente al procesamiento de los derechos e intereses en juego en el marco de los sistemas monistas y dualistas. Dicho con

11 Luego de su establecimiento en el marco de la llamada "lucha de escuelas" (véase *supra*, "Orígenes y evolución del sistema de la doble vía"), esta distinción ha encontrado respaldo no solo en la doctrina mayoritaria, sino también en sus representantes más influyentes, pertenecientes a muy diversas orientaciones y defensores de diversas teorías de la pena (véanse Frisch, 2007, pp. 36 y ss.; Hassemer, 2006, pp. 133, 141; Jakobs, 1991, cap. 1, nm. 53 y ss.; Pawlik, 2022, p. 112; Roxin y Greco, 2020, § 1, nm. 1 y ss., § 3, nm. 63 y ss.; Welzel, 1969, p. 245. En el ámbito anglo-americano, de forma decidida a favor de una distinción entre un sistema punitivo y un sistema preventivo, Robinson, 2001, pp. 1429 y ss.)

12 Véase, *supra*, "Regulación actual de las medidas de corrección y seguridad con un especial enfoque en la custodia de seguridad".

otras palabras: ¿cuál de esos dos sistemas logra atender y armonizar de mejor manera la posición jurídica de los delincuentes peligrosos y las (potenciales) víctimas, así como los intereses de la sociedad en su conjunto?

Empecemos analizando el ordenamiento jurídico alemán. Puesto que se trata de un sistema de doble vía, la reacción frente a los delincuentes imputables altamente peligrosos es *diferenciada*.

Por un lado, frente a los hechos delictivos (pasados) cometidos de forma culpable, solo se reacciona con una pena que –al no tener que incorporar necesidades de protección para el futuro frente a sujetos extremadamente peligrosos– se encuentra *limitada por el principio de culpabilidad*, lo que a su vez facilita que exista cierta *proporcionalidad entre delitos y penas*. Todo esto redunda en unas *penas relativamente mesuradas* que toman en cuenta de forma adecuada la posición jurídica del delincuente (fundamental al respecto, Albrecht, 2017, pp. 192 y s.). Eso es posible gracias a que, dicho en términos metafóricos, las medidas de seguridad fungen como una especie de "válvula de escape" que permite configurar las penas de manera mucho más moderada al liberarlas de la presión por extender su duración ejercida por las necesidades preventivas (véase Albrecht, 2017, pp. 192 y s.; Hassemer, 2006, p. 133; Streng, 2003, pp. 623, 636).

Por otro lado, en el caso de los delincuentes imputables sobre los que pesa un agudo pronóstico de peligrosidad existen unas innegables necesidades de protección en favor de potenciales víctimas, lo que justifica la imposición de ciertas medidas coactivas de carácter preventivo, que en casos extremos pueden consistir en una custodia de seguridad. No obstante, frente al riesgo de que se cometan en el futuro graves delitos, *no se trata de elevar un reproche*, como en el caso de las penas, sino de *prevenir su comisión*. En consecuencia, la axiología que orienta los requisitos para la imposición y ejecución de las medidas de corrección y seguridad es la de la prevención especial. Precisamente, esa orientación axiológica –*diferente* a la del derecho penal– es la que permite valorar de manera adecuada la posición jurídica de los posibles afectados. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la imposición de la custodia de seguridad, la previsión de unos exigentes requisitos formales y materiales garantiza que no cualquier tipo de reincidente se vea afectado con la imposición de una medida tan gravosa, sino solo aquellos que en el pasado han exteriorizado de manera ostensible su falta de disposición a respetar las normas del ordenamiento jurídico y que presentan un riesgo elevadísimo de volver a cometer graves crímenes. Asimismo, en lo que tiene que ver con la ejecución de la custodia de seguridad, los requisitos basados en la idea de la prevención especial también facilitan un tratamiento adecuado de la posición jurídica de los afectados por dicha medida: dado que su fundamento radica en el criterio de la peligrosidad, tan pronto como se establezca que la persona afectada con la custodia de seguridad dejó de ser lo suficientemente peligrosa, también deberá cesar dicha medida. A diferencia de lo que sucede con las penas determinadas extremadamente altas, que superan el umbral de la culpabilidad para brindar una mayor protección frente a delincuentes de elevada peligrosidad, las medidas de seguridad pueden tener una duración mucho menor, pues prevén un control periódico que permite finalizar su ejecución tan pronto como la peligrosidad se reduzca a límites tolerables. De hecho, sin desconocer que el nivel de punitivismo de un país depende en buena medida de múltiples factores sociales, culturales, políticos y económicos, lo que hace las comparaciones al respecto sumamente complejas, en Alemania, la duración promedio del internamiento en custodia de seguridad es, en el 60% de los casos, inferior a cinco años y solo en un

2% de los casos igual o superior a 16 años –estando el máximo en estos últimos eventos alrededor de 20 a 25 años (al respecto, Peglau, 2022, § 66, nm. 13a y ss.)–, lo que resulta mucho menos gravoso que las penas determinadas de 30, 40 o 50 años que son las que pueden ser impuestas en una gran cantidad de casos en Colombia.

Los derechos de las (potenciales) víctimas y los intereses de la sociedad en su conjunto también encuentran un tratamiento adecuado en el marco de los sistemas dualistas como el alemán. Por una parte, unas penas proporcionales al grado de culpabilidad no solo logran satisfacer los intereses sociales –independientemente de que estos se vislumbren en el restablecimiento del ordenamiento jurídico, en la disuasión de potenciales infractores o en el reforzamiento de la confianza en la norma–, sino también las pretensiones de las víctimas que ven satisfechas sus expectativas de justicia en el caso concreto. Por otra, en aquellos eventos en los que una pena proporcional al grado de culpabilidad no logre cubrir las necesidades de protección, por tratarse de un delincuente con una alta probabilidad de cometer graves delitos en el futuro, se podrá imponer, siempre que se cumplan sus requisitos formales y materiales, una custodia de seguridad dirigida a proteger a potenciales víctimas. Dentro de estos estrechos límites también encuentran acogida aquellas demandas sociales de seguridad que cuentan con un soporte fáctico y normativo que no puede ser desatendido.

Por el contrario, los sistemas monistas, como el colombiano, se enfrentan a una situación *dilemática* al tratar de armonizar las posiciones jurídicas y los intereses en juego.

Una primera opción consistiría en expulsar del ámbito del derecho penal las necesidades de protección o seguridad hacia el futuro respecto a los delincuentes imputables peligrosos. En este sentido, se podría sostener que no debería existir ninguna forma de detención preventiva para "los agentes responsables que son simplemente peligrosos, independientemente de la gravedad de sus antecedentes o de lo predecible que pueda ser su violencia futura" (así Morse, un prominente representante de esta posición en el ámbito angloamericano, 1998, p. 253). A esta posición se le debe conceder que, al admitir formas de detención basadas en la probabilidad de comisión futura de graves delitos, se está creando un peligro para la libertad de personas responsables y legalmente inocentes (en este sentido, Morse, 1998, p. 259). Este peligro, sin embargo, puede ser contrarrestado de manera adecuada mediante un sistema de medidas de corrección y seguridad lo suficientemente preciso y estricto como para garantizar el respeto de los derechos de los potenciales destinatarios de medidas como la custodia de seguridad. Por el contrario, si las necesidades de protección o seguridad frente a delincuentes imputables, respecto de a los cuales existe una alta probabilidad de que cometan graves delitos en el futuro, fueran expulsadas por completo del derecho penal y no fueran absorbidas por un régimen jurídico que autorizara, en dichos casos, unas medidas de detención por razones eminentemente preventivas (esto es, medidas de seguridad como la custodia de seguridad), el Estado estaría incumpliendo uno de sus deberes básicos: el deber de protección en favor de las potenciales víctimas (sobre este deber, véanse Ashworth y Zedner, 2014, pp. 7 y ss., 21 y s.; Meier, 2025, p. 277).

Puesto que es difícil imaginar que las potenciales víctimas, la comunidad y el Estado estén dispuestos a renunciar a todo tipo de medidas de protección frente a delincuentes imputables con un alto riesgo de cometer graves delitos en el futuro, lo más habitual en el marco de los sistemas de una sola vía es que dichas necesidades preventivas o de seguridad se integren en el derecho penal.

No obstante, este segundo camino, que es precisamente por el que optó el legislador colombiano del año 2000, termina desequilibrando la balanza de derechos e intereses en juego, con unas consecuencias muy negativas para los delincuentes imputables, sin importar que su pronóstico de peligrosidad sea muy elevado o casi nulo. Aquí, por razones de espacio, solo podremos referirnos a dos cuestiones generales que dejan en evidencia esa afectación de la posición jurídica de los delincuentes imputables (peligrosos).

La primera de ellas tiene que ver con el tratamiento de la reincidencia en el Código Penal del 2000. Para empezar, la utilización de dicho criterio –en el sentido de que exista una condena por un delito doloso dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la nueva conducta punible– tanto para dosificar de forma más severa la pena como para excluir subrogados o beneficios, como la prisión domiciliaria, se encuentra en una relación muy tensa con el principio del hecho y el principio de culpabilidad, que son principios fundamentales del derecho penal.[13] Pero incluso dejando de lado la discusión sobre el choque entre el criterio de la reincidencia y estos principios[14], el recurso generalizado a este *topos* de la reincidencia plantea un grave problema: no todos los delincuentes reincidentes son sujetos altamente peligrosos frente a los que deba extenderse el periodo de reclusión más allá de su grado de culpabilidad para garantizarles a las víctimas potenciales un mayor nivel de protección, pues en ciertos eventos la reincidencia obedece más bien a situaciones aisladas y, en alguna medida, excepcionales, y no a una propensión a atentar gravemente contra bienes jurídicos ajenos.

Pasemos ahora a la segunda de las cuestiones generales, más en concreto a la que da cuenta del tratamiento inadecuado que reciben los delincuentes imputables –que sí son peligrosos– en el marco de los sistemas de una sola vía, como el colombiano. Como se acaba de afirmar, en los casos de delincuentes plenamente responsables que representan un alto riesgo de cometer de nuevo delitos graves, es necesario reaccionar con medidas coactivas de naturaleza preventiva para proteger de forma adecuada a las víctimas potenciales. No obstante, es muy cuestionable que se *disfracen* esas *legítimas necesidades de protección o seguridad* hacia el futuro *con el ropaje del derecho penal*, pues ello genera múltiples problemas que aquí –por restricciones de espacio– solo pueden ser enunciados.

En primer lugar, y en cuanto a la *proporcionalidad* entre delitos y penas de manera abstracta, tipos penales como el de acceso carnal violento, que en su modalidad básica consagra una pena de 144 a 240 meses, terminan convirtiéndose –si se tiene en cuenta que la edad mínima para declarar a una persona penalmente responsable es de 18 años y que la expectativa de vida en Colombia es de cerca de 77 años– casi en penas de *prisión perpetua 'de facto'* (en este sentido –de forma general– Cita Triana y González Amado, 2017, p. 179) cuando se agravan por razones de carácter preventivo

13 Respecto de la circunstancia de mayor punibilidad relacionada con la reincidencia véase la nota al pie 7

14 La discusión tanto sobre la relevancia como sobre la posición sistemática de la reincidencia es uno de los puntos más controversiales de la teoría de la determinación de la pena. Algunos autores como Frisch, Köhler o Pawlik, respaldando la posición dominante y fundamentándola sobre la dimensión comunicativa o simbólica del injusto, consideran que los antecedentes penales pueden ser relevantes para la medición de la pena (para referencias iniciales, véase Pawlik, 2023, pp. 148 y ss.). Otros como Schünemann, Hörnle o von Hirsch abogan por una dosificación punitiva que prescinda en la mayor medida posible de cualquier consideración relacionada con la prevención y se circunscriba a la valoración del hecho cometido (para una primera aproximación, Hörnle, 2003, pp. 23 y ss.; para un esbozo de la discusión, véanse Feijoo Sánchez, 2007 y Silva Sánchez, 2007).

o securitario, como la consistente en que quien cometa un acceso carnal violento en contra de menores *haya cometido en el pasado* hechos de esa misma naturaleza respecto de ese mismo tipo de víctimas (artículo 211A, lit. h), pues el marco penal pasa a quedar de 480 a 600 meses, esto es, a alcanzar el tope máximo de 50 años en su extremo superior.[15] De este modo, sin ahondar en la discusión sobre la complejidad de configurar las penas y los marcos penales para que reflejen una estructura racional –lo que en la discusión contemporánea se expresa a través de los conceptos de proporcionalidad ordinal y cardinal (de manera introductoria véase Basso, 2019, 301 y ss.)–, estos aumentos distorsionan el orden de los delitos en la escala de gravedad abstracta que puede extraerse en principio de la regulación penal.

En segundo lugar, las penas incapacitantes socavan la idea de un *derecho penal de la culpabilidad* (al respecto, Reyes Alvarado, 2022, pp. 134 y s.). En sintonía con la doctrina ampliamente mayoritaria, la culpabilidad es fundamento y límite de la responsabilidad penal, por lo que las penas no deben superar el umbral de la culpabilidad del autor por el hecho delictivo cometido en el pasado. En consecuencia, cuando se incrementan las penas más allá de la culpabilidad del autor, para que cumplan unas funciones neutralizadoras mediante el alargamiento del periodo de reclusión, se termina "golpeando al derecho penal en el núcleo de su esencia" (Streng, 2013, p. 236) y "poniendo en entredicho de forma general el sistema de la medición de la pena orientado por el principio de culpabilidad" (Streng, 2003, p. 636).

En tercer y último lugar, al camuflar las necesidades de carácter eminentemente preventivo como penas, se termina sometiendo a los delincuentes imputables peligrosos de forma general –es decir, por todo el tiempo de la privación de la libertad y no únicamente durante el periodo que sería ajustado al grado de culpabilidad– a unas *condiciones de ejecución punitivas* y, en especial, *se les niega el control periódico* que permitiría hacer cesar la medida preventiva en aquellos casos en los que el nivel de peligrosidad haya descendido hasta límites tolerables, lo que constituye una grave e injustificada afectación de su pretensión de retomar una vida libre de esas injerencias estatales.

Conclusión

Como se mencionó al inicio, este estudio constituye una primera aproximación al problema de cuál puede ser el mejor camino para tratar las necesidades de protección de potenciales víctimas y de la comunidad respecto de aquellas personas que ya han demostrado en el pasado una tendencia a contravenir normas básicas del ordenamiento jurídico-penal y que exhiben un alto riesgo de cometer otros delitos graves en el futuro. En consonancia con este programa investigativo, las reflexiones que presentamos no tienen la pretensión de dar una respuesta definitiva, sino que deben entenderse como una invitación a discutir una de las cuestiones más acuciantes de nuestra realidad social.

15 Véase al respecto la nota al pie 9.

En todo caso, el análisis comparativo de los sistemas de una sola vía, representados por el derecho penal colombiano, y de los *sistemas de doble vía*, que encarna el derecho de penas y medidas alemán, ha mostrado que estos últimos presentan dos ventajas generales que los hacen dignos de consideración también en otros entornos.

En primera instancia, mientras que los sistemas monistas disfrazan de penas por hechos pasados las necesidades de protección hacia el futuro, los sistemas dualistas muestran una mayor transparencia, lo que permite comprender que se trata, en realidad, de dos problemas jurídicos diferentes que, por consiguiente, deben ser abordados con paradigmas independientes: por un lado, el del *castigo* por el hecho pasado y, por otro, el de la *prevención* de posibles crímenes futuros. Esta distinción, a su vez, permite alcanzar una mayor coherencia axiológica y sistemática de cada una de esas vías de reacción estatal, lo que, a su vez, repercute de manera positiva en principios centrales dentro de un Estado de Derecho, como los de igualdad y seguridad jurídica.

La segunda ventaja de los *sistemas de doble* vía radica en que permiten alcanzar un balance satisfactorio en un terreno extremadamente complejo debido a la confluencia y confrontación de múltiples derechos e intereses. Así, por una parte, las víctimas ven satisfechas sus pretensiones de justicia a través de una pena ajustada a la culpabilidad del autor y a las potenciales víctimas se les confiere un nivel de protección que varía en función de la peligrosidad de ciertos sujetos. Por otra, contrario a lo que podría pensarse a primera vista, los *sistemas de doble vía* resultan más garantistas para los destinatarios del poder coactivo del Estado, pues, entre otras razones, en lugar de penas de larga duración que en muchos casos constituyen penas de prisión perpetua *de facto*, apelan a medidas de seguridad que deben ser revisadas periódicamente pudiendo así cesar mucho antes que las penas incapacitantes de los sistemas de una sola vía.

Desde el punto de vista práctico, una de las consecuencias más importantes de la implementación de un sistema dualista en un ordenamiento jurídico como el colombiano, con unas penas de prisión altísimas, sería la imperiosa necesidad de reducirlas a niveles acordes con los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Esto sería posible gracias a que, en aquellas situaciones excepcionales en las que fuese necesario extender, por razones netamente preventivas o securitarias, el tiempo de restricción de la libertad de ciertos delincuentes imputables especialmente peligrosos, se tendrían a disposición las medidas de corrección y seguridad, las cuales deberían estar sometidas a requisitos precisos y estrictos que garantizarían no solo un ámbito de aplicación restringido, sino, sobre todo, acorde con los principios y derechos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Somos conscientes de que los *sistemas de doble vía* contemplan grandes retos teóricos que deben ser resueltos antes de poder pensar en su implementación práctica. No obstante, la ciencia jurídica no puede permitirse asumir una actitud autocomplaciente frente a una regulación poco satisfactoria de una realidad desafortunada y, de esta manera, dar *vía libre* a una política criminal intuitiva e irreflexiva, como la que abunda en nuestro entorno. Su labor no puede ser otra que la reflexión crítica en búsqueda de mejores alternativas de solución.

Conflicto de interés

No se presentó conflicto de interés en el desarrollo de la presente investigación académica. Declaramos que no mantenemos ninguna relación financiera, profesional o personal que pudiera influir en el diseño del estudio, así como en la interpretación y publicación de los resultados obtenidos. Asimismo, manifestamos el cumplimiento de las normas éticas y de integridad científica, de conformidad con las directrices establecidas por la comunidad académica y por la presente revista.

Referencias

Albrecht, H.-J. (2017). Empirische Strafzumessungsforschung. En C. Safferling, G. Kett-Straub, C. Jäger, y H. Kudlich (Eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag* (pp. 185-199). C. F. Müller.

Ashworth, A., y Zedner, L. H. (2014). *Preventive justice*. Oxford University Press.

Basso, G. (2019). Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho. Marcial Pons.

Cita Triana, R. A., y González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Grupo Editorial Ibañez.

Dessecker, A. (2023). § 66. En: Kindhäuser, U. (Hrsg.). (2017). *Nomos Kommentar*, Band 1: §§ 1-79b StGB (5. Aufl.). Nomos.

Eser, A. (2001). Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht. En G. Britz, H. Jung, H. Koriath, y E. Müller (Eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag* (pp. 213-236). C. H. Beck.

Feijoo Sánchez, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: el debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *InDret Penal: Revista para el Análisis del Derecho, 1*, 1-20.

Frisch, W. (2007). Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho. *InDret*, *3*, 1-52.

Germann, U. (2009). Zweispurige Verbrechensbekämpfung. Kriminalpolitik und Gesetzgebung im transnationalen Diskurs: Franz von Liszt, die schweizerische Strafrechtsreform und die Zweispurigkeit von Strafen und Massregeln. *Rechtsgeschichte: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 84-121.

Gutiérrez Anzola, J. E. (1956). *Doctrina y práctica del estado peligroso en Colombia. Comentario al Estatuto de Seguridad Social. Decreto Extraordinario No. 0014 de 1955*. Editorial Diario Jurídico.

Hassemer, W. (2006). Sicherheit durch Strafrecht. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 130-143.

Hörnle, T. (2003). *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la determinación de la pena en Alemania*. Fabián J. Di Placido (editor).

Husak, D. (2013). Preventive detention as punishment? Some possible obstacles. En A. Ashworth, L. Zedner, y P. Tomlin (Eds.), *Prevention and the limits of the criminal law* (pp. 178-193). Oxford University Press.

Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Vol. I (2a ed.). Walter de Gruyter.

Kindhäuser, U., y Hilgendorf, E. (2023). *Código Penal alemán. Comentado*. Vol. 1: Parte General (L. A. Días, L. Tuñón, M. A. Sancinetti, y P. S. Ziffer, Trads.). Hammurabi.

Meier, B.-D. (2019). *Strafrechtliche Sanktionen* (5a ed.). Springer.

Meier, B.-D. (2025). *Strafrechtliche Sanktionen* (6a ed.). Springer.

Mitsch, W. (2011). Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr? *Juristische Schulung*, 785-789.

Morse, S. J. (1998). Fear of danger, flight from culpability. *Psychology, Public Policy, and Law*, *4* (1-2), 250-267.

Orozco López, H. D. (2018). *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*. Mohr Siebeck.

Orozco López, H. D., y Reyes Alvarado, Y. (2025). Medidas de seguridad para imputables peligrosos: un debate impostergable. *Revista Derecho Penal y Criminología*, *46*(121), 9-12.

Pawlik, M. (2022). La misión del derecho penal y la legitimación de la pena en Welzel. En W. Frisch, G. Jakobs, M. Kubiciel, M. Pawlik, C.-F. Stuckenberg, Y. Reyes Alvarado, C. E. Ruiz López, N. Bautista Pizarro, & H. D. Orozco López (Eds.), *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel* (pp. 93-122). Universidad Externado de Colombia.

Pawlik, M. (2023). *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito* (I. Coca Vila, M. D. Lerman, & H. D. Orozco López, Trads.). Universidad Externado de Colombia/Atelier.

Peglau, J., § 66. En: Baur, A. et al. (2022). *Leipziger Kommentar StGB*, Band 5 §§ 56-68g. De Gruyter.

Posada Maya, R., y Hernández Beltrán, H. M. (2001). *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*. Biblioteca Jurídica Diké.

Reyes Alvarado, Y. (2022). ¿Prevenir o castigar? En L. J. Ariza, M. Iturralde, & F. L. Tamayo Arboleda (Eds.), *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*. Universidad de los Andes.

Robinson, P. H. (2001). Punishing dangerousness: Cloaking preventive detention as criminal justice. *Harvard Law Review*, *114*(5), 1429-1456.

Roxin, C., y Greco, L. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Vol. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5a ed.). C. H. Beck.

Sierra Olivieri, H. y Orozco López, H. (2025/2026). Comentario a los artículos arts. 59, 60 y 61 del Código Penal (Ley 599 de 2000) [https://blogpenal.uexternado.edu.co/codigo-penal-comentado/]

Silva Sánchez, J.-M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, *2*, 1-15.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal. Parte general I: El hecho punible* (M. Cancio Meliá, & M. A. Sancinetti, Trads.) (4a ed.). Hammurabi.

Streng, F. (2003). Das Legitimations-Dilemma sichernden Freiheitsentzugs—Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung. En D. Dölling (Ed.), *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag* (pp. 611-642). Duncker & Humblot.

Streng, F. (2013). Zur Legitimation der Sicherungsverwahrung. *Strafverteidiger*, 236-243.

Velásquez Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de derecho penal. Parte General* (3a ed.). Tirant lo Blanch.

von Liszt, F. (1994). *La idea de fin en el derecho penal* (E. Aimone Gibson, Trad.). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad de Valparaíso.

Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (11, Reprint). De Gruyter.

Zimmermann, T. (2013). Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG). *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 164-178.