

# La costumbre en el derecho penal: Una mirada desde la realidad

*Jackson René Valbuena Cure\**

**Resumen:** El objetivo general del presente escrito es precisar la función de la costumbre como fuente material del derecho en el ámbito jurídico-penal. En procura de alcanzar dicha meta el texto revisa lo atinente a su uso en el sistema jurídico a través del estudio del derecho positivo y de los casos de la vida real; así mismo, precisa el concepto de costumbre como fuente del derecho en el ámbito doctrinal. Además, describe la función que esa figura cumple en el marco del derecho punitivo; incluso, trata de enmarcar esa fuente del derecho en los debates propios de la dogmática penal, la política criminal y la criminología; y, en fin, asume una postura de cara al debate planteado. Así las cosas, esta exploración académica reconoce en la costumbre un elemento sociocultural que el derecho penal no puede negar, aunque se debe limitar su uso dentro del marco propio de las garantías propias del derecho sancionador.

**Palabras claves:** Política criminal, derecho penal, fuentes del derecho, costumbre, casos de la vida real.

**Abstract:** The general objective of this paper is to clarify the function of custom as a material source of law in the field of criminal law. To achieve this goal, the text reviews its use in the legal system through the study of positive law and real-life cases. It also clarifies the concept of custom as a source of law in the doctrinal field. It also describes the role of this concept plays in the framework of punitive law and attempts to situate this source of law in the debates of criminal dogmatics, criminal policy, and criminology. This academic exploration

---

\* Estudiante de derecho y exasistente académico del director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Correo de contacto: [jackson.valbuena@usa.edu.co](mailto:jackson.valbuena@usa.edu.co). Este trabajo se confeccionó durante las sesiones del Semillero de Investigación Problemas Actuales del Derecho Penal III Cohorte y contó con la dirección y asesoría del Profesor Fernando Velásquez Velásquez. El autor agradece expresamente a los profesores John Zulaga Tabora y Juan David Jaramillo Restrepo, por sus aportes académicos para la confección de este trabajo.

thus recognizes a socio-cultural element in custom that criminal law cannot deny. However, its use must be limited within the framework of the guarantees inherent to punitive law.

**Keywords:** Criminal policy, criminal law, sources of law, custom, legal case.

## Introducción

La llamada Teoría Pura del Derecho acuñada por el gran teórico austríaco de las disciplinas jurídicas Hans Kelsen, como una pieza de su gran construcción académica, plasma en una estructura piramidal la jerarquía de lo que debe ser un ordenamiento jurídico (Muñoz, 2017, pp. 183 ss.); sin embargo, ella –que es de corte legalista– hablaría de un sistema muy pobre si se le concibiera de forma aislada. Por ello, debe ser acompañada de una multiplicidad de edificios teóricos que, al rodearla, la complementan y conforman hasta confluir en un sistema jurídico integral.

Uno de estos constructos es el de las fuentes jurídicas, entre las cuales se encuentra la costumbre cuya aplicación en el ámbito penal es compleja y requiere de la superación de diversos retos académicos. Las fuentes del derecho, recuérdese, juegan un papel preponderante en la realización de la labor jurídica por lo cual la aportación de contenidos críticos y pragmáticos sobre la problemática de la costumbre completa y facilita la labor de quienes se dedican a la ciencia del derecho, máxime si esa alzada académica sirve de ventana para aproximar el derecho a la realidad.

En efecto, de un lado, una lectura solo normativa del derecho penal genera renuencia frente al uso de la costumbre y clama por la seguridad jurídica cuando arguye los nefastos resultados para las garantías que ha tenido su uso en el pasado; de otro lado, no se puede dejar de lado el empleo de una construcción jurídica por razones históricas tal como ocurrió con la criminología (Velásquez, 2020, p. 9). Esto negaría las posibilidades del sistema jurídico integral por el que aquí se propende. Por ello, son muchos los retos que tiene la aplicación de la costumbre en el derecho penal no

obstante lo cual cabe cuestionarse por los réditos que ella puede otorgar a la hora de complementar el ordenamiento; así mismo, surgen dudas sobre la compatibilidad de esta propuesta con las garantías y los principios que caracterizan este sector del ordenamiento.

Como se sabe, en atención a argumentos históricos y garantistas se ha desarrollado una cultura legalista en torno al derecho penal por lo cual son pocos los manuales dedicados a esas materias que incluyen a la costumbre entre el catálogo de fuentes; por tal razón, cuando se buscan las incursiones académicas actuales que puedan servir de base para dicha reflexión resulta complejo hallarlas y, lo más frecuente, es encontrarse con una negativa rotunda casi siempre respaldada con el argumento de que debe primar el imperio de la ley. El estado del arte sobre la materia es, pues, bastante escaso. Y otro tanto sucede, dígame desde ya, con el marco teórico sobre el cual se propone esta incursión intelectual.

Así las cosas, justo en este contexto y con las limitaciones correspondientes, surge el interrogante que plasma el problema de investigación al cual se dedica esta investigación: ¿Qué papel juega la costumbre en el sistema jurídico-penal de las fuentes? Para tratar de responder a esa pregunta esta indagación académica persigue, a título de objetivo general, desentrañar el papel de dicha fuente en ese entramado propio de la teoría general del derecho; y, como objetivos específicos, se busca indagar sobre la costumbre en el campo jurídico-penal, además de precisar sus posibles aportes y verificar su papel a partir de casos reales.

En cuanto a la metodología utilizada debe decirse que ella es de tipo crítico-descriptiva porque, a partir de las fuentes examinadas (básicamente, estudiosos sobre las materias tratadas), después de mostrar el asunto que motiva esta reflexión se hace un estudio crítico del mismo; además, ella es empírica porque se nutre de casos de la vida real a partir de los cuales se ponen a prueba las construcciones teóricas. Es más, esa es la razón por la cual esta elaboración emplea una sistemática erigida a partir de tres pasos:

El primero, exclusivamente teórico, consiste en revisar conceptos que permitan dibujar las primeras líneas de lo expuesto; el segundo, de contenido crítico, propone las expectativas suscitadas por el estudio y reflexión conceptuales de cara a abordar el problema de investigación. Y, el tercero, de corte socio-jurídico, se nutre de posturas político-criminales y criminológicas de cara a aterrizar el debate a casos de la vida real. Con ello, obvio es decirlo, se busca apuntalar la conclusión del trabajo.

Así las cosas, en lo que sigue –en primer lugar– se hace un examen de la figura estudiada en el derecho penal y se abordan tres casos concretos que muestran su importancia; en segundo lugar, se estudia el papel de esta construcción como fuente del derecho. En tercer lugar, se aborda la costumbre en el ámbito del derecho penal; luego, en cuarto lugar, se hace una crítica del instituto cuando se examina la relación entre el legalismo y la ineficacia de la norma. Al final, se toma posición sobre el asunto y se formula la conclusión; también, se incluyen las referencias bibliográficas correspondientes.

## **La costumbre en el derecho nacional**

La tarea de estudiar un sistema jurídico es ardua porque es una actividad que requiere mucho rigor máxime si se tienen en cuenta los diversos niveles de análisis que se pueden abordar; no se olvide, al respecto, que el estado en el cual se encuentra el derecho de una nación admite diversos contenidos. Sin embargo, es la norma jurídica –por su carácter pétreo– el primer estadio a visitar a la hora de examinar el derecho nacional seguido por la jurisprudencia que está sometida al imperio de la ley. Ambas tienen una estrecha relación.

## **En el derecho positivo y en la jurisprudencia.**

En el ordenamiento existen diversas previsiones sobre el papel de la costumbre como se desprende de las siguientes normativas:

Ese estudio se debe realizar de forma ordenada, es decir, respetando la jerarquía de las normas. En efecto, la Constitución –*norma normarum*– es la cúspide del edificio legal y ella funge como el marco que encierra y delimita el resto del sistema; en ella se encuadran las fuentes del derecho, así: “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” (Constitución Política de 1991, art. 230).

En esa disposición se plasman las fuentes jurídicas de todo el ordenamiento, destacando que la ley es la imperante, lo que no se opone a la complementación de la actividad judicial a través de las demás fuentes; es más, la aplicación de esta norma reúne todas las fuentes generales del derecho, no obstante lo cual existen diferencias en cada área jurídica. Por ello, conviene revisar los códigos para precisar cómo se ocupan de la costumbre.

Así las cosas, en materia del derecho privado es mucha la influencia del derecho consuetudinario como se observa en el Código Civil (Ley 57 de 1887) donde se hacen veintidós menciones a la costumbre. Las primeras, referidas a su aplicación en el derecho civil y sus límites (arts. 8.º y 16.º del Código Civil). De ahí en adelante se hacen repetidas alusiones a las “buenas costumbres” y a las “costumbres del país” como limitantes o complementarias de varias figuras jurídicas (arts. 636, 1246, 1524, 1532, etc. *idem*).

A su turno, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) que se complementa con la normativa antes citada (Código Civil), es el que más se refiere a dicha fuente cuando la menciona en sesenta y nueve oportunidades. En materia comercial, pues, se vislumbra una estructura similar a la del Código Civil en cuanto a su uso, como se infiere de los primeros artículos sobre la “costumbre comercial” en los cuales ella aparece en un marco conceptual y general (arts. 4.º, 5.º, 6.º, etc., Código de Comercio). Más adelante, se encuentran casos específicos en los cuales la costumbre contribuye en la definición y aplicación de figuras comerciales particulares (arts. 827, 909, 1249, etc. *idem*).

Incluso, son notables las similitudes de esas normas con las del derecho privado; empero, existe una diferencia sustancial y definitiva: En el ámbito comercial la costumbre se equiparaba a la ley de forma ilimitada; así:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior (Decreto 410 de 1971, art. 3.º).

Tanta importancia tiene la costumbre en el derecho comercial que puede llegar a estar a la altura de la ley siempre y cuando no la contraríe, sometiendo a los jueces a su imperio. A su turno, añádase, a lo largo del tiempo han existido modificaciones a los códigos nacionales mediante los cuales se ha reencaminado la ley pero la costumbre siempre es materia de debate; así ocurre con la Ley 153 de 1887 reformativa de la Ley 57 de 1887 (Código Civil). En efecto, dos de sus artículos describían la “costumbre religiosa” y la “moral cristiana” (expresiones declaradas inconstitucionales: Sents. C-224/94 y C-037/00, CConst.) como generales (arts. 16 y 23, Ley 53 de 1887), lo cual es prueba fehaciente de la constancia del derecho consuetudinario en materia privada.

Así las cosas, la constante evocación de la costumbre deja entrever la importancia de su papel. Asunto muy distinto en otras ramas del derecho, pues mientras en los códigos anteriormente referenciados existen cuantiosas alusiones al derecho consuetudinario en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) existen pobres nueve llamados a su uso y, de nuevo, se alude al marco constitucional de fuentes (arts. 7.º y 42 del Código General del Proceso). Finalmente, se procede a explicar los mecanismos para probar la costumbre (arts. 178, 179 y 226 *idem*).

Por tal razón, el estudio de la legislación puede cerrarse con el documento legal de mayor importancia para este trabajo que es el Código Penal (Ley 599 de 2000); en él no existe ninguna referencia directa a la costumbre aunque sí se alude a ella de forma implícita, cuando se prevé el principio de

legalidad de los delitos y de las penas del cual emanan diversas prohibiciones, entre las cuales se debe mencionar la de acudir al derecho no escrito como se desprende del artículo 6.º cuando habla de “leyes preexistentes” al acto que se impute. Pero también es importante dirigirse a la jurisprudencia para tratar de examinar algunos casos de la vida real de los cuales ella se ocupa. En efecto, la Corte Constitucional en diversas decisiones se ocupa de las relaciones entre la carta política y la costumbre como fuente de derecho; así sucede cuando se ocupa del elemento psicológico de la misma y afirma –al hacer referencia a la “moral cristiana”–:

Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre (Sent. C-224/1994, CConst.).

En esta Sentencia se dice que existe una moral social y ésta prevalece en cada pueblo y “la moral individual es la interpretación que cada uno hace de la moral social” (Sent. C-224/1994, p. 11, CConst.). Sin embargo, la costumbre *contra legem* se encuentra supeditada a la ley porque si la contraría lo hace también con la Constitución. Este análisis de la Corte es *ex post* a la promulgación de una ley y en el marco de su revisión constitucional, pues de la importancia de las costumbres y la cultura podría surgir una razón –como se probará más adelante– para declarar una ley inconstitucional.

Al ser la costumbre creada por el pueblo ella encuentra su legitimidad en la misma tradición, máxime si la Constitución reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación; por ello se ha dicho que Colombia es un país de regiones y esto es bastante complejo cuando se aborda el tema de la costumbre y la cultura nacional, porque si bien hay elementos comunes a la nación también existen costumbres locales y regionales cuya validez no se extiende a todo el territorio nacional (Sent. C-224/1994, p. 17, CConst.). Así las cosas, la constitucionalidad del derecho consuetudinario refuerza la idea de su uso vinculante pero la diversidad cultural genera retos a la hora de llevar a cabo esta tarea, todo lo cual hace urgente una reflexión sobre cómo

abarcar el reto de la diversidad sociocultural y la necesidad de introducir la costumbre como fuente del derecho. Obsérvense los siguientes ejemplos extractados de la vida real.

### **Algunos casos para la reflexión.**

#### *El proceso contra los magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.*

Gracias a un informe que, en su momento, elaboró la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial se detectó que, durante los días catorce y quince de febrero de 1983, los jueces que integraban el Tribunal Superior de Distrito Judicial dispusieron –mediante Acuerdo número 1045 del 3 de febrero de 1983– suspender los términos judiciales y ordenar el cierre de todos los despachos, durante la celebración del Carnaval de Barranquilla (Sent. 22/2/1985, CSJ, p. 73). Los togados afirmaron que era necesario adoptar dicha medida, pues la citada festividad transformaba la actividad ciudadana lo cual dificultaba la labor judicial como ocurrió cuando se dio muerte a un juez por parte de personas aún no identificadas, durante las festividades anteriores. La defensa, en consecuencia, sostuvo que los endilgados actuaron convencidos de que su obrar era acorde a derecho (Sent. 22/2/1985, CSJ, p. 77), con base en lo cual se alegó la inexistencia de la culpabilidad, pese a que –en principio– se trataba de una conducta que podía encajar en el tipo penal de prevaricato (hoy, art. 413 del Código Penal).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precluyó la investigación porque no encontró establecido el elemento culpabilidad en el actuar de los encartados; según ella, obraron con la convicción errada e invencible de que no infringían la ley por lo cual concurrió en su actuar un error de tipo: La decisión no fue compartida en su totalidad por tres magistrados, quienes confeccionaron un escrito de aclaración (uno de ellos un conjuer) porque entendían que en el caso se configuraba más bien un error de prohibición que recaía sobre la antijuridicidad de la norma y no sobre los hechos (Auto 22/2/1985, CSJ, p. 80).

Por supuesto, la responsabilidad es una categoría común a las diversas ramas del derecho y, en este caso, tocaba con las eximentes en materia de error de tipo o de prohibición, de donde cabe discutir la relación transversal entre el error jurídico penal y la costumbre, en atención a las prácticas sociales dado que en la costumbre existe el elemento psicológico que puede viciar la exigibilidad de otra conducta y ha de ser estudiado. Y ello es así porque durante los días de carnaval se modifica de forma sustancial la actividad laboral (El Herald, 2016).

En este caso, pues, es evidente que la costumbre existente afecta de manera clara las relaciones laborales y mal se podía acudir al derecho penal para castigar a quienes, como magistrados, no despacharon durante las festividades. Desde luego, si esa misma situación se presentara en otro lugar del país donde no hay carnaval mal podrían invocar los jueces la existencia de la costumbre y, por ende, apuntalar la tesis defensiva del error jurídico-penal.

### *El episodio que protagonizó el cantautor Silvestre Dangond.*

Una conducta mediante la cual se demostró la necesidad de incluir el aspecto consuetudinario y cultural a la hora de valorar ciertas conductas con aparentes repercusiones jurídico-penales, es la que involucró hace unos años al cantante de música vallenata Silvestre Dangond. En efecto, durante un concierto en Patillal (Corregimiento del Municipio de Valledupar), el cantante tocó las partes íntimas de un niño y sacó varios billetes de su bolsillo que entregó a aquél como regalo de aguinaldo; es más, cuando el párvulo iba a descender de la tarima el músico le hizo una broma y le lanzó su mano a los genitales pellizcándolo; al ser recriminado, el artista reconoció los hechos y dio disculpas públicas afirmando que no tenía mala intención y solo era una broma (Herrera, 2011). Esta conducta, en principio, encaja en las descripciones típicas contenidas en la ley penal (arts. 209 y ss. del Código Penal vigente).

Es más, se adujo por parte de la defensa del artista que si bien su conducta fue reprochable socialmente, de ninguna manera podía ser calificada como

delito porque no hubo dolo; incluso, el padre de la supuesta víctima llegó a aseverar que “[...] el menor jamás fue abusado u ofendido por el cantante ... El hecho señalado no es más que un comportamiento propio de nuestra cultura costeña” (Quevedo, 2011) y que el artista, con su gesto, quiso decir que era un “varón” y no tenía mala intención. El mismo joven afectado, al ser entrevistado, se refirió a los hechos de manera festiva y dijo ser admirador del cantante quien lo agasajó al permitirle subir a la tarima y hablar a través del micrófono; aduce que se trata de una persona muy querida y es un buen cantor (Rincón, 2011).

La Fiscalía General de la Nación, en consecuencia, precluyó la actuación pues consideró que el cantante no afectó de forma alguna al niño y nunca tuvo intención de hacerlo; entendió, pues, el acto como un gesto de jocosidad lejos de toda actuación lujuriosa, máxime que los mismos familiares del menor consideraron la conducta como no delictiva por tratarse de un gesto muy común en ciertas partes de la Costa norte del país (Caro, 2012).

Como es obvio, el caso anterior no fue llevado a juicio por lo cual no se puede hablar de una decisión que haga carrera jurisprudencial, sin embargo es digno de estudio frente al tema de la costumbre y la imputación penal; en efecto, si bien la actuación del cantante no es digna de aplausos tampoco lo sería una condena penal. No se puede olvidar la existencia de costumbres de las que se deriva una cierta aceptación social de algún comportamiento y que responden a un entendimiento inocente y equívoco del accionar del agente, lo cual desemboca en la necesidad de modificar dicha costumbre pero ello no le corresponde al derecho penal.

Así las cosas, en la conducta del cantante mencionado concurren elementos consuetudinarios y contextuales que pueden modificar el juicio de desvalor sobre el actuar del autor, lo cual depende del contexto social en el cual se desenvuelve el comportamiento. Una cosa, entonces, es valorar el actuar de Silvestre Dangond en Patillal cuando realiza este gesto con un niño y, añádase, otra muy distinta sería si la lleva a cabo Andrea Bocelli en Praga puesto que el lugar y las costumbres en torno al acto modifican el

juzgamiento que se deba hacer del mismo. Negar dicha perspectiva de análisis sería un atropello contra la diversidad sociocultural por la que propende la propia Constitución.

### *La situación de las corridas de toros y otros espectáculos.*

Otro caso que motiva la reflexión es este, máxime si se tiene en cuenta que conductas como el maltrato animal fueron elevadas a rango de normas prohibidas por la Ley 1774 de 2016 –que introdujo el Título XIA en el Código Penal denominado como “De los delitos contra los animales”–; a este respecto, la Corte Constitucional se ocupó de una demanda contra el articulado en mención (Sent. C-041 de 2017) y declaró inexecutable el parágrafo 3.º del art. 339B y difirió los efectos de la decisión por el término de dos años, contados a partir de la notificación de la sentencia. Uno de los magistrados, para el caso Alberto Rojas Ríos, hizo importantes reflexiones en un Salvamento de Voto que si bien no son vinculantes jurídicamente juegan un papel imprescindible en la solución del problema que aquí se trata. En efecto, él empieza por afirmar que con esta sentencia la Corte incurre en contradicción con sentencias pasadas en relación con los temas taurinos. Es más, señala que con ello se criminalizan de manera desproporcionada más allá de los fines del derecho penal las conductas culturales que encajan en estos tipos penales (SVoto, A. Rojas, Sent. C-041 de 2017, CConst., p. 73).

Así las cosas, los límites al ejercicio del *ius puniendi* se ven rebasados por esa Sentencia, pues desconoce el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, lo cual significa que una conducta –antes de ser punida– debe ser sancionada por medios distintos y menos violentos e intrusivos; en otras palabras, esa decisión se erigía en una expresión más del conocido “populismo punitivo” (SVoto, A. Rojas, Sent. C-041 de 2017, p. 74).

No obstante, mediante Auto 547 de 22 de agosto de 2018, la misma corporación decidió “DECLARAR la nulidad del numeral segundo de la Sentencia C-041 de 2017 por violación de la cosa juzgada constitucional con

lo resuelto en las Sentencias C-666 de 2010 reiterado en la Sentencia C-889 de 2012”. Y, en otro pronunciamiento (CConst., Sent. C-133 de 2019), se declaró: “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-666 de 2010, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 7.º de la Ley 84 de 1989” y, “en consecuencia, declarar EXEQUIBLE, en los términos de la mencionada sentencia, el parágrafo 3.º del artículo 5.º de la Ley 1774 de 2016”.

Pero el debate se agudizó más cuando la Alcaldía de Bogotá propuso la realización de una consulta popular, de cara a determinar si existía o no consenso para la realización de corridas de toros y novilladas en la capital; el asunto fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, la cual dispuso que la figura de la consulta popular no podía servir como un medio de imposición ideológica sobre un asunto que hace parte del patrimonio nacional (Sent. SU-056 de 2018, p. 7). Se dijo, pues, que el Estado colombiano protege la tolerancia y la neutralidad de cada cosmovisión y la diversidad sociocultural, por lo cual someter una manifestación de una costumbre social y expresión cultural a la aprobación de las mayorías, es una violación a estos principios; asuntos de esta índole no pueden ser decididos por la regla de las mayorías y, se agrega, solo el legislador puede prohibir las corridas de toros aunque la eficacia de los principios democráticos exige extremo cuidado con dichas decisiones y un estudio profundo sobre las normas legales (Sent. SU-056 de 2018, pp. 8, 13 y 27).

Y esto, desde ese punto de vista, era apenas comprensible: El respeto y la protección de las costumbres y las prácticas nacionales es de rango constitucional. El derecho debe responder a las costumbres pero jamás de manera totalitarista; poner en tela de juicio derechos a través de mecanismos de participación popular es claramente inconstitucional. Se puede estar a favor o en contra de la tauromaquia, pero las razones para prohibirla, y aún peor, punirla, no se deben hallar en motivos populares. Siguiendo esa lógica podrían aplicarse penas a otros comportamientos rechazados por las mayorías, lo que sería abiertamente peligroso. Incluso, se debe tener en cuenta que la aceptación de las libertades ajenas no significa festejar actos lesivos; sin embargo, la resolución de situaciones límite como la tauromaquia no debe

hallarse en el derecho penal, por dos razones: primero, por el principio de *ultima ratio*; y, segundo, por la poca efectividad que tendría, pues la respuesta sería la creación de un mercado subterráneo para el desarrollo de estas prácticas.

Desde luego, la prohibición total de este tipo de conductas resulta contraproducente, su limitación resulta más conveniente pero existe un frente más allá de lo jurídico donde se da esta batalla. En este caso, como en ningún otro, se vislumbra el papel de la costumbre; y, si se afirma como postulado general aquel según el cual las cosas se deshacen como se hacen, cabe preguntar: ¿Será posible aplicar ese principio a esta clase de situaciones? La tauromaquia, pues, no está prohibida en razón a su acervo cultural y si por ella existe también gracias a ello dejara de pervivir.

Incluso, es de suyo evidente que las nuevas generaciones se han vuelto cada vez más sensibles frente a la situación de los animales y esas posturas, así no sean compartidas deben ser respetadas, así se llegue al extremo de preconizar que también debe haber abstención en el consumo de la carne. Tarde o temprano, pues, dichas sensibilidades desembocarán en una transformación cultural tal que las corridas de toros dejarán de existir por cuenta propia, sin intervención penal y respetando las libertades de quienes disfrutan estos espectáculos.

Las libertades individuales, no se olvide, suponen en su núcleo la intangibilidad de las voluntades ajenas lo cual converge en la necesidad de respetar las posturas de los demás y permitirles en tanto no sean lesivas. Como bien se explicó, este es un caso límite y su resolución puede hallarse en el desarrollo de campañas no penales de sensibilización que confluyen en cambios culturales, que terminan por abolir la susodicha práctica mientras se respetan las garantías y los derechos constitucionales de los ciudadanos.

## **El aporte del estudio de casos.**

El estudio del caso ha sido siempre una metodología muy importante para el examen del derecho en general y del penal en particular. Los tres ejemplos anteriores, que sirven como pretexto para la reflexión académica subsiguiente, demuestran que los aportes doctrinales deben ser instrumentos que coadyuven al funcionamiento del sistema judicial. Ellos no deben partir de construcciones imaginarias y poco pragmáticas al servicio de productos de mercado o propagandísticos, empleados por quienes buscan un reflector para sí mismos y no soluciones a la infinidad de complejidades jurídicas que convergen en la actualidad.

Por ello, pues, es aquí donde resulta esencial estudiar casos y comprender a través de ellos la efectividad de las construcciones dogmáticas y doctrinales, máxime si de nada sirve un tratado entero incapaz de aportar conocimientos necesarios para la actividad judicial. Entonces, el análisis de situaciones fácticas comprueba la utilidad de un estudio como este bien sea a nivel reflexivo, complementario, resolutorio o fundante, acompañado de una mirada académica y crítica.

## **La costumbre como fuente del derecho**

### **Precisiones iniciales.**

La costumbre como una de las fuentes materiales del derecho puede llegar a determinar la creación, extinción o modificación de las normas jurídicas; por ello, en su uso y asimilación, ella no solo encuentra sus dos elementos constitutivos, es decir, el material y el psicológico, sino, además, la explicación a su obligatoriedad y alcance jurídico. Precisamente, una práctica generalizada y la creencia de que la misma tiene lugar sobre la base de una asociación general de carácter vinculante permite entender su impacto jurídico y, además, social (Noguera, 2002, p. 207).

La generalidad de la costumbre se concibe frente al seguimiento por parte de un círculo de personas respecto a aquella práctica (vinculante); esto también quiere decir que, en una dimensión social, espacial y temporal, la costumbre como práctica resulta acogida y encuentra resonancia. De ahí que se le asignen a esta fuente como características las siguientes: primero, la *constancia*, porque ella se puede aplicar cuando concurren circunstancias similares; segundo, la *uniformidad* que habla de la similitud de los hechos; y, tercero, la *duración*, que implica una cantidad de tiempo durante el cual la costumbre ha sido usada (Monroy, 1971, p. 103).

Esta comprensión resulta necesaria para dilucidar su función como fuente del derecho. Con la costumbre resulta posible exhibir y confrontar las normas jurídicas con prácticas sociales y acciones colectivas que determinan las posibilidades de su eficacia; las normas jurídicas y el sistema normativo al cual están ligadas son objeto de actualización (política y social) mediante las circunstancias histórico-sociales que lo definen y permean. En este marco, la costumbre cumple un papel dinamizador de la correspondencia y coherencia entre el sistema jurídico y el orden social al que se liga; dicho de otra manera: con la costumbre se materializa una suerte de función bisagra entre lo real y lo normativo, porque ella más que una composición jurídica es un producto social.

Así las cosas, las fuentes del derecho no aparecen aisladas o desconectadas entre sí y la costumbre no es la excepción. Esto quiere decir que en ellas y a partir de las mismas se imbrican factores definitorios del sistema jurídico. Su articulación y, de la mano de ello, sus rendimientos lingüísticos y analíticos posibilitan una retroalimentación a la manera de una relación simbiótica que actualiza, adecúa y puede asegurar la obligatoriedad de los mandatos de comportamiento y la relación social contenidos en la norma jurídica. De esta manera, lo que una fuente no logre ofrecer de cara a solucionar problemas jurídicos puede encontrarse en otra fuente, en razón de su carácter auxiliar y complementario del ejercicio de la interpretación jurídica.

La continuidad del sustento social y discursivo de muchas prácticas que pueden llegar a valorarse también como costumbres, marca un derrotero histórico al cual puede hacerse seguimiento y advertir su evolución. Así, una práctica (norma) cultural se hace costumbre y termina generando una norma jurídica (Mayer, 2000, p. 55). Esto, también permite hablar de un orden de preponderancias a partir del cual un acto que, en principio, no es vinculante en el ámbito jurídico es perfeccionado y evoluciona hasta ser tenido en cuenta en razonamientos jurisprudenciales o legales (Noguera, 2002, p. 193).

Desde luego, más allá de la relevancia de la costumbre la cual también es una fuente material en el ámbito del derecho penal, la misma no es ajena a frecuentes y profundas críticas. Precisamente, por la importancia que tienen la claridad, la taxatividad, la generalidad, es decir, la legalidad del discurso jurídico, es que la costumbre, su falta de precisión y su evolución lenta e inconsistente, no permitan concebirla como la fuente principal del derecho (Noguera, 2002, p. 209). A pesar de ello, las falencias de la costumbre no pueden, paradójicamente, convertirse en el criterio para perpetuar la obsolescencia del sistema jurídico. La costumbre puede fungir como un termómetro cultural, histórico y social, con repercusiones directas en una mejor política criminal y en una mayor efectividad de la normal penal.

Las construcciones jurídicas son, pues, el resultado de avances históricos, científicos y filosóficos, por lo cual podría encontrarse en una mejor comprensión de la vida social y democrática, es decir, también de las costumbres, un criterio de evolución de las fuentes del derecho (Mouchet y Zorraquín, 1997, pp. 221-224). En la costumbre, pues, a pesar de su curiosa génesis social se encuentra una pauta muy importante que contribuye a la legitimidad de las normas y *per se* a su eficacia; es más, debe decirse que el seguimiento a su evolución puede tener importantes repercusiones sobre los actos del legislador y el juez (Aftalión, Vilanova & Raffo, 1992, p. 630). Ello no es descabellado, puesto que elaborar leyes y jurisprudencia por un camino divorciado de la vida social o ignorándola completamente resulta poco inteligente.

## Clases de costumbre.

Los criterios clasificadores en esta materia suelen girar en torno a la relación de la costumbre con la ley; por ello, cuando ella es concordante con el contenido legislativo se le conoce como *secundum legem* o según la ley, razón por la cual adquiere fuerza vinculante gracias a la remisión directa que hace la norma. Cuando la costumbre juega un papel complementario de la ley se denomina *praeter legem*, como sucede en los casos no contemplados por el legislador, pero sí por la costumbre, evento en el cual ella llena el vacío jurídico. Y, cuando la fuente consuetudinaria es opuesta a la ley porque se encuentra prohibida, por lo cual no es vinculante, se le llama *contra legem*.

Desde luego, la división de la costumbre a partir del prisma de la ley permite observar una jerarquía casi totalitaria de las fuentes jurídicas y plasma un entendimiento legalista del derecho; es decir, el alcance y la dimensión de las diversas herramientas jurídicas se encuentra subyugado por el imperio de la ley. Con ese punto de partida se genera un rezago de los rendimientos que la costumbre logra aportar como medidor social o instrumento jurídico de interpretación.

Esa lectura tradicional, adviértase, parece desconocer que tanto en la ley como en la costumbre se revelan también ciertas relaciones de poder y un especial interés por el cumplimiento de las normas (prácticas) que de estas relaciones emanan (Reale, 1984, pp. 37 y 111). Así las cosas, el legalismo en la comprensión de la costumbre delata una visión homogeneizante de la cultura jurídica para la cual la ley permea y restringe las relaciones de poder y, por lo tanto, sociales, en una suerte de definición de arriba hacia abajo; este legalismo reprime, además, el curso psicológico que arrastra toda práctica social y sitúa el orden de las fuentes jurídicas –incluida la costumbre– en la realidad que la propia ley determina.

Precisamente, dadas las permanentes reivindicaciones por un derecho que entienda su contexto es que cobra relevancia el matizar la lectura legalista de la costumbre, como una pauta para visibilizar las relaciones de poder que cruzan las dinámicas culturales y definen la obligatoriedad de las mismas en

cuanto a las relaciones sociales se refiere. En otras palabras: Es de necios no reconocer que la costumbre tiene una función evidente frente al derecho, a pesar de que el imaginario jurídico insista en postular como infalible a la ley, es decir, a la voluntad del legislador. Es innegable, pues, que la costumbre y el mundo social que en ella se sintetiza influyen, aunque de forma silenciosa, sobre las leyes y no resulta exagerado reconocer que pueden tener una aplicación directa por medio de aquellas (Vinogradoff, 1978, p. 110).

### **La costumbre en relación con otras fuentes.**

Las clásicas comprensiones del Estado moderno y del derecho que lo restringe, plantean una relación cuasi exclusiva entre las dinámicas de mando y obediencia, peso y contrapeso, poder y ley; acá, se fijan polos opuestos en cuyo balance cobra sentido la defensa de la legalidad. Esta lectura binaria pareciera que no da pie para que los usos sociales puedan también participar en la restricción de la autoridad, el mando y el poder. Es como si la apertura a otras fuentes llevara al desequilibrio de la relación entre derecho y política.

No en vano se han concebido dos grandes sistemas jurídicos como el *common law* y el *civil law*, aunque cada día ellos se aproximan más. En el mayor o menor peso que se le da a la jurisprudencia o el imperio de la Ley, estos modelos se exhiben como el resultado de un proceso influenciado por tendencias ideológicas, condiciones sociales y las costumbres de cada uno de sus lugares de desarrollo frente a lo cual, sin embargo, solo poderes decisionales (ya el legislador o el juez) han concebido el equilibrio de todos los factores.

Esa confianza legalista o judicial ha quedado rebatida con el paso del tiempo y por la influencia de la globalización dado que ambos diseños vienen siendo repensados. Por ello, ya no puede hablarse de familias jurídicas claramente delimitadas y, por lo tanto, de un “Estado de derecho que reclama la totalidad del yo” (Kahn, 2014, pp. 228 ss.), pues tanto la jurisprudencia como el imperio de la ley han urgido imbricaciones y aperturas en pro de reconocer y decidir el curso del orden social. Desde luego, a pesar de una mixtura de

sistemas, las fuentes primigenias de dichos modelos (jurisprudencia y ley) son claves para estudiar la influencia consuetudinaria en cada uno de ellos.

Los discursos y las producciones jurídicas resultan altamente determinados por el circuito social que los activa y en el que se concibe un factor definitorio de control social. No en vano se llega a hablar de una “primera Constitución”, donde los constituyentes son representantes del alma popular y por tanto de sus costumbres, lo que de forma similar ocurre con el legislador de manera posterior (Aftalión, Vilanova & Raffo, 1992, 1992, p. 629). De igual manera, por ejemplo, la costumbre primitiva es perfeccionada y, posteriormente, sucedida por la costumbre judicial (Aftalión, Vilanova & Raffo, 1992, 1992, p. 628).

Así las cosas, los ejemplos anteriores son muestras claras de la influencia de la costumbre en la formulación de premisas jurídicas y recuerdan la existencia del sistema jurídico como un texto plasmado en un contexto, la realidad social. Por ello, negar la aparición de elementos consuetudinarios en el derecho equivaldría a desconocer su naturaleza misma, como producto jurídico social y no meramente normativo. Por otra parte, aceptarlo podría permitir la comprensión, estudio y valoración, de la costumbre como lo que es: un elemento inherente al derecho.

La costumbre, pues, tiene la capacidad de dotar de eficacia y, por qué no, de legitimidad tanto a la jurisprudencia como a la ley. Aquí se encuentra una facultad que define, a la vez, la capacidad vinculante de otras fuentes jurídicas. Es por eso que solo una concepción que reconozca su coexistencia y acepte su relación constante es la que puede sostener una trascendencia social y sociológica de las fuentes jurídicas. Acá, para ser precisos, no solo se hace referencia al papel de la costumbre sino que, además, se reconoce el peso de la doctrina. Sin duda, la doctrina ofrece un saber específico acerca del derecho que, sin embargo, por tensiones de poder o de egos, termina siendo descontextualizada por el legislador o los operadores judiciales acarreado un derecho etéreo, no tan sólido científicamente y, en muchas ocasiones, complejo de implementar. La costumbre aterriza el razonamiento legal al

mundo real y ofrece la posibilidad de usar el derecho como una herramienta eficaz.

En la concepción legalista, ya con la aplicación de la ley o la preponderancia judicial, estas fuentes destierran a las demás como auxiliares o secundarias, a tal punto que en ocasiones parecen ser fuentes únicas, más que principales, un imperio legalista que desplaza a las “secundarias” de manera casi autoritaria. A pesar de todo y de la mano de su arraigo social, la costumbre yace invicta entre las demás fuentes, aunque no libre de problemas de tipo probatorio (Mouchet & Zorraquín, 1997, p. 227 y 228). Es precisamente el flaqueo a la legalidad, es decir, la taxatividad, la claridad, la anticipación del factor de decisión, lo que obstaculiza el uso de la costumbre sobre todo en el ámbito penal lo cual no puede negar que su uso es ineludible.

Los distintos modos en que evoluciona y se usa la costumbre, hace que ésta tenga un impacto diferencial atendiendo a los contextos de aplicación. Esto permite realzar la importancia de los elementos consuetudinarios frente a las otras fuentes, puesto que funge como un puente que las une a la realidad social en que se desenvuelve el derecho. Esto, además, permitiría atenuar el carácter asistemático, práctico y realista denunciado en el *common law* y, por otro lado, el más ideal y pético propio del *civil law* (Ross, 1999, p. 132).

### *La Ley.*

El derecho continental europeo ha exhibido tradicionalmente una preponderante posición de la ley como fuente jurídica (en realidad al proceso legislativo que es la verdadera fuente), al punto de calificar su alcance en términos de un “imperio de la Ley”; ella funciona, como ya se anotó, a la manera de un eje a partir del cual el ir y venir de la relación con otras fuentes resulta determinada. Así, incluso, se llega a hablar de costumbre *contra legem* para advertir, de la mano de una supuesta contradicción, la inferioridad de la costumbre frente a esta fuente; sin embargo, tal como lo anota Donna (2006, p. 445), por muy acostumbrada que sea la relación de un hecho

definido por la ley como delito, dicha ley no podrá considerarse derogada por la costumbre. El carácter imperial de la ley, pues, es tan marcado que él define, incluso, la fuerza vinculante de las demás fuentes y determina tanto la estructura como la organización según lo que ésta ordene; tal es la superioridad de esta fuente que los usos y las costumbres solo crean derecho ante la sombra y conformidad con la ley o a través de su remisión expresa (Zaffaroni, 1998, p. 125).

La costumbre parece *prima facie* estar destinada a una posición relegada y secundaria, es decir, también represora de la expresión social que en ella se sintetiza. A pesar de ello, la aparente relación de subordinación y verticalidad jerárquica resulta discutible por la alta reciprocidad que hay entre los contenidos sociopolíticos que encierra la costumbre y permean el alcance y eficacia de la Ley. Al respecto, Jiménez de Asúa afirma que lo injusto es lo que se opone a las normas de cultura en las que el derecho se basa y que se hayan reconocidas por el Estado (1950, p. 159), por lo cual el proceso legislativo democrático debería entenderse como un medio de reconocimiento de las prácticas sociales que recogen los parámetros de convivencia y de desarrollo de una comunidad.

La ley y la jurisprudencia, entonces, articulan una esfera de conocimiento y unas lógicas internas tan específicas que muchas veces la ciudadanía no logra tener un reconocimiento pleno en ellas, no tienen un lugar. A pesar de esto las normas de cultura que arrojan la ley y la jurisprudencia resultan cercanas a aquellos no expertos y dedicados a la praxis judicial. Los ciudadanos no suelen leer la norma penal, sin embargo reconocen la repugnancia por las afectaciones a los bienes jurídicos a partir del control social difuso y no, propiamente, por la amenaza de pena.

La fuente legal y la consuetudinaria tienen diferencias innegables. Mientras que el proceso de formación de la ley proviene del legislador, la costumbre representa el mundo social desde su propia génesis y consecuentes prácticas. La subconsciencia social en la que se explica la creación de la costumbre, imprime en ella de primera mano arraigo y, por lo tanto, eficacia.

En síntesis: las dos fuentes poseen diferencias irreconciliables pero esto, lejos de poner una sobre la otra, las hace necesariamente complementarias.

### *La jurisprudencia.*

El imperio de la ley tiene repercusiones culturales de las que se deja constancia en todos los niveles de discusión del sistema jurídico, incluidas la aplicación práctica y la misma enseñanza del derecho. En ese mismo sentido, pero con un mayor énfasis en la jurisprudencia como fuente jurídica, podría moverse el así conocido como sistema anglosajón, que reconoce la relevancia del precedente jurídico a partir del cual se orienta no solo el sentido de los fallos judiciales sino, además, el razonamiento operativo y pedagógico del derecho. La ley y la jurisprudencia parecieren ser pautas legales y políticas con cierta cualidad pétreo para arropar la vigencia de la seguridad jurídica.

Así mismo, el inflexible carácter vinculante de estas fuentes jurídicas también delimita una cierta falta de docilidad en la comprensión de los conflictos de intereses y su correspondiente resolución, de la cual se encargan los jueces (Engisch, 1967, p. 219). Esta no es solo una propiedad del mundo judicial típicamente anglosajón sino, incluso, del sistema judicial colombiano donde los jueces juegan un papel preponderante y, en algunos y frecuentes casos, redefinen el derecho con sus interpretaciones. Incluso, la posibilidad de alejarse, repensar o ir más allá de los precedentes resulta tan reglada y, por lo tanto, de cierta forma inflexible, que ahora pueden encontrarse elaboradas doctrinas sobre el asunto (Bonorino & Peña, 2006, p. 34). Con esto, no solo se petrifican las reglas de decisión judicial, sino, además, las posibilidades de solución a los conflictos.

La poca maleabilidad que se permite al juez, paradójicamente, estimula una forma de apertura a la discrecionalidad judicial cuando no hay un margen de maniobra reconocido entre los distintos niveles de fuentes. Entonces ¿si no es a la ley, a dónde acude el juez? Los jueces no pueden tomar medidas arbitrarias, cuando la ley no ha tratado un problema jurídico deben dirigirse a las otras fuentes del derecho. Tal vez por ello, Zaffaroni afirma que los

jueces se inspiran en el derecho científico cuando resuelven problemas que la ley no ha tratado (1998, p. 125); por eso, se refiere aquí a la doctrina, otra fuente del derecho, lo cual da pie para determinar que la solución a las complejidades jurídicas no logra desmontarse de cierto elitismo jurídico encabezado por el legislador, los jueces y los científicos, sin que llegue a tener un lugar y reconocimiento la costumbre. El uso de la costumbre, es decir, la comprensión, interpretación y apropiación judicial de prácticas sociales por parte del juez penal parece bastante limitada, a pesar de que existen figuras jurídicas y casos donde se hace indispensable.

Los cuestionamientos sobre el empleo del derecho consuetudinario en materia penal han escalado al derecho internacional. Para algunos autores es claro el uso de la costumbre en el derecho internacional penal (Ambos, 2004, p. 16; Degan, 1997, p. 142; McAuliffé de Guzmán, 2008, p. 706). En otros términos, podría afirmarse que el derecho consuetudinario se incorpora a las normas y principios del derecho internacional, lo que no es una excepción en el ámbito penal.

Una vez reconocidas ciertas aplicaciones de la costumbre en el derecho penal, hay que indagar sobre la función que puede otorgársele a ésta. Puede disponerse la costumbre como herramienta interpretativa. La existencia de fórmulas confusas o imprecisas, por ejemplo, como “otros actos inhumanos de carácter similar” (artículo 7 (1) (k) del ECPI) o la remisión, en ese mismo sentido, al derecho internacional de los conflictos armados, demuestra la existencia de casos donde la interpretación desde una perspectiva consuetudinaria puede ser provechosa (Nuñez, 2015, p. 107).

Las arengas contra el uso de la costumbre en el derecho penal suelen argüir la violación al principio de legalidad, dilucidando que aún en función interpretativa la costumbre puede atentar contra la legalidad. Así las cosas, resulta imprescindible advertir que la interpretación de normas oscuras no está encaminada a la creación de otras nuevas, únicamente busca esbozar un significado de la norma aunado a un contexto específico (Larenz, 1991, p. 367).

La función interpretativa del derecho consuetudinario debe leerse de frente y en concordancia con las garantías procesales, que son inherentes al derecho penal. Obedeciendo a la legalidad (elemento esencial del proceso penal), la interpretación se haya en el núcleo de la norma y no al margen de ésta (Esposito, 2006, p. 261). En otras palabras, al interpretar la norma penal el funcionario judicial se sirve de criterios consuetudinarios para enmarcar el significado de la norma en un entorno específico, no para reconstruir su significado, excediendo los límites del principio de legalidad.

Desde la perspectiva de la legalidad, parece imposible fundar la punibilidad con base en normas consuetudinarias, sin embargo un margen de maniobra al respecto es innegable. Entonces se hace necesario estudiar la función del derecho consuetudinario desde un lente respetuoso del principio de legalidad, que brinda seguridad jurídica a los ciudadanos. La interpretación consuetudinaria de las normas oscuras no se encuentra prohibida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Nuñez, 2015, pp. 114-115). Esto ha sido así desde su fundación, lo cual deja una ventana abierta dentro de un contexto (el derecho internacional), donde la costumbre resulta un elemento que no se puede ignorar.

La responsabilidad de los Estados miembros de la Corte podría estar sujeta al uso de la costumbre a modo de herramienta de interpretación de la norma penal, contextualizando su aplicación. La función de la costumbre cambia para los Estados que no son parte del Estatuto de Roma, puesto que el juicio de exigibilidad que se le hace a estos podría entenderse desde el prisma de la costumbre internacional, aplicada como norma vinculante para los infractores que no son parte de los organismos internacionales. Esta cara de la costumbre es utilizada en diversos organismos multilaterales, sin embargo en el caso penal se dificulta su aplicación por la incidencia de la legalidad.

La legalidad es, pues, un marco garantista cuyo propósito es salvaguardar los derechos del individuo. Por otro lado, el apego al legalismo habría dejado impunes crímenes tan graves como los acontecidos en la Alemania Nazi,

puesto que Núremberg fue la sede de un tribunal *ad hoc* y supuso un reto a la hora de aplicar la legalidad, mientras se cumplía con la labor de adjudicación de la responsabilidad y aplicación de las penas allí dispuestas. Por esto existen normas y principios ajenos a la ley que complementan el haber jurídico, permitieron la imputación de cargos a muchos de los responsables de tan atroces crímenes (Nuñez, 2015, p. 111). La solución al legalismo no yace en reemplazarlo sino en complementar el sistema jurídico, entendiéndolo como un compuesto de saberes en constante movimiento cuyo estudio no puede resumirse a una fuente. Ello, porque cambiar la ley positiva por la norma consuetudinaria de forma totalitaria y poco integradora, generaría altos niveles de impunidad (Bock & Preis, 2007, pp. 144 y 153).

## **La función de la costumbre en el derecho penal**

### **La costumbre como una herramienta de política criminal.**

La política criminal encuentra un complemento de gran valía en la vigencia y efectividad de los mecanismos extrapenales; con ello, el derecho penal puede llegar a garantizar su carácter de última intervención, es decir, lograr una reacción frente a los delitos y, de esa manera, propender por la protección de los bienes jurídicos. Si bien es cierto que los tiempos cambian y, por lo tanto, las medidas para confrontar la criminalidad evolucionan, el contenido drástico de las penas no debería considerarse igual en todos los tiempos.

En algún momento Beccaria se planteaba la siguiente pregunta, que es bueno traer de nuevo al debate: ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? (Beccaria, 2016, p. 12); sin embargo, sería mejor cuestionarse lo siguiente: ¿Podría variar la efectividad de la política criminal de acuerdo con el contexto? Si se responde de forma afirmativa esa cuestión, las diversas variantes de las políticas públicas podrían lograr un carácter preventivo pero no por medio del derecho penal como herramienta de terrorismo punitivo sino, al contrario, entendiendo y asimilando las prácticas

sociales, culturales y las costumbres como escenarios cuyo contenido puede ofrecer algún rendimiento de control social, con la consiguiente evitación de la intervención penal.

En efecto, en una sociedad coexisten diferentes valoraciones políticas, culturales, sociales, etc. Así, por ejemplo, para algunas organizaciones sociales el dinero en efectivo es muy valioso, mientras que para otras lo son la sal, el agua o las cabras (piénsese lo que sucede en ciertas comunidades del África todavía hoy), lo cual no impide que todos estos sistemas sean igual de respetables y valiosos. Dichas valoraciones no son únicamente monetarias, también afectan la visión de las esferas de protección jurídicas, por ejemplo, la percepción sobre la honra y el honor es distinta en las culturas cristiana y musulmana o entre los africanos, instalando una evidente diferencia en la necesidad de protección de dichos bienes en los distintos sistemas. Así, el derecho penal no se desvincula de la cultura puesto que el actuar desviado se explica en un contexto sociocultural específico (Velásquez, 2021, p. 20).

Además, la costumbre podría representar un filtro para que el derecho penal no se desentienda de su contexto, porque la construcción jurídico-penal abstracta y etérea, sin comunicación con la realidad, nace muerta, es decir, no puede asegurar su eficacia en la orientación de la conducta por medio de mandatos de prohibición. Tanto la moral como la costumbre contribuyen con insumos para que el derecho reconozca contextos y realidades; es que, bien se ha dicho, un derecho penal que deje de lado los cursos históricos sería muy pobre (Zaffaroni, Slokar & Alagia, 2002, pp. 102-103). La construcción de los bienes jurídicos parece, entonces, enlazarse con un contexto histórico y cultural por lo cual su protección tampoco puede ser ajena a él.

### **La costumbre y la efectividad de la política criminal.**

El derecho penal nacional ha bebido de las teorías de los grandes juristas europeos a lo largo de su historia (Velásquez, 2021, pp. 258 ss.); los jueces, legisladores y juristas han estudiado desde las escuelas italianas del derecho penal hasta la dogmática penal alemana, lo cual ha tenido repercusiones en

las figuras jurídico-penales. Igual ha sucedido en otros países de la misma órbita cultural.

Así las cosas, resulta imposible negar los provechosos resultados de nutrir el derecho nacional con las teorías jurídicas de vanguardia, pero es menester cuestionarse: ¿Es posible aplicar teorías alemanas o italianas en países como Colombia? ¿Qué criterios determinan las teorías que pueden o no emplearse? Preguntas dignas de un trabajo académico propio, cuya respuesta no puede tomarse a la ligera esgrimiendo argumentos escuetos en unos cuantos párrafos, pero a cuya solución al menos algo puede aportarse.

Incluso, recuérdese, esta no es la primera vez en la historia que las figuras jurídicas de una nación pretenden ser aplicadas en otras. El imperio romano se enfrentó a este reto jurídico, político y social hace ya mucho tiempo, y fue el derecho consuetudinario una herramienta fundamental en la resolución de tan complejo conflicto. Y ello, como se ha dicho, porque las diferencias entre cada pueblo imposibilitan la existencia de un derecho único con la capacidad de complementar y homogeneizar un derecho extranjero (Savigny, 1878, p. 67); con razón, pues, se advierte: “[...] esta adopción tuvo una significación diferente en los diferentes pueblos de Europa, y las modificaciones que introdujo en el dominio del derecho debían hacerse sentir de muy diversa manera” (Savigny, 1878, p. 68).

En conclusión, la introducción de figuras jurídicas extranjeras en el sistema propio del derecho nacional puede resultar muy provechosa, sobre todo cuando las instituciones en cuestión son el resultado de estudios académicos previamente puestos en práctica.

De esta forma, la protección de los bienes jurídicos puede lograr un mejor rendimiento con el respaldo de herramientas que faciliten esta misión; por ello, la legislación debe tener criterio científico, ser fruto de construcciones capaces de hacer frente a las problemáticas que buscan afrontar y no, como se acostumbra ahora, especular sobre la base de un populismo punitivo o el plagio de legislaciones ajenas a la realidad en la cual se quiere incidir. Así

las cosas, nada puede ser más garantista y eficaz que una política criminal estudiosa de la realidad y la cultura del país donde dicha norma será aplicada.

El derecho penal, no se olvide, supone la existencia de un mínimo para mantener las condiciones necesarias de una determinada organización social (Jiménez de Asúa, 1950a, p. 159). Por consiguiente, solo en esa dimensión el derecho penal podría ser uno de los pilares que respalda el orden social, aunque su abuso puede ser nefasto. De esta manera, existen otros mecanismos de control social *ex-ante* que protegen el carácter mínimo y de *ultima ratio* que el derecho penal posee. Así las cosas, otra función de la costumbre es jugar como instancia previa, coadyuvando a la prevalencia de los principios limitadores del *ius puniendi*.

A pesar de sus innegables rendimientos, existen vicisitudes en el manejo e interpretación de la costumbre que se deben tener en cuenta. En efecto, la certeza de las tradiciones humanas disminuye con el tiempo y se pierden entre más se alejan de su fuente (Beccaria, 2016, p. 16), lo cual dificulta su estudio y su uso puesto que, a diferencia de la ley escrita, aquella no es pétreo como bien se explicó anteriormente. Sin embargo, la costumbre también ofrece rendimientos que la vuelven una fuente necesaria para el derecho penal.

La nefasta historia del nacionalsocialismo alemán dejó una lección sobre el uso de la costumbre en el derecho penal. En efecto, en ese entonces la mera inmoralidad se definía como hecho punible, aunque faltase la lesión efectiva del bien jurídico; con esto se concibe algo impensable en una concepción de derecho penal respetuosa de los límites al *ius puniendi*, pues se decidía el sacrificio de derechos fundamentales a partir de criterios no estrictamente jurídicos, es decir, por infringir normas morales (Ambos, 2019, pp. 466-470). Al respecto, resulta importante el papel delimitador y protector de los bienes jurídicos. Con estos, es decir, su estudio histórico y cultural, se logra aterrizar los rendimientos del derecho penal atendiendo consideraciones propias de la naturaleza humana y no radicalmente normativas (Roxin, 1997, pp. 51 ss.). Esto sitúa al estudioso ante una perspectiva decididamente

respetuosa del principio de legalidad, con lo cual las prácticas sociales no pueden ser presupuesto de punición, sino una alternativa para reducir las distancias entre lo normativo y efectivo y, de esta manera, además, propiciar un sistema penal mínimo, limitado y garantista.

### **La costumbre y la criminología.**

Existen diversos ejemplos sobre la manera como se intenta entender las prácticas sociales para derivar consecuencias político-criminales así muchos no sean satisfactorios en términos de protección al individuo y superación del peligrosismo. Uno de ellos se encuentra en la teoría de las subculturas delincuenciales dilucidada por Albert Cohen, para quien el término subcultura es una parte de un sistema social más grande en el cual se enclava la cultura (Guemureman, 2006, p. 161). Por ello, para esta concepción los grupos sociales “desviados” no expresan una escala de valores en el mismo sentido que el resto de la sociedad; los padres de clase obrera y los de clase media crían a sus hijos de modo diferente. Así las cosas, cuando los niños se hacen jóvenes esa crianza los lleva a entrar, por ejemplo, a una pandilla o a una banda delincencial, puesto que pertenecen a moralidades diferentes; y, así muchos de clase media a veces vean cumplir sus sueños, los de clase obrera se frustran lo cual explica que se decidan por delinquir (Cid & Larrauri, 2001, pp. 154-155).

Esta teoría parte de la existencia de un conflicto de clases, en cuya virtud la competencia de las mismas termina en que la clase baja, muchas veces discriminada, cometa crímenes para poder contender. Este fenómeno se termina convirtiendo en una herramienta clasista alimentando un sentimiento de odio de clases, en lugar de resolver los problemas que generan los crímenes. El clásico ejemplo de teorías que llevan al populismo punitivo que, si bien tienen bases y argumentos rescatables, terminan en políticas poco eficaces y menos garantistas.

Cohen utiliza el término subcultura lo cual implica la existencia de una cultura, término en el que es conveniente detenerse, para poder entender

la relación de la teoría de Cohen con la costumbre (1971, pp. 49 y ss.). Una definición de cultura exige no solo una comprensión literal –como la puede ofrecer la RAE– sino, además, requiere indagar sus presupuestos sociológicos y filosóficos; en ese sentido se ha dicho que la cultura es un “pretérito condensado”, una captación acumulada y discriminada de conceptos, de donde deviene que uno de los elementos constitutivos de las naciones es la cultura (Gómez, 1998, p. 30). Esto nos permite reafirmar que existe una relación ineludible entre el hombre y la cultura y *per se* entre el hombre y el mundo, pues este es el presupuesto de la cultura (Gómez, 1998, p. 31). Sobre esa base se podría entrar a cuestionar, entonces, si la cultura y la costumbre se relacionan de algún modo. Una definición más concreta del concepto cultura y, además, más conexas con el derecho, entiende que

La cultura se refiere al conjunto de conocimientos que caracterizan a una sociedad o grupo social en un período determinado. El término cultura incluye además modos de vida, creencias, tradiciones, usos, costumbres, sistema de valores, educación, conocimientos, técnicas y leyes. La cultura ejerce su influencia sobre el individuo desde que éste nace, y aun desde antes (Hikal, 2010, p. 59).

El anterior es, sin duda, un concepto bastante claro y ligado a la costumbre, emplazándola como uno de los elementos de la cultura. Si se entiende que una transformación en la costumbre supone un cambio cultural, entonces se puede plantear una observación esencial para teorías como la propuesta por Cohen (1971, pp. 21 y ss.). Así se pueden delimitar falencias en la teoría de las subculturas delincuenciales especialmente por su peligrosismo, aunque no todo es despreciable. De esta pueden rescatarse algunas consecuencias político-criminales que no coinciden con la normativización vía ley positiva, sino, mejor aún, cercanas y estimulantes para el análisis de las costumbres sociales, puesto que Cohen prueba que existen grupos donde la desviación es parte de una cultura y de las prácticas sociales.

Un ejemplo de esto, más allá de esa concepción, es el caso que expone Córdova que habla de las subculturas delincuenciales y los carteles de droga mexicanos; según él quienes se dedican a las actividades relacionadas con el narcotráfico en México se encuentran en constante tensión por la naturaleza

de su actividad, pero ella mermada por la confianza que estos tienen en sus líderes criminales creando un sistema completo y complejo alrededor del “Narco” (2007, p. 109). Según el autor citado el mito del mafioso toma fuerza y se convierte en una cuestión fascinante para la juventud y la población en general, como ocurre con los placeres y la vida de los narcotraficantes mexicanos; parecen crearse, entonces, esquemas criminales donde el riesgo y el delito no se desligan de los conceptos de inteligencia, aventura y astucia, lo cual fortalece cada vez más la actividad narcotraficante en México (2007, p. 114).

Así las cosas, la política criminal que es trasunto de las elaboraciones criminológicas –en muchas ocasiones– termina alejándose de la realidad y el desarrollo del derecho penal necesita condensar las circunstancias donde se lleva a cabo para poder ser más eficaz y, por ende, interviniendo lo menos posible. Entonces, cabe cuestionarse, en un caso como el que plantea Córdova ¿si son válidos los mecanismos penales convencionales? En un contexto donde se ha normalizado la actividad criminal, incluso comparándola con una actividad laboral lícita. Una vez más, pues, el derecho penal debe reconocer que antes de la prohibición y su amenaza anexa, debe propiciarse un replanteamiento de las prácticas sociales por medio de la intervención social y no necesariamente penal. Aquí el análisis de la costumbre (en sentido amplio) permite nutrir la política criminal para entender si puede o no tener impacto en las situaciones concretas que intenta regular.

### **La costumbre y el principio de legalidad penal.**

El principio *Nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, como ha sido formulado por la doctrina nacional siguiendo desarrollos hispanos, supone que no hay tipo penal, pena, medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa. De lo anterior se desprende, en primer lugar, que la ley penal tiene que ser escrita, esto es, está prohibido acudir al derecho consuetudinario para crear supuestos de hecho, penas o medidas de seguridad; la costumbre, entonces, no tiene eficacia de fuente constitutiva de

figuras ni de sanciones de índole penal, ni permite imponerlas o aplicarlas (Velásquez, 2021, p. 78).

A la luz del principio de legalidad el derecho penal no puede punir conductas que no estén tipificadas, por lo tanto el derecho consuetudinario no es un presupuesto de punibilidad (Roxin, 1997, pp. 159 ss.); esta característica es indisponible a la hora de garantizar la seguridad jurídica a los ciudadanos y, además, refuerza la inspiración antropológica del *ius puniendi* puesto que si el derecho penal se limitara a castigar la infracción de meras expectativas normativas o de normas no penales, tendría una naturaleza meramente sancionatoria (Mir, 2015, p. 69).

Es claro que ese axioma prohíbe el uso de la costumbre como fuente directa en la creación de tipos penales, puesto que se pondría en riesgo la seguridad jurídica; además, es cierto que en la costumbre se puede encontrar un factor de fortalecimiento a los mismos límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado e incluso sirve para generar una política criminal más efectiva, mínima y de *ultima ratio*. Para ello, como se ha dicho, es necesario hacer uso de ésta en figuras dogmáticas que lleven a soluciones alternativas al proceso penal evitando así la punición innecesaria y el populismo punitivo (Arias, 2018, pp. 60 ss.).

Además, téngase en cuenta que al derecho penal le es inherente un componente sociológico a partir del cual es posible integrar los resultados de la historia jurídica para el conocimiento de las instituciones. Desde ese punto de vista, se ve como extraño un optimismo positivista según el cual la ley positiva es preponderantemente normativa y no suficientemente receptiva de su contexto (Guemureman, 2006, p. 161); desde luego, esto hace una distinción importante entre el derecho penal positivo –pétreo y solo mutable por vía legislativa– y las otras fuentes que son más flexibles y disponibles. Este distingo es clave para poder servirse de la costumbre sin transgredir los principios y las leyes penales.

Los principios penales, obsérvese, son mandatos de optimización (Alexy, 1993, p. 86) y su función limitativa del *ius puniendi* es innegable puesto que

solo así se protegen los derechos básicos de los ciudadanos, evitando hacer del Estado un aparato terrorista con “legitimidad o justificación”; por esto, el diálogo del derecho penal con las herramientas auxiliares siempre debe darse en clave garantista. De este modo, el uso de la costumbre en esta área del derecho debe filtrarse con el debido respeto a la constitución y a las garantías fundamentales.

Un derecho penal que canalice una mejor comunicación y reconocimiento de los contenidos de prácticas sociales puede lograr beneficios como la obligatoriedad de la ley para todos; de allí que la punibilidad sin *lex previa* se encuentre prohibida, aunque el uso de la costumbre como medio de interpretación sea permitido (Nuñez, 2015, pp. 110-120). No obstante, en tratándose de organismos como la Corte Penal Internacional se encuentra que con su marco normativo –que es autónomo– se posibilitan cuestionamientos de carácter general que se aplican al derecho penal, como sucede con el principio de legalidad y sus nexos con la costumbre, en cuya virtud se examina la mejor manera de respetar este principio mientras la fuente se aprovecha. Sin embargo, se debe tener cuidado con el uso de las sensibilidades culturales y su generalización a los fines de alimentar la violencia del leviatán por medio del derecho penal, pues es detrás de esto que se refugia el populismo punitivo. Los políticos, entonces, se enfocan en el efecto que genera el delito y no en sus causas determinando *a priori* la poca efectividad de la política criminal.

La autoridad estatal, pues, se fortalece con el sentimiento público que en algunas ocasiones se nutre de la vindicación para crear terror punitivo y no soluciones eficaces al problema de la criminalidad (Garland, 2005, pp. 235-236). Este es otro aspecto de vital observación y discusión cuando se aborda la costumbre en el derecho penal, puesto que su estudio debe ser científico para evitar el uso de la misma como una herramienta política que socave un derecho penal serio y conforme a la constitución.

## La costumbre y los estancos dogmáticos del esquema del delito.

Si se tiene en cuenta que el Código Penal acoge la noción dogmática del delito, elaborada por la doctrina alemana, que lo entiende como una conducta típica, antijurídica y culpable (art. 9.º, inc. 1.º), tanto por razones metodológicas como pedagógicas, resulta muy eficaz analizar ese concepto a partir de casos de la vida real; incluso debe tenerse en cuenta que son diversos los escenarios en los cuales la costumbre se expresa, sin embargo, resulta difícil encuadrarla con certeza en el esquema del delito, en muchas ocasiones a causa de una mala comprensión del derecho penal.

Por tal razón, vale la pena detenerse en este aparte y complementar la tarea investigativa con un caso que genera cuestionamientos sobre el tema de la costumbre y sus posibles ubicaciones dentro del esquema del delito; obsérvese: Dos jóvenes, uno de ellos mayor de edad, inician su noviazgo cuando la presunta víctima tenía la edad de 13 años y 7 meses, y tienen trato sexual consistente en tocamientos y accesos carnales repetidos (Sent. SP921-2020, CSJ, P.1). La Fiscalía General de la Nación le imputó al joven el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208, Código Penal) y él no aceptó cargos. Posteriormente, le imputó el concurso heterogéneo entre el tipo penal antes mencionado y el correspondiente al artículo 209 del Código Penal (actos sexuales con menor de catorce años) (Sent. SP921-2020, CSJ, P.2).

El juez de primera instancia, a su vez, absolvió por “existir duda de la responsabilidad criminal” y, con postelación, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales revocó la sentencia absolutoria condenando al acusado por los dos delitos ya expuestos (Sent. SP921-2020, CSJ, p. 2). Luego, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación y ello ameritó un pronunciamiento muy interesante de cara al asunto que aquí es motivo de reflexión; no obstante, cabe discutir si la tesis del error de prohibición tenida en cuenta para solucionar el asunto es o no correcta.

Desde luego, a efectos de mostrar la pertinencia de lo que se viene diciendo, resulta pertinente tanto hacer una lectura de los valores y el entendimiento

del acto que realizaba el sujeto en cuestión, como la permisión de la conducta por parte de los padres y demás adultos involucrados en el asunto; incluso, discutir la relevancia del consentimiento como elemento aparentemente legitimador de la conducta, que está implícito en la descripción típica en atención a que opera en estos casos una presunción de derecho.

Con tales miras, téngase en cuenta que la defensa del procesado alegó que su conducta constituía un “error de prohibición bajo la especie del error de subsunción, al considerar que la prueba muestra i) *“que nunca se le advirtió a C. C. C. de la ilicitud de su comportamiento por parte de la familia”*; ii) que *“la relación de noviazgo era una relación de cariño y amor entre el procesado y la víctima”*; y, iii) su inmadurez” (Sent. SP921-2020, CSJ, p. 24). Esa argumentación fue de recibo por parte de la Sala de Casación Penal cuando expresó:

Finalmente, para el casacionista resulta admisible que el endilgado tuviera capacidad y conciencia para conocer que *“una conducta ejecutada contra una persona, cuando medie un acto de violencia, es reprochable por el ordenamiento jurídico”*; sin embargo, le fue imposible comprender la ilicitud de su obrar porque la relación sexual fue fruto del amor y no de la violencia (Sent. SP921-2020, CSJ, p. 24).

Ya con las bases del caso claras subyace la cuestión del papel de la costumbre que permea el entorno social y cultural del actuar de los jóvenes implicados en el caso; así las cosas, podría entenderse que su conducta debe ser leída en un contexto y del mismo modo valorada o desvalorada. Dicho papel, podría decirse, genera la posibilidad de acudir a la tesis del error de prohibición; sin embargo, resulta indispensable analizar las otras posibilidades para abordar el caso desde una perspectiva dogmática sin olvidar las dos aclaraciones de voto emitidas por sendos magistrados.

En efecto, según el magistrado Eugenio Fernández Carlier “[...] la absolución debió proferirse por ausencia de dolo valorado, esto es, no haberse tenido conciencia de la antijuricidad, al inculpatado no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia una conducta diferente”; por su parte la aclaración de voto del magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, señala:

[...] el presente asunto ofrecía también la posibilidad de resolverlo desde la óptica de la *punibilidad*, pues aún de admitirse que el sentenciado obró con culpabilidad –y, por ende, que su comportamiento fue también típico y antijurídico– las características particulares del caso examinado suscitan la cuestión de cuán necesaria se advierte la respuesta sancionatoria del Estado.

Las diversas posturas asumidas por las partes, demuestran que –una conducta repetida y reiterada en un determinado contexto social– puede ser objeto de plurales análisis: como una posible causal de exclusión de la conducta, como un evento de atipicidad (bien por ausencia de imputación objetiva o por la presencia de un error de tipo e incluso de una carencia de dolo), de justificación e incluso de exclusión de la culpabilidad. A continuación se examinan las diversas hipótesis.

### *La costumbre y el concepto jurídico-penal de conducta.*

Es bien sabido que, en atención al sistema del derecho penal que se acoja, son distintas las concepciones teóricas sobre el delito (Jescheck & Weigend, 2002; Mir, 2015; Roxin, 1997; Schünemann, 1991; Velásquez, 2021); sin embargo, para los fines de este trabajo se partirá de la sistemática del delito propuesta por un sector de la doctrina nacional (Velásquez, 2021), en cuya virtud se parte de una concepción causal, final, social –que le hace concesiones al funcionalismo moderado– que entiende el concepto de conducta desde esa óptica.

Así las cosas, con ese punto de partida se brinda una solución bastante práctica, por no decir elegante, puesto que no se requiere avanzar hasta las categorías de la tipicidad o la antijuridicidad, como se podría hacer para resolver casos de la vida real con base en otras propuestas contenidas en las obras de otros autores. Por eso, ya desde el juicio de conducta se excluyen de la misma aquellos comportamientos irrelevantes socialmente.

Esta última postura, además de brindar una solución con criterio y respaldo científico, tiene consecuencias de política criminal innegables, léase la conclusión de la solución del caso desde la conducta, primer estanco

dogmático del esquema del delito. Se logra así una temprana resolución del problema jurídico y se ahorran juicios de valor completamente innecesarios desde esta perspectiva.

### *La costumbre y la tipicidad.*

En la misma línea de análisis, asuntos como los que aquí preocupan se podrían debatir en sede del juicio de tipicidad como, entre otros, también lo hace el expositor del cual se parte; con ello los casos que aquí son objeto de examen se podrían ventilar a la luz de la imputación objetiva. Un camino parecido aunque distinto, desde luego muy sugestivo desde el punto de vista dogmático, es el que propone el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni quien divide la categoría de la tipicidad en dos subcategorías: el tipo legal, correspondiente a la norma jurídico-penal y la tipicidad conglobante, con la cual hace un examen del caso a partir de una lectura global del sistema jurídico. De este modo se limita el *ius puniendi*, se garantiza la seguridad jurídica al analizar el caso concreto respecto al ordenamiento jurídico general y se descartan conductas carentes de ofensividad (Zaffaroni, 1996, pp. 486-890).

Con exposiciones como esa se pretende que la teoría del derecho –para el caso la penal– se mantenga ligada a la realidad, con el fin de elaborar teorías inútiles e imposibles de llevar a cabo. Por esto, el autor mencionado complementa su teoría con la figura del realismo social estrechamente vinculada con la construcción del jurista alemán Hans Welzel, intitulada teoría de la adecuación social. En palabras de Zaffaroni: los tipos penales señalan conductas socialmente relevantes expresando así la naturaleza social e histórica del derecho penal propia de los tipos legales, cuya función es otorgar valor jurídico a dichas conductas inspiradas en elementos ético-sociales (1996, p. 491); así las cosas, los tipos penales entendidos como dispositivos en los cuales se plasman conductas socialmente relevantes, reconocen la posibilidad de inspirar el derecho penal en la costumbre. Como diría Welzel, quedan por fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se presentan en

el marco del orden históricamente constituido, con lo cual es la relevancia social un concepto que modifica la tipicidad de la conducta (Welzel, 1964, pp. 54 y ss.). Así, las conductas adecuadas socialmente resultan atípicas.

### *La costumbre en la categoría de la antijuridicidad.*

De igual forma, si se continúa con el punto de partida más arriba asumido sería necesario entender el juicio de antijuridicidad como el espacio en el cual se verifica tanto el desvalor de resultado como el desvalor de acción de la conducta típica, a la luz de un concepto de injusto personal moderado (Velásquez, 2021, pp. 306, 466); con ello, debe hacerse un análisis tanto del aspecto formal como del aspecto material de la antijuridicidad desde una perspectiva social y retomando las directrices propias de la imputación objetiva. Pero, para enfrentar el análisis de casos como los que nos preocupan son posibles otras elaboraciones. Por ejemplo, se ha dicho que la antijuridicidad abarca “[...] normas de cultura, tradiciones, usos sociales, principios, bienes, valores, formas de organización política y económicas imperantes es una sociedad determinada y que se han institucionalizado por los órganos del poder político de una comunidad organizada en Estado” (Gómez, 2019, p. 135). Haciendo, así, del test que se debe llevar a cabo en la antijuridicidad un acto complejo y más completo que el propio de un simple juicio de legalidad.

Es que, en gracia de discusión, las causas de justificación mismas se podrían entender según su origen como eximentes procedentes de sectores extrapenales del ordenamiento y las genuinas que son propias del sistema penal (Díez, 2011, p. 108); ello si se obedece a los principios de *ultima ratio*, necesidad y el carácter unitario del sistema jurídico. De esta manera, un concepto global de juridicidad permite complementar la tarea de desvalor del acto al incluir elementos suprapenales (como la costumbre) para evaluar la graduación del injusto, ya sea por estar previstas como toleradas (permisiones) o deseadas (mandatos) por el sistema (Díez, 2011, p. 34).

## **Costumbre y control social, especial referencia a la imputación objetiva.**

En desarrollo de lo dicho más arriba debe hacerse hincapié en dos construcciones propias de la discusión jurídico-penal actual: una sociológica y otra jurídico penal, esto es, el control social y la imputación objetiva. El control social aglutina una serie de mecanismos a través de los cuales la organización social direcciona a quienes la integran; ello, sin embargo, no se logra exclusivamente con el uso de la fuerza sino que existen medios difusos que anticipan y complementan las condiciones para la intervención penal mínima y, por lo tanto, una política criminal más efectiva. También, el control social se ejerce frente a los “desviados”, pero cabe preguntarse qué ocurre cuando el elemento generador de las conductas riesgosas se torna preponderante y normal en una sociedad; es más, si el comportamiento desviado se vuelve generalizado. ¿Qué ocurriría, entonces, si existe una cultura en lugar de una subcultura criminal? Los nexos, pues, entre la costumbre y el control social parecen aflorar.

En una de las construcciones de la imputación objetiva elaborada con un enfoque funcionalista moderado que es clave para el derecho penal actual (Roxin, 1987, pp. 342 y ss.), se puede observar lo que se conoce como el riesgo jurídicamente relevante, esto es, el que determina el “estado de interacción normal”. Al respecto, Cancio Meliá –aunque desde un ángulo funcionalista radical– ofrece luces sobre los nexos entre esta construcción y la costumbre al afirmar que “[...] la imputación objetiva es un procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la ley y la realidad social” (2005, p. 97). Esa construcción, pues, funge como un elemento del aspecto objetivo de tipos penales por medio del cual se supera la mera causalidad en sentido naturalístico para determinar la asignación de un resultado penalmente desvalorado; dicha elaboración jurídica se haya claramente permeada por el análisis de prácticas sociales, de donde surge la necesidad de aplicar de manera crítica los estudios sobre las realidades socio-culturales al ámbito de los saberes penales.

En suma, es imposible desligar el derecho penal de la realidad social y esto se puede observar en aspectos que van desde la creación de la política criminal hasta la imputación objetiva, por lo cual la costumbre podría ser una herramienta eficaz para consolidar dicho nexo entre el derecho penal y el medio en que este se desenvuelve, siempre respetando sus principios y normas rectoras.

## **El problema del legalismo y la ineficacia de la norma**

### **El surgimiento del derecho penal.**

La legislación penal no surge exabrupto de la mente del legislador sino que ella madura de acuerdo a la vida y la historia del pueblo (Bettioli, 1965, p. 80); por ello, en razón del momento histórico en el que se encuentre una sociedad sus problemas pueden evolucionar (no solo en el ámbito penal) y, del mismo modo, se transforman las soluciones requeridas para los mismos, de ahí que a la hora de diseñar la política criminal debe tener lugar una cierta compaginación entre la legislación y la realidad penal.

Como dirían Zaffaroni, Slokar & Alagia, debe poder compararse el deber ser con el ser para que este primero dé cuenta de una realidad penal completa (2005, p. 87); por eso, se puede afirmar que el legislador debe estudiar la realidad y para ello la costumbre presta un servicio de gran consideración como objeto de valoración y pauta metodológica para la comprensión de una realidad cultural.

Así, por ejemplo, el Código Penal somete a determinada sanción a quien hurte lo cual se explica porque la prohibición está implícita en la naturaleza del acto (Gaitán, 1963, p. 46). Ahora bien, si se plantea el ejemplo de un país hipotético llamado “Macondo”, se encontrará que allí también el código penal sanciona el hurto, por lo cual cabe preguntarse: ¿Qué es más efectivo para la política criminal macondiana? ¿Crear condiciones sociales y morales idóneas que permitan rechazar este tipo de conductas, o atiborrar las cárceles

de ladrones? Desde luego, en la cultura macondiana se rechazaría el hurto, además el Estado habría generado condiciones de vida dignas. De este modo, Aureliano Buendía –habitante de Macondo– nunca habría cometido un hurto motivado por sus convicciones o por la vida digna que llevaría; las autoridades macondianas preferirían, pues, invertir en programas sociales y escolares con los que se reforzaría el respeto a la propiedad ajena en lugar del aumento de las penas, lo cual sería populista e ineficaz.

Por supuesto, como el derecho penal afecta de forma más directa e intensa a las personas en comparación con otras ramas del derecho él suscita un interés articulado para la defensa de los derechos humanos (Pérez, 1981, p. 9), de ahí que como él busca sacar mejor provecho al conectarse con la realidad esto debería suponer y tomar en serio la intervención de instancias de control social que lo anteceden. De esta forma, las prohibiciones implícitas en las normas penales podrían encontrar un mayor nivel de acatamiento y, por lo tanto, también, ello supondría un factor de eficacia del derecho penal.

En otras palabras, la eficacia del derecho penal debe leerse a partir de una concepción de derecho penal mínimo (Ferrajoli, 2004, pp. 851 y ss.), pues una cosa va del miedo como antesala del control social penal y otra distinta a la representada por la disuasión e injerencia en derechos fundamentales como *ultima ratio*. El hecho de que una norma sea obedecida por convicción (prevención general positiva) y no por obligación, genera una mayor eficacia de la misma, lo cual significa que la norma prohibitiva será menos vulnerada y, por tanto, supone una mayor vigencia de los bienes jurídicos.

De nuevo, pues, protegiendo los principios generales que limitan el poder punitivo del Estado, se hace un llamado al uso de una política criminal más humana y eficaz, pero ¿cómo puede hacerse esto? Una de las opciones es que el legislador reconozca y atienda los procesos culturales y sociales que se sintetizan, por ejemplo, en la costumbre que constituye un proceso de evolución y modificación de conductas que el haber jurídico no puede ignorar.

Por ello, en sistemas donde se ha generalizado un comportamiento jurídicamente relevante podría considerarse que la conducta en cuestión debería encontrar antes del derecho penal otros escenarios de control y, solo luego de esto, introducirlo como prohibido en el derecho penal. Esto definiría la prohibición como racional, puesto que el reproche de lo socialmente aceptado generaría violencias punitivas altamente problematizadas y, por ejemplo, expresada en arrestos indiscriminados lejanos a solucionar el problema social, como en la época de la prohibición de alcohol en Norteamérica. De lo que se trata, pues, es de que la prohibición no transgreda los derechos fundamentales del perseguido penalmente y canalice el reproche de conductas socialmente relevantes.

En verdad, parece un tema complejo dado que en la cotidianidad se percibe que las prácticas sociales se han distanciado del derecho penal; sin embargo, si estas son consideradas en los razonamientos político criminales y dogmático-penales podrían reforzar los principios que limitan el *ius puniendi* en favor de las libertades. Si bien semejante planteo forma parte de un proyecto osado, la verdad es que él resulta necesario y además sin la intervención de las reflexiones propias de la filosofía el derecho penal el mismo perdería su conexión con lo humano (Zaffaroni, Slokar & Alagia, 2002, p. 104). Lo mismo ocurriría con el derecho penal y su conexión con la realidad si negaran algunos contenidos que se recogen, por ejemplo, en la costumbre.

Un legislador lúcido, pues, debería estar atento a prácticas sociales que se arropan en costumbres y entender cuando ellas merecen ser tenidas en cuenta a la hora de elaborar la ley escrita. Esta podría, incluso, llegar a solucionar la problemática social antes de que intervenga el derecho penal con la afilada espada de la restricción de la libertad (Bettioli, 1965, p. 94). Desde luego, se trataría de una propuesta bastante osada pero muy práctica puesto que haría de la sanción social, bajo los presupuestos de la costumbre, un elemento fuerte que reforzaría el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

Como es obvio, la idea de aislar socialmente al delincuente es impensable, pues va en contra de los principios básicos del derecho penal; sin embargo, reprochar los actos es otra cosa. Foucault habla por ello de la “antropoemia”, es decir, aislar a las fuerzas peligrosas en lugar de asimilarlas dando un estatus a los “desviados” como si fueran enemigos en lugar de solucionar de lleno el problema criminal (2016, p. 18). Por lo tanto, lo atinado sería solucionar los problemas en lugar de excluirlos, aunque “asimilar” no puede ser sinónimo de negar o resignarse frente a ciertas conductas.

### **La incapacidad del derecho penal enfrente a las problemáticas sociales.**

En esta misma línea de reflexión, debe decirse que una constancia de la incapacidad del derecho penal para enfrentar problemáticas sociales de gran escala se deja ver en la justicia transicional. Con este dispositivo se pretende promover la superación de la macrocriminalidad, precisamente por medio de una flexibilización del uso de la restricción de la libertad frente a los involucrados en violaciones masivas de derechos humanos; con esto, queda claro que el derecho penal no es un presupuesto de modificación de realidades contrarias a la Constitución y en aquellos casos donde se generaliza la actividad delincinencial, previo a punir, es necesario realizar un cambio cultural.

En todo caso, la costumbre no puede ser un escenario de legitimación en tratándose de conductas contrarias a la dignidad humana y su principal límite es el mismo principio de legalidad, por lo cual “la costumbre *contra legem* no puede ser fuente de derecho penal” (Reyes, 2002, p. 5). Esto es bastante claro puesto que si los miembros de la sociedad se “acostumbraran” a hurtar, entonces parecería posible que la ley le otorgue patente de corso a tal desviación. Por otra parte, si es tal el nivel de hurtos que acontecen en una sociedad cabe preguntar: ¿La solución es aumentar las capturas? ¿Las penas? O plantear alternativas que solucionen el problema de raíz, es decir, desde

su origen social y político antes que contenerlo con meras intervenciones punitivas.

Todo tiene un contexto y los cambios en éste implican retos ante la potencial transformación social, cultural o tecnológica que esto acarrée; la problemática puede ejemplificarse a través de la transformación tecnológica y de la protección de los derechos de autor. Se ha generalizado, por ejemplo, la copia de libros o música para uso personal y punir a todos los “infractores” resultaría imposible o poco efectivo. Por ello, es claro que un tipo penal no puede ser un instrumento de criminalización indiscriminada, lo cual es sencillamente inconstitucional de donde deviene que la intervención para solucionar el problema no se localiza solo mediante la criminalización del mismo.

Así las cosas, siguiendo el ejemplo de Zaffaroni, Slokar & Alagia (2002, p. 120) sobre copia de libros o música, duplicar ilegalmente una canción para escucharla no puede ser castigado penalmente, pero el derecho de autor debe ser protegido y generar un rechazo social a esta conducta podría ser un medio mucho más efectivo y menos violento punitivamente para lograrlo.

### **Las subculturas delincuenciales.**

Un fenómeno interesante se presenta cuando una comunidad aplaude, premia o, por lo menos, justifica o excusa, algo que el resto de la sociedad rechaza o condena y se conforma una subcultura delincencial (Cid & Larrauri, 2001, p. 151), de donde surge la problemática atinente a la actividad “criminal” socialmente justificada. En este contexto, las agencias legales estatales y no estatales buscan prevenir el delito, reduciendo las oportunidades y fortaleciendo el discernimiento sobre lo prohibido; es más, ellas se han esforzado por incrementar la conciencia frente al delito (Garland, 2005, p. 238). De ahí que los mecanismos de prevención no penales sean mejores desde todo punto de vista; de esta manera, pues, quien va a copiar la canción del ejemplo citado más arriba decide abstenerse de hacerlo y se logra la protección del bien jurídico sin intervención penal.

De esta forma, las condenas exageradas y populistas que pretenden “proteger” a las víctimas parecen más impulsadas por el deseo general de venganza en algunos casos que por resolver el problema criminal y se alejan, de forma evidente, de los intereses reales de la víctima y de la sociedad en general. En cambio, generar una transformación cultural puede ser más lento, menos popular y más complejo, pero más eficaz y respetuoso de los principios rectores del derecho penal.

Es que, como se ha dicho, detrás de las normas jurídicas inmorales y contradictorias se desencadena una lucha por valores que desemboca en odio y fuerza bruta (Tieghi, 2011, p. 3); desde luego, si esta afirmación es certera entonces penalizar conductas dañosas que, por cualquier circunstancia, se han convertido en un hábito, terminaría en hacer del derecho penal algo más violento. Además, si se diera un cambio en la cultura y, por tanto, en los planos social y político, se evitaría la intervención del derecho penal y se resolvería el problema de manera más razonable y humana.

### **El impacto social de los hechos punibles.**

Los comportamientos con trascendencia penal se conciben en razón de cierto impacto social que causan las conductas reprochadas como ocurre con la protección del medio ambiente, que es un muy buen ejemplo en el cual las prácticas sociales pueden disuadir una conducta lesiva para el bien jurídico. Por ello, se le debe restar protagonismo a la creación de tipos penales cuando la lesividad efectiva a los bienes jurídicos llega a ser cuestionable y sin la dimensión que ameritaría la intervención penal; en esos contextos, obvio es decirlo, se haría más productivo y garantista crear programas de conciencia ambiental en lugar de erigir nuevos tipos penales, generando cambios en las costumbres con impacto social real y disminuyendo la intervención prematura del derecho a castigar por parte del Estado y, añádase, haciendo su intervención menos constante pero más eficaz.

Una prueba fehaciente de que la ley penal no termina de legitimarse con su promulgación, sino que ello va de la mano de su socialización es la teoría

de la adecuación social; el ejemplo más claro es el atinente a la socialización del *cannabis* y del alcohol, que se han vuelto tan comunes en nuestros países que la sociedad y las instituciones han terminado por asumirlos, como “normales”. Tanto que su prohibición, como ya sucedió con la conocida “ley seca” americana, no tendría efecto alguno (Fernández, 2009, p. 253). Si el alcohol y las drogas generan problemas sociales, culturales y económicos, estos fenómenos no deben ser ignorados; no obstante, combatirlos penalmente es ineficaz y va en contra de los principios del derecho penal. Por lo tanto, crear conciencia sobre las consecuencias de estas sustancias cambiando la costumbre en cuya virtud el alcohol y algunas drogas son vistas como algo normal, podría ser una solución mucho mejor.

La ley, pues, no es un altar que descansa sobre sí misma sino que ella debe ser entendida, manejada, limitada, completada y corregida, tras tropezar con un gran sedimento de criterios de validez y eficacia (Engisch, 1967, p. 218), máxime si los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva son verdaderos inamovibles. Aunque esta característica que hace pétreas ciertas reglas, como la cosa juzgada o la legalidad, a veces no se ve reflejada ni en el diseño de políticas criminales ni en las prácticas judiciales. Por ello, la política criminal siempre debe ser garantista, es decir, constitucional, por lo cual a la hora de construir políticas para prevención criminal ellas deben ser cimentadas en los principios penales y han de estar permeadas por elementos sociológicos que entiendan la realidad social, para cerciorarse de su efectividad.

### **La necesidad de una política criminal conectada con la realidad.**

En el derecho se cruzan un compendio de discursos sociológicos, normativistas, culturales, etc., lo que hace de éste un campo multidimensional que parte de un nicho dinámico. Ver el derecho como una entelequia aislada y pura es imposible, puesto que se haya compenetrada con parámetros culturales, sociales, políticos, es decir, normas no estrictamente jurídicas

que deben ser leídas para su estudio y desarrollo, tal como ocurre con la costumbre.

El legislador debe ser un puente que traslade al derecho el curso de las necesidades de quienes representa. De este modo, se entiende a la ley penal como un desarrollo que atiende a reivindicaciones sociales sin superar, por supuesto, el límite de lo indisponible contenido en el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En consecuencia, la ley debe desarrollarse de acuerdo a esta realidad y el Estado no puede limitarse a fijar la ley de acuerdo a una moral preponderante, pues si así fuese se generaría una punibilidad caprichosa y poco garantista. Más allá de la valoración relativa de un bien jurídico que se deriva de las distintas cosmovisiones, la definición y protección de los mismos debe estar por encima de sentimientos morales.

En este contexto, la política criminal norteamericana de los años sesenta que orientó la guerra contra las drogas y su discutible resultado son un ejemplo claro de la necesidad de atender a la realidad social como presupuesto de la política criminal, la cual no es un mero dispensario de tipos penales. Uno de los métodos por medio de los cuales esta política criminal de los años sesenta trató de hacer frente a las bandas delincuenciales fue el de la inserción de los involucrados en aquella actividad delictiva en escenarios articulados con negocios lícitos, buscando apartarlas del fenómeno criminal. Sin embargo, esto resultó poco eficiente porque el paso de una actividad ilícita a otra lícita no arrastra por sí misma un cambio de práctica social o en la racionalidad costo-beneficio del sujeto involucrado. El enfoque político criminal aludido plantea, a su vez, alternativas de solución que consistían en reconstruir comunidades funcionales, con mejora de oportunidades en campos educativos y laborales (Cid & Larrauri, 2001, p. 175). De ello se deriva la lección según la cual de nada sirve generar oportunidades de cambio si estas no vienen acompañadas de un proceso de resocialización.

Esta discusión se recoge, por ejemplo, en la teoría de las subculturas delincuenciales y su valoración de casos como el de las cabezas rapadas neonazis (*skin*); esta construcción plantea dos caminos, ambos directamente

relacionadas con la razón por la cual se genera este fenómeno criminal: El primero, afirma que si la violencia neonazi se relaciona con el nivel social entonces debería dársele importancia a la cuestión de las oportunidades de los jóvenes; y, el segundo avala la creación de mecanismos para combatir la transmisión de la ideología, en este caso neonazi, si es que los delitos parten de una violencia cultural (Cid, & Lurrari, 2001, p. 177).

En el caso de los grupos *skin* se habla de la prevención de la violencia contra las minorías (Cid & Larrauri, 2001, p. 172). A pesar de ello, estos mecanismos no se conciben como penales, porque en un mundo donde los comentarios e incluso los pensamientos, por nefastos que sean, son punidos, pulula un Estado policial y autoritario. El Estado debe procurar evitar el odio y la violencia por medio de mecanismos que anticipen el derecho a castigar. Esto es posible, por ejemplo, a través de la educación y la pedagogía sobre las consecuencias desgarradoras de los movimientos de esta índole, generando sensibilidad y promoviendo el rechazo social hacia estas conductas sin necesidad de la intervención penal.

Es más, como se recordará, en las décadas de los años 80s y 90s la política criminal se basaba en la segregación y terminó por crear nuevos problemas en lugar de resolver los antiguos (Garland, 2005, p. 256); incluso, la orientación político criminal de la época relacionaba los comportamientos desviados con las condiciones sociales y morales precarias (Garland, 2005, p. 256). Acá se visibiliza, de nuevo, que la realidad social debe ser estudiada puesto que problemas no penales, se traducen en delitos a largo plazo, por lo que resolver estos problemas de manera *ex-ante* y sin intervención penal sería el modo correcto de abarcar la política criminal. La corrección en ámbitos no penales puede asegurar la mínima intervención penal y, por ende, el garantismo social.

La política criminal, pues, debe buscar la mayor eficacia posible y la mínima intervención penal; la mejor forma de hacerlo, desde luego, es de cara a la realidad entendiendo que la prevención de los delitos no atiende a reglas generales sino al estudio concreto de cada problemática que distintos

tiempos y sociedades generan. La política criminal es, entonces, una herramienta que coadyuva a definir el funcionamiento de una sociedad. En este marco, entonces, la costumbre puede utilizarse de muchos modos para nutrir una mejor política criminal como se ha explicado y ejemplificado de forma previa. Si existe un aporte loable de la costumbre al derecho penal, este se encuentra en la remembranza de la necesidad de crear una política criminal auténtica y que tenga coherencia con el contexto al cual se dirige; por esto la costumbre debe servir al legislador como una bisagra que le permite conectarse con la realidad.

## **Toma de postura y conclusión**

Llegados a estas instancias de la reflexión parece obvio tener que volver sobre la pregunta que motiva la misma y plasma el problema de investigación. Por ello, debe decirse que la costumbre posee un papel complementario muy importante frente al derecho penal como fuente material de primer orden que es y su análisis facilita la solución de los problemas jurídicos. Así las cosas, esta visión garantiza los derechos fundamentales y permite consolidar a la costumbre como una herramienta científica complementaria a la hora de dictar sentencias judiciales.

De lo dicho se desprende, entonces, que ni el derecho penal positivo ni tampoco la ciencia que se ocupa de la elaboración de ese ordenamiento, esto es, la dogmática jurídico-penal (Larenz, 1991, p. 437), se desentiende completamente de la costumbre como sucede, por ejemplo, cuando se emite un juicio de desvalor sobre el autor o se acude a la idea exigibilidad que atiende al sujeto en su entorno cultural y social. Así, puede resaltarse la figura de la diversidad sociocultural como explicación de la inimputabilidad, aunque sea vista por la Corte Constitucional como explicativa de un error de prohibición, en la cual se reconocen aspectos sociales como filtros al uso del derecho penal (Sent. C-370 de 2002). Dicho reconocimiento no se limita a construcciones abstractas y puede encontrarse en casos reales y de alto perfil,

en los cuales se presentan situaciones límite cuya resolución bajo las luces de figuras comunes podría resultar en el desconocimiento de situaciones fácticas, que son claves a la hora de resolver un caso en particular.

Por ejemplo, en el caso del hundimiento Titanic se hicieron investigaciones dirigidas a determinar si los capitanes de barco acostumbraban a bajar la velocidad cuando se acercaban a campos de hielo para determinar así la responsabilidad civil y penal, mostrando que esta gira muchas veces en torno a hábitos y presunciones (Vinogradoff, 1978, p. 107). Esto amplía la definición de costumbre pero también el uso que puede tener en el ámbito jurídico, por lo cual su aparición en algunas figuras se hace obligatoria.

El estudio de la costumbre también es necesario para complementar la tarea del derecho penal, sin embargo es esencial comprobar su presencia y requerimiento en el caso colombiano, máxime que la forma de organización social adoptada es la propia de un Estado social y democrático de derecho, pluridiverso en fauna, flora, ecosistemas y sobre todo en costumbres y culturas, lo que convierte a esta nación en un reto en todo aspecto jurídico social (Const. Pol., art. 1).

La idiosincrasia colombiana se basa en pluralidad de etnias, culturas, regiones y situaciones, por lo cual generar una regulación definitiva y general para la realidad nacional parece imposible puesto que previo a tomar cualquier medida hay que lograr condiciones mínimas en las regiones históricamente abandonadas por el Estado, para empezar la transformación cultural que permita el desarrollo nacional. Si bien existe el objetivo de una mejor sociedad como fin colectivo, los medios elegidos para alcanzarla no pueden violar los derechos individuales de cada ciudadano.

En ese contexto, acorde con la llamada doctrina de la responsabilidad política, los jueces y demás funcionarios públicos deben adoptar decisiones que protejan y se apuntalen en las demás providencias que se propongan adoptar. Esta teoría, adviértase, se distingue por dos rasgos: el primero, que los derechos de cada individuo los posee individualmente mientras que los objetivos siempre son colectivos; y, el segundo, es que los derechos limitan

los objetivos (Nino, 2003, p. 434). Esta doctrina, obvio es decirlo, está directamente vinculada con el derecho penal y los límites al *ius puniendi*, de tal manera que si un juez acude a la fuente consuetudinaria para interpretar el derecho siempre debe hacerlo para proteger los derechos individuales.

Además, la aplicación de este instituto protege la seguridad jurídica puesto que si a ella se le mira con criterio científico se desdibujan las arbitrariedades que podrían sobrevenir cuando, en tratándose de ciertas decisiones judiciales, se realizan juicios de desvalor que desconocen las prácticas sociales. Entonces, la exigencia de emplear la costumbre como un criterio científico y auxiliar para la resolución de algunos problemas jurídico-penales es irrefutable, puesto que dar la espalda a prácticas sociales en casos concretos haría del operador judicial un dictador con toga.

También, como se vislumbra en los casos referenciados y que –se repite– sirven de base al debate, la aparición de la costumbre en el derecho penal resulta ineludible; por ello, aniquilarla sería darle primacía a construcciones meramente positivistas edificadas de espaldas a la realidad. Del mismo modo, si se encasilla a la costumbre solo como fuente del derecho se vuelca el problema al extremo opuesto pues limita su papel (David, 2010, p. 95); lo aconsejables es, pues, la aplicación proporcional de la costumbre gracias a su estudio como uno de los tantos elementos que contribuyen a la solución justa de los problemas jurídicos (David, 2010, p. 95).

Una de las tareas del derecho, no se olvide, es la resolución de conflictos. Dicho oficio no se resume en momentos aislados sino a una construcción diaria (Donini, 2018, p. 8); por esto, el derecho debe mantenerse en un proceso constante de retroalimentación que juega un papel preponderante cuando el estudioso o el administrador de justicia se adentra en la resolución de problemas jurídicos. Gracias a ella, pues, se genera una mejor comprensión del contenido legal facilitando la búsqueda de una solución justa, tal y como lo muestran construcciones como la teoría de la adecuación social. Una concepción que, en palabras de Cancio Meliá, sirve para dejar fuera

del concepto de injusto aquello que encuadra en el orden históricamente establecido (1993, p. 698).

La adecuación social, entonces, no puede prescindir de la costumbre en el ámbito jurídico-penal y ella aporta elementos a la solución de problemas jurídicos que no pueden ser desatendidos, porque si así fuera casos como los anteriormente expuestos desconocerían las prácticas sociales y terminarían por punir la diversidad constitucionalmente protegida. En síntesis: el papel que cumple la costumbre en el derecho penal es inmenso; a eso apuntan estas reflexiones que se ponen a consideración de los estudiosos.

## Referencias

- Aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la sentencia (2020, mayo seis). Recurso de casación [Radicado N.º 42656]. Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Aclaración de voto del magistrado José Francisco Acuña Vizcaya a la sentencia (2020, mayo seis). Recurso de casación [Radicado N.º 42656]. Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Aftalión, E. R., Vilanova, J., & Raffo, J. (1992). *Introducción Al Derecho: Conocimiento y Conocimiento Científico. Historia de Las Ideas Jurídicas. Teoría General del Derecho. Teoría General Aplicada* [3ª ed.] Abeledo Perrot.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambos, K. (2019). *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*. Nomos Verlag.
- Ambos, K. (2004). *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Duncker & Humblot.
- Arias, D. P. (2018). Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal. P. De la Cuesta Aguado et al.: *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 49-62). Tirant lo Blanch.
- Auto (1985, febrero 22). Única instancia [Aprobado: Acta 16]. Magistrado Ponente: Luis Enrique Aldana Rozo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia], *Gaceta Judicial*, tomo CLXXXI, 1985, N.º 2420, pp. 73-83. Imprenta Nacional. 1988.
- Beccaria, C. B. (2016). *De los delitos y las penas*. Temis.
- Bettiol, G. (1965). *Derecho penal parte general*. Editorial Temis.

- Bock, S. & Preis, L. (2007). Strafbarkeit nach Völkergewohnheitsrecht oder Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot? Drittstaatenangehörige vor dem IStGH. *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 20 (3), 148-155.
- Bonorino, P. R. & Peña, J. I. (2006). *Filosofía et al. del Derecho* [2ª ed.]. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Cancio, M. (1993). La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 46 (2), 697-730.
- Cancio, M. (2005). Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. M. Bolaños: *Imputación Objetiva y Dogmática Penal* (pp. 87-122). Universidad de los Andes.
- Caro, L. (2012, enero 16). *Precluyen proceso contra Silvestre Dangond*. El Universal. <https://www.eluniversal.com.co/farandula/precluyen-proceso-contra-silvestre-dangond-60988-BVeu142524>
- Cid, J. & Larrauri, E. (2001). *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Editorial Bosch.
- Cohen, A. K. (1971). *Deinquent Boys. The Culture of the Gang*. The Free Press.
- Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Diario Oficial 51478 del 25 de octubre de 2020*. Imprenta Nacional. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Córdova, N. (2007). La subcultura del “narco”: La fuerza de la transgresión. *Cultura y representaciones sociales*, 2 (3), 106-130.
- David, R., & Camille, D. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Autónoma de México y otros.
- Decreto 410 (1971, marzo 27). [C. Co.]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 33339 del 16 de junio de 1971*. Imprenta Nacional.
- Degan, V. D. (1997). *Sources of International Law*. Martinus Nijho Publishers.
- Díez, J. L. (2011). *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal* [2ª ed.]. Editorial B de F.
- Donini, M. (2018). El derecho jurisprudencial penal. Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos. *InDret* (2) 1-48.
- Donna, E. A. (2006). *Derecho penal, Parte general*, t. I.: *Fundamentos de la ley penal*. Rubinzal Culzoni.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico*. Guadarrama.
- Esposito, A. (2006). Il Principio di Legalità. En Arghirò, F. & Lattanzi, G. (Eds.), *La Corte Penale Internazionale* (pp. 217-267). Giuffrè.

- El Heraldo.co. (2016, febrero 8). El comercio y el empleo se mueven al ritmo del carnaval. <https://www.elheraldo.co/economia/el-comercio-y-el-empleo-se-mueven-al-ritmo-del-carnaval-242446>
- Fernández, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy, introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández, J. A. (2009). La legitimación social de las leyes penales: Límites y ámbito de su aplicación. *Revista de Derecho*, (33) 231-259.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva*. Fondo de Cultura Económica.
- Gaitán, B. (1963). *Curso de Derecho Penal General*. Ediciones Lerner.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- Gómez, A. (1998). *Cultura y civilización*. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio arboleda.
- Gómez, J. O. (2019). *Esquema de la teoría del Delito*, reimpresión. Grupo Editorial Ibáñez.
- Guemureman, S. (2006). Ni bandas ni pandillas: la miopía de las teorías de las subculturas para explicar la violencia juvenil. *Temas sociológicos*, (11), 153-172.
- Herrera, L. (2011, enero 9). Entablaran acción penal contra Silvestre Dangond. El tiempo. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8769309>
- Hikal, W. S. (2010). Criminología psicoanalítica, conductual y del desarrollo. *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal. Criminogénesis*, 249-269.
- Kahn, P. (2014). *El análisis cultural del derecho*. Siglo del Hombre Editores.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* [5 ed.]. Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*, tomo I: *Concepto de derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Editorial Losada.
- Jiménez de Asúa, L. (1950a). *Tratado de Derecho Penal*, tomo II: *Filosofía y Ley penal*. Editorial Losada.
- Mayer, M. E. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura*. Hammurabi SRL.
- McAuliffé de Guzmán, M. (2008). Article 21. Applicable Law. En Trierer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article* (pp. 701-712). C. H. Beck.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal, Parte General* [10ª ed.]. Editorial Reppertor.

- Moliné, J. & Pijoan, E. (2014). *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Bosch.
- Monroy, M. G. (1971). *Manual de introducción al derecho*. Temis.
- Mouchet, C. & Zorraquín, R. (1997). *Introducción al Derecho* [12ª ed.]. Abeledo Perrot.
- Muñoz, L. (2017). Sobre la teoría pura del derecho y la verdadera pirámide planteada por Hans Kelsen. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61 (256), 173-187.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea.
- Noguera, R. (2002). *Introducción General al Derecho*. Fundación Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Núñez, N. T. (2015). La función de la costumbre en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal ANIDIP*, 4, 105-124.
- Pérez, L. C. (1981). *Derecho Penal Parte General y Especial*, t. I. Editorial Temis.
- Quevedo, N. (2011, enero 15). *Concierto jurídico del caso Silvestre Dangond*. El Espectador. <https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/concierto-juridico-del-caso-silvestre-dangond-articulo-245112>
- Reale, M. (1984). *Introducción al Derecho*. Ediciones Pirámide.
- Reyes, A. (2002). *Derecho penal*. Temis.
- Rincón, J. (2011, 11 de enero). *Habla Moisés Elías Molina Mejía, niño del polémico video de Silvestre Dangond*. Minuto 30. <https://www.minuto30.com/entretenimiento/moiss-elas-molina-meja-nio-del-polmico-video-de-silvestre-dangond-decidi-hablar/28223/>
- Ross, A. (1999). *Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte General, tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Civitas.
- Salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos a la Sentencia C-041 (2017, febrero 1). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-11443 y D-11467]. Magistrados ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Savigny, M. (1878). *Sistema de derecho romano actual*. F. Góngora y Compañía, Editores.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Tecnos.
- Sentencia C-224 (1994, mayo 5). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-439]. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-370 (2002, mayo 14). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3751]. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynnet. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-041 (2017, febrero 1). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-11443 y D-11467]. Magistrados ponentes: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP921 (2020, mayo seis). Recurso de casación [Radicado N.º 42656]. Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro. Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SU-56 (2018, mayo 31). Acción de tutela. [Expediente T-5.388.821]. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-123 (2019, marzo 27). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-11443 y D-11467]. Magistrados ponentes: José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional [Colombia].
- Tieghi, O. (2011). Holística criminal. Desintegración sociocultural por condicionamiento crítico y subculturas delictivas. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 2011, (7), 1-5.
- Velásquez, F. (2021). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* [4ª ed.]. Tirant lo Blanch.
- Vinogradoff, P. (1978). *Introducción al derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo Sistema del Derecho penal* [trad. de J. Cerezo-Mir]. Ariel.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho penal, Parte general*, t. I. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1996). *Tratado de Derecho penal, Parte general*, t. III. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. & Alagia, A. (2002). *Derecho penal, Parte general* [2ª ed.]. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. & Alagia, A. (2005). *Manual de Derecho penal, Parte General* [1ª ed.]. Editorial Ediar.