

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

Cuadernos de Derecho Penal

N.º 26

(Julio-diciembre de 2021)

LA PUNICIÓN DEL ABORTO Y OTROS TEMAS ACTUALES

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinador Editorial:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

Asistentes:

MARÍA AGUILAR CABEZAS
DEIVID HERNEY BOHÓRQUEZ GARZÓN

Revista indexada por EBSCO



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

tirant lo blanch

Bogotá D.C., 2022

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez*

Doctrina

- Política criminal y fórmulas legales en materia de aborto. *Fernando Velásquez Velásquez*.
- El subregistro del aborto como expresión de punibilidad. *Fabio Humar Jaramillo*.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas en clave procesal: una reflexión en torno al derecho de defensa. *Sergio Nicolás Guillén Ricardo*.
- La utilización de *software* como herramienta de interceptación de comunicaciones. *Cristian Cobo Jiménez*.
- La costumbre en el derecho penal: Una mirada desde la realidad. *Jackson René Valbuena Cure*.

Jurisprudencia

- I. Auto: Confianza legítima y derecho de defensa en la celebración de preacuerdos con la Fiscalía. *Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia*.
- II. *Salvamento de Voto*.
- III. Comentario: *Ricardo Molina López; Sofía Carbonell Muñoz; María Kamila Jiménez Alturo; Valentina Lozada Valderrama; Juliana Manrique Posada; María Fernanda Pinzón Álvarez*.

Reseñas y recensiones

- Guzmán, J. L. (2021). *Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*. Prolibros, 280 pp. *Fernando Velásquez Velásquez*.
- Cardona, J. D. (2021), *La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales*. Grupo Editorial Ibáñez, 176 pp. *Deivid Herney Bohórquez Garzón*.
- Pérez, Á. O., García, E., Muñoz, J. A., Ploskenos, A. & Rivera, I. (Coords.) (2021). *Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*. Editorial Temis, 793 pp. *Fernando Velásquez Velásquez*.

Entrevista

Profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora. *Fernando Velásquez Velásquez y Deivid Herney Bohórquez Garzón*.

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N.º 26

EDITOR

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR EDITORIAL

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda LL. M.

ASISTENTES

María Aguilar Cabezas

Deivid Herney Bohórquez Garzón

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO

Prof. Dr. Dr. h.c. José Hurtado Pozo - Universidad de Fribourg, Suiza

Prof. Dr. Alfonso Cadavid Quintero - Universidad EAFIT, Colombia

Prof. Dr. Ricardo Molina López - Universidad de los Andes, Colombia

Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez - Universidad de Valencia, España

Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Luis Gómez Colomer - Universidad Jaume I, España

Prof. Dr. John A. E. Vervaele - Universidad de Utrecht, Holanda

Prof. Dr. Ricardo Posada Maya - Universidad de Los Andes, Colombia

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos - Universidad de Göttingen, Alemania

Prof. Dr. Renzo Orlandi - Universidad de Bolonia, Italia

Prof. Dr. Rodrigo González Quintero - Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Prof. Dr. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez - Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez - Universidad Sergio Arboleda, Colombia

CONSEJO ASESOR

Prof. Dr. Juárez Tavares - Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil

Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras - Universidad de Jaén, España

Prof. Dr. Lotario Vilaboy Lois - Universidad de Santiago de Compostela, España

Prof. Dr. Luis E. Chiesa Aponte - Universidad de Búfalo, EE.UU.

Prof. Dr. Walter Perron - Universidad de Freiburg, Alemania

Prof. Dr. Miguel Ontiveros Alonso - Universidad Autónoma de Chiapas, México

Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío - Universidad de Antioquia

Prof. Dr. Nodier Agudelo Betancur - Universidad Externado de Colombia

Prof. Dr. Carlos Roberto Solórzano Garavito - Universidad Santo Tomás

Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta - Universidad Externado de Colombia

Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero - Universidad Sergio Arboleda

Prof. Álvaro Vargas

Prof. Mario Trapani - Universidad de Roma Tre, Italia

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez

TRADUCTOR

Traducción de resúmenes y palabras claves del español al inglés,
a cargo de Sergio Nicolás Guillén Ricardo.

Fecha de edición: julio-diciembre de 2021

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

Edición realizada por Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas, 14 - 46010, Valencia, España.

Tels.: 96/361 0048 - 50

Fax: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 N.º 74-40

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal

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

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

Correos:

cuadernosdederechopenal@gmail.com

revista.cdp.penal@usa.edu.co

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

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

Contenido

I. Presentación.....	9
II. Doctrina	13
Política criminal y fórmulas legales en materia de aborto	15
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
El subregistro del aborto como expresión de punibilidad.....	41
<i>Fabio Humar Jaramillo</i>	
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en clave procesal: una reflexión en torno al derecho de defensa.....	61
<i>Sergio Nicolás Guillén Ricardo</i>	
La utilización de software como herramienta de interceptación de comunicaciones	93
<i>Cristian Cobo Jiménez</i>	
La costumbre en el derecho penal: Una mirada desde la realidad	123
<i>Jackson René Valbuena Cure</i>	
III. Jurisprudencia.....	179
Confianza legítima y derecho de defensa en la celebración de preacuerdos con la Fiscalía	181
<i>Prof. Ricardo Molina López</i>	
<i>Sofía Carbonell Muñoz</i>	
<i>Maria Kamila Jiménez Alturo</i>	
<i>Valentina Lozada Valderrama</i>	
<i>Juliana Manrique Posada</i>	
<i>María Fernanda Pinzón Álvarez</i>	
IV. Reseñas y reseñaciones	213
Guzmán, J. L. (2021). <i>Elementos de Filosofía Jurídico-Penal</i> . Prolibros, 280 pp.	215
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	

Cardona, J. D. (2021). <i>La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales</i> . Grupo Editorial Ibáñez, 176 pp.....	219
<i>Deivid Herney Bohórquez Garzón</i>	
Pérez, Á. O., García, E., Muñoz, J. A., Ploskenos, A. & Rivera, I. (Coords.) (2021). <i>Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli</i> . Editorial Temis, 793 pp.	223
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
V. Entrevista	227
Profesor Dr. José Luis Guzmán Dálbora	229
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	
<i>Deivid Herney Bohórquez Garzón</i>	
Instructivo para los autores.....	243

I Presentación

El presente número nos muestra una diversidad de temas –de ahí el título escogido para esta nueva entrega– destinados a la reflexión. Dos de ellos dedicados a la problemática del aborto que se corresponden con las ponencias que el suscrito (*Política criminal y fórmulas legales en materia de aborto*) y el profesor ad honorem de la Escuela Mayor de Derecho Fabio Humar Jaramillo (*El subregistro del aborto como expresión de punibilidad*), presentamos en un webinar organizado a finales de abril de 2021 por el Departamento de Derecho Penal; el segundo gran asunto corresponde al trabajo denominado *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en clave personal: Una reflexión en torno al derecho de defensa*, de autoría de nuestro colaborador Sergio Nicolás Guillén Ricardo, confeccionado como requisito para optar al título de maestro en Derecho. Otro tanto cabe decir del trabajo *La utilización de software como herramienta de interceptación de comunicaciones*, con el cual Cristian Cobo Jiménez obtuvo su título de maestro en la sede de la Universidad en Santa Marta. Para culminar, aparece el escrito *La costumbre en el derecho penal: una mirada desde la realidad*, confeccionado como requisito de trabajo de pregrado por el alumno adscrito al Semillero Problemas Actuales de Derecho Penal, Jackson René Valbuena Cure, que contó con nuestra dirección.

La sección de jurisprudencia se destina esta vez a un Auto emitido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que se ocupa –en el caso de un aforado– de la problemática de la nulidad de la actuación cuando la Fiscalía, después de llegar a unos acuerdos con el encarado que este cumplió, se niega a suscribir el convenio; en esta oportunidad, la Sala propone una solución abrupta que no se compadece con el texto legal (aunque se escuda en el artículo 8.º literal I de la Ley 906 de 2004) en cuya virtud se dispone que, previo al curso de la formulación de la acusación, se habilite un escenario para que el procesado pueda aceptar los cargos si a bien lo tiene y pueda hacerse acreedor a la rebaja del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal. El proveído es objeto de comentario muy crítico por un colectivo de estudiantes adscrito al curso de Argumentación en el Proceso Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con la dirección del Prof. Dr. Ricardo Molina López.

Así mismo, la sección de reseñas y recensiones da cuenta de varios libros recientemente aparecidos: de un lado, el brillante texto del profesor José Luis Guzmán Dalbora intitulado *Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*, reseñado por el suscrito, que es una obra de obligada consulta para quienes se dedican con seriedad al cultivo del derecho penal; también, el trabajo de Juan David Cardona *La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales*, que presenta a los lectores nuestro colaborador *Deivid Herney Bohórquez Garzón*, es motivo de reflexión cuando se piensa en ese especial instrumento de cognición. Finalmente, se incluye una breve reseña del libro coordinado por los profesores Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Emilio García Méndez, Jesús Antonio Muñoz Gómez, Analia Ploskenos e Iñaki Rivera Beiras, intitulado *Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*, que también es presentado a nuestros lectores por el suscrito y con el cual se quiere honrar a este muy importante cultor de la sociología jurídico penal recientemente fallecido.

Para culminar, aparece la muy importante entrevista que –en unión de *Deivid Herney Bohórquez Garzón*– le hicimos al distinguido profesor chileno José Luis Guzmán Dalbora, quien discurre sobre diversos tópicos de su vida académica, que resultan de mucho interés para los estudiosos de estas disciplinas. Como siempre, esta publicación ha contado con el apoyo irrestricto del señor rector, el doctor Rodrigo Noguera Calderón, del decano de la Escuela Mayor de Derecho y es obra de la actividad mancomunada de diversos integrantes del Departamento de Derecho Penal.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

II Doctrina

Política criminal y fórmulas legales en materia de aborto*

*Fernando Velásquez Velásquez***

“Desde el momento en que cualquier parte de la conducta de una persona afecta a los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al bienestar general. Sin embargo, no hay lugar a considerar tal cuestión cuando la conducta de una persona no afecta a los intereses de ninguna otra persona, o no tiene por qué afectarlos a menos que ellas lo deseen (siendo todas las personas afectadas mayores de edad y con un grado de comprensión normal). En tales casos, debe haber una perfecta libertad, legal y social, para realizar la acción y soportar las consecuencias” (Stuart Mill, 1864, p. 135).

Resumen: Esta ponencia, tras mostrar los principios político-criminales propios de un derecho penal de garantías en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, se ocupa del fenómeno del aborto y –al sentar las bases en esta precisa materia en cuya virtud se define cuál debe ser en sentir del autor la política criminal correcta al respecto– señala cuáles son las fórmulas legales que se utilizan al respecto en el derecho comparado. Al final, se toma partido en la discusión y se propone la regulación que se estima más adecuada en el marco de un diseño que abarque no solo tópicos penales sino sanitarios.

Palabras claves: Estado social y democrático de Derecho, aborto, derecho penal, política criminal, fórmulas legales.

* Texto de la ponencia presentada en el conversatorio “Aborto y Estado Laico”, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho el 29 de abril de 2021; este trabajo forma parte de las actividades del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, dentro del cluster “Criminalidad, Justicia y Paz”.

** Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co.

Abstract: This paper, after showing the political-criminal principles of the criminal law of guarantees in the framework of a Social and democratic rule of law, deals with the phenomenon of abortion and –after laying the foundations in this precise matter, by which, in the author' s opinion, the right criminal policy in this matter should be defined– points out which legal formulas are used in this respect in comparative law. In the end, he takes sides in the discussion and proposes the regulation he considers most appropriate within the framework of a design that covers not only criminal but also health topics.

Keywords: Social and democratic rule of law, abortion, criminal law, criminal policy, legal formulas.

Introducción

El debate sobre el aborto es un tema recurrente en los foros académicos, legales, religiosos, éticos, judiciales, políticos, profesionales, familiares, etc.; se trata de una problemática que suscita muchas reflexiones y en torno a la cual se asumen posturas encontradas y extremas, sobre todo en las sociedades contemporáneas siempre abiertas y más reflexivas, aunque a ratos intolerantes, anárquicas e irrespetuosas, cuando se adoptan posturas divergentes. En ese contexto general se debe señalar como el asunto se ha tomado –de manera especial– las agendas de los movimientos y partidos políticos que, al impulso de corrientes liberalizadoras o de género, abogan por posturas radicales; de ahí que las agendas de los parlamentos, congresos y tribunales constitucionales de algunas naciones a lo largo de las últimas décadas se hayan tenido que ocupar de estas materias.

Eso sucede en especial en países de nuestro entorno cultural; el ejemplo argentino es bien dicente porque, tras grandes movilizaciones de personas, el órgano legislativo optó por las vías legalizadoras (Ley 27610/2020, en vigor desde el 24 de enero de 2021). Colombia tampoco ha sido ajena al asunto y la discusión ha sido enfrentada por la Corte Constitucional que se ha tenido que pronunciar sobre múltiples demandas que, desde diversos puntos de vista, pretenden bien la prohibición absoluta o bien la liberalización total; un buen ejemplo de ello, es la Sent. C-055 de 21 de febrero de 2022. Como es obvio,

a todo ello contribuye el papel que juegan los medios de comunicación y, en especial, las redes sociales, que se han constituido en un verdadero poder que ejerce presión sobre todos los estamentos sociales y los obligan a direccionar su accionar en pro de la consecución de las metas por ellos acogidas.

Por supuesto, ese tema toca de lleno con la política criminal no solo como disciplina académica sino con las políticas públicas en estas materias; de allí que sea necesario ocuparse del aborto en ese contexto. Para ello, es necesario sentar las bases de una política criminal garantista –tema del cual se ocupa el primer acápite de este escrito– y, a continuación, descender hasta la materia que se ocupa del debate en torno al aborto para, a partir de allí, sentar las bases de la discusión que deben marcar las pautas para direccionar la normatividad penal en esta específica materia, todo ello una vez se muestren las diversas fórmulas utilizadas por los legisladores; de esto último se ocupa el segundo aparte de esta ponencia. Al final, se plasman las conclusiones y se indican las referencias.

Principios de una política criminal garantista

A este respecto, se debe recordar que según el artículo 1.º de la Constitución Política Colombia es un Estado social de Derecho, “organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran” y, añade, “en la prevalencia del interés general”, esto es, se acoge el modelo propio de la posguerra plasmado en constituciones como la alemana, la italiana y la española, y se da cabida a un Estado social y democrático de Derecho (Díaz, 1963, pp. 21 y ss.; Díaz, 1983). Es más, para que no quede duda al respecto, ya desde el Preámbulo se dice con toda claridad que la expedición de la carta se produce “[...] *dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad

latinoamericana...” (subrayas y cursivas añadidas). Y es, justo es decirlo, en ese contexto en el cual se deben plantear los axiomas propios de una política criminal garantista que, en esencia, son los siguientes:

En primer lugar, el *principio del Estado de Derecho*. En el seno de una organización social democrática este axioma debe dirigir toda la actividad. Por ello, desde un punto de vista formal este postulado debe reunir aquellos elementos que deben garantizar la seguridad jurídica; y, desde el punto de vista material, está llamado a indicar cómo se debe configurar el derecho penal para que se corresponda en la medida de lo posible, con el ideal de un Estado justo (Jescheck, 2002, p. 28).

En segundo lugar, el *respeto de la dignidad de la persona humana*. El eje central de todo el sistema penal tiene que ser la preservación de la persona humana y de todos los principios que se derivan de esa idea (entre ellos los de proporcionalidad, igualdad, intervención mínima, acto y culpabilidad), porque en una organización social que se precie de democrática, este axioma es el supremo límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado máxime que, desde el punto de vista histórico, ha sido entendido como el motor encargado de posibilitar la racionalización del derecho penal y la evolución por él experimentada (Sent. C-294 de 2021, CConst.).

En tercer lugar, *un derecho penal prevencionista y minimalista*. Así mismo, una política criminal democrática debe propender por un derecho penal que persiga “una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas”. Y se añade: “La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas”. Es más: “Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal” (Ferrajoli, 1995, p. 334). De esta manera, se le debe poner coto a un derecho penal expansionista que desdibuja las fronteras entre el derecho penal y la moral y adelanta las barreras de protección del bien jurídico –cuando no es que prescinde de él–, para castigar meros actos preparatorios, la ideología de las personas o sus

sentimientos y, por ende, dar cabida a un vulgar derecho penal de autor en desmedro de un derecho penal de acto.

En cuarto lugar, *el apego al principio de legalidad, pero con la introducción de la idea de oportunidad*. Una política criminal democrática también aspira a que el Estado, de oficio, hasta donde los instrumentos de que dispone se lo permitan y a través de los órganos encargados de la persecución penal, castigue aquellas infracciones a la ley penal que sean más significativas, de la mano del llamado principio de legalidad que tiene manifestaciones sustantivas (de donde se deriva la prohibición de indeterminación, la analogía, la costumbre y la aplicación extractiva de la ley penal), procesales (concretadas en el debido proceso) y de ejecución penal (reunidas en el principio de ejecución). A la par, esa política criminal debe velar por la introducción de mecanismos que, sin sacrificar el proceso penal tradicional, “dé cabida a las nuevas formas de componer el conflicto, de tal manera que imperen los principios de legalidad y de oportunidad de forma equilibrada y sin claudicaciones” (Velásquez, 2018, p. 69). Ello porque debe haber “tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario” (Hassemer, 1999, p. 81).

En quinto lugar, *el respeto a la víctima*. Así mismo, la política criminal debe propender por la protección de las víctimas mediante la reparación, la restitución, la justicia, el establecimiento de la verdad y la no repetición, sin que ello signifique necesariamente que se deba acudir al derecho penal para velar por sus derechos; en este contexto, todos los mecanismos de que dispone el Estado, y no solo el derecho punitivo, deben estar enderezados al logro de esos objetivos. No obstante, se debe combatir la tendencia creciente según la cual se legisla pensando siempre en los grupos de víctimas y sin discutir las propuestas de reformas (Díez, 2015, p. 15) con la consecutiva expansión de la reacción penal.

Así mismo, parece perjudicial la forma como se afianzan los colectivos de víctimas cuyo objetivo no es la prevención de los delitos sino recuperar un equilibrio emocional perdido o la satisfacción de los deseos de venganza, de

tal manera que las víctimas se apoderan del conflicto y desplazan al Estado, con lo cual el proceso penal termina contaminado por la autotutela y la autocomposición (Díez, 2015, p. 53). Dicho de otra forma: los intereses de las víctimas se ponen por encima de los públicos porque, dice el autor citado, se olvida algo elemental: “el derecho penal no está, aunque pueda parecer sorprendente, para restaurar la justicia en la tierra, algo que, por lo demás, está fuera de su alcance” (Díez, 2015, p. 71).

En sexto lugar, *un proceso penal acusatorio*. En este contexto, si se parte de un derecho penal que asigna a la sanción una doble función preventiva general de signo negativo, el sistema procesal penal debe ser de partes, contradictorio, de tal manera que los dos fines y los dos intereses entran en conflicto, y son sus portadores las dos partes de un proceso penal contradictorio: “la acusación, interesada en la defensa social y por consiguiente en maximizar la prevención y el castigo de los delitos; y la defensa, interesada en la defensa individual y por tanto en maximizar la prevención de las penas arbitrarias” (Ferrajoli, 1995, p. 334). Esta exigencia tiene en Colombia una actualidad manifiesta ante el rotundo fracaso del modelo de juzgamiento existente que, a no dudarlo, en atención a su burocratización e inoperancia, se ha convertido en una herramienta que termina por asegurar la impunidad; y que, para acabar de ajustar, está del todo politizado y burocratizado (Velásquez, 2019, pp. 39 y ss.).

En séptimo lugar, *la reivindicación de una buena teoría de la legislación*. También, el crecimiento sin control de una actividad legiferante no sometida a ninguna regla ni principio, que se torna en una verdadera selva legislativa – incluidos los residuos no desechados –, que nadie conoce, interpreta y es capaz de aplicar, es un fenómeno que se debe superar mediante el jalonamiento de una buena teoría de la legislación. Ello es producto del desconocimiento de esta disciplina, yendo desde el análisis de las posibilidades y los límites a la elaboración y medición de los conocimientos acerca de la ley, su analítica (investigación de los conceptos fundamentales de la norma, la ley y la legislación), el estudio de los órganos y los procedimientos de la legislación y los métodos para influirlos y gobernarlos (procedimientos internos y táctica

de la legislación), hasta llegar a los procedimientos legislativos internos y la metódica de la misma, sin olvidar el desarrollo de las reglas generales referidas a la configuración, estructura y sistemática, el lenguaje adecuado, etc. esto es, todo aquello que toca con la técnica legislativa (Sarrabayrouse, 2012, pp. 31 y ss.; Sarrabayrouse, 2011, pp. 17 y ss.).

En octavo lugar, *la lucha por la recodificación del derecho penal*. También, una política criminal democrática debe propender porque los códigos penales no pierdan su unidad y armonía, hasta convertirse en meras compilaciones sin ningún orden y guía teóricos; así, por ejemplo, el estatuto punitivo actual lleva setenta y nueve reformas permanentes en 20 años de vigencia. Gran parte de esas modificaciones, obsérvese, son ambiguas, inexactas, incoherentes, abiertas y porosas, casi siempre diseñadas para aumentar las penas, lo que impide a los jueces cumplir con su tarea de interpretarlas o de valorar sus significados; y son ellos, pues, los que tienen que redefinir el significado de las prohibiciones penales y el Derecho penal termina por tener poco de escrito.

Por eso, el derecho codificado queda, “aunque no lo sea, valorativamente equiparado a un derecho consuetudinario, casuístico o judicial, es decir, a un derecho no escrito, en sentido estricto”, y, por tanto, “prohibido también por el principio *nullum crimen*, en tanto que derecho descodificado” (Pastor, 2005, p. 260). Se debe, pues, evitar la virtual desaparición de los códigos, por lo cual urge un “relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación” que pueda “restaurar y en muchos casos instaurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 1995, p. 920).

En noveno lugar, *hacia la refundación del derecho penal*. Una política criminal democrática debe refundar el derecho punitivo en los términos en los cuales postula Ferrajoli: ante la gravedad de la actual crisis, que compromete de manera radical la legitimidad del derecho y de la jurisdicción penal, “[...] la única respuesta racional es la refundación del sistema punitivo en su conjunto, dirigida a restaurar su eficiencia y garantías según el modelo normativo que

he llamado *derecho penal mínimo*". Esto es un programa reformador que se oriente a restaurar el papel del derecho penal como instrumento costoso, "solo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos" (Ferrajoli, 2011, p. 336).

Incluso, se podría asumir su propuesta en el sentido de que se debe producir no solo una drástica *despenalización* para que solo se persigan aquellas conductas punibles graves que tengan alto impacto social sino una radical *descarcelación*, para que el instrumento de la prisión también sea para los hechos más significativos; con ello, se puede contribuir en alguna medida a que el principio de legalidad vuelva a ser el postulado orientador y la columna vertebral de los sistemas punitivos, amén de que sea factible aliviar los excesivos costos del sistema penitenciario.

En décimo lugar, *hacia una administración de justicia robusta e independiente*. A la par que se fortalece el derecho positivo, la política criminal también debe jalonar y enaltecer a la Administración de Justicia para hacerla más fuerte y robusta, independiente e imparcial, de tal manera que cumpla con dignidad y decoro su sagrada tarea de componer los conflictos; por eso, se debe reconocer que los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política, "son los primeros pasos para que el imperio de la ley se vuelva un objetivo y un proyecto político que pueda entusiasmar a las nuevas generaciones latinoamericanas" (Binder, 2003, p. 36).

Por ello, uno de los talones de Aquiles del aberrante sistema penal existente es la carencia de administradores de justicia auténticos que compongan los conflictos, por lo cual es necesario transformar el diseño de promoción de jueces y magistrados con base en criterios objetivos basados en los méritos y las capacidades, para que la Administración de Justicia esté gobernada por buenas técnicas gerenciales y de gestión (Díez, 2015, p. 34); de ahí la necesidad de que en estos cargos solo estén "aquellas personas que mostraran, entre otros rasgos, la coherencia analítica, estabilidad emocional, empatía y resistencia a la presión" (Díez, 2015, p. 33). Ello, para evitar que

las decisiones judiciales terminen equiparadas a las políticas y los órganos de dirección del poder judicial acaben politizados, sin arbitrio judicial alguno para manejar los casos concretos y se conviertan en los secretarios judiciales de los políticos (Díez, 2015, p. 42).

En décimo primer lugar, *el combate frontal contra las penas privativas de libertad de larga duración y la introducción de otras formas alternativas de respuesta penal*. Otra de las tareas propias de una política criminal democrática es la de velar porque el uso de las penas privativas de libertad se vea reducido a su más mínima expresión; por eso, se debe cuestionar el sistema de penas existente por anticuado, injusto e ineficiente, amén de que solo piensa en la pena de prisión y echa de menos una verdad que es irrefutable cuando se tienen claros los fines de la pena y del derecho penal: una justicia rápida y segura, es mucho más eficaz que una justicia dura (Díez, 2015, p. 67). Pena por antonomasia que, repárese, se impone de manera inhumana, degradante, desproporcionada y draconiana, en la mayoría de los casos.

De ahí, entonces, que se deba pensar en sanciones alternativas a la prisión dando verdadera cabida a la pena pecuniaria, el trabajo penitenciario resocializador, la prestación de servicios en obras sociales, la composición amigable de los conflictos, etc., mecanismos todos ellos propios de una justicia restaurativa por oposición a una justicia retributiva; a este respecto, recuérdese, el llamado Nuevo Acuerdo Final suscrito con las Farc, ofrece un listado muy amplio de este tipo de mecanismos que muy bien se podría utilizar en la justicia penal ordinaria (Velásquez, 2017, pp. 14 y ss.).

En duodécimo lugar, *la lucha contra el populismo punitivo*. De la mano de lo anterior, se debe emprender un combate frontal contra el populismo punitivo que, como recuerda la doctrina, ha posibilitado que el Código Penal en manos de nuestros agentes políticos se convierta “en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de emociones colectivas” (Díez, 2015, p. 10). De ahí que las reformas penales contemporáneas aparezcan lejos, muy lejos, de la política criminal ilustrada y, cuando se habla de la

“modernización” del derecho penal, ello solo se hace para legitimar el autoritarismo, el expansionismo y el conservadurismo (Díez, 2015, p. 43), sin que falte en tan explosivo coctel la cotidiana recurrencia a un derecho penal simbólico, cuyo verdadero riesgo “no es el injustificado uso que realiza del Código Penal, sino el de que, tarde o temprano, termina aplicándose” (Díez, 2015, p. 194).

Por ello, al hilo de estas valiosas reflexiones, se debe decir que el derecho penal no se debe aplicar solo a los sectores sociales más desfavorecidos sino a los poderosos, porque si algo debe estar claro es que no se pueden criminalizar los conflictos sociales (Díez, 2015, pp. 47 y 70), para convertirlo en agente de moralización social o como herramienta polivalente de reparación de emergencias sociales (Díez, 2015, pp. 47 y 48); así sucede cuando, a título de ejemplo, se criminaliza la violencia doméstica o el derecho penal se torna en agente promotor de buenas costumbres; o éste, en fin, se convierte en el sanalotodo social como acontece en nuestro país.

Por eso, la política criminal puesta en escena es paradigma del oportunismo y está “incardinada a ensoñaciones” de las que sacan provecho “políticos poco escrupulosos” (Díez, 2015, pp. 12-13), hasta tornarla en un instrumento populista. Y se advierte con severidad: “una política criminal que pretenda ser eficaz a medio y largo plazo en la lucha contra la delincuencia” debe “[...] ser capaz de romper con visiones alicortas, cuando no electoreristas, que cifran su éxito exclusivamente en la eficacia policial y el encierro de los delincuentes” (Díez, 2015, p. 62). El Código Penal, pues, no puede estar en manos de los políticos, convertido en un instrumento de propaganda que encubre políticas defectuosas mediante la desmedida explotación de emociones colectivas (Díez, 2015, p. 10). De ahí, que se deban también combatir las falacias de la inseguridad ciudadana y advertir sobre el profundo arraigo de la demagogia tanto en el legislador (ávido de expedir legislaciones coyunturales: Díez, 2015, p. 79) como en el ejecutivo en materias penales, conforme lo demuestran ciertos casos emblemáticos que son utilizados con esos fines los cuales evidencian, además, que el derecho penal es instrumento de captación de votos (Díez, 2015, p. 46).

En décimotercer lugar, *el combate contra la justicia penal administrada por los medios de comunicación*. También, una política criminal democrática debe recuperar la majestad de la justicia penal arrebatada por los medios de comunicación masiva, cuyo papel es nefasto en la lucha contra la criminalidad y la construcción de políticas criminales racionales, porque la delincuencia es objeto de una continua y destacada atracción mediática cuando no se cae en manos del sensacionalismo; por ello, se debe “repetir ahora la necesidad de que los medios realicen un tratamiento ponderado y proporcionado de los sucesos criminales”, y de que “procuren trascender las reacciones más primarias frente al delito así como las soluciones más simplistas, puede parecer trasnochado”, pero ello debe hacerse sobre todo ahora que “casi han monopolizado el discurso político-criminal” (Díez, 2015, p. 69). Se debe rechazar, pues, la llamada justicia mediática que a través de los juicios paralelos irrumpe para suplantar a los administradores de justicia penal (Posada, 2011); es más, se ha de propulsar una proclama en cuya virtud no se permita que los jueces ajusten sus decisiones a las demandas de esos medios de comunicación social.

En décimo cuarto lugar, se debe propugnar por *la liberalización de la política contra las drogas*. Otra de las problemáticas que debe ventilar una construcción democrática en estas precisas materias es la atinente a las directrices en materia de drogas prohibidas que, a no dudarlo, se concretan en un derecho penal de drogas que pisotea el garantismo (Díez, 2015, p. 79), todo lo cual obliga a luchar por la introducción de un verdadero control de drogas. Es que, no cabe duda, las corrientes represivas en esta materia han mostrado su más rotundo fracaso porque si ellas quieren ser razonables tienen que poner énfasis en la prevención de la demanda; dicho en palabras del expositor acabado de citar: la actual política represiva no es otra cosa que una cruzada moral, en la que la autoridad se ha atribuido el derecho a decidir lo que el ciudadano adulto debe o no consumir, “[...] y en la que los médicos, con sus ornamentos científicos, ofician como sacerdotes” (Díez, 2015, p. 179). Por ello, creemos, la única política coherente es la opción despenalizadora y no la criminalización de los consumidores como, de forma terca e insistente,

pretenden algunos sectores autoritarios en nuestro medio que ven en cada consumidor un potencial traficante, como si la “guerra” que se debiera librar no fuera contra las mafias de traficantes mediante herramientas idóneas como la señalada, y no contra consumidores enfermos.

Hechas las anteriores precisiones de índole general se debe ahora discurrir sobre las bases propias de una adecuada política criminal en materia de aborto, a cuyo efecto se debe tener en cuenta que el punto de partida de esa reflexión es el propio de un Estado laico y de un derecho penal mínimo, de garantías.

La política criminal en materia de aborto

Ubicación.

La legalización o no de la interrupción voluntaria del embarazo es un asunto sometido a múltiples debates y opiniones, según ya se dijo al comienzo, pero también esa discusión se debe librar a partir del modelo de Estado adoptado que, para el caso, es el propio de un Estado de derecho social y democrático. Como es apenas obvio, el Estado colombiano es laico, esto es, se trata de una sociedad que funciona de manera independiente de cualquier organización o confesión religiosa o de toda religión, y en el cual las autoridades políticas no se adhieren públicamente a ningún culto y, por ende, en el cual las creencias religiosas no pueden influir sobre la política nacional.

Sin embargo, ese concepto no posibilita una organización social en la cual no sea posible el diálogo y los enfoques flexibles porque, como se ha dicho, un concepto de laicidad flexible, dialogante y abierto probablemente sea equivalente a otro concepto, el de aconfesionalidad, que de suyo transmite con precisión una simple idea: *el Estado no tiene una religión oficial, lo cual es una exigencia para la articulación práctica y efectiva del derecho fundamental de libertad de creencias*. “[...] Pero nada impide que, junto con esta proclamación y esta

exigencia, se establezca también institucionalmente un clima de diálogo, de valoración y de atención al factor religioso, también en su intrínseca dimensión pública” (Palomino, 2007, pp. 77 y ss.).

De esta manera, la introducción en la ley penal de la conducta punible de aborto –de forma bastante atenuada– no afecta la libertad de conciencia, entre otras cosas porque en una sociedad pluralista hay personas que son partidarias del aborto libre y también existen otras que no lo son y optan por soluciones extremas; incluso, no se debe olvidar a seres humanos que defienden posturas más equilibradas en cuya virtud se debe autorizar el aborto solo con el cumplimiento de determinadas condiciones y dentro de unos plazos previamente señalados. No obstante, como se explica luego, esto no significa que no se deba emprender una reforma legal en esta materia que cobije varios aspectos comenzando por el penal, máxime si se trata de un asunto que está en cotidiano debate así se adopten las fórmulas más equilibradas y consensuadas. Un buen ejemplo de ello, es lo que sucede en Alemania y Europa (Krolzik-Matthei, 2019, pp. 4 y ss.; Grandi, 2015, pp. 89 y ss., para Italia) o en Estados Unidos (Forsythe, 2018, pp. 445 y ss.).

Las fórmulas legales.

El aborto implica un atentado contra la vida humana dependiente o prenatal, pues es una conducta dirigida a afectar la vida del feto o la del embrión, aunque en segundo plano aparecen la vida y la salud de la madre, o la unidad familiar; en codificaciones penales como la aquí vigente también se protege la integridad y/o la salud del feto (cfr. arts. 125 y 126) e incluso se añaden a esos bienes jurídicos la debida conducción de la guerra (139E y 140), asunto que *de lege ferenda* muestra preocupantes vacíos de punibilidad, no obstante lo cual algunos abogan por la protección del capital demográfico de la sociedad como bien jurídico tutelado (Hurtado, 1994, p. 14; Hurtado, 2009, p. 107), aunque en los regímenes autoritarios (nacionalsocialismo alemán, fascismo italiano, etc.) el criterio demográfico pasa a primer plano (Hurtado, 1994, p. 20 y ss.). De todas maneras, lo que sí debe quedar muy

en claro es que en todas las modalidades de aborto que prevé la ley penal se deben dar ciertas características comunes: 1) la existencia de un embarazo en la mujer; 2) que el feto se encuentre con vida al momento de la acción del agente; y, 3) que su muerte se haya debido a esta acción.

Ahora bien, las fórmulas legales para regular el asunto son de diversa índole y esas previsiones van de la mano de las circunstancias políticas y sociales de cada país (un panorama general, en Guillaume & Rossier, 2018, pp. 236 y ss.). En efecto, en primer lugar, es posible encontrar países –sobre todo en el ámbito latinoamericano donde el poder y la influencia de la Iglesia Católica todavía es muy grande– en los cuales la prohibición es casi total aunque la doctrina jurídico penal por vía de las construcciones dogmáticas, la jurisprudencia y, a veces, el propio legislador, le dan cabida a algunas especies de aborto como el terapéutico, el eugenésico y el ético-social.

En el caso colombiano –con la advertencia de que al expedirse la Sentencia C-055 de 21 de febrero de 2022, el panorama cambió por completo–, las excepciones al marcado prohibicionismo, afincado en razones de corte filosófico religioso, han sido fruto de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia; esta última, gracias a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, afirma viable el aborto sin límite temporal alguno en tres casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) si existe grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, c) en eventos en los cuales el embarazo sea resultado de una conducta, que haya sido denunciada en debida forma, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Sent. C-355 de 2006, CConst.). Esta sentencia obligó al ejecutivo a expedir el Decreto núm. 4444 de trece de diciembre de 2006, “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”, que fue declarado nulo. De esta manera, pues, pese al prohibicionismo se introdujeron entonces excepciones que acercaban estos patrones legales al modelo de indicaciones que se trata en seguida, pero que no lograba acogerse a plenitud.

En segundo lugar, otras organizaciones estatales como Estados Unidos (Sent. *Roe v. Wade* de 22 de enero de 1973; Sent. *Doe v. Bolton* de 22 de enero 1973; Shapiro, 2008, pp. 437 y ss.; Weiner, 2016, que muestra las matizaciones legales en los diversos Estados; y Forsythe, 2018, pp. 445 y ss., con el debate actual sobre el asunto), España en la antigua regulación de 1995 (con crítica de Roper, 2003, pp. 211 y ss.), la República Federal de Alemania hasta 1992, cuando se produce una regulación combinada con motivo de la reunificación germana, etc. (Steiner, 1993, pp. 159 y ss.; Eser, 1994, pp. 68), a su turno, optan por el *modelo de indicaciones* sobre la base del enjuiciamiento de un tercero, que opera cuando la voluntad de la madre va acompañada de circunstancias precisas constitutivas de eventos de estado de necesidad preexistente, cuyos presupuestos deben ser comprobados por una tercera persona (médico, comisión de expertos, etc.) bien porque se trate de una indicación terapéutica (la vida o la salud de la madre), eugenésica (la malformación grave del feto), ética (violación de la madre), social (grave situación económica).

Así mismo, en tercer lugar, existe el *modelo de plazos* basado en la autodeterminación de la persona, vigente en países como Grecia, donde el aborto –desde la reforma de 1986– es permitido durante las primeras doce semanas aunque, en casos de estupro o incesto, el plazo va hasta las 19 semanas y si hay anomalías fetales hasta las 24; Suiza, donde es permitido durante las doce primeras semanas; en Suecia, que permite la interrupción del embarazo hasta la decimoactava semana, salvo en situaciones especiales derivadas de la salud de la mujer o del feto que son valoradas por Comisión Nacional de Salud; e incluso la extinta República Democrática Alemana, etc.

En cuarto lugar, cabe el denominado *modelo del discurso orientado a la situación de necesidad* –para algunos es “de asesoramiento” y que, en el fondo, es un patrón mixto con plazo e indicaciones–, gracias al cual operan “aquellas reglas en las que la ley menciona motivos (o también una concreta situación de necesidad) bajo los que puede ser interrumpido, pero además deja a la decisión autónoma de la mujer la apreciación y la consideración de si una tal causa concurre o no” (Roxin, 2004, p. 1195), tal como sucede en la República

Federal de Alemania (Eser-Weißer, 2019, p. 2161) sobre todo después de 1990 (Steiner, 1993, pp. 159 y ss.), Italia (Ferrajoli, 2002, p. 6), España donde también se le llama como modelo mixto o combinado (González-Varas, 2010, p. 30), Portugal tras los cambios de 2010 y 2015 (Rubio-Marín, 2017, p. 369 y ss.), Francia sobre todo después de 1974 (Le Namur & Valenti, 2003) y la Argentina con un intenso debate previo (Hopp, 2012, pp. 135 y ss.). Este es el diseño que apadrinan organizaciones comunitarias como la europea.

En fin, en quinto lugar, existe el *modelo de la total autorización* según el cual el aborto está permitido en todos los casos, tal como sucede en la República Popular China, donde incluso es obligatorio en atención a la política de un solo hijo que, luego, se extendió a dos en ciertas condiciones (Guillaume & Rossier, 2018, p. 270) y, ahora, a tres a partir de 2021 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-57359741>).

Una propuesta.

Desde luego, con independencia de la posición que al respecto se asuma, es indudable que la legislación penal en este campo —y la afirmación es válida para todos los ordenamientos penales contemporáneos— tiene un contenido simbólico porque se trata de normas ineficaces, “puramente ideológicas” (Bustos, 1996, p. 56); ello es más evidente en países como Colombia donde los abortos clandestinos se cuentan por cientos de miles cada año (Prada *et al*, 2011, p. 10; muy crítico con esos datos Rubio, 2015, p. 253 y ss.), y se observa un notable desfase entre lo que se predica y la realidad por la ausencia de una verdadera política criminal en este y en otros frentes (Romero *et al.*, 2017, p. 12 y ss.), cuando no una doble moral frente al tema.

Por supuesto, ello implica graves daños para la salud y la vida de las mujeres que se ven expuestas a una tupida red de personas que, desde la clandestinidad, manejan un suculento negocio que produce pingües ganancias; que, a la par, pone en evidencia los conflictos de clase que se presentan al interior de esta problemática, en la medida en que las madres privilegiadas por su posición social pueden practicarse abortos en condiciones de asepsia mayores, incluso

en el extranjero, en desmedro de las mujeres provenientes de los estratos más pobres de la población. La ley penal, pues, castiga un comportamiento que el tejido social fomenta y legitima, llegándose a lo que se denomina “una esquizofrenia en las relaciones jurídico-sociales” (Bustos, 1986, p. 57).

Desde luego, es claro que en nuestro país siempre se ha permitido el aborto en circunstancias excepcionales (Posada, 2020, p. 17), por eso la expedición de la Sent. C-355 de 2006 que dijo “legalizarlo”—expresión a todas luces inapropiada, porque el único autorizado para expedir leyes en un Estado de derecho gobernado por el principio de legalidad es el órgano legislativo— en tres situaciones diferentes como ya se señaló no es, de verdad, ninguna novedad porque cuando se configuran esos eventos ellos encuentran acogida en la Parte General del Código Penal, a título de causales eximentes de la responsabilidad penal (véase, artículo 32). Desde luego, es innegable que esa sentencia ha jugado un papel muy importante y ha sido un instrumento valioso para abordar la discusión, en un país donde la doble moral en esta materia y la confusión entre el derecho penal y la moral son el pan cotidiano.

No obstante, también se escuchan voces que plantean la necesidad de introducir un mejor sistema legal para regular este fenómeno, de tal manera que se brinde a la mujer un tratamiento más laxo y se introduzcan condiciones idóneas para practicar el aborto en las situaciones en las cuales está permitido porque hoy, no cabe duda, el asunto representa un grave problema de salud pública (Comisión Asesora, 2012; Reyes, 2021, p. 92). Y a ello se suma el hecho de que el aborto se realiza sin que la persecución penal opere y esa práctica es tolerada, al punto de que los estudiosos sobre el tema afirman que “la norma penal vigente es poco funcional como medio de prevención social” (Posada, 2020, p. 25), esto es, se trata de normas válidas pero no eficaces. En otras palabras, la normativa existente en esta materia es otro ejemplo que robustece un derecho penal infestado de normas penales que no nacen para ser aplicadas, de tal manera que los ordenamientos jurídicos se convierten en los depositarios de una buena parte de la violencia emblemática que requiere toda sociedad, para lograr cierta cohesión en sus prácticas y valores; por ello, se habla de un *derecho penal simbólico* (Díez, 2003, pp. 147 y ss.).

Así las cosas, una política criminal coherente en materia de aborto debe reunir cuatro condiciones: acreditar la necesidad de acudir al derecho penal y castigar los supuestos de aborto con el consentimiento de la mujer más graves; la prohibición del aborto debe ser mínima y proporcional; el Estado debe garantizar que la penalización del aborto no estimule a las mujeres a recurrir a prácticas que ponen en peligro sistemático su vida y salud; y, en fin, no es lógico mantener un modelo de criminalización del aborto que promueva y cotice mercados macrocriminales como el aborto clandestino (Posada, 2020, pp. 23 y ss.).

Así las cosas, si se parte de los lineamientos propios de una política criminal democrática como los examinados en esta ponencia, la única fórmula compatible con ese diseño y con el modelo de Estado adoptado es la de plazos y condiciones. Por ello, para particularizar en los aspectos penales, se debe introducir un sistema mixto (de plazos y de condiciones) en cuya virtud la mujer tenga un lapso que no exceda las doce semanas para practicarse el aborto en el marco de las indicaciones que al efecto se introduzcan. En los casos en los cuales medien situaciones excepcionales (piénsese en el aborto terapéutico, en el eugenésico o en el que se produce por razones éticas como las derivadas de una violación, de una inseminación artificial o de transferencia de óvulo no consentidas) este plazo no puede operar y se debe hacer un diseño que permita –más allá del susodicho lapso, que se podría ampliar para que no quede indefinido– su aplicación, previo concepto médico y de expertos que así lo aconsejen, acorde con modelo de indicaciones precisas (Velásquez, 2018, p. 35).

Además, una nueva normativa en estas materias debe castigar a quien –por fuera de las condiciones en las cuales se puede ejercer la objeción de conciencia– se negare a practicar la interrupción voluntaria del embarazo o a realizar la atención integral a la gestante, incluso después de practicada la misma; como es obvio, el aborto practicado sin consentimiento de la gestante y/o de quien lo puede emitir (piénsese en niñas o en mujeres con discapacidad mental o física que les impidiese manifestar su voluntad al respecto) debe ser punido, con independencia del momento en el cual se practique, todo

ello porque implica una invasión inadmisible en la persona de la gestante y contraria a los dictados de un Estado liberal y democrático (Ferrajoli, 2002, pp. 7 y ss.; Ferrajoli, 2018). Otro tanto, debe decirse del aborto llevado a cabo más allá de los plazos y de las condiciones señaladas en la ley que reglamente la materia.

Así mismo, como el Estado colombiano es laico se tienen que garantizar a plenitud los derechos de la gestante, de los profesionales de salud que –con ocasión de la objeción de conciencia– no quieran practicar la interrupción voluntaria del embarazo y, en fin, los derechos del padre de la criatura y de las familias involucradas, sobre todo cuando se trata de menores de edad y de personas desvalidas o con alguna incapacidad física y mental. En ese contexto es además fundamental la introducción de campañas preventivas y educadoras que, de forma seria, ingieran en la formación de los jóvenes y les hagan tomar conciencia de fenómenos como el que es motivo de reflexión.

En definitiva, pese a que se requiere una reforma a la ley penal, lo más importante –más allá de los cambios normativos y de pronunciamientos jurisprudenciales como el más reciente– es el aseguramiento de las condiciones de asistencia sanitaria necesarias para que a la mujer gestante se le brinde un trato digno, con privacidad, confidencialidad, respeto a la autonomía de la voluntad, acceso a la información y a la educación pero, sobre todo, un tratamiento médico, psicológico y de asistencia social –anterior, concomitante y posterior al procedimiento– de calidad, de tal manera que se respeten los estándares internacionales en esta materia, todo ello en el marco de una política social integral (véase, la normativa argentina contenida en la Ley 27610/2020). Esto último es clave porque se debe asegurar la preservación de la salud física y mental de la mujer gestante y de los familiares o allegados involucrados en el respectivo proceso de interrupción, en un marco más general de las relaciones sociales.

Un derecho penal mínimo, pues, no puede pensar en la represión de las conductas en materia de aborto, sino que debe abogar por su descriminalización en gran parte de los casos en un marco preventivo; se

debe, pues, buscar que el derecho penal en materia de aborto cumpla una doble función preventiva, una y otra de signo negativo, como dice el padre del garantismo penal (Ferrajoli, 1995, p. 334; Ferrajoli, 2002, p. 8; Ferrajoli, 2018; Posada, 2020, p. 26): la prevención general del delito de aborto y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas en los casos en los cuales –de manera muy excepcional– se castigue el aborto. En fin, se debe educar al colectivo social para que se haga un debido manejo de la sexualidad y no pensar solo en castigar a quien el propio Estado no educa; se trata, en fin y a grandes rasgos, como se ha dicho, de un delito arcaico que es objeto de una punibilidad regresiva y facilita la explotación social (Guzmán, 2012, pp. 17 y ss.).

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, debe decirse lo siguiente de cara a ingerir en el debate sobre el asunto:

En primer lugar, en el seno de un derecho penal mínimo, de garantías, que es el propio de un Estado social y democrático de Derecho, los principios orientadores de la política criminal tienen que ser igualmente democráticos.

Así mismo, en segundo lugar, como ese diseño de organización social supone un estado laico en el cual le es permitido a todos los ciudadanos expresar de forma libre sus creencias respetando el bien común, la política criminal en materia de aborto tiene que tener visos de liberalismo pero sin caer en posturas completamente legalizadoras; el respeto a la vida, en todas sus formas, se impone.

A no dudarlo, en tercer lugar, la política criminal en materia de aborto –cosa que también sucede en el plano más general cuando se hace referencia a todas las manifestaciones criminales– necesita un replanteamiento de fondo que no solo pase por las necesarias reformas legales, sino por las condiciones reales en las cuales el fenómeno se manifiesta.

Por eso, en cuarto lugar, para aludir a esto último, urge el diseño de un sistema sanitario preparado para atender a todas las mujeres que deban practicarse el aborto en condiciones dignas y sin exponer su vida e integridad personal; ello supone, como es apenas obvio, aprontar recursos materiales y humanos para brindar la asistencia que hoy se reclama a gritos.

En quinto lugar, como se debe introducir un sistema mixto (de plazos y de condiciones) se hace imperativa una reforma al Código Penal que regule todos los aspectos involucrados y garantice los derechos de quienes resulten involucrados en el proceso de interrupción del embarazo.

En fin, en sexto lugar, la Constitución vigente, en contra de lo que algunos quieren, no permite la legalización total del aborto, esto es, sin condición ni plazo alguno; y, por supuesto, el legislador –único autorizado para hacerlo, no los tribunales que no son codificadores– no puede extralimitar los límites existentes de cara a ejercer la actividad punitiva del Estado.

Referencias

- Binder, A. (2003). Entre la democracia y la exclusión: La lucha por la legalidad en una sociedad desigual. *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 64, 36-60.
- Bustos, J. (1986). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Ariel.
- Carrillo, F., Cepeda, M. J. & Gómez, A. (2020). *El legado constitucional. 30 años de la Constitución Política. Constitución Política de 1991. Actualizada y concordada. Antecedentes “ANC” y Jurisprudencia*. Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Comisión Asesora en Materia de Política Criminal (2012). *Informe final. Diagnóstico y Propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Ministerio de Justicia.
- Decreto núm. 4444 (2006, diciembre 13), “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”. *Diario Oficial* No. 46.481 de trece de diciembre de 2006. Imprenta Nacional.
- Díaz, E. (1963). Teoría general del Estado de Derecho. *Revista de Estudios Políticos* N.º 131, 21-48.
- Díaz, E. (1983). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus.

- Díez, J. L. (2003). El Derecho penal simbólico. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann & y A. Nieto Martín: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (pp. 147-172). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Díez, J. L. (2015). *Delitos y Penas en España*. Los Libros de la Catarata.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Fundamentos del garantismo penal* [trad. de P. Andrés et al.]. Editorial Trotta.
- Eser, A. (1994). Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado. *Actualidad Penal* N.º 4, 55-71.
- Eser, A. & Weißer, B. (2019). Vorbemerkungen zu den §§ 218 bis 219b (Schwangerschaftsabbruch). En Schönke A., Schröder, H. *Strafgesetzbuch. Kommentar* [30ª ed.] (pp. 2155-2172). C. H. Beck.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* [trad. P. Andrés et al.]. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002): La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Revista Jueces para la Democracia* [trad. P. Andrés et al.], N.º 44, 3-12.
- Forsythe, C. D. (2018). A draft Opinion Overruling Roe v. Wade. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 16, 445-493.
- González-Varas, A. (2010). Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *RGDCDEE* N.º 23, 1-31.
- Grandi, F. (2015). Le difficoltà nell' attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani. *Istituzioni del Federalismo: Rivista di Studi Giuridici e Politici* N.º 1, 89-120.
- Guillaume, A. & Rossier, C. (2018). L' avortement dans le monde. État des lieux des législations, mesures, tendances et conséquences, *Population-F*, 73 (2), 225-322.
- Guzmán, J. L. (2012). Aborto: Delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación sexual. *Revista de Estudios de la Justicia* N.º 17, 17-51.
- Hassemer, W. (1999). Legalität und Opportunität im Strafverfahren. Eine Skizze. En W. Hassemer: *Freiheitliches Strafrecht* (pp. 69-85). Philo Verlag.
- Hopp, C. M. (2012). Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate. *Revista Derecho Penal* 1 (2), 135-169.
- Hurtado, J. (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial 2. Aborto*. Ediciones Juris.
- Hurtado, J. (2009). *Droit Pénal. Partie spéciale*. Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Jescheck, H. H. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* [trad. de M. Olmedo]. Comares.

- Krolzik-Matthei, K. (2019). Abtreibung in der Debatte in Deutschland und Europa. *APuZ* N.º 20, 4-11.
- Le Namur, J. Y. & Valenti, C. (2003). *Histoire de l' avortement, XIX^e-XX^e siècle*. Editorial du Seuil.
- Ley 27610 (2020, diciembre 30). Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial República Argentina*, 15-01-2021, Presidencia Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/20210115>
- Palomino, R. (2008). Laicidad, laicismo, ética pública: presupuestos en la elaboración de políticas para prevenir la radicalización violenta. *Athena Intelligence Journal*, Vol. 3 N.º 4, 77-97.
- Pastor, D. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Ad-Hoc.
- Pastor, D. (2018, agosto 23). Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto. *Derecho al Día* año XVII, edición 307. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-del-aborto/+7201>
- Posada, R. (2012). Los juicios paralelos, el derecho a la honra y al debido proceso penal: ¿*Quis custodiet custodes?* En R. Molina (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal. Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75.º aniversario* (pp. 207-258). Biblioteca Jurídica Diké-Universidad Pontificia Bolivariana.
- Posada, R. (2020). Política Criminal y Derecho Penal: Un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación. *Revista Nuevo Foro Penal* No. 94, 2020, 13-44.
- Prada, E., Singh, S., Remez, L. y Villarreal, C. (2011). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Gutmacher Institute. https://www.gutmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf
- Reyes, Y. (2021). *El aborto y el derecho a una vida digna de la madre y del «nasciturus»*. En Pérez, Á. O., García, E., Muñoz, J. A., Ploskenos, A. & Rivera, I. (Coords.): *Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli* (pp. 75-90). Editorial Temis.
- Romero, A., Lizarazo, N. & Camacho, L. M. (2017). *Crimen y política criminal: elementos para la configuración del observatorio de política criminal*. Ministerio de Justicia y del Derecho. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>
- Roperio, J. (2003). La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 211-251.

- Roxin, C. (2004). La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal. En J. López Barja de Quiroga y J. M. Zugaldía Espinar (Coords.): *Dogmática y Ley Penal, Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II. Marcial Pons, 1189-1206.
- Rubio-Marín, R. (2017). Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. *Revista DIREITOGV* 13 (1), 356-379.
- Rubio, M. (2015). El mito de los 400 mil abortos en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 17 (33), 253-274. <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.11>
- Sarrabayrouse, E. C. (2012). La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración. En Juan Pablo Montiel (Editor): *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?* (pp. 31-54). Marcial Pons.
- Sarrabayrouse, E. C. (2011). La teoría de la legislación: ¿Un medio para limitar la expansión del Derecho Penal? En Daniel R. Pastor/Nicolás Guzmán: *Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 17-38). Ad-Hoc.
- Sentencia C-355 (2006, mayo 10). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-6122, 6123 y 6124]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Sentencia C-294 (2021, septiembre dos). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes acumulados D-13915 y D-13945]. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-294-21.htm>
- Sentencia C-055 (2022, febrero 21). [Expediente D-13956]. Magistrados Ponentes: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Schönke, A., Schröder, H. (2019): *Strafgesetzbuch. Kommentar* [30ª ed.]. C. H. Beck, 2019.
- Shapiro, I. (2008): El Derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 21, 437-463.
- Steiner, U. (1993): La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13 (37), 159-171.
- Stuart-Mill, J. (1864): *On Liberty*. Longman, Roberts & Green.
- Suprema Corte de los Estados Unidos (1973, enero 22). Caso Doe v. Bolton, vol. 410 U.S., 179-223. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/>
- Suprema Corte de los Estados Unidos (1973, enero 22). Caso Roe v Wade, Vol. 410 U.S., 113-176. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>
- Velásquez, F. (2013). *Delitos contra la Vida y la Integridad personal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- Velásquez, F. (2017). El Nuevo Acuerdo Final y los fines de la pena. *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS* VOL. 5, N.º 1, 14-29.
- Velásquez, F. (2018). Aborto y tradicionalismo. *El Colombiano*, 28 de octubre de 2018, p. 35.
- Velásquez, F. (2018). *La Justicia Penal: Legalidad y oportunidad*. Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. (2019). El proceso penal de tendencia acusatoria: entre la inoperancia y el reformismo. *Revista de Ciencias Sociales* N.º 74, 39-82.
- Weiner, M. H. (2016). Roe v. Wade Case (US). United States [US]. Max Planck *Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, *Oxford Constitutional Law*, 1-15. <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e564>

El subregistro del aborto como expresión de punibilidad*

*Fabio Humar Jaramillo***

Resumen: En el artículo se comparan las cifras de las noticias criminales en torno al aborto y aquellas que distintas organizaciones han reportado sobre la ocurrencia de este hecho en la sociedad, además de describir la legislación y jurisprudencia sobre el aborto como conducta típica. A partir de esa comparación, se encontró que existe un subregistro y, para explicar esto, se proponen dos hipótesis: a) el Estado no tiene los mecanismos para perseguir esta conducta, o b) es posible que, en Colombia, el aborto sea socialmente aceptado. Finalmente, se cuestiona que aun se persiga esta conducta y se defiende la posibilidad de encontrar otras medidas de política pública para regular este fenómeno.

Palabras claves: Política criminal, aborto, subregistro, eficacia.

Abstract: This paper compares the number of criminal reports regarding abortion with the number of cases registered by different organizations focused on the actual occurrence of this practice in society. It also deals with the laws and the jurisprudence in which abortion is considered statutorily defined. Since the comparative data showed that abortion had been under-recorded, two hypotheses are advanced to explain this phenomenon: (1) the State does not have the necessary mechanisms to follow the trail of this behavior; and (2) in Colombia, the abortion may be likely socially acceptable. Finally, this paper criticizes the fact that abortion is still persecuted and stands up for the possibility of creating proper measures to regulate such a phenomenon.

Keywords: Crime policy, abortion, under-record, efficiency.

* Texto de la ponencia presentada en el conversatorio “Aborto y Estado Laico”, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho el 29 de abril de 2021.

** Especialista en Derecho Penal; Profesor Ad honorem adscrito a la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: fhumar@fabiohumar.com

Introducción

La discusión sobre la conveniencia de la tipificación del aborto aún es un debate vivo sobre el cual distintos sectores de la sociedad se siguen enfrentando; hay varios discursos que están entremezclados en este tema. Adicional al discurso *jurídico*, aparecen el discurso *moral*—como adecuadamente lo expone Dworkin (1993)—y el *político*. Sin embargo, un eje que suele dejarse de lado en el debate público es aquel relacionado con las cifras, las cuales suelen usarse para evaluar las distintas medidas que se toman en torno a cualquier fenómeno de la sociedad. Así pues, en el presente trabajo, se hace una evaluación de las cifras que se tienen en materia penal sobre el aborto penalizado. Sin embargo, antes de ello se determina qué se entiende por aborto y cuál ha sido su desarrollo legal en Colombia.

La definición etimológica de aborto parte del concepto *abortus* el cual deriva, a su vez, del verbo ‘abrir’ “que es una palabra compuesta por *ab* = de (indica separación) y *orior* = levantarse, salir, nacer” (Miranda, 1986, p. 2). Desde el punto de vista médico, este fenómeno es definido como “la interrupción del embarazo cuando (...) el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno” (Astete *et al.*, 2014, p. 1450) y tiene dos causales: la primera es el aborto espontáneo, es decir, “cuando ocurre de una manera natural sin que haya la intención para hacerse” (Astete *et al.*, 2014, p. 1450); y la segunda, la que más importa en el derecho penal, el aborto inducido, es decir, el que surge como resultado de maniobras practicadas por una persona con la intención de interrumpir el embarazo (Johnson *et al.*, 2011, p. 20), ya sea por la madre o terceros. Para el derecho penal, la importancia del aborto inducido radica en que se encuentra involucrada la voluntad de la mujer gestante lo que le otorga relevancia jurídica, pues existe una conducta de la cual es posible predicar, o al menos evaluar, si vulnera el bien jurídico de la vida.

El aborto en el derecho penal colombiano

En los delitos consignados en el derecho positivo como atentatorios contra la vida y la integridad de la persona, se encuentra el aborto. En el Código Penal (CP) se protege principalmente la expectativa de la vida desde la fecundación (Velásquez, 2013), es decir, lo que se puede conocer como la “vida dependiente”. Sin embargo, hay otros casos en los cuales “el legislador también considera la especial protección penal de la mujer y sus derechos humanos a la integridad personal y a la autonomía sexual y reproductiva” (Posada, 2020, p. 15).

El aborto, tal y como lo expone el profesor Ricardo Posada Maya (2019), se define de la siguiente manera desde el ángulo del derecho penal:

La interrupción del embarazo o del proceso que gestación que, por causas deliberadamente provocadas o violentas, solo es el efecto necesario del verdadero resultado punible, según la ratio del tipo penal: la aniquilación de la vida biológica del embrión o feto –se expulse esté o no del vientre materno–. (Posada, 2019, pp. 156-157).

Esta definición es compatible con la de aborto inducido, aunque, como es esperable, una definición desde el punto de vista penal requiere necesariamente remitirse a conceptos propios de esta disciplina. Las prácticas relacionadas con el aborto se encuentran tipificadas como delitos en los artículos 118, 122, 123 y 139E del CP (Ley 599 de 2000). El Artículo 118 habla del parto o aborto preterintencional (CP, 2000), de rarísima ocurrencia, según las estadísticas. El artículo 122 describe el aborto propiamente dicho (CP, 2000), de mayor ocurrencia, y, por lo tanto, con una tasa investigativa más alta. El artículo 123 se refiere al aborto sin consentimiento (CP, 2000) de muy baja ocurrencia en las estadísticas. Finalmente, el artículo 139E se refiere al aborto forzado en persona protegida (CP, 2000), del cual no se dispone de suficiente *data*.

Sobre las anteriores normas, a excepción del artículo 122, doctrinalmente no hay mayor debate. Tales tipos penales son de una gravedad tal que no solo resulta afectado el bien jurídico de “vida dependiente” del *nasciturus*

sino, también, la integridad física y la libertad reproductiva de la madre, como ya se mencionó. Así mismo, en el caso del artículo 139E, se vulneran los principios del derecho internacional humanitario. Sin embargo, frente al contenido del artículo 122, ha surgido un debate sobre el tipo penal de aborto dado que, según este artículo, la mujer en estado de embarazo deja de ser un sujeto pasivo de la conducta y adquiere la posibilidad de ocupar el rol de sujeto activo. Esto puede ocurrir, como se evidencia en la redacción de la norma, por dos conductas alternativas: cuando la mujer en estado de embarazo practica un autoaborto, es decir, ella misma causa la muerte del embrión o feto, y cuando ella otorga su consentimiento para que un tercero realice la respectiva acción de causar el aborto.

En el primero de los supuestos, la única autora del delito sería la mujer en estado de embarazo, por lo que es imposible predicar una coautoría, aunque sí puede existir la complicidad. En el segundo supuesto, únicamente se admitiría la figura de la coautoría por lo que la mujer en estado de embarazo y el tercero son los coautores del delito; al igual que en el autoaborto se admitiría la figura de complicidad. No obstante, en ambos escenarios todavía hay un disenso bastante considerable puesto que, como suele suceder en la mayoría de los temas regulados por el derecho, hay discusiones que exceden el ámbito penal. En el caso del aborto, además, hay posturas éticas, políticas y religiosas sobre su despenalización (Palacio *et al.*, 2015; Aguirre *et al.*, 2015, p. 170).

Con todo, inclusive en el ámbito jurídico, ha habido suficiente discusión. Por ejemplo, en la Corte Constitucional se han producido constantes salvamentos de voto de algunos magistrados y se han emitido diversas posiciones respecto al tema (El Tiempo, 2018). Además, en otros sectores, como la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), se ha defendido que la despenalización del aborto es posible constitucionalmente, si se siguen las recomendaciones internacionales (p. 75).

Los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo

Si bien la dogmática estricta del CP y la jurisprudencia son claras sobre el tema dada la magnitud del debate, sigue en pie el piso mínimo propuesto por la Corte cuando señaló tres supuestos que exceptúan la aplicación del CP en estos asuntos (Sent. C-355 de 2006, CConst., aunque sin olvidar el pronunciamiento contenido en la Sentencia C-055 de 21 de febrero de 2022.). Esto constituye un avance apenas indudable y natural en los derechos de las mujeres aunque, desde la publicación de la sentencia, lastimosamente se ha sostenido que en realidad la jurisprudencia de la Corte sobre este hecho no ha sido lo suficientemente sólida (Molina & Roldán, 2006, pp. 22-23).

Tal y como afirman Aguirre *et al.* (2015, pp. 181-182), para justificar su razonamiento, la Corte señaló que se debía realizar una ponderación entre la vida de la mujer y la vida del *nasciturus*. En esta medida, y al estar el Congreso restringido por límites constitucionales, la completa penalización del aborto implicaría la total preeminencia de los derechos del *nasciturus* sobre los de la mujer, lo cual sería inconstitucional. Así pues, los supuestos que señaló la Corte son los siguientes:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Sent. C-355 de 2006, CConst.).

El primero de los eventos de aborto atípico obedece a un estado de necesidad, dado que se amenazan dos bienes jurídicos: la “vida dependiente del embrión o feto” y la “vida autónoma de la madre”. No hay duda de que la mujer, en este caso, tiene plenas libertades para determinar que su vida prima sobre la del *nasciturus*, aunque puede decidir continuar con el embarazo (Mendoza, 2012). Ante este posible conflicto el Estado no puede entrar a penalizar, de ninguna manera, las acciones de salvación de la madre

o por terceros sobre la madre, siempre y cuando ella haya emitido un consentimiento en ese sentido, si es que lo puede emitir.

La segunda forma de aborto atípico se relaciona directamente con el concepto de dignidad humana, quizás el único derecho absoluto que tiene el ordenamiento jurídico (Sent. C-143 de 2015, CConst.; Const. Pol., Art. 1). En consonancia con esto último, permitir el nacimiento de una criatura que ostente severas malformaciones de tal calibre que hagan inviable su vida fuera del útero sería someterla a tratos crueles e inhumanos. Por ello, la madre tendría la facultad legal de interrumpir su embarazo; aun así, si ella opta por continuar, esto no puede derivar en ningún momento en una sanción posterior. No hay que confundir esta segunda causal con el denominado “aborto eugenésico”. Esta causal cobija, específicamente, graves malformaciones del feto y proscribire la interrupción cuando dichas enfermedades pueden ser curadas, aunque no está relacionada con los esfuerzos por mejorar a la especie humana (Sent. SU-096 de 2018, CConst.).

La tercera causal del aborto atípico también está absolutamente ligada al concepto de dignidad humana (Ferrer, 2010). Nótese que en estos supuestos el embarazo es provocado por un evento delictivo, traumático y sin consentimiento de ningún tipo por parte de un sujeto que ha decidido infligir un dolor a la mujer, razón por la cual resulta desproporcionado que el Estado obligue a la mujer a continuar el embarazo, so pena de cometer el delito de aborto. Por lo tanto, es una forma de revictimización y de instrumentalización por parte del violador (MSPS y UNFPA, 2014b) y del Estado juzgar a una mujer que ha sido víctima de un delito. De nuevo, esto no implica que la mujer no sea libre de decidir si termina el embarazo o no. De hecho, ella puede decidir continuar, si se siguen los protocolos que se hayan determinado jurisprudencial o legalmente, aunque se debe procurar que estos no representen cargas desproporcionadas para la mujer (Sent. T-009 de 2009, CConst.).

Sin embargo, en la práctica han existido para las mujeres barreras que se traducen en largos trámites y dilaciones que contravienen los preceptos jurisprudenciales antes descritos para el acceso a la interrupción voluntaria

del embarazo. Según datos de la Mesa por la Vida y la Salud de Mujeres en el texto “Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, ellas pueden versar sobre tres temas:

(a) El desconocimiento normativo. Relacionado, principalmente, con la falta de información y de familiaridad con el marco legal vigente, y las obligaciones derivadas de este (...) (b) La interpretación restrictiva del marco legal. Relacionada con una comprensión errónea de los marcos regulatorios vigentes en el país y, en especial, de la jurisprudencia constitucional en la materia. (...) (c) Las fallas en la prestación de los servicios. Asociadas a la actuación o a la actitud de los funcionarios/as y prestadores de servicios de salud que incumplen con su obligación de garantizar el acceso seguro al servicio de aborto (González & Castro, 2017).

La ocurrencia de estos tres escenarios ha sido documentada por fundaciones, como Oriéntame, o por organizaciones sin ánimo de lucro, como Profamilia. Oriéntame, en el 2015, reportó 8.897 abortos con registro, de estos se indicó que menos del 0,001% eran producto de violencia sexual. Según la investigación de Picasso (2017, p. 2), dentro de las barreras impuestas a las mujeres gestantes, hay dificultades para acceder a la interrupción voluntaria cuando la concepción ha sido producto de violencia sexual. En parte, reconocer la ocurrencia de un hecho traumático es un proceso complejo que lleva a muchas mujeres a no presentar una denuncia ante el temor de ser el blanco de reproches o a enfrentar a su agresor. Ahora bien, aquellas que sí acuden a la justicia, en muchas ocasiones, deben padecer el hecho de que su caso no sea atendido con la debida diligencia e, incluso, nunca se resuelve nada al respecto. Por esta razón, “[...] la forma en que el derecho suplanta la voluntad de la mujer para perseguir agresiones sexuales las desincentiva de acudir al sistema de justicia. Por supuesto, esto genera fuertes obstáculos para aquellas mujeres que desean acceder al aborto” (Picasso, 2017, p. 24).

Otra entidad que ha reportado casos de aborto es la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, la cual identifica que el 73,7% de los casos se relacionan con el primer escenario, en concreto, con el desconocimiento de la Sentencia C-355 de 2006. En el 21% de los casos, se indica que el tiempo avanzado de gestación impide la práctica del aborto, aunque, en Colombia, dicho límite

no se ha establecido. Sumado a esto, en el 10% de los casos asesorados por la Mesa, las mujeres han sido víctimas de violencia y maltrato por parte del personal de salud cuando solicitaron el aborto (González & Castro, 2017).

En nuestro medio se ha abordado el tema del aborto inducido como una intervención deliberada, lo que se traduce en una interrupción voluntaria del embarazo, acción debidamente amparada en las causales que están definidas en la Sentencia C-355 de 2016. Además, esto guarda total relación con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Al respecto, García (2019) indica que “la sexualidad y la reproducción están íntimamente ligadas, no obstante, se hace necesario para una mejor comprensión de los conceptos, en tanto su relación política y social con el individuo, su separación” (p. 4).

En la jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de diferenciar los derechos sexuales de los derechos reproductivos, en la medida en que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, dado que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda” (Sent. T-732 de 2009, CConst.). De hecho, la Corte indica que la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva (Sent. T-732 de 2009, CConst.).

La eficacia de la persecución penal respecto al tipo de aborto.

A pesar del desarrollo normativo y jurisprudencial, cabe preguntarse si el ejercicio de la persecución penal en relación con la conducta de aborto además de las dificultades que genera para las mujeres, es realmente eficaz en relación con las decisiones de política criminal (Sent. C-873 de 2003, CConst.). Es decir, ¿se cumplen las funciones de disuasión y retribución que justifican la pena? Por lo tanto, se hace necesario que todos los agentes involucrados con el derecho penal (abogados, investigadores, funcionarios públicos, etc.) consulten la *data* disponible, en concreto, que se remitan a bases empíricas, tal como se realiza a continuación.

Es relevante señalar que en esta materia el Estado no se ha caracterizado por hacer un seguimiento adecuado de este fenómeno, a pesar de que algunas entidades hacen un buen trabajo recolectando campo de datos. Lo anterior se evidencia en el hecho de que, pocas veces, los números son consultados por los legisladores y los operadores jurídicos (Grisales, 2019). Así, pues, no existe una cifra exacta y precisa de los abortos que son practicados (Mier, 2014). Ello se debe básicamente a que los abortos se practican de manera clandestina (Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 6), una situación que se presenta hoy en día, a pesar de que la Corte generó tres supuestos en los cuales no se podía hablar de aborto como tal (MSPS y UNFPA, 2014b).

Un ejemplo de la disparidad de las cifras tiene que ver con los datos que maneja Profamilia y los de otras entidades. Por un lado, mientras las cifras de Profamilia indican que ocurren alrededor de 400.000 abortos al año (Profamilia, 2017, p. 5; Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 10), por otro lado, diferentes instituciones estiman que se trata de 75.000 a 114.000 abortos anuales (Rubio, 2015, p. 272). Esto implica, en definitiva, que persisten varios problemas a la hora de aproximarse a este fenómeno, como, por ejemplo, el hecho de que, en algunas fuentes, esta cifra es diferente en términos geográficos (González & Melo, 2019, p. 119). Sin embargo, para el caso específico, hay otro inconveniente: dadas las tremendas variaciones entre cada uno de los estudios, no es posible generar políticas públicas que pasen por la esfera de la emisión de leyes y de sentencias, dado que no se tiene claro el sustrato estadístico al cual se hace referencia.

Ahora bien, en aquellos casos en que la interrupción del embarazo es voluntaria, es decir, se trata de prácticas cobijadas por las causales expuestas por la Corte, es más fácil determinar las cifras. Por ejemplo, según Profamilia en el *Informe Anual de Actividades*, en el 2017, se practicaron 10.514 interrupciones voluntarias del embarazo en todo el país, en el marco de los supuestos de la Sentencia C-355 de 2006 (Profamilia, 2017). Esto representa un incremento del 63% frente a lo realizado en el 2016, aún cuando esta cifra es irrisoria comparada con las estimaciones de abortos realizados por año

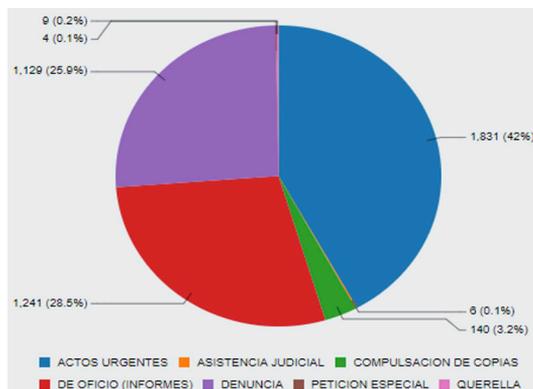
(Prada, Biddlecom, *et al.*, 2011, p. 114 y ss.). En todo caso, Profamilia (2020) señala que para el año 2019 se evitaron 374.063 abortos inseguros (p. 1).

Las noticias criminales respecto al aborto.

En oposición a estas cifras si se revisan los datos obtenidos mediante derechos de petición elevados a la Fiscalía, o, en su defecto, en fuentes abiertas como Profamilia, se tiene que de acuerdo con el registro judicial de este delito entre enero de 2010 y marzo de 2021, se han registrado 4.360 noticias criminales por el delito de aborto “consentido” (Artículo 122 del CP) (FGN, 2021). En este mismo periodo, tan solo 89 procesos (FGN, 2021) han entrado en etapa de juicio. Fíjese cómo, *de facto*, recibimos un mensaje por parte de los operadores judiciales.

Por otro lado, con respecto a las noticias criminales se destaca que 1.831 (42%) corresponde a actos urgentes; 1.241 (28,5%) se trata de aperturas de oficio; 1.129 (25,9%) corresponde a denuncias; y 159 (3,6%), a otras formas de noticia criminal (FGN, 2021). Estos guarismos están dispuestos en la siguiente gráfica, aunque, como se verá más adelante, no son los más confiables (Gráfica 1).

Gráfica 1 Proporción de entradas según el tipo de noticia criminal (enero 2010 - marzo 2021)



Nota: Tomado de FGN, 2021.

El subregistro del aborto en Colombia

A pesar de que el Estado da cuenta de las cifras señaladas, lo cierto es que aquellas referidas sobre la existencia del aborto son muy superiores al número de noticias criminales que en un periodo de más de 10 años se han podido recolectar. Si se revisan los datos en materia penal, se tiene que entre enero de 2010 y marzo de 2021 se presentaron 311 noticias criminales de aborto sin consentimiento, 217 noticias criminales de aborto preterintencional y 9 de aborto forzado en persona protegida.

Sin lugar a duda, se está ante un subregistro de los verdaderos casos de aborto que debe entenderse como una incongruencia entre el número de investigaciones y el número de abortos efectivamente realizados, y no como la incongruencia entre los abortos y las cifras institucionales que es como suele señalarse (Sedgh *et al.*, 2013, p. 3). Esto puede explicarse a partir de las siguientes hipótesis: o bien (i) existe una imposibilidad institucional para la persecución del delito de aborto, razón por la cual existen pocos casos conocidos y casi ninguno de ellos ha llegado a instancias judiciales; o (ii) hay una clara falta de interés de la sociedad en denunciar estas conductas.

Respecto a la primera hipótesis, es preciso señalar que, frente a esta situación, hay varias explicaciones. Piénsese, por ejemplo, que los abortos, en muchas oportunidades, aun hoy en día, son practicados en espacios íntimos o clandestinos con prácticas artesanales, probablemente por miedo a la criminalización (García, 2019; Directiva 0006, 2016). En estos casos, las mujeres corren grave peligro, por lo que algunas veces deben recurrir a un centro médico para ser tratadas y, como consecuencia de esto, solo aquellos casos que terminan en hospitalización son registrados. Cuando se llega a estas instancias, las mujeres suelen mentir sobre las circunstancias por las cuales presentan algunos padecimientos físicos, un fenómeno que, de hecho, es de vieja data (Ortíz, 1973). Esto fue lo que llevó a algunos autores a establecer multiplicadores a la hora de estimar las cifras reales del aborto (Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 3). Ciertamente, algunas de las noticias criminales que se rastrearon se originan en este tipo de situaciones.

Aunado a lo anterior, es posible, por ejemplo, que la mujer decida practicarse por medios químicos un aborto propio, o que recurra a los centros clandestinos donde se realizan este tipo de prácticas. En este caso, incluso se habla de revictimización de la mujer que quiere terminar con su embarazo, además de ser uno de los factores que conllevan a asentar la inequidad social en el caso de las mujeres (González, 2005, p. 626; Zamudio, 2000, p. 53). Esto está relacionado con el hecho de que, como lo muestran Jaramillo *et al.* (2021, p. 64), aun con la diferencia entre el estimado de abortos y el número de noticias criminales, este último aumentó considerablemente tras la Sentencia C-355 de 2006. Es decir, hay una posible correlación aunque, según las autoras, la FGN señala que este aumento es proporcional a la introducción del sistema penal acusatorio (Jaramillo *et al.*, 2021, p. 63).

La segunda hipótesis requeriría de una investigación de corte sociológico la cual permita determinar la actitud de la sociedad frente a esta conducta. Sin embargo, y sin ánimo de abarcar este tema, esta hipótesis tiene algunas dificultades: ¿Cómo predicar que una conducta es socialmente aceptable cuando hace unas décadas este tema era espinoso en la Asamblea Nacional Constituyente (Ospina-Celis, 2019)? Hoy en día, algunos sectores se resisten, inclusive, a las causales reconocidas en la Sentencia C-355 (El Tiempo, 2021). Aun así, respecto a este tema es relevante traer a colación lo señalado por Posada (2020):

Muchos detractores del aborto concuerdan en que las mujeres no deberían ser castigadas con penas en espacios carcelarios, sino que, más bien, tendrían derecho a medidas de asistencia social, técnicas y educativas formalizadas que mitiguen los efectos causados por este. Desde esta perspectiva, la ausencia actual de criminalización secundaria justifica disminuir la profunda limitación de los derechos de la mujer en el C. P. colombiano (p. 25).

Las implicaciones del subregistro en la política criminal

Independientemente de la validez de las hipótesis, el subregistro de los casos de aborto adquiere una gran relevancia, porque, ante la ausencia de

datos que reflejen la realidad, no es posible tomar decisiones en materia de políticas públicas. Esta deficiencia de datos es un defecto en la política criminal (Relatoría de Prisiones y Grupo de Derecho de Interés Público, 2011; Oviedo, 2020), pues, debido al subregistro, “la capacidad de medición de la criminalidad por parte de los responsables de la política criminal es reducida o sesgada por datos que no corresponden a la realidad o que ofrecen una incompleta” (Benavides, 2016, p. 135).

El subregistro revela que, de alguna u otra forma, la tipificación de los tipos de aborto no garantiza que el fenómeno se reduzca y, por esto, resulta una medida cuando menos ineficaz. Este fenómeno no solamente plantea un problema respecto a cómo se regula la tipificación del aborto sino que es, de entrada, un síntoma de la inconveniencia de su penalización (Posada, 2020, p. 22). Tal y como lo reitera la Corte, se debe avanzar hacia un derecho penal mínimo, cuya aplicación se supedite a “si fuera necesaria y como último remedio” (Sent. C-233 de 2019, CConst.).

Así las cosas, es apenas evidente que no existe una debida persecución de esta conducta, pues pocos casos llegan a las instancias judiciales; por ello, debe plantearse si la regulación del aborto hace parte del ámbito de la política criminal, es decir, si es un tema que pueda solucionarse mediante la “administración de la violencia estatal organizada” (Romero *et al.*, 2017, p. 48). Parece que todavía es válido el argumento expuesto por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, cuando alude a la proporcionalidad como un límite a la configuración legislativa en materia penal. Sin embargo, aún persiste un panorama en el cual, incluso ante las causales de aborto atípico, las mujeres están sometidas a diversas barreras de acceso (Dávila *et al.*, 2021).

Conclusiones

En este trabajo se analizan tanto el subregistro de los casos de aborto como sus principales retos. Este fenómeno resalta uno de los grandes problemas del derecho penal en la actualidad: las dificultades del Estado

cuando pone en blanco y negro el fenómeno del aborto, básicamente por la ausencia, casi absoluta, de datos científicos que permitan trazar lineamientos claros. Si se tienen en cuenta las hipótesis propuestas y si estas se comparan con las cifras de las noticias criminales, resulta altamente cuestionable que el Estado se empeñe en perseguir esta conducta. Sumado a esto, parece que hay una decidida incapacidad institucional para buscar, o inclusive, conocer de primera mano datos científicos con proposiciones técnicas entorno al fenómeno del aborto.

También es evidente el poco interés que existe por parte de algunos operadores jurídicos en estudiar el tema, bien por falta de denuncia ciudadana, bien por falta de trabajos investigativos y judiciales, o bien porque hay un alto grado de impunidad, a pesar de quienes creen que la respuesta estatal a través de los mecanismos de la punición es la solución. No hay que descartar la hipótesis ya señalada anteriormente, según la cual hay una falta de interés de la sociedad en denunciar estas conductas, con lo cual se estaría en el ámbito de las conductas socialmente permitidas.

En esta medida, no puede olvidarse que debido a la criminalización de la conducta muchos casos de aborto aún ocurren en espacios íntimos o clandestinos. Esto demuestra que, pese a la flexibilización que la Sentencia C-355 de 2006 trajo al panorama penal, la mera persecución todavía da pie a la revictimización de la mujer, bien sea porque se les imponen cargas desproporcionadas para demostrar que su caso está cobijado en alguna de las causales (Picasso, 2017; Picasso, 2018), o bien porque ante la posibilidad de denuncia se puede afectar, inclusive, círculos cercanos.

En el caso de una denuncia basta con pensar en los posibles denunciantes de la conducta. El rol de denunciante, a juicio de algunos, estaría, en primer lugar, en la familia cercana a la mujer que comete o decide ejecutar el aborto. En segundo lugar, se podría pensar, como posible denunciante, en el padre del *nasciturus*. Esta situación no es extraña, dado que se han conocido algunos eventos en los cuales el progenitor, alegando su derecho a la paternidad, interpone una denuncia contra la madre, ya sea porque esta se practicó

un aborto sin su consentimiento o porque ha manifestado su intención de hacerlo. Finalmente, otro grupo de denunciantes sería la comunidad cercana a la mujer algo que, sin lugar a duda, representa una terrible intromisión en el ámbito íntimo de una persona que ha tomado esta decisión.

A modo de cierre, es importante resaltar la necesidad de que la academia analice y profundice en este tipo de situaciones. Además, es fundamental superar los debates morales y de dogmática penal en los cuales ha habido un desarrollo extenso sobre el aborto. A su vez, el Estado debería propiciar discusiones entre funcionarios y la sociedad sobre las alternativas para poder abordar, de manera científica, el aborto. Tal vez, la solución esté en fortalecer las políticas públicas para que abandonen esa concepción punitivista del Estado, íntimamente ligada con el *populismo punitivo*, y que trae costos exagerados al Estado, tanto en términos de calidad de vida como en términos genuinamente económicos (Prada *et al.*, 2014, p. 25).

Creemos, firmemente, que la educación sexual y la capacitación en métodos anticonceptivos son los agentes de cambio. Inclusive, deberían explorarse otras alternativas de regulación, distintas a la penal, como acertadamente lo afirman Dávila *et al.* (2021). Esto implica, desde luego, llevar programas y personal capacitado hasta las poblaciones más vulnerables quienes suelen ser las primeras víctimas de las medidas penales. En últimas, también se trata de abandonar la percepción penal en torno a este fenómeno tan conflictivo para los colombianos.

Referencias

- Aguirre, J., Silva, A. & Pabón, A. P. (2015). Análisis de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 17 (2), 167-197. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/4103>
- Astete, C., Beca, J. P. y Lecaros, A. (2014). Propuesta de un Glosario para la discusión del aborto. *Revista Médica de Chile*, 11, 1449-1451. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v142n11/art12.pdf>

- Benavides, F. S. (2016). Política criminal y seguridad. En F. S. Benavides, A. A. Binder, C. Villadiego y C. Niño (Coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas* (pp. 123-150). Friedrich Ebert Stiftung. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>
- Comisión Asesora de Política Criminal (junio de 2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>
- 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
- Dávila, M. X., Zea, M. C., Guzmán, D. E. & Chaparro, N. (2021). Descriminalizar para proteger. Modelos alternativos de regulación del aborto: despenalización total y regulación sanitaria en Canadá, Australia y Nueva York. *Derecho en breve*, (14), 1-28. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/09/DB14_Descriminalizar-para-proteger-Modelos-alternativos-de-regulacion-del-aborto.pdf
- Directiva 006 (2016, marzo 27). Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto. Fiscalía General de la Nación. <https://data.miraquetemiro.org/sites/default/files/documentos/Directiva%2006%20de%20la%20Fiscalia%20General%20de%20la%20Naci%C3%B3n.pdf>
- Dworkin, R. (1993). *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Alfred A. Knopf.
- El Tiempo. (19 de octubre de 2018). Los magistrados Cristina Pardo, Luis Guillermo Guerrero y Carlos Bernal se apartaron de la mayoría. *El Tiempo*. <https://bit.ly/2Ycs4rz>
- El Tiempo. (29 de enero de 2021). Abogada que buscó prohibir el aborto denuncia a tres magistrados. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/abogada-natalia-bernal-quien-pidio-prohibir-aborto-demanda-a-magistrados-de-la-corte-constitucional-563465>
- Ferrer, N. (2010). El acceso a la justicia como elemento indispensable del ejercicio de la ciudadanía femenina. *Opinión Jurídica*, 9 (17), 113-124. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94516348006>
- Fiscalía General de la Nación. (16 de abril de 2021). *Estadística de denuncias por delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>
- García, N. A. (2019). Aborto, el cuerpo de la mujer como territorio ajeno: una mirada al contexto en Colombia [Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional

- Humanitario, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia]. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/19535>
- González, A. C. y Melo, C. (2019). *Causa Justa: argumentos para el debate sobre la despenalización total del aborto en Colombia*. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2021/02/Argumentos_CausaJusta-virtual-final-1-1-1-2.pdf
- González, A. C. (2005). La situación del aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad. *Fórum*, 21 (2), 624-628. <https://www.scielo.br/j/csp/a/pNkLL8RjdQmb8NQHkTq6Xgc/abstract/?lang=es>
- González, A. C. (2020). La producción de conocimiento experto: un eje central en la implementación del aborto legal en Colombia. *Cadernos de Saúde Pública*, 36, 1-4. <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36suppl1/e00132719/en/>
- González, A. C. & Castro L. (2017). Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. La Mesa por la Salud y la Vida de las Mujeres. http://www.clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/996/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Grisales, P. A. (2019). El papel de los números en la despenalización del aborto [Entrevista a Óscar Javier Maldonado Castañeda]. Universidad del Rosario. <https://www.urosario.edu.co/Investigacion/UCD/Articulos/El-papel-de-los-numeros-en-la-despenalizacion-del-aborto/>
- Jaramillo, I., Santamaría, N. & Forero, W. (2021). *La Criminalización del Aborto en Colombia*. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2021/08/La-criminalizacioi%CC%80n-del-aborto-en-Colombia_LaMesa-1.pdf
- Johnson, N., López, A., Sapriza, G., Castro, A., Arribeltz, G., Alemán, A., Andreoli, M., Carril, E., Moreira, C., Pallas, C., Rey, Grazzia, Sarlo, O. & Schenck, M. (2011). *(Des) penalización del aborto en Uruguay: prácticas, actores y discursos. Abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja*. Universidad de la República de Uruguay y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). <https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/149/Libro%20despenalizacion%20del%20aborto%202011.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Ley 599 (2000, julio 24) [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Mendoza, J. F. (2012). Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia. *IUSTA*, (37), 137-162. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/1083>

- Mier, E. (2014). Reflexiones y datos sobre el aborto en Colombia. *Criterio Jurídico*, 14 (2), 65-84. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1407>
- Ministerio de Salud y Protección Social [MSPS] y Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014a). *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social [MSPS] y Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014b). *Protocolo del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>
- Miranda, J. N. (1986). Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos. *ARS MÉDICA Revista de Ciencias Médicas*, 15 (2), 64-69. <https://doi.org/10.11565/arsmed.v31i1.290>
- Molina, C. & Roldán, S. (2006). La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia. *Opinión jurídica*, 5 (10), 15-29. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/126>
- Ortíz, A. (1973). El aborto en Colombia. Aspectos médicos legales y socioeconómicos. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 24 (3), 195-205. <https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/1581>
- Ospina-Celis, D. F. (2019). El consenso en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: El aborto y la definición de “familia”. *Universitas Estudiantes*, (20), 129-150. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7438586>
- Oviedo, C. (2020). *La política criminal como política pública: evaluación de resultados de las reformas a la legislación penal* [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes]. <http://hdl.handle.net/1992/39776>
- Palacio, P., Rojas, L. & Vásquez, M. (2015). Discursos éticos, políticos y religiosos ocultos tras la no aplicación de la sentencia C-355 de 2006, por parte de las instituciones de salud y la manera en que se vulneran los derechos de las mujeres que justifican la interrupción voluntaria de su embarazo según lo preceptuado por la mencionada sentencia. *Escenarios estudiantiles*, 1 (1), 11-28. <http://vlex.com.co/vid/discursos-eticos-politicos-religiosos-655071513>
- Picasso, N. E. (2017). *Más allá de la despenalización: Cómo el derecho impide a las mujeres abortar por la causal violencia sexual en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad de los Andes]. Séneca. Repositorio Institucional. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/13765>

- Picasso, N. E. (2018). El requisito de denuncia para acceder al aborto. Una carga desproporcionada para las mujeres. En P. Bergallo, I. C. Jaramillo & J. M. Vaggione (Comps.), *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 225-242). Siglo XXI. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contr-el-derecho-al.pdf>
- Posada, R. (2019). *Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo II: De las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación*. Ibáñez.
- Posada, R. (2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación, *Nuevo Foro Penal*, 16 (94), 13-44. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6407>
- Prada, E., Biddlecom, A., & Singh, S. (2011). Induced Abortion in Colombia: New Estimates and Change Between 1989 and 2008. *International Perspectives on Sexual & Reproductive Health*, 37 (3), 114-124. <https://bit.ly/3A3EwqY>
- Prada, E. Maddow-Zimet, I. & Juárez, F. (2014). El costo de la atención postaborto y del aborto legal en Colombia. *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*, número especial, 2-12. <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/SP00214.pdf>
- Prada, E., Singh, S., Remez, L. y Villarreal, C. (2011). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Guttmacher Institute. https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf
- Relatoría de Prisiones y Grupo de Derecho de Interés Público. (2011). *Comentarios sobre política criminal en Colombia*. <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf>
- Profamilia. (2017). *Informe Anual de Actividades*. <http://profamilia.org.co/wp-content/uploads/INFORME-PROFAMILIA-2017.compressed.pdf>
- Profamilia. (2020). *La despenalización del aborto, un camino para avanzar en materia de derechos y salud pública en Colombia*. <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/01/La-despenalizacion-del-aborto-es-el-camino-Comunicado-Profamilia.pdf>
- Romero, A., Lizarazo, N. & Camacho, L. M. (2017). *Crimen y política criminal: elementos para la configuración del observatorio de política criminal*. Ministerio de Justicia y del Derecho. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>
- Rubio, M. (2015). El mito de los 400 mil abortos en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 17 (33), 253-274. <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.11>

- Sedgh, G., Bankole, A., Singh, S. & Ellers, M. (2013). Niveles y tendencias del aborto legal por edad de la mujer al momento de la terminación del embarazo. *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*. https://www.guttmacher.org/sites/default/files/article_files/3900213s.pdf
- Sentencia C-873 (2003, septiembre 30). [Expediente D-4504]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>
- Sentencia C-355 (2006, mayo 10) [Expedientes D-6122, 6123 y 6124]. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Sentencia T-009 (2009, enero 16). [Expediente T-1323464]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-009-09.htm>
- Sentencia T-732 (2009, octubre 15) [Expediente T-2.302.353]. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-732-09.htm>
- Sentencia C-143 (2015, abril 6) [Expediente D-10400]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-143-15.htm>
- Sentencia SU-096 (2018, octubre 17). [Expediente T-6.612.909]. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>
- Sentencia C-233 (2019, mayo 9). [Expediente D-12960]. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-233-19.htm>
- Sentencia C-055 (2022, febrero 21). [Expediente D-13.956]. Magistrados Ponentes: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional. [Colombia].
- Velásquez, F. (2013). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Andrés Morales.
- Zamudio, L. (2000). Aborto en Colombia: dinámica sociodemográfica y tensiones socioculturales. *Derecho del Estado*, (8), 45-55. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/894>

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en clave procesal: una reflexión en torno al derecho de defensa^{*}

Sergio Nicolás Guillén Ricardo^{**}

Resumen: Las iniciativas legislativas que proponen incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal obedecen, fundamentalmente, a la necesidad de cumplir con los requerimientos de ciertos organismos internacionales. Tal opción ha provocado diversas inquietudes entre los académicos desde el punto de vista sustancial, sobre todo a partir de los principios del acto y de culpabilidad. Este trabajo llama la atención sobre otros interrogantes, pero de índole procesal, en especial, en lo atinente al derecho de defensa, pues no puede olvidarse que la estructura, los principios y las instituciones procesales vigentes están pensados para investigar y enjuiciar a personas naturales.

Palabras claves: Responsabilidad penal de personas jurídicas, proceso penal, sistema penal acusatorio, debido proceso, derecho de defensa.

Abstract: The legislative initiatives that propose to include the criminal liability of legal persons in the criminal legal system are due to the need to comply with the requirements of specific international organizations. Such an option has provoked various concerns among academics from the vital point of view, above all, from the act's principles and guilt. This work draws attention to other questions, but of a procedural nature, especially about the right of defense, since it cannot be forgotten that the structure, principles, and current procedural institutions are designed to investigate and prosecute natural persons.

Keywords: Criminal liability of legal persons, criminal process, accusatory criminal system, due process, defense.

^{*} Trabajo presentado para optar al título de maestro en Derecho con la dirección del profesor Renato Vargas Lozano.

^{**} Abogado, Especialista en Derecho Penal y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: sergio.guillen@usa.edu.co.

Introducción

De acuerdo con las nuevas tendencias globales en materia penal, diversas instancias internacionales han propuesto responsabilizar penalmente a las personas jurídicas; sobre todo, tratándose de los delitos que atentan contra la administración pública, en especial, en materia de corrupción, el medio ambiente y los recursos naturales, el orden económico y social, la seguridad pública y, de modo general, el patrimonio público. Por supuesto, la anterior lista es meramente enunciativa. El principal motor de esta iniciativa que ha provocado cambios en la legislación de varios países europeos y americanos es la acción de diversos organismos internacionales que han adoptado múltiples instrumentos internacionales de *soft y hard law* que recomiendan imponer sanciones penales a todos los intervinientes en esos hechos delictivos, incluidas las personas jurídicas.

Particularmente ilustrativo del fenómeno aludido es lo ocurrido con el delito de lavado de activos, frente al cual tanto el Grupo de Acción Financiera (GAFI) (2012), a través de la Recomendación No. 3, como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) (2012), en su Reglamento Modelo, sugieren que las empresas queden sujetas a responsabilidad penal cuando se cometan delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves (Ruiz, *et al.*, 2020). Algo similar ocurre a propósito de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, destacándose el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción (1999, art. 18), la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada (2000, art. 10), la Convención de Mérida (2003, art. 26) y las normas previstas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Con todo, la cuestión no es propiamente novedosa en Colombia, donde se han aprobado plurales leyes y presentado una serie de proyectos de ley con el objetivo, no necesariamente exclusivo, de sancionar la conducta ‘criminal’ de las personas jurídicas: así, los proyectos de Código Penal de 1976 y 1978 proponían la responsabilidad penal de los entes colectivos. A finales del

siglo pasado, la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública) introdujo una serie de sanciones para el ente ficticio (inhabilidad para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales hasta por diez años) cuando su órgano máximo de representación fuera sujeto de una medida cautelar personal privativa de la libertad o resultara condenado por hechos relacionados con su actividad contractual (Velásquez & Vargas, 2019).

Luego, debido a la alta criminalidad que vivía el país a finales de la década de 1990, el Congreso expidió la Ley 365 de 1997 que modificó el Código de Procedimiento Penal vigente para ese momento y dispuso la “cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o [el] cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público” (Ley 365 de 1997, art. 2) cuando las personas jurídicas hubieran sido utilizadas para la comisión de delitos.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 491 de 1999 introdujo el artículo 247B del Código Penal de 1980 –Decreto 100 del mismo año– que contemplaba la responsabilidad penal de los entes colectivos para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo destinado a los recursos naturales de ese estatuto; no obstante, esta previsión legal fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-843 de 1999.

Con la llegada del nuevo milenio, la Ley 906 de 2004 mantuvo las posibilidades de suspender y de cancelar la personería jurídica de los entes fictos; la suspensión, entendida como una medida cautelar provisional decretada por un juez penal con función de control de garantías y, la cancelación, en tanto medida definitiva, adoptada por el juez penal con función de conocimiento en la sentencia condenatoria (Ley 906 de 2004, art. 91).

Esta solución, empero, no parece haber dejado satisfechos a todos y en los últimos años el asunto ha tomado bastante fuerza, en especial, tras la adhesión de Colombia a la OCDE, ocurrida el 28 de abril de 2020, pues dicho organismo internacional ha sugerido, a través de diversas convenciones

y recomendaciones, implementar la responsabilidad penal empresarial. Así, por ejemplo, las propuestas legislativas de 2021 (Proyecto de Ley 076 de la Cámara de Representantes) y 2020 (Proyectos de Ley 178 del Senado y 149 de la Cámara de Representantes) aluden expresamente al propósito de cumplir estándares internacionales y establecer un régimen de responsabilidad independiente del administrativo.

A propósito del evidente interés que el tema ha suscitado en el legislativo, no puede perderse de vista que afirmar (o negar) la responsabilidad penal de las personas morales supone tomar partido en una discusión cuyos presupuestos teóricos y efectos prácticos no conviene desconocer, en particular, tratándose de los sistemas jurídicos de influencia europeo-continental, que han sido refractarios a dicha posibilidad con fundamento en los principios del acto y de culpabilidad. Tampoco son menores las cuestiones que el asunto propone desde la teoría de la pena y su ejecución, sobre todo, teniendo en cuenta los fines de aquella o sus clases.

Otro tanto debe decirse de las cuestiones de índole procesal, normalmente desatendidas, por cuanto resulta indispensable diseñar un procedimiento ajustado a las peculiaridades de esos sujetos a quienes hay que garantizar los derechos al debido proceso, a la defensa material y técnica o, en fin, a la contradicción. A tono con esto último, el presente trabajo se ocupa, fundamentalmente, de los retos para el derecho de defensa que conlleva la incorporación del modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que la introducción de un nuevo sistema en tal sentido debe respetar el sistema procesal penal diseñado desde la Constitución y desarrollado en la Ley 906 de 2004.

Para ello, este escrito se divide en dos grandes apartados: en el primero, se presentan los aspectos sustanciales de la responsabilidad penal de la persona jurídica, haciendo referencia –aunque de forma breve– a los problemas en torno a la capacidad de acción y culpabilidad, así como a las sanciones, y también se indican las notas más relevantes de las diversas iniciativas adelantadas para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho

positivo. Luego, en el segundo apartado, se analiza el derecho de defensa de los entes morales, partiendo de su condición de derecho fundamental y de los problemas asociados a su ejercicio en clave técnica y material.

Con lo anterior, se quiere responder la pregunta de si la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al derecho vigente tiene efectos en materia procesal y, en concreto, sobre el derecho de defensa. Así, el objetivo general de la investigación es identificar los problemas más relevantes que genera la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del derecho de defensa, al tiempo que los objetivos específicos son los de, primero, determinar si el conjunto de derechos y garantías procesales contemplados en la Constitución Política y en la Ley 906 de 2004 se aplica a los entes morales y, segundo, precisar las implicaciones procesales que, en punto del derecho de defensa, acarrea tal propuesta. Esto, según la metodología propia de la investigación dogmática con sus tres fases de interpretación, sistematización y crítica (Velásquez, 2021).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incorporación al ordenamiento jurídico

La generalidad de las propuestas de reforma orientadas a incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho positivo se debe, sobre todo, a las normas internacionales, incluidas las de carácter no vinculante, y, en particular, a las recomendaciones de la OCDE; sin embargo, los proyectos tramitados en el legislativo se enfocan en los aspectos sustantivos de esta cuestión, pero poco o nada dicen de su aspecto procesal. Aunque esto último constituye el objeto central del presente trabajo, no puede dejar de presentarse el marco teórico dentro del cual se desarrolla el debate, señalado los principales argumentos a favor y en contra de cada uno de los modelos existentes, para, luego, precisar las notas más relevantes de las iniciativas legislativas adelantadas en el Congreso de la República.

El marco teórico general de la discusión.

De acuerdo con el Derecho Penal de corte romano-germánico, las personas jurídicas no pueden delinquir, conforme se resume en la máxima latina *societas delinquere non potest* (von Liszt, 1916, p. 299). En términos generales, la razón para ello es que las categorías penales solo son aplicables a las personas físicas (capacidad de acción y capacidad de culpabilidad, en especial) y no son trasladables a la persona jurídica (Muñoz, 2015; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002; Velásquez, 2021). Sin embargo, el protagonismo de las corporaciones en el marco de la criminalidad económica, sumado a la expansión generalizada del Derecho Penal y a la presión de algunos organismos internacionales, han puesto sobre la mesa la necesidad de responsabilizar penalmente a los entes morales en los países de tradición europeo continental (Carbonell, 2010; Zúñiga, 2003).

A tono con esto, tanto la comunidad académica como los órganos legislativos han propuesto dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas: el vicarial y el de culpabilidad (Nieto, 2008; Feijoo, 2016; González, 2020). En primer lugar, el modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad o impropia, como lo denomina Zulgaldía (1994), transmite la responsabilidad penal de una persona natural –trátese de los directivos, administradores o empleados– a la persona jurídica (Díez, 2012; Díaz, 2019; Dopico, 2018); para ello, se tiene en cuenta la conexión existente entre el individuo que realiza la conducta punible y la persona jurídica respectiva.

En segundo lugar, en el modelo de culpabilidad o de autorresponsabilidad, la responsabilidad no depende de la actuación o la acción desplegada por una persona física, entendida en este contexto como un tercero, sino que la persona jurídica responde por un hecho propio; esto, con fundamento en, por ejemplo, la verificación de un defecto de organización, la existencia comprobada de una cultura organizacional o corporativa defectuosa o, en fin, una reacción inadecuada frente al delito de sus órganos o empleados (Díez, 2012; Ortiz, 2014; Tiedemann, 1997). Así, la responsabilidad del ente

ficticio es directa, al margen de la responsabilidad del órgano empresarial o de la persona natural (Zugaldía, 1994).

Además de estas dos teorías, la doctrina ha contemplado una tercera, denominada “mixta”, que tiene por objetivo responsabilizar a la persona jurídica por los hechos cometidos por sus directivos, administradores o empleados, exigiendo, a modo de contribución por parte de la persona jurídica, un hecho propio a la comisión del delito, como es el defecto de organización (Hernández, 2010).

Aunque el debate en esta materia es amplio e interesante, en este momento apenas se pueden enunciar sus líneas principales, pues, de un lado, la literatura sobre el tema es prácticamente inabarcable y, del otro, no puede perderse de vista que el objeto del presente trabajo es el aspecto procesal de esta problemática. Hecha la aclaración precedente, puede decirse que la discusión sustantiva se centra en conceptos tales como la capacidad de acción, el principio de culpabilidad, la pena, lo relativo a la autoría y la participación o los elementos subjetivos como el dolo.

En efecto, tradicionalmente, la capacidad de acción se ha entendido como el ejercicio de la actividad final humana (Welzel, 1951; Velásquez, 2021) –activa o pasiva– dominada o dominable por la voluntad (Roxin, 2006; Jescheck, 2003) emanada de la personalidad del sujeto (Díaz, 2019); con este punto de partida, los autores que defienden esta postura consideran imposible que los entes ficticios la tengan (Velásquez, 2021). Contrario al anterior pensamiento, algunos consideran que la idea de acción no es exclusiva del Derecho Penal de las personas físicas y que puede trasladarse a las personas jurídicas (Carbonell, 2010; Zúñiga, 2003); para otros, es necesario reformular el concepto (Mir, 2016) y un último grupo de autores entiende que los entes morales sí tienen capacidad de acción y, por ello, son destinatarios de las normas de conducta, debido a que pueden producir los efectos contenidos en ella (Tiedemann, 1997).

A su turno, el principio de culpabilidad presupone el conocimiento anterior del autor sobre la ilicitud del hecho o, al menos, la oportunidad

de averiguar que su conducta estaba prohibida (Welzel, 1951; Roxin, 2006) y de él se desprende que el autor responde por su hacer; en torno a este principio se erige la categoría de culpabilidad, cuyo alcance actual, al menos en Colombia, remite a las capacidades de comprensión y de determinación del agente.

Semejante entendimiento del asunto comporta un obstáculo para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por eso, Tiedemann (1997) entiende la culpabilidad de las sociedades con fundamento en una “falta de organización” (p. 39), lo cual se complementa desde la prevención general positiva de la pena (retribución comunicativa), pues el castigo cumple la función de contribuir al restablecimiento comunicativo de la norma y refuerza la fidelidad al derecho (Gómez-Jara, 2011). Esto habla a favor de un modelo de responsabilidad penal para la persona jurídica fundado en la culpabilidad.

En lo que atañe a la pena, que ha sido considerada como la manifestación de una injerencia directa del Estado en el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley (Velásquez, 2021; Bustos & Hormazábal, 2006), la discusión gira en torno a la necesidad de establecer el fundamento de su legitimidad (Posada & Hernández, 2003) y sus fines. A propósito de estos últimos, parece claro que, por lo menos, la reinserción social y la protección del condenado (Jescheck, 2003, Ferrajoli, 2011), estrechamente vinculados con el postulado de la dignidad humana, sólo pueden pensarse para las personas físicas.

En el mismo sentido, ciertas penas contempladas serían inaplicables, como ocurre con la prisión (Ley 599 de 2000, arts. 35 y 37) o las privativas de otros derechos, tales como la inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos públicos atribuidos a las personas naturales; otro tanto ocurriría con la prohibición de ejercer ciertas actividades, por ejemplo, el derecho a conducir vehículos automotores, el consumo de bebidas alcohólicas o el ejercicio de la patria potestad. Ello explica que los autores enfatizan en

otras sanciones, *verbi gratia*, las pecuniarias, como la multa (Feijoo, 2016), o las privativas de otros derechos como la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.

Respecto de los inconvenientes en punto de la autoría y la participación, el primero de los reparos versa sobre la posibilidad de afirmar que una persona jurídica pueda ser autora de un delito, pues, la noción en comento está ligada al concepto de acción, al que se hizo referencia antes. En efecto, si, para ser autor, el sujeto activo debe realizar la conducta punible por sí mismo, según las reglas del dominio del hecho (Suárez, 2007) la persona jurídica no puede ser autora. Lo anterior obliga a descartar igualmente la coautoría y la autoría mediata.

Ahora, en cuanto a la participación, el partícipe realiza un aporte al injusto de otro y no realiza la acción típica él mismo, pero se requiere que actúe con dolo (Velásquez, 2021), es decir, con conocimiento de las circunstancias del hecho –proceso intelectual– (aspecto objetivo) y la voluntad de querer realizarlo (aspecto subjetivo). Esto, desde luego, no puede afirmarse de la persona jurídica.

Las propuestas de reforma para su inclusión en el ordenamiento jurídico.

Es importante advertir que, pese a los argumentos doctrinales en contra, para la Corte Constitucional no existe ningún reparo frente a la constitucionalidad de esta forma de responsabilidad penal, pues, en palabras de la Corporación en cita,

Resulta contradictorio aceptar que los administradores actúan como órganos del ente social, pero ciertas acciones suyas cumplidas en ese carácter y con ese objeto, se sustraen de la regla general a cuyo tenor los actos así ejecutados generan vínculos directos para este con prescindencia de que sean positivos –v.gr., celebración de un contrato que reporta beneficios tangibles para la organización– o negativos –v.gr., producción de un hecho lesivo que acarrea consecuencias perjudiciales como las derivadas de una sanción administrativa o de una condena por responsabilidad– (Sent. C-320 de 1998, CConst.).

Con este punto de partida, el camino ha quedado allanado para que, sobre todo en los últimos años, se presenten diferentes proyectos de ley enderezados a sancionar penalmente a las personas jurídicas. De las iniciativas que se han ocupado del asunto en los últimos años, un total de cinco entre 2018 y 2021, se destacan los siguientes aspectos.

En 2018, se radicó un Proyecto de Ley con el objeto de “establecer medidas para promover la honestidad administrativa y establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el propósito de combatir y sancionar las modalidades de corrupción y la impunidad” (Congreso de la República, 2018). En lo pertinente, el texto proponía modificar la Parte General del Código Penal y hacer responsable al ente ficticio tanto por los delitos cometidos por sus empleados –vicarial– como por la falta de implementación de programas de ética empresarial –culpabilidad–. Las sanciones eran de carácter pecuniario e incluían la remoción de empleados del órgano administrativo o directivo, prohibiciones para celebrar determinadas actividades y contratos con entidades estatales, así como la pérdida de beneficios fiscales o, incluso, la cancelación de la personería jurídica.

Frente a las normas procesales, los proponentes solo incluyeron una disposición orientada a establecer la persona natural que debía atender el requerimiento legal dentro de las fases del proceso penal –indagación, investigación y juzgamiento– en representación de la persona jurídica y manifestaron que el procesamiento de esta clase de personas se realizaba según las reglas del proceso vigente. Este Proyecto de Ley fue archivado por tránsito de legislatura.

Un año más tarde, miembros del órgano legislativo presentaron a su consideración el Proyecto de Ley 05 de 2019 Senado, con el propósito de fortalecer el marco normativo e institucional del que dispone el Estado para luchar contra la corrupción. Dentro de los tres bloques o puntos de reforma se encontraba el penal, pero no se hacía alusión expresa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Congreso de la República, 2019). Fue con ocasión de su debate parlamentario que algunos congresistas plantearon

incorporar la responsabilidad penal en comento, bajo un modelo vicarial, con las mismas sanciones previstas en el proyecto de ley de 2018; sin embargo, según consta en el texto publicado para segundo debate, dicho planteamiento no fue acogido (Congreso de la República, 2019).

Posteriormente, a iniciativa de un grupo de congresistas, fue presentado un nuevo Proyecto de Ley para castigar a las personas jurídicas. La propuesta fue radicada en la Cámara de Representantes con la asignación del número 149 de 2020 y en ella se estableció que los entes ficticios responderían por la comisión de los delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, seguridad pública y, por todos aquellos punibles que afecten el patrimonio público (Congreso de la República, 2020a).

En este caso, el modelo propuesto era vicarial, de modo que la responsabilidad penal por los actos de las personas naturales vinculadas a la persona jurídica se trasladaba a esta última, aunque la responsabilidad del ente ficticio era independiente de la de aquellas. Por su parte, se consideraba como una eximente de responsabilidad la elaboración y adopción de un programa de ética empresarial para la prevención y gestión de riesgos penales adecuados a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión (Congreso de la República, 2020a).

Este proyecto incorporó algunas pocas normas procesales relativas a la participación de las personas jurídicas, si bien se consideró que las reglas del Código Procesal vigente eran suficientes. Entre las disposiciones indicadas estaba un artículo denominado “Debido proceso de la persona jurídica”, referido a la vinculación penal del ente moral a través de su representante legal, quien sería el encargado de ejercer la representación de la compañía en las diferentes fases del proceso penal (defensa material), las consecuencias de su no asistencia a las citaciones realizadas por la judicatura y la facultad de apartarse de la representación cuando este sea vinculado por los mismos hechos al proceso penal. A diferencia de los anteriores proyectos, este

documento alude a los elementos que debe contener los programas de ética empresarial.

La propuesta legislativa examinada mantiene los mismos lineamientos de los anteriores proyectos, diferenciándose, eso sí, en la inclusión de tres normas procesales que claramente son insuficientes en orden a establecer un régimen completo y sistemático que regule lo atinente a la vinculación y a la participación de las personas jurídicas en el proceso penal, pues, no debe olvidarse que tanto el Código Penal como el de Procedimiento Penal fueron diseñados exclusivamente para las personas naturales, de modo que la remisión general a estas normas no basta. Este Proyecto de Ley también fue archivado por el tránsito de legislatura.

Un cuarto Proyecto de Ley en el mismo sentido es el 178 de 2020 del Senado, que prevé esta forma de responsabilidad para los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional y contra los recursos naturales y el medio ambiente (Congreso de la República, 2020b). Allí se contempla la trasmisión de la responsabilidad de la persona natural al ente ficticio y se incorpora la responsabilidad de esta última por la falta del debido control. En cuanto a las normas procesales, solo incluye una disposición destinada a la representación del ente ficticio, la cual queda, según el texto, en cabeza de un abogado de confianza o de un defensor público. Al igual que las referidas en los párrafos anteriores, esta propuesta fue archivada por tránsito de legislatura.

Por último, un quinto Proyecto de Ley fue presentado por iniciativa legislativa en la Cámara de Representantes en 2021, al cual se le asignó el número 76/21. Allí se propone responsabilizar a los entes colectivos por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público (Congreso de la República, 2021). Para ello, se atribuye la responsabilidad penal a la compañía por las conductas

delictivas realizadas por sus funcionarios en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto.

Ahora bien, en lo que atañe al aspecto procesal, incluye una única norma en la cual, una vez más, los derechos, las garantías y la forma cómo debe intervenir este nuevo actor penal queda librada a la interpretación de la ley procesal existente, mientras que su representación corresponde a quien tenga la representación legal del ente. Esta iniciativa se encuentra en trámite y a la espera del primer debate en comisión.

Las personas jurídicas y su derecho fundamental a la defensa en materia penal

Como es sabido, el proceso penal se ha organizado a partir de tres modelos o sistemas que son, en orden de aparición histórica, el acusatorio, el inquisitivo y, por último, el mixto (Armenta, 2004; Hendler, 2014; Maier, 2002; Ordóñez y Cano, 2003; Solórzano, 2013; Bernal y Montealegre, 2013).

El Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004, incorporó un sistema mixto de tendencia acusatoria en el que, tras la modificación de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, el titular de la acción penal centra sus esfuerzos en la investigación y el proceso se adelanta con apego a los principios de oralidad, inmediatez y concentración (Sent. C-592 de 2005, CConst.). Esto se corresponde, en muy buena medida, con los rasgos generales reconocidos al modelo acusatorio, cuyo origen se remonta a las antiguas ciudades-estado griegas y a Roma (Solórzano, 2013) y en el que preponderan los principios de oralidad y de publicidad, al igual que una división marcada entre las funciones de acusar y de juzgar, exigiendo al encargado de esta última que sea imparcial (Armenta, 2004; Guerrero, 2007).

Por eso, al proceso penal concurren el acusador, que recauda los elementos de prueba para afirmar su teoría sobre la responsabilidad en la

comisión de un delito; su contraparte, el acusado, que se presume inocente y puede confrontar la acusación, y el juez, quien tiene la función decisoria. Para garantizar la igualdad de armas entre quien acusa, normalmente un órgano público, y quien se defiende, se reconocen a este último varios derechos y garantías (Ferrajoli, 1999), tanto constitucionales como procesales, con los cuales enfrentar la pretensión punitiva, en especial, el debido proceso y el derecho de defensa que, en Colombia, son derechos fundamentales; esto último, al margen de las dificultades relativas a la cuestión sobre qué debe entenderse por tales o cuáles son sus características (Bernal, 2014; 2015; Alexy, 2008).

Las personas jurídicas y el derecho fundamental a la defensa.

Al hilo de lo expuesto, conviene llamar la atención en cuanto a que la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone atribuir la condición de imputado y/o acusado a los entes morales y, con ello, surge la cuestión de si estos últimos gozan del derecho a defenderse en igual medida que una persona física (Gómez, 2019), pues, hasta ahora, en los países de tradición jurídica europeo continental, incluido el colombiano, el procedimiento penal, su estructura, sus principios y las instituciones que los desarrollan están diseñados para investigar y juzgar a individuos de carne y hueso.

Desde luego, lo más fácil es responder afirmativamente y que, por ende, el estatuto procesal de la persona jurídica imputada/investigada o acusada debe ser el mismo de la persona natural. Es verdad que los entes ficticios han sido sujetos de interés dentro de la actuación penal, pues se les pueden imponer medidas cautelares y cierta clase de consecuencias o, incluso, vincularlos y condenarlos en calidad de terceros civilmente responsables; sin embargo, no se los tiene como destinatarios de la pretensión punitiva del Estado y eso hace una diferencia significativa que impone adaptar las normas procesales a este peculiar actor, incluido el conjunto de derechos y garantías fundamentales (Gómez, 2019).

Ahora bien, es importante dejar sentado que, según lo ha indicado la Corte Constitucional, las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, ya sea por vía directa, “no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ella misma” (Sent. T-411 de 1992, CConst.) o, bien, de forma indirecta, cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas (Sent. T-411 de 1992, CConst.).

Dentro de los derechos fundamentales reconocidos a los entes fictos se destacan, a los efectos de este trabajo, el debido proceso, la igualdad y el acceso a la administración de justicia (Sent. T-201 de 1993, CConst.), pues el sistema procesal penal adoptado en Colombia gravita en torno a los principios de igualdad de armas y acusatorio, así como a la protección maximizada del derecho de defensa (Corte Suprema de Justicia, Radicado 43837, 25 de mayo de 2016).

El derecho de defensa incorpora un doble mandato: por un lado, un requerimiento al legislador, quien debe procurar su ejercicio libre y sin obstáculos, de modo que no se impida la actividad propia de protección; y, por el otro, a los jueces, quienes han de aplicar las normas en el sentido más favorable a los fines de la defensa de los derechos de los ciudadanos en el proceso (Moreno, 2020). Así mismo, el respeto del derecho en comento confiere legitimidad a la acusación y a la condena en un Estado constitucional de Derecho, al tiempo que su desconocimiento, no solo cuestiona el procedimiento mismo que dio lugar a la eventual pena, sino que conlleva la ilicitud del ejercicio de la fuerza estatal en esas condiciones (Moreno, 2020).

Esto explica la existencia de mecanismos constitucionales y legales que garantizan el derecho fundamental y la validez de la actuación procesal: constitucionales, pues su violación permite ejercitar la acción de tutela, siempre que se acrediten la inmediatez, la ausencia de otro recurso para garantizar su protección o su necesidad para evitar un perjuicio irremediable

(art. 86); legales, debido a que su inobservancia acarrea la nulidad de la actuación afectada, es decir, permite invalidar lo actuado en esas condiciones (Ley 599 de 2000, art. 457; Sents. SP1564 de 2017, CSJ y SP683 de 2019, CSJ).

El de defenderse es, entonces, un derecho fundamental reconocido tanto por el ordenamiento internacional como por el nacional, y consiste en que toda persona natural o jurídica, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, sea oída, haga valer las propias razones y argumentos; controvierta, contradiga y objete las pruebas en su contra y solicite la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como, de ejercitar los recursos que la ley otorga (Sent. C-025 de 2009, CConst.). Esta prerrogativa, de índole constitucional (Art. 29), garantiza un proceso justo y permite que el investigado participe en la actuación, incluso antes de adquirir la condición de imputado (Sent. C-799 de 2005, CConst.).

El derecho en comento es el contrapeso al poder-deber que, en ejercicio de la acción penal, le corresponde a la Fiscalía y permite al destinatario de la persecución rechazar y oponerse a ella, haciendo lo necesario para defenderse adecuadamente. De acuerdo con su regulación legal, esta prerrogativa se divide en un conjunto de derechos que incluyen los de (i) conocer que existe una investigación en su contra; (ii) contradecir las manifestaciones de la Fiscalía, proponer acciones que le puedan interesar y participar en todo el momento del proceso y, por último, (iii) intervenir en la actuación por sí mismo –defensa material– y por intermedio de un abogado –defensa técnica– (Artículo 8.º del Código de Procedimiento Penal).

Por lo expuesto, los interrogantes que la responsabilidad penal de las personas jurídicas genera alrededor del derecho fundamental a la defensa no tienen que ver tanto con su titularidad, sino con la manera en que se ejerce el derecho en comento, puesto que, atendida la ficción jurídica que les da vida, “los mencionados entes obran y expresan autónomamente su voluntad como cualquier sujeto de derecho... [aunque ello se concreta] a través de sus órganos de dirección, administración, control y representación” (Sents. SU-

182 de 1998, CConst.; T-974 de 2003, CConst.). Lo anterior, sin olvidar que la defensa puede ser material, si está a cargo del procesado, o técnica, cuando la lleva a cabo un defensor y, si bien ambas tienen el mismo objetivo, esto es, el derecho a la libertad, su causa es distinta, pues la defensa del procesado es subjetiva, mientras la del defensor es objetiva (Moreno, 2020).

La persona jurídica y su defensa técnica.

La denominada defensa técnica se encarga a un experto en leyes, es decir, a un abogado, y, al menos en Colombia, su fundamento es constitucional (art. 29 Const). La misma conlleva una actividad científica consistente en el asesoramiento técnico del imputado sobre sus derechos y deberes (C-069 de 2009, CConst.), pero va más allá del mero consejo o la sola representación, pues ha de superar el plano de lo formal y traducirse “en actos que la materialicen en el trámite que se cumple” (Sent. de julio once de 2007, Radicado 26827, CSJ; Sents. C-836 de 2002, CConst.; C-451 de 2003, CConst.) y que consulten “los intereses del acusado en función de las posibilidades que el proceso vaya ofreciendo” (Gómez, 2015, p. 91).

La jurisprudencia nacional considera que esta modalidad del derecho de defensa ha de cumplir con tres características esenciales: en primer lugar, ser intangible, es decir, irrenunciable, pues toda persona vinculada a un proceso debe tener un abogado que lo represente; en segundo lugar, ha de ser real, porque no puede entenderse garantizada por la mera existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y, por último, en tercer lugar, es permanente, lo que implica que su ejercicio se garantice a lo largo de todo el trámite procesal, sin ninguna clase de limitaciones (Sent. de julio once de 2007, Radicado 26827, CSJ).

La asistencia técnica aludida se justifica en orden a garantizar y asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, ante la inferioridad en la que se encuentra el procesado, debido a que su contraparte en el proceso es el Estado, representado por la Fiscalía

y a su falta de conocimientos jurídicos y, por ende, a su desconocimiento tanto de las posibilidades para aceptar o no la responsabilidad de los hechos como de las consecuencias derivadas de tales opciones. Como se ha indicado, esta actividad ha de ser realizada por un experto en derecho que puede ser designado por el procesado, caso en el cual se denomina defensor de confianza o, cuando el acusado carece de los medios económicos para ello o se rehúse a designar uno, el Estado nombra uno de oficio, apoyándose en el sistema de Defensoría Pública que es gratuito.

La primera pregunta que surge en estos casos es si conviene que el abogado a cargo de la defensa técnica de la persona natural sea el mismo que defiende a la persona jurídica. Para responder a este interrogante se debe analizar cuáles son los hechos objeto del proceso, pues sobre ellos se estructura el ejercicio del derecho de defensa y esto depende del modelo teórico de responsabilidad penal de la persona jurídica adoptado (Moreno, 2019), así como, en términos de Gascón (2012), de los hechos de referencia, es decir, los que definen las conductas delictivas concretas cometidas por las personas físicas vinculadas a la sociedad, y de los hechos internos de la persona jurídica, esto es, los referidos a las conductas relevantes para establecer la existencia y el grado de culpabilidad del ente ficticio.

Con esto a la vista, lo recomendable parece ser que el sujeto moral tenga su propio abogado defensor, previniendo así casos reales de conflictos de intereses entre aquél y la persona natural cuando ambos son llamados a responder penalmente como coimputados (Gascón, 2012). Lo anterior, no es óbice, sin embargo, para que la defensa de las personas vinculadas al proceso pueda ser llevada por un mismo defensor.

Otro interrogante interesante tratándose de la defensa técnica es el relativo a la posibilidad de que el Estado designe un defensor público que asista a la persona jurídica ante su falta de recursos económicos, la declaratoria de contumacia o rebeldía o la no comparecencia injustificada del defensor de confianza. Al margen de las dificultades que genera el carácter especializado de los delitos respecto de los cuales se propone introducir la responsabilidad

penal de las personas jurídicas, lo cual exigiría una cualificación de los profesionales a cargo de su defensa técnica, quizás lo más problemático sea que la defensoría pública preste su servicio gratuito a los entes morales (Castro, 2005), puesto que, de un lado, los recursos de esa entidad son limitados y dejarían de destinarse a atender los procesos en los cuales se encuentran vinculadas personas naturales y, del otro, sus beneficiarios serían sociedades comerciales cuya razón de existir es, precisamente, la generación de riqueza.

Esto último resulta problemático, pues, si bien es cierto que los entes ficticios pueden generar pérdidas, también es verdad que los socios u accionistas –dependiendo del tipo de sociedad– son responsables de las obligaciones contraídas por los primeros: en las sociedades de personas existe una responsabilidad solidaria y, en las de capital, aunque no sea así, la presunta comisión de un delito permitiría levantar el velo corporativo (Espinosa, 2009; Arrubla, 2010; Peña 2011). Así, dado que el servicio de defensa pública está previsto para “aquellas personas que se encuentren en imposibilidad económica de proveer la defensa de sus derechos” (Ley 941 de 2005, art. 43.), no parece posible la prestación del servicio de defensa a través de esta entidad del Estado.

Ahora, puede suceder que la persona jurídica se encuentre en una circunstancia que dé lugar a su liquidación, lo cual, *per se*, no supone la imposibilidad de hacer frente a todas las deudas; adicionalmente, la Ley 1116 de 2006 establece que las obligaciones relacionadas con los costos de la defensa jurídica son gastos de administración y tienen preferencia en su pago sobre aquellas otras, objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial (art. 71). De esta forma, el liquidador deberá contemplar la partida presupuestal de honorarios de la defensa entre los gastos.

Esto último no sería así cuando el proceso penal se iniciare antes del evento que llevó al estado de liquidación, pues, en tal supuesto, los honorarios causados por la defensa técnica no tendrían la preferencia de pago; en el caso indicado se debería asignar un defensor, ante la falta de capacidad económica del ente moral. Una cuestión adicional tiene que ver con qué entidad

estatal estaría a cargo de proveer dicho servicio (si la defensoría pública o, quizás, la Superintendencia de Sociedades) y determinar el tratamiento que corresponde en los casos de contumacia o rebeldía de la persona jurídica.

Otro de los interrogantes en punto de la defensa técnica es si su ejercicio puede encargarse a un funcionario vinculado contractualmente a la empresa investigada; a priori, la existencia de tal relación no parece un obstáculo, pero podría presentarse una situación complicada cuando ese empleado-defensor técnico tiene información relevante sobre los hechos y, por eso, su testimonio se considera importante. Frente a ello, ha de recordarse que la información conocida por el abogado en desarrollo de una relación profesional está amparada por el secreto profesional y su divulgación sería considerada atentatoria del derecho de defensa; con todo, si el letrado revela o usa la información que ha conocido para evitar la comisión de un delito no incurre en una falta para con el cliente (apartado f del artículo 34 del Código Disciplinario del Abogado; Sent. C-301 de 2012, CConst.). La cuestión está, pues, en definir si el defensor técnico, que al mismo tiempo es empleado de la persona jurídica investigada, está cobijado por ese privilegio o no.

La persona jurídica y su defensa material.

La defensa en sentido material es la “que lleva a cabo personalmente el propio procesado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades” (Sent. C-069 de 2009, CConst.), e implica los derechos a no declarar en contra de sí mismo; a no autoincriminarse; a conocer la existencia del procedimiento y el contenido de la acusación; a contradecir a la acusación e intervenir en todas las actuaciones y proponer las diligencias que puedan ser útiles para ella; a que las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo con las autoridades públicas no sean utilizadas en su contra y, por último, a participar en el juicio (Moreno, 2019; Hernández, 2010).

De acuerdo con la jurisprudencia, la prerrogativa en comento conlleva las facultades de presentar alegatos introductorios y conclusivos, interrogar a los testigos directamente, pedir pruebas y guardar silencio o renunciar a hacerlo

en el juicio oral, interponer recursos ante cualquier decisión de la judicatura, elevar solicitudes y peticiones de cualquier índole o simplemente tener la posibilidad de ser escuchado o de guardar silencio (Auto AP6357-2015, CSJ). Esta faceta, que es personal, corresponde exclusivamente al procesado y la forma más elemental de ejercerla es a través de la declaración, es decir, de la manifestación de aquel sobre cualquier aspecto relevante dentro del proceso.

A la vista de lo expuesto, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también genera inconvenientes, pues, en la medida en que dichos entes carecen de toda corporeidad, no pueden participar directamente en el proceso y eso impide que asuman un papel activo por sí mismas o se expresen oralmente en la actuación. De allí la idea de recurrir a un representante especialmente designado, a través del cual el ente moral intervenga en el proceso y ejercite sus derechos (Moreno, 2019); no obstante, esta solución genera nuevos problemas, pues hay que definir, por ejemplo, quién será ese representante o quién puede nombrarlo.

Para responder a estas cuestiones resulta pertinente advertir que lo ideal es, en primer lugar, que este sujeto conozca el funcionamiento de la empresa, su estructura y el programa de cumplimiento; no obstante, cabe preguntar si ese representante puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio oral y, por ende, si a quien representa al ente moral y ejerce su defensa material lo amparan los derechos connaturales a la condición de procesado de guardar silencio, no declarar en contra de sí mismo y no confesarse culpable. También, en caso de declarar, si tiene derecho a que las preguntas que le formulen giren en torno a los hechos y circunstancias de la persona jurídica y no a hechos personales suyos (Moreno, 2019).

En segundo lugar, debe tratarse de un sujeto idóneo, pues tendrá que diseñar e implementar la mejor defensa para su representada, de modo que atienda adecuadamente el proceso, porque, en caso de no hacerlo así, se podría producir una vulneración al derecho en comento y, con ello, una nulidad en las actuaciones realizadas.

En tercer lugar, estrechamente vinculado con lo anterior, este representante debe establecer qué estrategia ha de seguir, para lo cual ha de tener a la vista los presupuestos que, desde el punto de vista sustantivo, sirven de base a la responsabilidad penal de la persona jurídica, así: en un modelo de responsabilidad de culpabilidad, puede optar por alegar la inexistencia del injusto culpable, oponerse a que su representada hubiera obtenido beneficio alguno con la comisión del delito o demostrar que no hubo una falla en su estructura de control en su programa de cumplimiento o, bien, si el sistema es de responsabilidad vicarial, puede inclinarse por negar los hechos delictivos que se le imputan al empleado, pues al exonerarlo, la responsabilidad del ente ficto no se presenta. Esto, desde luego, sin perder de vista que cualquier actuación del representante, en su propio beneficio, que perjudique a la persona jurídica podría dar lugar a una nulidad (Moreno, 2019).

En el mismo sentido, conviene recordar que la defensa puede llevarse a cabo de forma activa o pasiva, pero esta última debe corresponder a una estrategia orientada a aprovechar los vacíos o yerros del ente acusador, para proponer la existencia de una duda razonable o plantear una hipótesis alternativa; así se ha entendido respecto de la defensa técnica (Sent. de abril 15 de 2004, Radicado 17405, CSJ, p. 16) y no parece haber problema en asumirlo igual en punto de la defensa material. Otra cosa es que el encargado de la defensa material deje el proceso librado a su propia suerte por abandono deliberado o por negligencia, lo cual bien podría dar pie a una posible declaratoria de nulidad.

Otro problema es el relativo a quién puede o debe designar al encargado de ejercer la defensa material de la persona jurídica comprometida. A primera vista, los competentes serían única y exclusivamente los socios, pues ellos son, en últimas, los destinatarios –al menos, parcialmente– de las consecuencias de una eventual sentencia condenatoria que, recuérdese, puede llegar suponer la disolución del ente moral, afectando incluso a quienes no hubieran participado en su administración (Moreno, 2019). El quorum para tomar esta decisión debería ser el mismo exigido para la elección (o remoción) de un representante legal, según lo acordado en los estatutos de la compañía.

De presentarse bloqueos, como consecuencia del abuso de alguno o algunos socios o accionistas, la designación del representante podría hacerla la Superintendencia de Sociedades, pues esta entidad es la encargada de la vigilancia, la inspección y el control sobre las sociedades comerciales, además de ser competente para ordenar los correctivos que permitan subsanar las situaciones complejas de orden jurídico, contable, económico y administrativo de las compañías, así como de adoptar las medidas administrativas a que haya lugar para su correcto funcionamiento. La cuestión, sin embargo, no deja de ser problemática.

Por último, no puede dejar de mencionarse lo referente a la aceptación de responsabilidad, bien sea de manera unilateral o en virtud de una negociación con la fiscalía, pues corresponde aclarar si esa decisión puede adoptarla, por sí y ante sí, quien obra en nombre del ente moral. Al respecto, cabe afirmar que sí puede hacerlo, siempre que ello se encuentre dentro de sus funciones y éstas, a su vez, le hubieran sido conferidas válidamente; de lo contrario, esa manifestación generará problemas en torno a la eficacia –oportunidad– de la decisión adoptada cuya trascendencia, no se olvide, radica en que supone renunciar a una serie de derechos, entre ellos, a la presunción de inocencia, y compromete la responsabilidad de la persona jurídica, acarreándole la imposición de una pena.

Conclusiones

La inclusión de este nuevo modelo de responsabilidad penal en el derecho interno resulta muy discutida y problemática, pues no es el resultado de una discusión seria sobre su conveniencia o su necesidad en el ordenamiento interno, sino de las recomendaciones de los organismos supranacionales y de sus condiciones para obtener ciertos beneficios; en este caso, el de incorporarse al grupo de la OCDE.

Los distintos proyectos de ley que se han presentado hasta la fecha sobre el particular reflejan una cierta improvisación y adolecen de una visión

integral y sistemática de la materia, como lo evidencia el que ignoren el aspecto procesal del asunto, pese a la relevancia de este último a la hora de llevar a la práctica y hacer realidad la política criminal del Estado.

No puede olvidarse que el proceso penal actual fue diseñado para investigar y juzgar personas naturales, seres humanos que piensan, sienten, conocen y quieren, por lo que someter a juicio a un ente ficticio conlleva, necesariamente, diversos problemas tanto teóricos como prácticos que requieren atención y, por supuesto, solución. Que ello es así, ha quedado demostrado en esta investigación, a propósito del examen que se ha efectuado del derecho de defensa en sus vertientes técnica y material.

En efecto, de no atender con seriedad este tema se corre el riesgo de generar un caos mayúsculo, pues la garantía y la efectividad de los derechos de que son titulares los procesados en la actuación penal, trátase de una persona natural o jurídica, constituyen un presupuesto de la legitimidad del proceso mismo y de su decisión, es decir, de la impartición de justicia en materia penal. El asunto, entonces, no es menor y, aunque no todos los problemas planteados a lo largo de las páginas anteriores revisten la misma entidad o tienen el mismo grado de complejidad, lo cierto es que esta investigación sí ha permitido evidenciar la necesidad de contar con una regulación que los tenga en cuenta y proponga una solución, de modo que se reduzca el margen de improvisación que conllevaría el no hacerlo así.

A lo anterior se suman los reparos que pueden hacerse a su incorporación al Código Penal, teniendo en cuenta, de un lado, las objeciones de índole sustantiva a la adopción de esta forma de responsabilidad, básicamente, a propósito de los principios del acto y de culpabilidad, sin mencionar, la trasgresión del carácter de *ultima ratio* del derecho penal y sus notas de fragmentariedad y subsidiariedad. Así mismo, la discusión sobre la eficacia del sistema de responsabilidad administrativa en esta materia no ha sido objeto de un debate serio y, más bien, brilla por su ausencia; en idéntico sentido, no hay razones para concluir que sancionar penalmente a las personas jurídicas

sea necesario o que las medidas que hoy se pueden adoptar en el proceso penal son insuficientes.

Para terminar, debe insistirse en que la adopción de un nuevo modelo de responsabilidad penal debe venir acompañado de una propuesta que, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, se acompañe con el modelo de Estado propuesto en la Constitución y que la incorporación de este nuevo sistema de responsabilidad penal requiere de un estudio juicioso y ponderado que, al menos hasta ahora, no se evidencia en las propuestas de reforma legal presentadas en nuestro país.

Referencias

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Marcial Pons.
- Armenta, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons.
- Arrubla, J. (2010). El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En E. León Robayo, E. Rincón & Y. López (Eds.), *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. (pp. 59-80). Universidad del Rosario.
- Bernal J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal*. Tomo I (6ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2015). Derechos fundamentales. En J. Fabra y A. Núñez (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (2), pp. 1571-1594). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal Parte General*. Editorial Trotta.
- Carbonell, J. C. (2010). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de Política Criminal*, (101) 5-33.
- Castro, S. (2005). *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. (2012). *Reglamento Modelo*. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf

- Congreso de la República de Colombia. (2018). *Proyecto de Ley 117 de 2018 Senado. Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio Público y se dictan otras disposiciones.* (Gaceta del Congreso No. 631 del 31 de agosto de 2018) [Exposición de motivos]. Imprenta Nacional. http://www.secretariasenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2018/GC_0631_2018.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2019). *Proyecto de Ley 05 de 2019 Senado. Por medio del cual se modifica el inciso segundo del numeral 17 del artículo 150 de la Constitución.* (Gaceta del Congreso No. 846 del nueve de septiembre de 2019) [Exposición de motivos]. Imprenta Nacional. http://www.secretariasenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2019/GC_0846_2019.pdf
- Congreso de la República de Colombia. (2020a). *Proyecto de Ley 149 de 2020 Cámara de Representantes. Por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas.* (Gaceta del Congreso No. 676 del 11 de agosto de 2020) [Exposición de motivos]. Imprenta Nacional. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=C%C3%A1mara&fec=11-8-2020&num=676>
- Congreso de la República de Colombia. (2020b). *Proyecto de Ley 178 de Senado. “Por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones”.* [Exposición de motivos]. Senado de la República. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1975-proyecto-de-ley-178-de-2020>
- Congreso de la República de Colombia. (2021). *Proyecto de Ley 076 de 2021 Cámara de Representantes. “Por medio del cual se establece el régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas”.* [Exposición de motivos]. Bogotá: Cámara de Representantes. <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-09/PL%20%20076-21%20C%20RESP%20PENAL%20PERS%20JUR%C3%8DDICAS%20PONA%201er%20DEB.docx>
- Convenio Penal sobre la Corrupción. (1999, enero 27) [Convenio número 173 del Consejo de Europa]. Consejo de Europa. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>
- Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada. (2000, noviembre 15). Organización de las Naciones Unidas. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003, octubre 31). Organización de las Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

- 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
- Díaz, M. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático. En J. Gómez (Dir.) & C. Madrid (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 101-123). Tirant lo Blanch.
- Diez, J. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *INDRET Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 1-33. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969>
- Dopico, J. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En N. de la Mata, J. Dopico, J. Lacurain y A. Nieto (Coords.). *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 129-168). Editorial Dykinson.
- Espinosa, L. (2008). *Teoría general de las sociedades comerciales*. Universidad Sergio Arboleda.
- Feijoo, B. (2016). Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. En M. Bajo, B. Feijoo y C. Gómez-Jara (Coords.) *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal* (pp. 67-74). Editorial Civitas.
- Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. *Nuevo Foro Penal*, 12 (60), 59-75. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3896>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris Teoría del derecho y de la democracia* (t. III). La sintaxis del derecho. Trotta.
- Grupo de Acción Financiera (2012). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva*. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/recursos-del-gafic/14971-recomendaciones-del-gafi-2012-actualizadas-a-octubre-de-2020-1>
- Gascón, F. (2012). *Proceso penal y persona jurídica*. Marcial Pons.
- Gómez-Jara, C. (2011). Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Banacloche, J. Zarzalejos & C. Gómez-Jara (Dirs.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* (pp. 51-61). Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*. Universidad Sergio Arboleda & Andrés Morales.
- Gómez, J. L. (2019). Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal

- español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*). En J. Gómez (Dir.) y C. Madrid (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 25–63). Tirant lo Blanch.
- González, J. L. (2020). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Tirant lo Blanch.
- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*. (2ª ed.). Ediciones Nueva Jurídica.
- Hernández, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, 5 (9), 207–236. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100005>.
- Hendler, E. (2014). *Sistemas penales comparados*. Ediciones Didot.
- Jescheck, H. H. (2003). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Comares.
- León, J. (2016). Libertad personal e igualdad de armas en el proceso penal “acusatorio” colombiano. En F. Velásquez & R. Vargas (Comps.). *Problemas Actuales del Derecho Penal: volumen I 2012-2015* (pp. 79–112). Universidad Sergio Arboleda.
- Ley 365 (1997, febrero 21). Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 42.987 de 21 de febrero de 1997*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0365_1997.html
- Ley 599 (2000, julio 24) [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906 (2004, septiembre primero) [C. P. P.]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 del primero de septiembre de 2004*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 1116 (2006, diciembre 27). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 46.494 del 27 de diciembre de 2006*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html
- Maier, J. B. J. (2002). *Derecho Procesal Penal I. Parte General. Fundamentos*. Editores del Puerto.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor.
- Moreno, V. (2019). El derecho de defensa de las personas jurídicas. En J. Gómez (Dir.) y C. Madrid (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1009–1038). Tirant lo Blanch.

- Moreno, V. (2020). Sobre el derecho de defensa: Cuestiones generales. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, (8), 16-38. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/230>.
- Moreno, V. (2021). El derecho de defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Apuntes sobre el derecho colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, (25), 75-112.
- Muñoz, F. (2015). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. En J. Serrano (Dir.) y E. Crespo (Coord). *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (pp. 131-160). Constitución y Leyes, S. A.
- Ordóñez, M. H. & Cano, D. M. (2003). La resistencia del sistema penal inquisitivo: perspectiva histórica jurídica. *Revista pensamiento penal*. Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48519-resistencia-del-sistema-penal-inquisitivo-perspectiva-historica-juridica>
- Ortiz, I. (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way. En J. Hortal, V. Valiente, S. Mir, (Dir) & V. Gómez (Coords.). *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. (pp. 35-88). Edisofer.
- Peña, L. (2011). *De las sociedades comerciales*. Ecoe Ediciones y Universidad del Sinú.
- Posada, R. y Hernández, H. M. (2001). *El sistema de individualización de la pena en el Derecho penal colombiano*. Biblioteca Jurídica Dike.
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte General. T. I.: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Thompson Civitas.
- Ruiz, C.; Vargas, R.; Castillo, L. & Cardona, D. (2020). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal* (2ª ed). Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia T-411 (1992, junio 17). Acción de tutela [Expediente T-411]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-411-92.htm>
- Sentencia T-406 (1992, junio cinco). Acción de tutela [Expediente T-778]. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Sentencia C-320 (1998, junio 30). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente O.P. 024]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-320-98.htm>
- Sentencia SU-182 (1998, mayo seis). Sentencia de unificación [Expedientes T-141334, T-141745, T-141785, T-142430, T-143410 y T-143426]. Magistrados Ponentes: Carlos

- Gaviria Díaz y Jose Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU182-98.htm>
- Sentencia C-836 (2002, octubre ocho). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-4061]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-836-02.htm>
- Sentencia T-227 (2003, marzo 17). Acción de tutela [Expediente T-669050]. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>
- Sentencia C-451 (2003, junio tres). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-4329]. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-451-03.htm>
- Sentencia T-859 (2003, septiembre 25). Acción de tutela [Expediente -733112 y 756609]. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-859-03.htm>
- Sentencia T-974 (2003, octubre 22). Acción de tutela [Expediente T-579773]. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-974-03.htm>
- Sentencia C-592 (2005, junio nueve). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5412]. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-592-05.htm>
- Sentencia C-799 (2005, agosto dos). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5464]. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-799-05.htm>
- Sentencia C-025 (2009, enero 27). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7226]. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm>
- Sentencia C-372 (2011, mayo 12). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8274]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-372-11.htm>
- Sentencia (2004, abril 15). Recurso de casación [Radicado N.º 17405]. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP6808 (2016, mayo 25). Recurso de casación [Radicado N.º 43837]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Solórzano, C. R. (2013). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Ediciones Nueva Jurídica.

- Suárez, A. (2007). *Autoría*. Universidad Externado de Colombia.
- Tiedemann, K. (1997). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Hurtado: *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Anuario de derecho penal*, 97-126.
- Velásquez, F. (2021). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2019). Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Colombiano. En J. Gómez (Dir.) y C. Madrid (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1615-1654). Tirant lo Blanch.
- Von Liszt, F. von (1916). *Tratado de Derecho Penal*, t. II (2ª ed.). Editorial Reus.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Depalma.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Editorial Ediar.
- Zugaldía, J. (1994). Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. *Cuadernos de política criminal*, (53) 613-627.
- Zúñiga, L. (2003). Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105 CP: principales problemas de aplicación. *Anuario de Derecho Penal*, 484-501. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_19.pdf

La utilización de software como herramienta de interceptación de comunicaciones*

*Cristian Cobo Jiménez***

Resumen: Este artículo efectúa un estudio sobre la legalidad de la utilización de *software* como herramienta de vigilancia de comunicaciones; para llevar a cabo ello, se estudian los nuevos programas de interceptación conocidos como *software* de interceptación, programa malicioso o *software* espía. Estos son cuestionados por la falta de una ley clara que permita su utilización por parte de algunas autoridades del Estado que cumplen funciones en materia de investigación judicial e inteligencia. Asimismo, se analizan mecanismos en derecho para la utilización legal de dicho *software*, las voces en contra de su uso y por qué las autoridades están en desventaja respecto a la obtención de la información si se tienen en cuenta las nuevas formas de comunicación empleadas por la delincuencia organizada.

Palabras claves: Interceptación de comunicaciones, *software*, programa malicioso, mensaje de datos.

Abstract: This article studies the legality of using the software as a tool for communications surveillance, studying the new interception programs known as interception software, malware, or spyware. These are questioned due to the lack of a clear law that allows their use by some State authorities that perform judicial investigation and intelligence functions. It also analyzes mechanisms in law for the legal use of such software, the voices against its use, and why the authorities are at a disadvantage concerning obtaining information, taking into account the new forms of communication used by organized crime.

Keywords: Interception of communications, software, malware, data message.

* Artículo de reflexión presentado como trabajo de grado para optar al título de magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta (Colombia), dirigido por el profesor Andrés Guzmán Caballero.

** Abogado; especialista en Derecho Penal; magíster en Derecho, de la Universidad Sergio Arboleda. Investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación. Correo de contacto: crisco2014@outlook.es

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad destacar la importancia de la interceptación de llamadas efectuadas por sistemas distintos a la telefonía ordinaria, mediante la utilización de *software* sobre todo cuando se piensa en las actividades de persecución penal; además, pretende analizar si se requieren nuevas formas legales para el control, alcance y su utilización como mecanismo de interceptación de comunicaciones en nuestro medio. Con base en lo anterior se partió de la hipótesis de que, en la actualidad, las autoridades pierden terreno cuando acuden a la interceptación de las comunicaciones en desarrollo de sus tareas investigativas.

En efecto, los entes investigativos no tienen conocimiento de los miles de mensajes y llamadas realizadas a diario a través de diferentes aplicaciones por parte de organizaciones delictivas, lo que es producto de la carencia de herramientas para hacerlo y del abandono de la tradicional llamada telefónica. Sin embargo, los Estados tienen la necesidad de combatir esas formas de criminalidad, máxime si ellas se adaptan a los nuevos medios tecnológicos. Por este motivo, a título de cuestión que resume el problema de investigación, se pregunta: ¿Es necesario el empleo de nuevas herramientas de interceptación para sistemas de datos?

La justificación de la presente investigación radica en que los tiempos cambian y no se puede soslayar que muten las formas de comunicación de las personas, entre las cuales se incluyen las que integran las redes criminales; por ello, se analizan los vacíos legales existentes confrontándolos con la legislación que regula la materia. Asimismo, se recalca la conveniencia de hacer una incursión académica como esta de cara a mejorar el ordenamiento jurídico y aportar a la sociedad en general, en pro de concebir mejores herramientas en la lucha contra la delincuencia que debe enfrentarse con las herramientas legales necesarias y adecuadas.

El objetivo principal, que a la vez se torna en el aporte del trabajo, radica en proyectar la forma en la cual se pueden escuchar las llamadas, por métodos distintos a la telefonía ordinaria e interceptar mensajes de datos, ambas

acciones de manera legal. Como se mencionó, es innegable la velocidad con la cual avanza la tecnología y con ésta se especializa cada vez más el actuar delictivo de los que optan por ese camino; por ende, es relevante la utilización de nuevas herramientas de interceptación de comunicaciones para lograr una efectividad por parte de los entes investigativos.

Para cumplir con este objetivo, el trabajo se estructura en tres capítulos: en el primero, se esboza el contenido histórico, literal y normativo de la interceptación de comunicaciones; en el segundo, se muestra al *software* como una herramienta de interceptación de mensajes de datos; y, en el tercero, se efectúa un breve recorrido por el derecho comparado frente al uso de esta herramienta tecnológica, a partir de tres ordenamientos específicos. Al final, se incluyen las conclusiones y se abre un espacio para el debate académico sobre las nuevas herramientas de interceptación de comunicaciones en nuestro medio.

La interceptación de comunicaciones

Breves apuntes sobre la interceptación de comunicaciones.

Desde el punto de vista literal, se entiende por interceptar: “1. tr. Apoderarse de algo antes de que llegue a su destino. 2. tr. Detener algo en su camino. 3. tr. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación” (RAE, 2019, párr. 1). A su turno, según Leal (2011) para que exista comunicación deben concurrir como mínimo dos personas intercambiando mensajes, debe existir un emisor, un receptor y un código para el mensaje transmitido (p. 94). Preciado este concepto es pertinente indicar que, según la informática básica, un *software* “es el conjunto de programas o aplicaciones, instrucciones y reglas informáticas que hacen posible el funcionamiento de un equipo” (GCFGlobal, s.f., párr. 2).

De las anteriores definiciones se puede colegir que, en esencia, interceptar comunicaciones no es más que capturar un mensaje que se produce entre un

emisor y un receptor; esto también se puede realizar mediante un *software* o un programa malicioso, al realizar la infiltración de un equipo o un sistema informático sin consentimiento para obtener toda la información que circule por este, de ahí la importancia para las autoridades de obtener las evidencias del delito, la ubicación de procesados, o, en su defecto, anticiparse a los movimientos de organizaciones criminales.

El tema de la interceptación de comunicaciones no es nuevo y su génesis se pierde a lo largo de la historia de la humanidad; por ejemplo, en Francia Luis III y el Cardenal Richelieu crearon el *Cabinet Noir* (cámara negra) para interceptar cartas personales consideradas sospechosas hasta 1790, cuando la Asamblea Nacional Francesa proclamó la inviolabilidad de correspondencia y dispuso abolir ese instrumento. Surgió, de esta manera, el reconocimiento al secreto de la correspondencia que luego se extendió a toda forma de comunicación (Casablanca, 2015).

Así mismo, dos grandes sucesos en los que se resaltó la importancia de la interceptación de las comunicaciones fueron: el primero, como producto de la invención del teléfono en 1876 y la disputa en torno a quién fue su inventor, entre Elisa Gray, Alexander Graham Bell y el italiano Antonio Meucci, que terminó de resolverse en junio de 2002 cuando la Cámara de Representantes de los Estados Unidos reconoció que fue Meucci el inventor del mismo (Salazar, 2014, p. 89).

El segundo, se presenta con el advenimiento de las dos grandes guerras mundiales, en las que se hacía necesario capturar los mensajes del oponente. Para 1918, las tropas alemanas habían logrado interceptar las comunicaciones del ejército de los Estados Unidos, descifrar sus códigos y tomar decisiones rápidas, esta situación fue solucionada por el ejército americano mediante el establecimiento de interlocuciones entre dos soldados de la tribú *Choctaw* que hablaban su lengua nativa (Winterman, 2014). A su vez, durante la Segunda Guerra Mundial, el ejército británico conformó un “grupo conocido como los ‘interceptores voluntarios’, unos 1500 aficionados a la radio, reclutados

para monitorear las comunicaciones de los nazis y sus aliados antes de que llegaran a su destino” (Moskvitch, 2013, párr 3).

Posterior a ello, con el inicio de la Guerra Fría después de 1945, se celebró un pacto para intercambio de información entre el Reino Unido y los Estados Unidos conocido como UKUSA, al que después se adhirieron otros países. A partir de los años 70, se transmitieron hacia la tierra señales de radio y teléfono captadas por los satélites de escucha y observación que, posterior a eso, terminarían conformando la red de espionaje y análisis para el monitoreo de comunicaciones más grande del mundo, al que se le dio el nombre de ECHELON (Proyecto PV, s.f.).

Con el uso de las nuevas tecnologías, el tema de la interceptación de las comunicaciones sigue en auge, por lo que al día de hoy se pueden encontrar compañías dedicadas al desarrollo y la comercialización de *software*; por citar algunos, la gigante italiana *Hacking Team* que desarrolló tecnología de punta para interceptar todo tipo de comunicaciones; *Kaymera* y el sistema *Verint 12*, estos, debido a su especialización en la creación de *software* y al pensar en su crecimiento en Latinoamérica, situaron sus ojos en Colombia como sede local para su oficina (Chaves, 2014). También, el *software Spyera* es utilizado para la interceptación de teléfonos móviles, tabletas y computadoras; sobre su funcionamiento y legalidad se habla en el segundo capítulo.

La interceptación de comunicaciones en nuestro país.

En este contexto, Colombia posee dos sistemas alternos en esta materia: uno, conocido como ESPERANZA que hoy es denominado como la Sección de Control Telemático, operado por la Fiscalía General de la Nación; y, otro, la Plataforma Única de Monitoreo y Análisis o Sala PUMA (según sus siglas), operada por la Policía Nacional. Al respecto, conviene aclarar que la Sala PUMA opera bajo estrictas regulaciones y de forma legal; es más, las interceptaciones allí realizadas se coordinan bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación como lo ordena la Constitución Nacional en su artículo 250 inc. 4.º num. 2.º.

El sistema de interceptación de la Fiscalía General de la Nación (o Sección de Control Telemático) cuenta con diferentes grupos que se encuentran estructurados de la siguiente manera: Grupo de Análisis y Tratamiento de la Información; Grupo de Apoyo a la Ubicación; Salas de Recepción y Análisis de las Comunicaciones Interceptadas; Secretaría Común y, por último, el Grupo de Soporte Técnico. Dentro de dichos grupos, se destacan las Salas de Recepción y Análisis de las Comunicaciones Interceptadas, que se identifican con nombres como: GRANATE, DIAMANTE, ORO, BRONCE, MOSTAZA, JASPE y CIAN; además, también operan las salas ubicadas en las seccionales de las distintas capitales del país, a las que se les asignan las interceptaciones en los ámbitos regional o departamental (Resolución 0020 de 2016).

El objetivo de la Sección de Control Telemático se cumple con el apoyo de un proveedor de servicios de telecomunicaciones, lo cual le permite a la Fiscalía conectar los servidores de los proveedores para, de esta forma, recibir y descomponer en paquetes de llamadas las comunicaciones, con la finalidad de transmitirlos a una sala de interceptación; ello se hace por intermedio del Sistema de Interceptación de las Comunicaciones de la Fiscalía General de la Nación y el Departamento de Interceptación de las Comunicaciones (DIC), ente encargado de enrutar las líneas interceptadas a las diferentes salas de recepción de las comunicaciones (Resolución 0-1037 de 2016). Así mismo, agréguese, para llevar a cabo esas tareas la Fiscalía General de la Nación utiliza como una de sus herramientas de interceptación los denominados *software Target 360* y *Pen-link*, este último, según se dice en su página de internet, aduce tener una experiencia de 30 años en el negocio de los sistemas de datos de comunicaciones sin aportar mayor información pública al respecto (Penlink, 2020).

En relación con el sistema de interceptación de comunicaciones operado por la Policía Nacional, la Sala PUMA, debe decirse que él monitorea a la vez la red fija, la red móvil y el ISP (*Internet Service Provider*), en el cual quedan comprendidos los servicios de correo electrónico, voz sobre IP, chats, *BBM* (*BlackBerry Messenger*), *WhatsApp* y, en general, todos los servicios de datos.

Así las cosas, a título de ejemplo, cuando se quiera monitorear un celular solo es necesario marcar el número del móvil del objetivo y el sistema captura en tiempo real el tráfico de voz, datos, fotos, chats en diferentes plataformas como “*Skype, Line, Facebook y Google*, entre otros” (Adalid, 2016, párr. 1).

Desde luego, la Sala PUMA está dotada de un sistema mucho más avanzado que la Sección de Control Telemático de la Fiscalía; sin embargo, es operado solo por personal perteneciente a la Policía Nacional (Privacy International, 2015). Este sistema data del año 2013, pero se habla de él desde el 2010 de acuerdo con el proceso de selección abreviada PN DIRAF SA 013 de ese año, llevado a cabo con el objeto de realizar actualización y mantenimiento a la plataforma (DIRAF, 2010).

Según uno de los mayores expertos en tecnología del país y presidente ejecutivo de Adalid Corp., Andrés Guzmán Caballero, el *software* utilizado por el sistema PUMA monitorea “casi en tiempo real, todas las comunicaciones, es decir, llamadas entrantes y salientes, mensajes de *WhatsApp, Snapchat, Facebook, Skype*, correos electrónicos, en una palabra, todo” (Orozco, 2015, párr. 3). Así las cosas, no cabe duda de que la plataforma PUMA tendría una mayor capacidad para interceptar comunicaciones que la Sección de Control Telemático de la Fiscalía, antes llamada Sala Esperanza, según se dijo en precedencia.

Ahora bien, respecto a la interceptación telefónica, el país ha sido presa de varios escándalos, entre los cuales cabe recordar estos: las llamadas “chuzadas” del DAS en las que se hablaba, por ejemplo, de una carpeta denominada control de escuchas, que contenía prueba de correos electrónicos interceptados de manera ilegal (Sent. Radicado 2010-000020, Juzgado 3.º Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá), para lo cual el *software* existente podría realizar tareas como esa pero de manera legal. También, la batahola del jáquer Andrés Sepúlveda, o las realizadas con concurso de los militares a través de su sala Andrómeda; y, en fin, la compra y utilización de los servicios de la empresa italiana *Hacking Team* por parte de la Policía Nacional y su sala PUMA. Por ello, si hoy se pusieran como patrón los precitados casos

con la finalidad de hacer un debate público encaminado a introducir como mecanismo de interceptación de comunicaciones un *software* con mucha más capacidad, este proyecto no tendría muchos adeptos.

No obstante, un *software* como herramienta de interceptación telefónica podría ser de gran ayuda en investigaciones criminales de gran calado para las cuales los medios tradicionales no son suficientes en la búsqueda de la evidencia, puesto que la indagación se debe realizar no solo en los medios físicos sino en el mundo digital, debido a que la forma de comunicarse cambia en la misma medida en que avanza la tecnología. Según la Corte Constitucional, el derecho es una ciencia en constante cambio y evolución de acuerdo a cómo se desarrolla la sociedad; esos cambios se observan en varios aspectos, entre los cuales deben mencionarse el cultural, el tecnológico, el económico y, en razón a esto, pueden ser apreciados como algo que es capaz de cambiar, transformar o adaptarse (Sent. T-043 de 2020, CConst.).

Por ello, se debe estar abierto a los nuevos cambios y paradigmas dado que la tecnología evoluciona a una velocidad gigantesca en comparación con la velocidad con la cual avanza la ley. Así las cosas, ello se debe hacer sin dejar de lado la finalidad de protección a los bienes jurídicos propia del Derecho Penal que, como bien lo indica Velásquez (2021), son bienes o valores que por su importancia el legislador ha erigido en intereses merecedores de especial protección (p. 65). Desde luego, si bien es cierto que hay cambios a menudo en la legislación y en la jurisprudencia, muchas de esas variaciones son paquidérmicas y vetustas; la ley sigue viviendo en el pasado, en contraste con los nuevos avances tecnológicos que quedan sin regular. Al respecto, es menester citar como ejemplo el proyecto de ley confeccionado y presentado al Congreso de los Estados Unidos, luego del ataque del 11 de septiembre, y que –posteriormente– se convirtió en la legislación conocida como *Patriot Act* o Ley Patriota promulgada por el presidente George W. Bush, mediante la cual se le otorgó una mayor capacidad a las autoridades y servicios de seguridad para realizar operaciones de vigilancia e intervenir las comunicaciones (Lobe, 2001, p. 59).

Desde luego, este estudio no busca hacer críticas al sistema existente sino sembrar la inquietud en la comunidad académica en torno a la necesidad de apoyarse en la tecnología para combatir las diversas formas de criminalidad puesto que, con el tiempo, ellas se hacen cada vez más especializadas en su forma de delinquir a cuyo efecto se valen de grandes recursos económicos y tecnológicos.

El *software* como herramienta de interceptación

Funcionamiento del *software* de interceptación y nivel de acceso a las comunicaciones

Aquí debe hacerse hincapié en algunos tipos de *software* máxime si se tiene en cuenta que el mercado forense digital se ha segmentado sobre componentes de *hardware* y *software* (Markets Insider, 2018). Entre estos el “RCS”, desarrollado por la empresa italiana *Hacking Team* y creado por la compañía *Spyera* como *software* de monitoreo de comunicaciones. A tal efecto, se debe iniciar con una breve explicación sobre la forma como funcionan ambos sistemas, el nivel de acceso a las comunicaciones y las diferencias entre estos, para ejemplarizar.

Acerca del funcionamiento del *Remote Control System* (RCS o Sistema de Control Remoto), desarrollado por *Hacking Team*, Pérez (2016) resaltó que también se le conoce con los nombres de Galileo y DaVinci, fue creado con el objetivo legal de combatir el crimen, al distinguir al RCS de su competencia por su acceso a todo tipo de comunicaciones y archivos en celulares y computadoras. Este tipo de *software* puede acceder a contraseñas, mensajes, correos, contactos, cámara, micrófono, ubicación geográfica y distintas aplicaciones, esto es prácticamente a todo lo que transcurre en el equipo inoculado (Pérez, 2016).

Respecto al funcionamiento del *software* *Spyera*, en su página oficial de internet se indica lo siguiente:

Spyera es un software de monitoreo de teléfono celular indetectable que se instala en el dispositivo de destino. Después de la instalación *Spyera* empieza a capturar registros y cargarlos en una cuenta web segura. Puede iniciar sesión en la cuenta web segura por cualquier navegador web (*Spyera*, 2019, párr. 26).

De igual manera, allí se explica que el mismo está en la capacidad de supervisar llamadas, abrir la cámara de forma remota, entrar al GPS (*Global Positioning System*), espiar fotos, videos, correos y mensajes, y acceder a toda la información de un teléfono celular, tableta o computadora. Desde luego, la gran diferencia entre el *software* RCS, desarrollado por *Hacking Team*, y el *software* creado por *Spyera* radica que en este último no es posible la instalación remota, mientras que el RCS sí lo consiente. Además, *Hacking Team* aduce tener como política empresarial, vender su *software* solo a organizaciones gubernamentales; *Spyera*, por el contrario, es accesible al público en general.

En este punto, es menester recordar el alto nivel de acceso a las comunicaciones por parte del *software*, por lo cual no se debe olvidar que la doctrina alemana diferenció desde hace tiempo las prohibiciones de producción de pruebas entre absolutas y relativas: “[...] la producción de prueba absoluta no permite bajo ninguna consideración la práctica probatoria como, por ejemplo, la interceptación de las comunicaciones entre el defensor y el imputado” (Guerrero, 2009, p. 156); por esta razón, deberá tenerse en cuenta el profundo nivel de acceso a las comunicaciones por parte de los *software* analizados (*Hacking Team* y *Spyera*), a fin de no afectar el precitado derecho constitucional entre defensores y procesados; ese es uno de los principales retos a resolver cuando se trata del uso y empleo de estos *software*.

Además, cabe destacar que por el nivel de acceso a las comunicaciones del *software* se podrá dar solución, entre otros aspectos, al del conocido lenguaje cifrado o aparente, que, como lo resaltó la Corte Constitucional, no es más que la utilización de un lenguaje común en clave o disfrazar la realidad (Sent. C-586 de 1995, CConst.), máxime si sobre ello siempre habrá una gran controversia en el tema probatorio. También, es importante resaltar que a diario se documentan las vidas y lo que cada persona hace en los teléfonos y

portátiles (Cope *et al.*, 2017), independiente del lenguaje utilizado, cuando se emplean ciertos términos en el argot criminal para ordenar o realizar determinadas tareas, de las cuales siempre queda trazabilidad al respecto. Sin embargo, en este punto es indiscutible la función del *software* para solucionar la anterior objeción sumada a la posibilidad de identificación del usuario del equipo utilizado.

La legalidad de la interceptación mediante *software*.

Al respecto, debe recordarse que según *Wainwright* (2016) debe crearse una matriz o un documento en el cual se enuncie “[...] si hay leyes aprobadas para permitir la extradición y la escucha telefónica y qué tan estrictas son las reglas [...]” (p. 143); ello posibilita inferir que el autor equipara el funcionamiento de las organizaciones criminales con el ejercicio de una empresa que tiene desarrollo económico legal. Además, da por sentada la necesidad de disponer de herramientas adecuadas para contrarrestar el accionar criminal de aquellas, razón por la que el *software*, como instrumento de interceptación de comunicaciones, podría ayudar al desmantelamiento de estas redes criminales lo que sería poco eficaz a través de otros medios pero sin dejar de lado su estricta regulación legal.

Por supuesto, no son pocas las voces en contra de la utilización del *software* para interceptar, como lo manifiesta Pérez (2016), al mencionar que “programas de espionaje tan invasivos como el de *Hacking Team* se prestan a abusos y violaciones de derechos humanos” (p. 71). En este sentido, la Fundación Karisma (2015) critica la contratación del Estado colombiano con la empresa italiana y la rechaza, a cuyo efecto se escuda en la filtración de la que fue objeto *Hacking Team*. A su vez, el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales DeJusticia (2015), dedicado al fortalecimiento de los derechos humanos, también se pronuncia al respecto: “*Hacking Team* es una cuestionada compañía italiana que comercializa herramientas tecnológicas de espionaje y de invasión a la intimidad” (párr. 1).

Como es obvio, nuestra pretensión no es defender una u otra empresa desarrolladora de *software* sino poner de presente que se pueden interceptar llamadas y sistemas de datos por métodos distintos a la telefonía ordinaria. Desde luego, de cara al debate sobre la legalidad del *software* como instrumento de interceptación, debe decirse que en nuestra legislación no se encuentra regulado tácita ni procedimentalmente ese curso de actuación; pero, el artículo 250 de la Constitución Política en su inc. 4.º num. 2.º, ya citado, señala como función de la Fiscalía General de la Nación la de “adelantar interceptaciones de comunicaciones” (Const. Pol., 1991), con un control posterior ante el juez que ejerza la función de control de garantías.

En este sentido, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 235 indica que el fiscal, con la finalidad de buscar elementos materiales probatorios y ubicar procesados, podrá ordenar que se intercepten comunicaciones mediante “grabación magnetofónica o similares las comunicaciones” (Ley 906, 2004) que se cursen por cualquier red de comunicaciones por el término de seis meses y solo deberá someterse al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías. El anterior procedimiento está sometido a un control posterior como lo dispuso el artículo 237 de la ley adjetiva.

Además, el artículo 301 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal que coexiste junto a la Ley 906 de 2004 para rituar las actuaciones con ocasión de las conductas anteriores al primero de enero de 2005 y las realizadas, en cualquier tiempo, por los aforados constitucionales, señala el procedimiento de interceptación de comunicaciones en el estatuto procesal. Al respecto, es de anotar que tanto el artículo 235 de la Ley 906/2004 como el artículo 301 de la Ley 600/2000, muy de espaldas a la realidad, hicieron referencia a la interceptación de comunicaciones mediante grabación magnetofónica, como si no fuera evidente que el magnetófono es un aparato condenado al ostracismo dado que su función es análoga en su totalidad; ello contrasta con un mundo en el que todo es digital y que aún espera nuevas tecnologías. No obstante, el artículo 235 de L. 906/2004 sí dejó de lado la comunicación radiotelefónica que aún se conserva de manera literal en la L. 600/2000.

De igual forma, la técnica de investigación por la cual aboga el artículo 235 de la Ley 906/2004 supone que la interceptación de comunicaciones constituye un acto de investigación diferente al del artículo 236 de la misma normativa, esto es, la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. Ello, porque en esta última se hace necesario aprehender el equipo terminal, el dispositivo o el servidor, con la finalidad de que un perito o experto en informática forense recuperen la información y, posteriormente, devuelvan el equipo incautado. Mientras que la interceptación propuesta en la presente investigación, mediante *software*, busca que se intercepten las comunicaciones en tiempo real, sin necesidad de tener acceso al equipo físico, obteniendo la información de interés que curse por la red de comunicaciones; además de que esa actividad puede efectuarla el investigador o el analista de comunicaciones sin la calificación de perito.

Ahora bien, con respecto a la necesidad de la autorización por parte del juez de control de garantías en defensa de los derechos de los ciudadanos, la Corte Constitucional ha dicho que el órgano persecutor puede interceptar comunicaciones con el respectivo control posterior ante el juez de garantías, con lo cual dejó zanjado el asunto de la autorización previa para el tema (Sent. C-336 de 2007, CConst.). No obstante, como se ha dicho antes en el texto sí se hace necesaria la autorización previa y el control posterior por parte del juez de control de garantías, en aras de blindar a los ciudadanos, garantizar la protección de sus derechos y no dejar al arbitrio de una de las partes en litigio esta prerrogativa. Máxime si se tiene en cuenta el uso de una herramienta tan invasiva a la intimidad como lo puede ser el *software* de interceptación.

Ahora bien, la cuestión a responder es lo siguiente: ¿qué se puede exponer sobre la interceptación de comunicaciones por medio de *software*? Nada dicen al respecto la carta política y la ley procesal, y ello es entendible porque en ese momento no existía en el país el *software* para interceptar comunicaciones o solo se encontraba en manos de potencias mundiales y, bien se sabe, los avances jurídicos referentes a medios tecnológicos llegan a una velocidad muy pausada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha empezado a referirse a ciertos temas tecnológicos como el de los pantallazos de *WhatsApp* (Sent. T-043 de 2020, CConst.); sin embargo, la respuesta al interrogante anterior se podría hallar en otra parte. En efecto, la Constitución Política en su artículo 250 inc. 4.º num. 2.º, varias veces citado, autoriza a la Fiscalía para adelantar interceptaciones de comunicaciones y ello, como se dijo previamente, no es más que capturar un mensaje entre personas. Este artículo, recuérdese, fue desarrollado en la Ley 906 de 2004 en su artículo 235, según el cual el fiscal con la finalidad de buscar evidencia y ubicar procesados podrá ordenar que se intercepten, mediante grabación magnetofónica o similares, las conversaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones; así las cosas, estaría indicando la ley que ello no solo se puede hacer mediante grabación magnetofónica sino también por medios de similares (Ley 906 de 2004).

Al respecto, téngase en cuenta que según la gramática española el valor semántico de la conjunción “y” es combinatorio: ejemplo “¿quiere café y leche?”; mientras que la conjunción “o” es disyuntiva, ejemplo: “¿quiere café o leche?” (Castelli, 2012); por ello, tal construcción abre el espectro para que la interceptación se pueda hacer por la mejor forma que ofrezca la tecnología, siempre y cuando se realice de manera lícita, legal y procedimental. Así las cosas, al día de hoy se puede interceptar de forma legal en investigaciones penales: llamadas de voz, mensajes de texto, comunicaciones *BlackBerry Messenger* (BBM), archivos como fotos, videos y notas de voz, ubicación de personas mediante celdas, entre otros; esto lo permiten la ley y la tecnología vigente en cualquiera de las salas de la Sección de Control Telemático, sin estudiar de fondo el potencial de la Sala PUMA de la Policía Nacional.

En auxilio a lo expresado, la Ley 1908 de 2018 introdujo en su artículo 28 el desarrollo de un protocolo entre gobierno, Fiscalía y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), para hacer frente al crimen organizado, apoyándose en la tecnología lo que incluye, de manera categórica, el *software* y se abre un espectro para interceptar comunicaciones con tecnología de punta, en el que se indica que, en

coordinación con los anteriores entes, se capacitará y adquirirá tecnología que “permitan combatir de manera eficaz y oportuna a los Grupos Delictivos Organizados (GDO), Grupos Armados Organizados (GAO)” (Ley 1908, 2018, art. 28).

De igual forma, es loable destacar la regla de exclusión proveniente de la justicia americana, desde el caso *Weeks vs. Estados Unidos*, en el que fue revocada la condena de una persona, dado que la prueba se soportaba en evidencia recolectada en su vivienda sin previa orden de registro (*Weeks vs. Estados Unidos*, 232 US 383 1914). En esa ocasión se vulneró la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Legal Information Institute, s/f). Esta regla de exclusión a registros, que luego fue acogida para el contenido de las interceptaciones telefónicas desde los casos *Olmstead vs. Estados Unidos de América* en 1928 (*Olmstead vs. Estados Unidos*, 277 US 438 1928) y posterior a estos, el caso de *Katz vs. Estados Unidos de América* en 1967, cuando la corte extendió no solo a espacios físicos la protección de la IV Enmienda sino a la privacidad de las personas y sus comunicaciones telefónicas (*Katz vs. Estados Unidos*, 389 US 347 1967).

En ese orden de ideas, la utilización de *software* como herramienta de interceptación de comunicaciones y similares sería legal e innovadora al tener en cuenta que el objeto material de las interceptaciones son las comunicaciones de otras personas sin interesar el medio tecnológico utilizado para su transmisión (Casanova, 2014). Por ello, debido a que el tema es poco explorado en el país además de la eficiencia que presentaría el *software* en la lucha contra la delincuencia, aunque la Ley 1908 de 2018 versó sobre el crimen organizado, se debería dar importancia al estudio de este en la comunidad académica.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿Qué tipo de evidencia se puede obtener con el *software* de interceptación de comunicaciones? y ¿cómo se ingresa a un proceso penal la información obtenida mediante el *software* de interceptación? Respecto a la interceptación de comunicaciones telefónicas, Cruz (2019) señala que “los resultados que arroja esta actividad probatoria constituyen lo

que conceptualmente se conoce como evidencia digital y, más exactamente, como ‘mensaje de datos’ (p. 283). Por eso, debido a lo invasivo que resulta para la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones y el derecho de la no autoincriminación amparados por la Constitución, para implementar el *software* de interceptación de comunicaciones es necesario hacer un análisis minucioso del tipo de prueba que podría llegar a ser (Asamblea Nacional Constituyente).

Al respecto, recuérdese que la Ley 527 de 1999 recoge una modalidad traída de la Ley Modelo UNCITRAL (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*), mediante la cual las Naciones Unidas señaló las bases en materia de comercio electrónico (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2017); en esa normativa se definió y reglamentó el acceso y el uso de los mensajes de datos en su artículo 2.º: “Mensaje de datos: la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

¿Por qué se manifiesta la interceptación de comunicaciones mediante *software* como mensaje de datos? Para responder a la anterior cuestión, se observó que la información se genera por medios electrónicos, intercambio de datos por internet, correo electrónico y demás, en los que se podrían ubicar las cientos de aplicaciones (*app*) que se utilizan en la actualidad para comunicarse mediante mensajería, audio y video, como *WhatsApp* que utiliza un cifrado de extremo a extremo, lo cual hace que haya una trazabilidad del recado y se sepa si el mensaje es nuevo o fue reenviado (Rodríguez & Schoen, 2020), *Telegram*, *Instagram*, entre otras. A ellas el *software* las lograría captar a diferencia de la interceptación tradicional actual en la que estas comunicaciones se perderían del radar de las autoridades.

Aunado a lo anterior, dispositivos como celulares, tabletas y computadoras portátiles se utilizan hoy en día para muchas otras actividades en la vida cotidiana, por ejemplo, revisar correos electrónicos, tomar fotografías,

navegar en internet, realizar transacciones comerciales, datos de ubicación, entre otros (Ali *et al*, 2017), por todo esto la efectividad de un *software* para obtener medios de prueba sería indiscutible.

Respecto a la regulación legal ella encuentra su sustento en las siguientes disposiciones: Ley de Comercio Electrónico (Ley 527 de 1999), el Código General del Proceso (CGP) o la Ley 1564 de 2012; artículos 243 al 274 de la Ley 1564 de 2012; y, para el ámbito penal, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículos 275 literal G, referente a que los mensajes de datos son elementos materiales probatorios. El artículo 382, que versa sobre los medios de conocimiento, indica que la prueba documental, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y cualquier medio técnico, son medio de conocimiento. Además, en el artículo 424 num. 2.º, aparecen las grabaciones magnetofónicas y en el num. 7.º los mensajes de datos, con lo cual se aduce que, para efectos de la ley adjetiva, las grabaciones y los mensajes de datos son prueba documental (Ley 906 de 2004).

Continuando con el análisis, se debe dejar en claro que el artículo 243 del CGP enunció las distintas clases de documentos; entre ellos se tienen como documentos los mensajes de datos, al igual que lo citó la Ley 527 de 1999 en su artículo 2.º, situación que quedó resuelta mediante un pronunciamiento de constitucionalidad (Sent. C-604 de 2016, CConst.). De acuerdo con el artículo 245 del CGP los documentos se deben aportar en original o en copia y cuando se provea una copia se tiene que manifestar dónde se encuentra el original, en caso de tener este conocimiento (Ley 1564 de 2012). Al observar los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, se entiende que los mensajes de datos son algo inmaterial y deben ser llevados en algo material para su presentación.

Para el caso penal, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 275 literal G, señala que los mensajes de datos son documentos. Por su parte, el artículo 382 indica que la prueba documental es un medio de conocimiento; a su turno, el artículo 424 expresa que se entiende por prueba documental las grabaciones magnetofónicas y los mensajes de datos, incluso se enuncia que,

para este Código, las grabaciones y los mensajes de datos son documentos. Para finalizar, el artículo 431 alude al empleo de los documentos en el juicio, en el que deben ser proyectados o exhibidos por cualquier medio para que puedan llevar al conocimiento claro del hecho, referido en el artículo 432.2.

Con respecto a la aportación de la prueba electrónica en el procedimiento penal Sánchez (2016) afirma que la aportación de imágenes o sonidos que lleve a demostrar una actividad ilícita, debe entregarse mediante grabación en un disco compacto (CD), disco versátil digital (DVD) o en el bus universal en serie, más conocido por su sigla (USB), acompañada de una transcripción escrita. En ese orden de ideas los mensajes de datos obtenidos mediante un *software* deben seguir el procedimiento establecido para la interceptación de comunicación telefónica, a fin de ser incorporados como prueba documental en un proceso penal. Por esta razón, no existiría una mayor diferencia coyuntural con lo existente al día de hoy. Que, si se debe distinguir o no con la evidencia electrónica o digital, ya será motivo de estudio de otros trabajos más amplios sobre la materia.

Ventajas del *software* frente al actual sistema de interceptación de comunicaciones.

Autores como Gómez (2017) afirman que “este acto de investigación tiene una efectividad tremenda en la lucha contra los grandes crímenes (los cometidos por la criminalidad organizada, los de narcotráfico, terrorismo, corrupción, etc.)” (p. 180). Así, hace alusión al crimen organizado en sus diferentes modalidades que afectan, de manera circunstancial, bienes jurídicos colectivos e individuales y toma una postura sobre la efectividad de las interceptaciones. Por ende, si hoy en día esas comunicaciones mutan al plano tecnológico, lo más coherente para que esta efectividad se mantenga es que las autoridades muten a este campo, con la finalidad de hallar la evidencia en la que se encuentra y de no buscarla donde poco queda.

En artefactos como los celulares, las computadoras o las tabletas, en los que la interceptación tradicional no llegaría en búsqueda de evidencia,

el *software* conseguiría tener acceso a correos electrónicos, cámaras de los dispositivos e incluso micrófonos de estos; esta herramienta permitiría identificar a cualquier persona; con ello, zanja la eterna dicotomía entre ente acusador y defensa en torno a si la persona que habla en la interceptación es o no quien la Fiscalía identifica. Además, previene errores judiciales en ese ámbito y llega al accionar delictivo en cualquier lugar en el que la persona se encuentre.

Respecto al tema costo-beneficio de un *software*: al realizar los actos de investigación y vigilancia las 24 horas del día, mediante el mismo, sería significativo el aporte a la interceptación de comunicaciones, en comparación con el sistema tradicional, por ejemplo, si el Estado decidiera permear las redes delincuenciales por medio de la figura de un agente encubierto, el *software* lo reemplazaría las 24 horas del día. Así mismo, el *software* de interceptación proporcionaría la ubicación exacta de la persona interceptada, dato clave en las investigaciones; es más, esa información de geolocalización puede suministrar pruebas muy sólidas si se trata de manera adecuada (Casey, 2018).

No se puede obviar que toda medida de vigilancia se debe asentar sobre una ley que sea específicamente precisa, en especial por el riesgo que se corre de abusar de un sistema de vigilancia secreta y el continuo avance de la tecnología para realizar estas labores (Rivera & Rodríguez, 2015). Respecto a esa necesidad de delimitación de las herramientas, las autoridades pueden tener instrumentos legales de interceptación, sujetos a restricciones como las que se encuentran en la protección de datos (Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, s.f.). El Estado es el que debe implementar medidas cuando se interfieran derechos a la privacidad y más si hay ausencia de una ley regulatoria (Fundación Karisma, 2013).

Una observación más debe hacerse: las palabras *interceptación* y *monitoreo*, que han sido empleadas aquí, se distinguen conceptualmente en la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia (Ley 1621 de 2013), en cuyo artículo 17 se indica que las actividades de inteligencia y contrainteligencia comprenden las de monitoreo del espectro electromagnético, mientras que la interceptación

de comunicaciones es propia de procedimientos judiciales de indagaciones o investigaciones adelantados usualmente por la Fiscalía General de la Nación.

Una mirada al derecho comparado sobre la interceptación de mensaje de datos

Ahora bien, de cara a tener una visión más omnicompreensiva de la materia que nos ocupa, es importante hacer una comparación con tres legislaciones prototípicas como se muestra a continuación de cara a evidenciar la viabilidad en el régimen legal colombiano en materia del uso de software como herramienta de monitoreo de sistemas de datos.

España.

Con la modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley Orgánica 13/2015 del 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (L.O. 13/2015), se amplió la obligación de colaborar por parte de todos los prestadores de servicio con los jueces y la policía judicial para permitir el registro remoto de equipos informáticos de uso y almacenamiento (Lecuit, 2018). Ello, sin duda, denotó un mayor compromiso y apoyo a los nuevos sistemas de monitoreo remoto. A su turno, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 588 ter b., expresa que los datos electrónicos son todos los que se generan a través de comunicaciones electrónicas; así mismo, en su artículo 588 *septies* a., hace referencia a la utilización de software en la investigación e indica que se debe obtener autorización judicial previa para su utilización y que el lapso es solo por el término de tres meses. Además, la instalación del *software* debe estar precedida por la autorización de un juez y el mismo debe permitir acceder de forma remota al contenido de ordenadores o dispositivos electrónicos, sin el consentimiento de su titular o quien lo use, siempre y cuando sea uno de los delitos de los enlistados por el legislador.

Así las cosas, no cabe duda de que en esta legislación se hace uso del *software* de monitoreo de comunicaciones bajo ciertas prerrogativas como lo son la autorización judicial, un término de tres meses y la existencia de una lista de delitos para su utilización.

México.

Por otro lado, los Estados Unidos Mexicanos en su Código Nacional de Procedimientos Penales de 5 de marzo de 2014, trae el capítulo dedicado a los actos de investigación, desarrollados desde el artículo 291 al 303. Este código, en su artículo 252, enuncia los actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control, e indica: la exhumación de cadáveres; las órdenes de cateo; la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello; extracciones de sangre u otros análogos; y la intervención de comunicaciones privadas y correspondencia (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014).

Posterior a esto, en su artículo 291 indica que la intervención de comunicaciones privadas arropa todo tipo de comunicaciones, incluso las provenientes de los nuevos avances tecnológicos, cuando se realice intercambio de archivos electrónicos como audios y vistos, así se den en tiempo real o con posterioridad. A partir de ello, se puede observar el desarrollo de programas fruto de la evolución tecnológica como puede ser el software de monitoreo dado que se pueden intercambiar datos, audio, videos, mensajes y archivos electrónicos.

En fin, parece también claro que en la legislación procesal mexicana se hace uso del *software* de interceptación de comunicaciones bajo las premisas de la legislación española, con la autorización judicial previa, pero con una variación en cuanto al término puesto que ya no es de tres meses sino de seis.

Reino Unido.

En el año 2000 se aprobó la *Regulation of Investigatory Powers 2000* (RIPA) o Ley de Regulación de los Poderes de Investigación que introdujo regulaciones a las órdenes de interceptación, entre estas, lo relativo a su contenido, a su duración y sus efectos; su vigencia comenzó el 2 de octubre de 2000. La RIPA prevé la adopción de códigos de práctica para interceptar comunicaciones por medio del secretario de Estado; en su artículo 71 num. 1.º indica el sometimiento o acatamiento de los códigos para poder llevar a cabo las interceptaciones de comunicaciones (Casanova, 2012).

Estas intervenciones son autorizadas de manera judicial (Sección 5 RIPA) y deben ser necesarias y proporcionales a lo que se quiere lograr; además, debe seguir los lineamientos del artículo 8.º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), lo cual significa que la intervención debe ser por un periodo de tres meses y se debe manifestar el tipo de comunicaciones que se pretende monitorear. En el tipo de comunicaciones tienen cabida la interceptación por medio de *software* con las formalidades antes requeridas.

Así mismo, se debe precisar que las interceptaciones en la legislación británica son una excepción en el proceso penal y solo pueden ser llevadas a juicio por el fiscal o, excepcionalmente, por el juez de cara a su obligación de hacer justicia. Por lo tanto, aunque es amplio y regulado el margen de la técnica investigativa, su uso en el proceso penal no es tan común (Casanova, 2012) como en la legislación colombiana.

Con posterioridad, se aprobó la *Investigatory Powers Act* (United Kingdom, 2016) que obliga a los proveedores de comunicaciones a mantener los registros de conexión a Internet de los usuarios (metadatos) durante un año, permitiendo el acceso remoto a ordenadores y teléfonos inteligentes para la implantación de programas de vigilancia o la descarga de información; se le conoce como la Ley de los Fisgones y entró a regir, por partes, a partir del 30 de diciembre de 2016. Esta Ley otorga poderes a las fuerzas de seguridad para solicitar la colaboración a los proveedores de comunicaciones para descifrar

cualquier comunicación de los usuarios y consolida la interceptación masiva de comunicaciones (metadatos) (Lecuit, 2018).

Conclusiones

Como resultado de lo dicho en precedencia, se puede concluir que la interceptación de comunicaciones por un método distinto a la telefonía ordinaria es viable en su totalidad, porque es legal y está permitida en la legislación vigente. Como se logró evidenciar, el *software* de interceptación es una herramienta útil para lograr el fin de una investigación, como lo es obtener evidencia para el esclarecimiento de los hechos y/o ubicar procesados, pero el uso de esta herramienta debe ser delimitado por el legislador.

En este orden de ideas, se logró establecer la necesidad de que se expida en el ordenamiento nacional una ley de interceptación de comunicaciones que abarque todas estas aristas; desde la interceptación como se conoce hoy en día, los nuevos avances tecnológicos en la materia y, por supuesto, el uso del *software* de interceptación, dado que es el fundamento del presente trabajo. Esta ley debe tomar como ejemplo práctico la Ley Orgánica 13 de 2015 de la legislación española, que es reciente e innova en la materia, además se encarga de darle un tratamiento objetivo al tema de las interceptaciones y de los nuevos avances tecnológicos, como se logró evidenciar.

También, la falta de esa normatividad se pone en evidencia máxime si se tiene en cuenta que las intervenciones a las comunicaciones son usadas con mayor frecuencia en el proceso penal y esto genera que sea necesaria la expedición de una normativa clara y precisa sobre la materia como la que se demanda, máxime si se manifiestan nuevas formas de interceptar comunicaciones como la del *software*, que –sin ese apoyo legal– quedaría en un limbo jurídico y ello se prestaría a todo tipo de interpretaciones.

Para el caso europeo, el término de tres meses es más que suficiente para interceptar una comunicación, en el derecho nacional seis meses prorrogables

es un lapso demasiado prolongado en el tiempo porque afecta todo tipo de derechos; por este motivo, se debería establecer un menor tiempo de interceptación de las comunicaciones más aún en el uso del *software*, al ser una herramienta mucho más potente y con menos limitaciones técnicas que los actuales sistemas.

De igual forma, la necesidad de un control previo y posterior para interceptación con *software* se hace no solo evidente sino indispensable, con la finalidad de no vulnerar derechos fundamentales y, al tener en cuenta el alto nivel de acceso a las comunicaciones, aplicaciones, cámaras y la ubicación de la persona interceptada. Aunado a lo anterior, en el país existe la figura del juez de control de garantías y el uso de todo tipo de interceptaciones debería estar supeditado a su respectiva autorización previa y control posterior.

En armonía con lo anterior, se debería crear una policía judicial tecnológica o policía judicial informática, que esté a la vanguardia de cualquier tipo de modalidad o *modus operandi* empleado por la criminalidad para comunicar sus actos delictivos, sobre todo si se tiene en cuenta que, con el avance de la tecnología, a futuro la mayor cantidad de evidencia a recaudar en los procesos será de carácter digital o tecnológica. Además, la policía judicial deberá ser experta en presentar esa evidencia en juicios de forma técnica, ordenada y legal.

En fin, parece claro que –acorde con la pregunta que trasunta el problema de investigación formulada al principio de este texto– sí es necesario el empleo de nuevas herramientas de interceptación para sistemas de datos, cuando se piensa en combatir la criminalidad en especial la organizada.

Referencias

- Adalid (2016). *Consultorio: ¿Cómo funciona la Plataforma Única de Monitoreo (PUMA)?* <https://www.adalid.com/como-funciona-la-plataforma-unica-de-monitoreo-puma/>
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2017). *La prueba electrónica. Entrevista al experto Andrés Guzmán Caballero*. <https://www.youtube.com/watch?v=8IebLRPkCU4>

- Ali, A., Razak, S., Hajar, S., Mohammed, A., & Saeed, F. (2017, abril 26). A metamodel for mobile forensics investigation domain. *PloS One* 12 (4). <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0176223doi:10.1371/journal.pone.0176223>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [Acnur]. (1998). *Convención Europea de Derechos Humanos*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>
- Beling, E., Ambos, K., & Guerrero, Ó. J. (2009). *Las prohibiciones probatorias*. Temis.
- Casablanca, P. (2015). *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*. Universidad de Salamanca.
- Casanova, R. (2012). Las intervenciones telefónicas en Reino Unido: ¿Un modelo a seguir? *Justicia. Revista de Derecho Procesal* (2), 367-408.
- Casanova, R. (2014). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Jose María Bosch Editor.
- Casey, E. (2018). Clearly conveying digital forensic result. *Digital Investigation*, 24. 10.1016/j.diin.2018.03.001
- Castelli, E. (2012). *Uso de y/o: ¿correcto o incorrecto?* Gramática española: <http://elblogdegramatica.blogspot.com/2012/12/uso-de-yo-correcto-o-incorrecto.html>
- Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. (s.f.). *Vigilancia de la red: ¿qué significa monitorear y detectar contenidos en internet?* Universidad de Palermo. <https://www.palermo.edu/cele/pdf/El-deseo-de-observar-la-red.pdf>
- Chaves, M. (2014). *Verint Systems planea poner una oficina en Colombia*. Empresas: <https://www.larepublica.co/empresas/verint-systems-planea-poner-una-oficina-en-colombia-2135276>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2014). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_15.pdf
- Cope, S., Kalia, A., Schoen, S., & Schwartz, A. (2017). *Digital Privacy at the U.S. Border. Protecting the Data on your Devices and in the Cloud*. <https://www.eff.org/wp/digital-privacy-us-border-2017>
- Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Diario Oficial 51478 del 25 de octubre de 2020*. Imprenta Nacional. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Cruz, Ó. A. (2019). La interceptación de comunicaciones en el sistema procesal penal: valor probatorio para la imposición de la medida de aseguramiento. *Cuadernos de Derecho Penal* N.º 21, 249-290.
- Decreto 1704 (2012, agosto 15). Por medio del cual se reglamenta el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, se deroga el Decreto 075 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

- Presidencia de la República [Colombia]. <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1334621>
- Dejusticia. (2015, julio 30). *Policía colombiana debe aclarar su relación con “Hacking Team”*. <https://www.dejusticia.org/policia-colombiana-debe-aclarar-su-relacion-con-hacking-team/>
- Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional [DIRAF]. (2010). *Proyecto pliego de condiciones*. Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional [DIRAF]. <https://www.dropbox.com/s/ox60fsvtv2qd710/InventarioPuma.pdf?dl=0>
- Fundación Karisma (2015, julio 24). *Sobre Hacking Team en Colombia*. <https://karisma.org.co/sobre-hacking-team-en-colombia/>
- Fundación Karisma (2013, julio 10). *Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones*. Fundación Karisma. https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/2014/03/13Principios_es.pdf
- GCFGlobal. (s.f.). *Informática básica. ¿Qué es hardware y software?* <https://edu.gcfglobal.org/es/informatica-basica/que-es-hardware-y-software/1/>
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público. Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia)*. Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Gómez, J. L. (2017). *El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 1, 1-59.* <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/167491>
- Guerrero, O. J. (2009). *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano. Anotaciones de derecho comparado*. En E. Beling, K. Ambos & O. J. Guerrero: *Las prohibiciones probatorias* (pp. 153-213). Editorial Temis.
- Leal, H. (2011). *Diccionario Jurídico*. Edileyer.
- Lecuit, J. A. (2018). *Privacidad, confidencialidad e interceptación de las comunicaciones*. CIBER elcano No. 35, Real Instituto Elcano: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari92-2018-alonsolecuit-privacidad-confidencialidad-interceptacion-comunicaciones
- Legal Information Institute (s.f.). *Legislación sobre pesquisas y confiscaciones cuarta enmienda*. https://www.law.cornell.edu/wex/es/legislaci%C3%B3n_sobre_pesquisas_y_confiscaciones_cuarta_enmienda
- Ley 527 (1999, agosto 18). *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen*

- las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 43.673 de 21 de agosto de 1999*. Imprenta Nacional.
- Ley 600 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, septiembre 1). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 del primero de septiembre de 2004*. Imprenta Nacional.
- Ley 1564 (2012, julio 12). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012*. Imprenta Nacional.
- Ley 1621 (2013, abril 17). Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia a cumplir con su misión constitucional y legal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 48.764 de 17 de abril de 2013*. Imprenta Nacional.
- Ley 1908 (2018, julio 9). Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 50.649 de 9 de julio de 2018*. Imprenta Nacional.
- Ley Orgánica 13 (2015, 5 de octubre). De modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura de Estado [España]. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725
- Lobe, J. Un país rigurosamente vigilado. En K. Lucas (Comp.): *Estados Unidos en guerra. Del miedo a la libertad vigilada* (pp. 59-61). Abya-Yala. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/46589.pdf>
- Markets Insider (2018, marzo 16). *Digital Forensics Marke-Global Forecast to 2022*. Digital Forensics Market: <https://markets.businessinsider.com/news/stocks/digital-forensics-market-global-forecast-to-2022-1018885400#>
- Moskvitch, K. (2013, julio 8). *Los adolescentes que ayudaron a ganar la Segunda Guerra Mundial*. Noticias: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130705_aficionados_radio_decodificadores_segunda_guerra_mundial_kv
- Orozco, C. (2015, julio 25). Todo se puede monitorear. <https://www.elespectador.com/entrevista-de-cecilia-orozco/todo-se-puede-monitorear-articulo-575035>
- Penlink. (2020). *Home*. <https://www.penlink.com/>

- Pérez, G. (2016). *Hacking Team Malware para la vigilancia en América Latina*. Derechos Digitales. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/malware-para-la-vigilancia.pdf>
- Privacy Internacional. (2015). *Un estado en la sombra: vigilancia y orden público en Colombia*. Privacy Internacional. https://privacyinternational.org/sites/default/files/2017-12/ShadowState_Espanol.pdf
- Proyecto PV. (s.f.). *La red "Echelon"*. <https://www.proyectopv.org/1-verdad/echelon.htm>
- Real Academia Española [RAE]. (2019). *Definición de interceptar*. <https://dle.rae.es/interceptar>
- Real Decreto (1882, septiembre 14). Por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal Ministerio de Gracia y Justicia [España]. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>
- Resolución N.º 0-1037 (2016, abril 1). *Por la cual se reglamenta el funcionamiento del sistema de interceptación de las comunicaciones de la Fiscalía General de la Nación –SIC– se establece y organiza el departamento de interceptación de las comunicaciones –DIC–, adscrito a la Dirección de Fiscalías Nacionales, se determina su competencia y se dictan otras disposiciones*. Fiscalía General de la Nación [Colombia].
- Resolución N.º 0020 de 2016 [Fiscalía General de la Nación] *Por medio de la cual se modifica la organización de la Dirección del Cuerpo Técnico de investigación y se dictan otras disposiciones*. Fiscalía General de la Nación [Colombia].
- Rivera, J. C. & Rodríguez, K. (2015, mayo). *Vigilancia de las comunicaciones por la autoridad y protección de los derechos fundamentales en Colombia*. Electronic Frontier Foundation [EFF] & Comisión Colombiana de Juristas. <https://www.eff.org/es/document/vigilancia-de-las-comunicaciones-por-la-autoridad-y-proteccion-de-los-derechos>
- Rodríguez, K. & Schoen, S. (2020, agosto 7). *FAQ: Why Brazil's Plan to Mandate Traceability in Private Messaging Apps Will Break User's Expectation of Privacy and Security*. <https://www.eff.org/deeplinks/2020/08/faq-why-brazils-plan-mandate-traceability-private-messaging-apps-will-break-users>
- Salazar, C. (2014). El teléfono, el celular y la literatura. *Revista Universidad de Antioquia* (315), 88-92.
- Sánchez, J. (2016). *Estudio de la prueba electrónica en el proceso penal: especial referencia a las conversaciones de WhatsApp*. [Trabajo de Master en acceso a la Abogacía] Universidad de Salamanca. <https://gedos.usal.es/handle/10366/132621>
- Sentencia C-566 (1995, noviembre 30) [Expediente N.º D-823] Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>

- Sentencia C-586 (1995, diciembre 7) [Expediente N.º D-966] Magistrados Ponentes: Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-586-95.htm>
- Sentencia C-336 (2007, mayo 7) [Expediente D-6473]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-336-07.htm>
- Sentencia C-604 (2016, noviembre 2) [Expedientes acumulados D-11396 y D-11403] Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-604-16.htm>
- Sentencia T-043 (2020, febrero 10) [Expediente T-7.461.559] Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm>
- Sentencia (2012, noviembre 30) [Expediente 2010-0020]. Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá, D. C. [Colombia]. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/das299.html#259>.
- Spyera. (2019). *Software de monitoreo para teléfonos móviles, tablets y computadoras*. <https://spyera.com/es/>
- Supreme Justia. (1914). *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>
- Supreme Justia. (1928). *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>
- Supreme Justia. (1967). *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Home: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>
- TICbeat. (2017). *¿Cuál es la diferencia: malware, virus, gusanos, spyware, troyanos, ransomware, etc?* <https://www.ticbeat.com/seguridad/cual-es-la-diferencia-malware-virus-gusanos-spyware-troyanos-ransomware-etc/>
- Velásquez, F. (2021). *Fundamentos de Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- United Kingdom (2016, noviembre 29). Investigatory Powers Act 2016. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/25/contents/enacted>
- Wainwright, T. (2016). *Narconomics. Cómo administrar un cártel de drogas*. Penguin Random House.
- Winterman, D. (2014). *Los indígenas que dejaron perplejos a los alemanes en la Primera Guerra Mundial*. Noticias: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/05/140521_cultura_codigos_guerra_finde_yv

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. 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 Taborda 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 (Bettiol, 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
- 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.
- Jesheck, 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.

III
Jurisprudencia

Confianza legítima y derecho de defensa en la celebración de preacuerdos con la Fiscalía

*Prof. Ricardo Molina López**
Sofía Carbonell Muñoz
Maria Kamila Jiménez Alturo
Valentina Lozada Valderrama
Juliana Manrique Posada
María Fernanda Pinzón Álvarez

“Utrumque vitium est et omnibus credere et nulli”

[Ambos casos son defectos: tanto confiar en todos como no confiar en nadie]

Séneca, Ep. 3, 4

Cuando el Fiscal General de la Nación en una actuación seguida contra un aforado constitucional no acepta las negociaciones entre un delegado suyo y un imputado que cumple con todas las exigencias impuestas por aquel, no es viable decretar la nulidad de lo actuado bien sea a partir del momento en el cual la Fiscalía declina el compromiso que había adquirido o bien desde la audiencia de formulación de la imputación; en su lugar, se debe habilitar un escenario previo al curso de la formulación de la acusación para que el procesado pueda aceptar los cargos con base en los criterios señalados en el literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, a condición de que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, con la posibilidad de conceder la rebaja del inciso 1.º del artículo 351 del mismo ordenamiento.

* Los autores son integrantes del curso Argumentación en el Proceso Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con la dirección del Prof. Dr. Molina López. Correo de contacto: r.molina1@uniandes.edu.co

I. AUTO

Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia
Blanca Nélide Barreto Ardila
Magistrada ponente¹
AEP 00037-2021
Radicación N.º 00352
Aprobado Acta N.º 18

Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Resuelve la Sala la solicitud de nulidad invocada por el defensor del imputado J. A. S. R., Mayor General Retirado del Ejército Nacional, acusado por la Fiscalía como probable coautor del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo, concurriendo con el de peculado por apropiación, agravado por razón de la cuantía, pero atenuado ante el reintegro total de lo apropiado.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

La Fiscalía General de la Nación investiga la posible incursión en defraudaciones en la contratación adelantada en la Cuarta Brigada del Batallón de Servicios Número 4 Yariguíes, que se aduce, coordinó el ex Mayor General J. A. S. R., quien desde el 29 de diciembre de 2015 se desempeñó como Comandante de la Séptima División del Ejército Nacional, con sede en Medellín.

Según el escrito de acusación, en tal calidad J. A. S. R. se interesó e intervino para que el Teniente Coronel H. F. P. R., Comandante del Batallón de Servicios Numero 4 Yariguíes le adjudicara los contratos de cafetería a S. F. G. B., representante de *Distrilógica*²,

¹ La Sala estuvo conformada por la magistrada ponente y los magistrados Ariel Augusto Torres Rojas y Jorge Emilio Caldas Vera; este último, aclaró y salvó de forma parcial su voto.

² Contrato 006 del 22 de abril de 2016.
Contrato 028 del 19 de agosto de 2016
Contrato 030 del 24 de agosto de 2016.
Contrato 080 del 5 de abril de 20 17.
Contrato 141 del 20 de septiembre de 2017.
Contrato C01.PCCN TR.253270 del 11 de diciembre de 2017.

y los de ingeniería y construcción a Ingecodi S.A.S.³ –de la familia de la ingeniera V. G.–, quienes fueron documentados previamente de los parámetros de la contratación con la única finalidad de que ajustaran sus propuestas para ser beneficiados, al propio tiempo, se acomodaron los parámetros de los términos a la experiencia y particularidades de las dos firmas en comento.

Se indica que en contraprestación por la asignación de los contratos, el imputado recibió retribuciones valorables económicamente, tales como tiquetes aéreos para él y su familia, pago de cuentas en restaurantes y clubes sociales, patrocinio y boletos para eventos culturales, pago del alquiler de inmuebles, de combustible para los vehículos usados por su familia, de facturas de servicios públicos, entre otros, beneficios calculados en la suma de ciento cincuenta y un millones trescientos noventa y siete mil seiscientos sesenta pesos (\$151.397.660,00).

Además, se aduce que emitió órdenes de compra con la empresa *Subatours S.A.S.*, para la adquisición de tiquetes aéreos para el personal del Ejército, obteniendo de dicha sociedad, treinta y seis tiquetes privados para él y su familia, por valor de dieciocho millones seiscientos veintiún mil cuatrocientos sesenta y nueve pesos (\$18.621.469).

2. ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de agosto de 2020, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se cumplió la audiencia en la cual la Fiscalía le imputó a J. A. S. R. la probable coautoría en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo, concurriendo el de peculado por apropiación agravado por la cuantía y atenuado ante el reintegro de lo apropiado. A solicitud del ente investigador, desde el 27 de agosto de 2020 el imputado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad, a ejecutar en su domicilio.

El 15 de diciembre de 2020 fue presentado escrito de acusación por los citados ilícitos, de conformidad con los artículos 397 y 409 del Código Penal, las circunstancias de menor

³ Contrato 364 BASPC 04-2016 del 28 de septiembre de 2016.
Contrato 368 BASPC 04-20 16 del 30 de septiembre de 2016.
Contrato 367 BASPC 04-20 16 del 30 de septiembre de 2016.
Contrato 045 del 21 de noviembre de 2010.
Contrato 053 del 2 de diciembre de 2016.
Contrato 060 del 22 de diciembre de 2016.
Contrato 162 del 1 de noviembre de 2017.
Contrato 168 BASPC 04-20 16 del 10 de noviembre de 2017.

punibilidad de los numerales 1.º, 5.º y 6.º del artículo 55 del Código Penal, así como las de mayor punibilidad de los numerales 1.º, 9.º y 10 del artículo 58 del mismo estatuto.

Al dar inicio a la audiencia de formulación de acusación, el pasado 8 de marzo, el defensor deprecó la nulidad de la actuación.

3. DE LA PETICIÓN DE ANULACIÓN PROCESAL

Cuestionó la validez del diligenciamiento, ubicando el dislate procesal el 25 de noviembre de 2020 cuando la Fiscalía declinó el compromiso que había adquirido para presentar un preacuerdo ya suscrito con la defensa, para lo cual señaló los siguientes referentes fácticos:

3.1. En junio de 2018 el Ejército Nacional denunció ante la Fiscalía la posible incursión en actividades ilícitas en los procesos de contratación del Batallón de Servicios Número 4 *Yarigués* adscrito a la Séptima División del Ejército, comandada por el General J. A. S. R.

3.2. Para diciembre de 2019, ejerciendo como agregado militar en Chile, J. A. S. R. se contactó con la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte para manifestar su interés en asumir la responsabilidad penal con las consecuencias jurídicas y pecuniarias que se derivaran, de ahí que, tras adelantar un proceso de diálogo con miras a lograr un preacuerdo, el 26 de diciembre la Fiscalía dio apertura a este radicado.

3.3. En el marco de la negociación adelantada con el Tercero, J. A. S. R. contrajo varios compromisos, como el de retirarse de la institución castrense, previo a lo cual debió abandonar intempestivamente el cargo que ostentaba en Chile, retornó a Colombia en un vuelo humanitario y tramitó su baja voluntaria al servicio del Ejército.

3.4. Así, se fijaron los términos de cómo sería presentada la imputación para atribuirle los cargos por las conductas respecto de las cuales finalmente se tramitaría un preacuerdo, por ello, el inculcado no rindió interrogatorio y se comprometió a devolver \$170'019.129, suma que efectivamente consignó el 6 de julio de 2020 mediante depósito judicial a favor del Ministerio de Defensa Nacional.

3.5. El 18 de agosto de 2020 al cumplirse la audiencia de formulación de imputación se puso de presente que la negativa a aceptar los cargos obedecía a la negociación que se hacía con la Fiscalía, por eso una vez que el 27 de agosto siguiente le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad, la defensa no presentó oposición alguna, respaldando así los mismos compromisos del preacuerdo en curso.

3.6. El 10 de septiembre de 2020 la defensa recibió el texto del preacuerdo firmado por el Fiscal Tercero Delegado para que fuera suscrito por el imputado y su apoderado diera el aval, documento que efectivamente diligenciaron y retornaron el 13 de octubre siguiente, advirtiendo que para entonces, solo faltaba la rúbrica del representante del Ministerio de Defensa, lo que se perfeccionó el 20 del mismo mes.

3.7. A pesar de lo anterior, el 25 de noviembre de 2020 en reunión celebrada en el Despacho del Fiscal Tercero el defensor fue informado que, por razones de política criminal, ese organismo se abstendría de presentar el preacuerdo, y en su lugar, radicaría escrito de acusación. De ello se levantó acta dejado (sic) constancia del cumplimiento de los compromisos por parte del imputado.

Para el defensor, de ese contexto fáctico se advierte la infracción al debido proceso por un defecto sustancial de su estructura, ya que la Fiscalía desatendió la función emanada del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, de presentar el preacuerdo ante el funcionario de conocimiento, luego de su suscripción, a fin de que se adelantara el trámite inherente a esta figura de terminación anticipada del proceso.

Estimó que la retractación del órgano persecutor, no solo cristaliza un desconocimiento a la ley, sino que se muestra la consumación de un engaño, el cual no puede ser admisible.

Luego de cita jurisprudencial relacionada con la retractación al preacuerdo en casos en los cuales se asintió tal posibilidad para el ente instructor, señaló que los mismos resultan ajenos a la realidad de este asunto, ya que fueron eventos en los que no medió la suscripción del acuerdo, en tanto que acá, existiendo un convenio firmado, se declinó en la negociación bajo un supuesto criterio de política criminal que jamás fue explicado, y que, en todo caso, debió ser observado con antelación a tal firma.

Estimó que, precisamente dada la firma del acuerdo lo único que podía legalmente hacer la Fiscalía era radicarlo ante esta Corporación con miras a la emisión de la respectiva sentencia, pues tal suscripción se identifica con la de un contrato civil, en el cual es exigible a los extremos el cumplimiento de los compromisos contraídos, y en ese orden, el ente investigador estaba llamado a refrendar sus deberes ante la judicatura, propiciando el trámite de la aprobación del convenio.

Bajo tal arista, tras criticar el comportamiento asumido por el organismo acusador al desconocer la confianza que el pueblo deposita en las instituciones, denunció la vulneración de las garantías fundamentales de J. A. S. R. porque:

- Resultó afectada la estabilidad familiar al cambiar intempestivamente el sitio de su domicilio, el de su esposa e hijas, de Chile a Colombia.

- Renunció al Ejército Nacional donde mantuvo una carrera brillante, que de haberse mantenido, lo habría podido conducir a ser designado comandante de las Fuerzas Militares.

- Sufrió una disminución en su patrimonio en cuantía de \$170'019.129, que consignó mediante depósito judicial con destino al Ministerio de Defensa.

- Afrontó el curso procesal pasivamente, al punto que renunció a la posibilidad de allanarse a cargos desde la audiencia de formulación de imputación, y no se opuso a la imposición de medida de aseguramiento que afectó su garantía primigenia a la libertad.

– Se le negó la posibilidad de participar en la terminación de su proceso, habiendo adquirido y cumplido los compromisos inherentes a un preacuerdo que caprichosamente desestimó la Fiscalía.

Finalmente, reseñó que se cumplen los principios que rigen las nulidades:

– Protección, como quiera que el contenido de los compromisos contraídos por los extremos se fracturó injusta y unilateralmente por la Fiscalía, ya que el acta de preacuerdo suscrito viabilizaba la terminación por allanamiento consensuado.

Y que frente a la nítida intención de J. A. S. R. de aceptar su responsabilidad y dar terminación anticipada al proceso, se le impidió acceder a la rebaja propia de la imputación, estando ahora en desventaja al contemplarse una menor reducción punitiva en caso de allanarse a los cargos en este estadio del diligenciamiento.

– *Convalidación*: contrario a asentir el acto violatorio de sus garantías, desde el momento en que se informó la negativa institucional en presentar el preacuerdo, se ha puesto de presente tal situación con el único propósito de reflejar su vulneración.

– *Instrumentalidad de las formas*: El fin de anular el trámite es restablecer las garantías procesales mínimas, al no mediar otra alternativa, en aras de que se cristalice el evidente ánimo de culminar este proceso prontamente y obtener un mayor beneficio.

– *Trascendencia*: El vicio denunciado afectó el debido proceso y el derecho de defensa, cuya magnitud tiene directa incidencia en el sentido de justicia, específicamente, en los derechos que J. A. S. R. podía ejercer en el marco de la audiencia de imputación de cargos.

En ese orden, insistió en su petición de declarar la nulidad de lo actuado desde el momento de la retractación de la Fiscalía en el trámite del preacuerdo, para que, en su lugar, se propicie la presentación del mismo y se prosiga en la forma que se proyectó y gestionó amigablemente entre los dos extremos procesales.

Subsidiariamente, solicitó declarar la nulidad de la audiencia de formulación de imputación, escenario en el cual se indagó a J. A. S. R. la posibilidad de aceptar los cargos, para que pueda manifestar si desea hacerlo, con la opción de obtener la rebaja de ese estadio procesal.

4. MANIFESTACIONES DE PARTES E INTERVINIENTES

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la representante del Ministerio Público y el apoderado del Ministerio de Defensa como víctima, partieron de la premisa que es potestativo del órgano de persecución penal presentar un preacuerdo, sin que el escenario de la negociación pueda ser entendido como un acto procesal susceptible de anulación.

Aceptando los supuestos fácticos presentados por la defensa, indicaron que la decisión de la Fiscalía de retractarse en la suscripción del preacuerdo no es óbice para que en este momento exista un allanamiento a cargos y, sin anular la actuación, se pueda otorgar la rebaja punitiva propia de la imputación, para dar luego curso al trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Como solución alternativa a la nulidad, plantearon habilitar el escenario para que, si a bien lo tiene la defensa, el imputado pueda allanarse a los cargos materia de imputación, con la prerrogativa punitiva tratada en el inciso primero del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 De las causales de nulidad y los principios que rigen su petición y declaratoria

La anulación es un remedio procesal extremo al que se acude judicialmente con el fin de subsanar irregularidades o vicios de trascendencia que afecten la estructura del proceso o las garantías fundamentales de las partes, yerro que no puede corregirse a través de un mecanismo menos drástico.

En relación con las causales de nulidad, descritas en los artículos 455 a 458 de la Ley 906 de 2004 relacionadas con la incompetencia del funcionario, la violación al debido proceso en aspectos sustanciales y el desconocimiento del derecho de defensa, ha sido criterio hermenéutico de esta Corporación que si bien no hay un artículo en ese estatuto adjetivo que consagre los principios que informan la solicitud y declaratoria de las mismas, tales baremos son de inexcusable observancia, por ende, se debe determinar si el dislate procesal denunciado existió (*acreditación*), si es sustancial y afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del debido proceso desconoce las bases fundamentales del debido proceso (*trascendencia*), si el acto irregular cumplió con su finalidad (*instrumentalidad*), si fue de alguna manera coadyuvado (*protección*) o consentido expresa o tácitamente por quien lo alega (*convalidación*) y si el mismo solo es saneable a través del remedio extremo de la nulidad (*residualidad*)⁴.

Así, no basta invocar una nulidad y poner de presente un yerro procesal para que la misma prospere. Se requiere demostrar que no hay otro medio distinto para subsanarlo, en caso de que este existiere, y concretar la específica vulneración a garantías fundamentales, a fin de denotar como única y última alternativa tal anulación.

⁴ CSJ AP 27 may. 2020 rad. 52985; CSJ, SP3 feb. 2016, rad. 43356; CSJ, SP 8 jun 2011, rad. 34022; CSJ, SP 25 may. 2000, rad. 12781, entre otras.

5.2. Razón de ser de la justicia consensuada

El principio de lealtad procesal ha de ser observado y acatado por las partes e intervinientes en el proceso penal. Bajo el criterio constitucional de buena fe, se espera que los interlocutores de la actuación provean por un debate ecuánime y en un escenario de igualdad. Esta premisa se erige como fundamento de la que ha sido denominada, una justicia consensuada, en la que, con la participación del procesado, se busca dar solución al conflicto social que propició la investigación penal.

A su turno, bajo un concepto amplio del principio de participación democrática, el cual no se limita al ámbito de las elecciones, referendos, consultas populares, etc. *“sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisivos que incidirán significativamente en el rumbo de su vida”*⁵, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado que:

“Las finalidades de las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía e imputado o procesado declaradas por el legislador en la norma citada, son:

- . Humanizar la actuación procesal y la pena.*
- . Obtener pronta y cumplida justicia.*
- . Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.*
- . Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.*

Y,

- . Lograr la participación del imputado en la definición de su caso.*

En particular esta última, originada en el principio democrático de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan contenido en el artículo 2 de la Constitución Política, se vincula con la idea de una justicia en la que sin desconocerse los derechos de la víctima y el interés de la Fiscalía por lograr cierta respuesta sancionatoria en un caso concreto, el procesado siempre cuenta con la opción de anticipar la sentencia a cambio de una rebaja en la pena, así la Fiscalía se niegue a conversar con él para negociar sobre hecho a imputar y consecuencias.

Lo puede hacer a través de la figura de la aceptación de cargos, presente a lo largo del trámite procesal con diferente impacto en la pena a imponer según el instante del allanamiento, debiéndose eso sí acordar con la Fiscalía la porción de la rebaja punitiva en todos aquellos casos en los que la misma sea flexible y no automática.

⁵ Corte Constitucional C-180 14 abr. 1994.

El establecimiento de disminuciones móviles en sistemas de justicia criminal consensuada o paccionada, como la denominan algunos, hacen de la admisión de cargos un derecho relativo al procesado, aunque es absoluto el de declararse culpable de ellos y renunciar al juicio, puede pasar que su aspiración de rebaja punitiva (al máximo posible, por ejemplo), no se vea satisfecha porque el Fiscal, en virtud de consideraciones vinculadas a fijarla, que no corresponden a los criterios para dosificar la pena, este (sic) en desacuerdo compactarla y ofrezca, en cambio, un descuento menor”⁶.

Con esa arista la Sala de Casación ha insistido en que:

“Acorde con uno de los fines sociales del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, el legislador estableció en el marco de la Ley 906 de 2004 varios mecanismos de terminación extraordinaria del proceso, como cuando el indiciado acepta la imputación, se allana a los cargos o llega a acuerdos y negociaciones con la Fiscalía, eventos en los cuales renuncia a los derechos de no autoincriminación y a la realización de un juicio oral, público, concentrado con inmediación y controversia probatorias, a cambio de obtener la mutación de cargos, rebajas punitivas o concesión de subrogados penales”⁷.

5.3. Del caso en estudio

La Sala advierte, en primer lugar, que los fundamentos fácticos que sustentan el pedimento de nulidad, no solo fueron avalados por las partes e intervinientes, sino que evidentemente se encuentran acreditados así:

5.3.1 Con ocasión a las presuntas irregularidades contractuales que la Fiscalía investiga –descritas en el acápite 1.º de esta providencia– J. A. S. R., cuando aún no se le adelantaba algún diligenciamiento en su contra, se presentó ante ese organismo manifestando su deseo de colaborar con la administración de justicia. A partir de entonces, se procuró un acuerdo para lograr la terminación del proceso a través de la figura descrita en los artículos 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

5.3.2 En el marco de los convenios suscitados entre la Fiscalía y J. A. S. R., se le instó a que renunciara a la institución castrense, y así lo hizo, en primer lugar, del cargo diplomático que desempeñaba en Chile, motivo por el que retornó con su familia a Colombia, y luego como miembro del Ejército Nacional.

⁶ CSJ SP 14 dic. 2005, rad. 21347.

⁷ CSJ AP 3 oct. 2007, rad. 28123, en idéntico sentido, CJS AP 5 dic. 2007 rad. 28771, CSJ AP 23 may. 2011 rad. 35771; CSJ AP 17 jun. 2015, rad. 45622, entre otras.

5.3.3. Tras cuantificar la posible afectación patrimonial, hizo a favor del Ministerio de Defensa un depósito judicial por valor de ciento setenta millones diecinueve mil ciento veintinueve pesos (\$170'019.129).

5.3.4 En la audiencia de formulación de imputación, cumplida el 18 de agosto de 2020 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, J. A. S. R. manifestó no aceptar los cargos, y al final de dicha diligencia, su abogado dejó constancia que tal postura obedecía a que se estaba en el marco de una negociación para celebrar un preacuerdo con la Fiscalía.

A su turno, en la diligencia en la que se estudió la petición de imposición de medida de aseguramiento y se impuso la privación de la libertad del procesado, la defensa no ejerció alguna oposición.

5.3.5 El proyecto de preacuerdo, firmado por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, la representación de las posibles víctimas, la defensa y el imputado, fue sometido a la revisión del Fiscal General de la Nación, quien impartió la instrucción de declinar, y en su lugar presentar escrito de acusación en contra de J. A. S. R., decisión que basó en razones de política criminal. Tal determinación fue comunicada a la defensa y se prosiguió con la actuación como ya fue reseñada.

La defensa califica como un “*engaño*” la actuación de la Fiscalía, ya que J. A. S. R. con la expectativa de dar por terminado el proceso en su contra y acceder a unos beneficios judiciales, cumplió los compromisos adquiridos al renunciar a la Agregaduría Militar en Chile y al Ejército Nacional, cuyo retorno a Colombia le hizo cambiar el estatus del que gozaba con su familia, además, se despojó de una fuerte suma de dinero, y finalmente, asintió los actos que el ente persecutor propició ante la administración de justicia, pues no solamente fue vinculado procesalmente, sino que fue afectado en su garantía de locomoción.

No obstante, para la Sala la actividad del organismo acusador no puede ser catalogada en un contexto artificioso o tramposo ni en una afrenta al principio de lealtad procesal, porque de entender que la estructura de las negociaciones se proyecta a la consolidación de un acuerdo, es claro que al interior de la Fiscalía se deben cumplir una serie de pasos que obedecen a su organización funcional y jerárquica. Precisamente, fue en ese ámbito que el proyecto de preacuerdo que se pretendía presentar ante esta Corporación no pasó el examen de asentimiento, bajo razones de política criminal, una vez fue sometido a la aprobación del titular de dicha entidad.

Los esfuerzos desplegados por la defensa material y técnica en procura de cumplir los compromisos adquiridos con el Fiscal delegado apuntaban a cristalizar los términos del preacuerdo firmado, sin embargo, no se puede pasar por alto el determinante rol que,

tratándose de investigaciones seguidas contra aforados constitucionales, reside en forma exclusiva en el Fiscal General de la Nación.

En efecto, de conformidad con los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, el ejercicio de la acción penal reside en la Fiscalía y es su director general quien tiene la función de “*Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución*”⁸, así deviene la competencia excluyente de dicho funcionario para promover las actuaciones judiciales que se tramita ante esta Sala Especial, por lo cual la delegación que se surte en los servidores bajo su mando puede ser sometida a la condicionante de aprobación que se describió atrás, la que entiende la Corte, es totalmente legítima.

Con esa perspectiva, no se trató de un “*engaño*” fraguado por la Fiscalía para que sin retribución judicial alguna, J. A. S. R. abandonara las filas del Ejército, renunciara al cargo que desempeñaba en Chile y se despojara de su dinero, sino de una negociación, cuya firma se precipitó con antelación al indispensable beneplácito que debía otorgar el Fiscal General de la Nación, quien finalmente impartió la instrucción de retroceder en el convenio.

A pesar de que resultaría deseable para la defensa conocer las razones de política criminal que se tuvieron en cuenta y que a la postre impidieron la cristalización del preacuerdo, las mismas no requieren tal publicidad, y su desconocimiento “*per se*”, no implica la afectación de garantías constitucionales del imputado.

Deviene legítimo y válido que la actuación de la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en el marco de las negociaciones fuera sometida a la revisión y aprobación del Fiscal General de la Nación, razón por la que no se puede exigir que con la suscripción del preacuerdo por su delegado, inexorablemente debía radicarse ante esta Sala, y de tal manera forzar tal decisión, desdeñando el ámbito de discrecionalidad que para estos efectos tiene el titular del ente investigador.

Resultaría reprochable forzar el cumplimiento anticipado de unas obligaciones con miras a la consolidación de un preacuerdo que debe someterse al referido examen, cuya aprobación se insiste, tiene un margen de discrecionalidad en cabeza del titular de la Fiscalía General de la Nación, y si bien las expectativas del sujeto pasivo de la acción judicial penal pueden resultar defraudadas, como sucedió en este caso, no podría imponerse a la Fiscalía la honra de este convenio, sobrepasando la disposición del funcionario constitucionalmente designado para su aprobación.

⁸ Artículo 251 Numeral 1.

A su turno, refulge nítido para esta Corporación que el planteamiento de la defensa desconoce el ámbito de aplicación del instituto de la nulidad, en la medida que la misma cobija actuaciones judiciales, no así las la (sic) actividad de las partes.

Evidentemente, pese a la trascendencia que entrañan las conversaciones, convenios y acuerdos adelantados entre Fiscalía y defensa, mientras no sean sometidos al estudio y decisión de los funcionarios judiciales, no dejan de ser actos entre las partes, por ello, como lo plantearon en el traslado del delegado de la Fiscalía, el representante del Ministerio Público, así como el apoderado de las posibles víctimas, no existe un acto por anular en la medida que, entre el 24 de noviembre de 2020 y esta fecha, no ha existido ningún procedimiento judicial en concreto, por lo tanto, para la Sala, lo rotulado como *petitum* de nulidad, sería forzar la presentación de un preacuerdo cuya suscripción no ha sido aprobada por el funcionario competente para ello.

Para redundar en argumentos sobre este tópico, recuérdese que el literal d. del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004 fija la cláusula negativa de emplear el contenido de los diálogos sostenidos entre las partes para llegar a un preacuerdo, cuando este no se perfecciona, a lo que se suma la reserva judicial para su aprobación, lo que impide, por más que se trate, de ubicar esta actuación en el contexto procesal susceptible de anulación, por ende, resulta inocuo el pedimento elevado por el defensor y se negará la nulidad.

Lo anterior motiva a hacer un llamado a la Fiscalía General de la Nación para que en futuras oportunidades, previo a exigir el cumplimiento de compromisos relacionados con proyectos de preacuerdo, se advierta a los imputados y a sus defensores sobre el control institucional jerárquico que este demanda, de suerte que su eventual declinación no consolide efectos negativos que eventualmente puedan resultar insanables.

De cara a la petición alternativa elevada por el defensor de anular lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación a partir del momento en que se le indagó al procesado la posibilidad de allanarse a los cargos, a efecto de que pueda manifestar su aceptación y contar con la oportunidad de acceder a la rebaja prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe la Sala indicar que tal pedimento desconoce el principio de la solución menos traumática desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida que retrotraer el trámite a este escenario con tal propósito, lo único que haría sería rendir culto a las formas, cuando el remedio refulge evidente en este escenario.

En efecto, en varios pronunciamientos la Sala de Casación Penal⁹ en el marco de la *teoría de la decisión* y siguiendo la *interpretación orientada a las consecuencias*, ha señalado que el operador jurídico tras analizar previamente las secuelas o efectos que puede acarrear una

⁹ Cfr. CSJ SP, 8 ju1. 2009, rad 312809; CSJ SP, 5 may. 2010 rad 31319; CSJ SP 10 may. 2015, rad. 41053; CSJ SP 18 jun. 2017, rad. 45495, entre otras.

determinación, entre todas las variables, debe optar por la mejor, claro está respetando el marco legal. En tales ámbitos la Corporación ha desechado declarar la nulidad cuando advierte una decisión más provechosa para el inculcado a fin de evitarle mayores cargas procesales.

En tal sentido, para esta Sala de Primera Instancia refulge que J. A. S. R. ha tenido disposición de participar en el proceso y procurar su terminación anticipada mediante el allanamiento a los cargos, habiendo escogido la vía consensuada para tal efecto, y ha dejado claro que esa es su intención, precisamente en caso de frustrarse tal propósito primigenio¹⁰.

Por ello, resultaría viable la alternativa que los delegados de la Fiscalía (sic) del Ministerio Público y la representación de las posibles víctimas plantearon en sus intervenciones a fin de privilegiar la intención del imputado postulada desde el comienzo, evitar el desgaste de la administración de justicia, propender por la celeridad y, sin sacrificar la esencia del procedimiento, materializar el derecho que le asiste al procesado en participar en la decisión que lo va a afectar, para lo cual, previo al curso de la formulación de acusación, se habilitaría un escenario para que si a bien lo tiene, J. A. S. R. pueda aceptar los cargos, cumpliendo los criterios del literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, siempre que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, y, se estudiaría la posibilidad de conceder la rebaja del inciso primero del artículo 351 del mismo ordenamiento.

Esta solución, que es excepcional y solo ante estas aristas fácticas que denotan la intención del imputado en terminar anticipadamente el proceso, se constituiría en la enmienda a los efectos que produjo el escenario resaltado por la defensa, avalado por las partes y demostrado ante esta Corporación, únicamente con el propósito de mantener indemnes sus garantías procesales.

Contrario a lo planteado por el delegado del Ministerio Público, tal postura no se desprende de la interpretación a los precedentes de esta Corporación, pues afirmar que la ausencia de un espacio en la audiencia de formulación de acusación para indagar sobre la posibilidad de allanarse a los cargos, da lugar a que así se haga en los mismos términos y consecuencias de la audiencia de formulación de imputación, concedería una patente para que en todo caso que así se pretenda, se aguarde la presentación del escrito de acusación sin efecto alguno, desdiciendo del carácter premial y progresivo que se otorga a la aceptación de los cargos.

¹⁰ Audiencia de formulación de imputación del 18 de agosto de 2020. Récord 1:30:02 a 1:31:50

En todo caso, como quiera que hasta este momento J. A. S. R. no ha efectuado una manifestación de aceptación de responsabilidad, su presunción de inocencia se mantiene indemne, y la Sala propenderá porque la misma sea resguardada mientras no se demuestre lo contrario.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de justicia,

RESUELVE

Primero.— Negar las solicitudes de nulidad (principal y subsidiaria) invocadas por el defensor de J. A. S. R.

Segundo.— Advertir que en aras de brindar una protección superlativa a las garantías del imputado, se habilitará el escenario previo al curso de la audiencia de formulación de acusación, para que si a bien lo tiene, cumpliendo los criterios del literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, siempre que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, J. A. S. R. pueda aceptar los cargos, caso en el cual, se estudiaría la concesión de la rebaja que trata el inciso primero del artículo 351 del citado ordenamiento adjetivo.

Tercero.— Señalar que contra esta decisión proceden los recursos de ley, según lo dispuesto en el artículo 176 del aludido Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase.

II. ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En el presente asunto, con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial la de mis colegas, revisada la decisión procedo a aclarar y salvar parcialmente el voto con fundamento en las siguientes razones.

A folio 17 de la decisión, se refiere que el preacuerdo suscrito entre las partes –Fiscal delegado, defensa, procesado y, apoderado de víctima– fue objeto de revisión por parte del Fiscal General de la Nación, quien impartió instrucción de declinar la negociación elevada.

Situación que a juicio de la Sala mayoritaria, no puede ser catalogada en un contexto artificioso o tramposo ni en una afrenta al principio de lealtad, en la medida que conforme a la estructura del ente acusador, surge evidente

que al interior de aquella, en las negociaciones adelantadas se debe cumplir con una serie de pasos que “*obedecen a su organización funcional y jerárquica*”, y por ello, es que al ser presentado el preacuerdo a su aprobación no pasó el examen de asentimiento, bajo razones de política criminal que no fueron explicadas, por el titular de dicha entidad.

Por supuesto, entonces se deduce –del cuerpo de la decisión–, que al residir el ejercicio de la acción penal en cabeza del Fiscal General de la Nación y tener la competencia conforme a lo previsto en los artículos 250 y 251, puede aquel perfectamente condicionar las negociaciones adelantadas para la terminación anticipada, a su aprobación.

Sin entrar a discutir tal afirmación, pues ello no es del resorte de esta decisión, ni tampoco de la competencia de la Sala, lo que interesa para la solución del caso, es precisamente que tal situación no fue puesta de presente por el Fiscal Delegado ante la Corte al momento de adelantar las negociaciones con el hoy acusado y su defensor, y las implicaciones que ello tuvo, en las determinaciones que como estrategia defensiva se adoptaron por estos.

Para simplificar, la postura que me acompaña y que marca mi disenso de la decisión adoptada, esta se asienta en el hecho que, al no contar el Fiscal Delegado con la autonomía para adelantar negociaciones conforme a los parámetros previstos en la ley –artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y la Directiva 01 de septiembre 28 de 2006, Directiva 10 de julio 11 de 2016 y la Directiva 01 de julio 23 de DO 18, todas del Fiscal General de la Nación– era deber de este así referirlo a los interesados en el preacuerdo, pues no hacerlo rompe con los postulados de lealtad procesal y buena fe, descritos en el artículo 140 numeral 1.º de CPP y desborda los moduladores de la actividad procesal señalados en el artículo 27 *ejusdem*.

Solo la claridad de la situación anterior, le hubiese permitido en el caso que concita la atención de la Sala, al procesado y su defensor, un análisis claro de la situación y las consecuencias que se podrían derivar, cuando en la audiencia de formulación de imputación le fue planteado el interrogante de allanarse a los cargos. Ello, por cuanto se encontraban en el convencimiento

provocado que las negociaciones que habían adelantado con el Fiscal Delegado ante la Corte llegarían a feliz término, bajo la égida que aquél tenía la autoridad y competencia para hacerlo, al punto que el investigado se sujetó a cada una de las exigencias que le fueron elevadas, tales como: i) la renuncia al cargo que ostentaba, ii) a retirarse del órgano castrense al que pertenecía, iii) retornar junto con toda su familia al País y, iv) realizar el reintegro del incremento patrimonial¹¹, estuvieran estas o no señaladas en la ley, situación que incluso fue expresada en la audiencia preliminar como motivo para no allanarse, al momento de su intervención.

Entendimiento que, parece es acogido tímidamente en la decisión mayoritaria, cuando se aduce que *“en futuras oportunidades, previo a exigir el cumplimiento de compromisos relacionados con proyectos de preacuerdo, se advierta a los imputados y a sus defensores sobre el control institucional jerárquico que este demanda”*, pues no hacerlo podría eventualmente consolidar efectos *“insanables”* ante la eventual declinación de una negociación, sin que en la providencia se justifique por qué en este evento no se presentan esos efectos.

No es que, esté llamando a equívocos este Magistrado, en la medida que en realidad no surge viable la declaración de nulidad e imposición deprecada por la defensa, en cuanto a que se presente el preacuerdo que fue suscrito, debido a que no es posible imponer al ente acusador que acuda a la terminación consensuada del proceso penal, pues es dicho ente quien detenta el ejercicio de la acción penal; de otro lado, no es susceptible de tal remedio (sic) los actos de parte *—salvo que sea evidente la vulneración de garantías fundamentales, como cuando en la imputación no se indica cuál es el hecho jurídicamente relevante—*; pero además, porque el procesado cuenta con una posibilidad distinta para lograr la terminación anticipada del proceso de forma unilateral. Tal como, se reconoce en la decisión objeto de esta aclaración y salvamento parcial de voto, cuando se acude a la *“doctrina de la decisión”*, reparación que se abre paso cuando se acepta la existencia de una vulneración y existe una compensación

¹¹ Prevista en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

procesal que permite la adopción de un remedio más provechoso para el inculpatado.

Empero, la enmienda más provechosa para el imputado, no surge de permitirle expresar su deseo de aceptar los cargos que le fueron enrostrados de forma unilateral, en la audiencia de acusación, pues esta posibilidad siempre la tendrá latente cuando haga uso de la palabra, sin que para ello sea necesario, medie pregunta por el juez de conocimiento.

Si lo pretendido por la mayoría, era conceder una protección de amplio espectro, fundado en la vulneración de garantías al procesado y, de quien advierto, se encuentra amparado en el principio de confianza legítima que refiere a voces de la Corte Suprema que *“le asiste a las partes frente a las labores ejecutadas... impone ponderar los principios en juego y hacer prevalecer el que le resulta más benéfico a la parte, quien no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios que el Estado ha delegado”*¹², y de quien no es atribuible el yerro provocado, pues a voces de la Corte Constitucional se tiene que la figura de la delegación *“presume que subsiste hasta tanto el superior emita un acto que la revoque; en tercer lugar, se tiene que el delegado en el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función”*¹³.

¹² CSJ, SP radicado 36621 de noviembre 30 de 2011.

¹³ Sentencia T-936 de 2001 y T-388 de 2015, T-936 de 2001, allí se predica precisamente de cara al trámite de los aforados, que el Fiscal Delegado actúa como delegado y por ende funge como Fiscal General, por ello en el caso que allí fue materia de estudio se precisó que la decisión adoptada en un trámite de este tipo bajo la ritualidad de Ley 600 de 2000, no admite recurso de apelación pues este actúa como Delegado de las competencias a él conferidas por el titular de la entidad acusadora. Interpretación que además encuentra asidero en posición de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 39156 de noviembre 29 de 2012 que señala: “Cuando el Fiscal General delega en un Fiscal Delegado ante la Corte la función de investigar y acusar a un funcionario con fuero constitucional, lo único que ocurre es que aquél debe ejercer, en las mismas condiciones y con igual responsabilidad, las funciones de las que es detentador el Fiscal General, pero no por ello se convierte al interior del proceso su inferior funcional, ni el procedimiento pasa de ser

Intelección que entonces considero, impone en aras de restablecer los derechos y garantías del aquí procesado, el reconocimiento de la rebaja prevista en el artículo 351 inciso 1.º de la Ley 906 de 2004, ello ante el evento que manifieste su deseo de aceptar unilateralmente los cargos enrostrados, por cuanto le fueron creadas falsas expectativas de acceder a un preacuerdo con un funcionario que no tenía libertad para plantear dicho negocio, y jamás fue advertido de esa situación.

Bogotá, fecha *ut-supra*.

III. COMENTARIO

Introducción

El presente texto contiene un análisis realizado por un grupo de estudiantes a un auto emitido por la Sala Especial de Primera Instancia de la H. Corte Suprema de Justicia. En dicha providencia la corporación judicial resuelve acerca de una solicitud de nulidad invocada por la defensa. Esta alega que su representado cumplió lealmente con los compromisos establecidos con la Fiscalía en desarrollo de un preacuerdo; no obstante lo cual el delegado del órgano de investigación se retractó de lo acordado siguiendo una directiva particular dispuesta por el Fiscal General de la Nación. Propone la defensa que tal situación genera no solo un estado de indefensión para la persona investigada sino además una preclusión de las oportunidades procesales para ejecutar su estrategia defensiva adversarial.

única instancia –que por ese motivo no tiene recurso de apelación– a uno de primera instancia. Esta situación ni siquiera ocurre con los asuntos de los aforados legales, respecto de los cuales conocen los Fiscales Delegados ante la Corte, porque su procedimiento también es de única instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118-2 de la Ley 600 de 200 y 32-9 de la Ley 906 de 2000; luego no es cierto que por el hecho de que conoza un funcionario de inferior jerarquía a la del Fiscal General surja automáticamente el derecho al recurso de apelación”.

Análisis del caso

Luego de transcribir la providencia, se procede a hacer un análisis crítico de la misma. Dicho estudio se enfoca, en primera medida, hacia la figura de la nulidad procesal y la decisión de la Sala en relación con el no decreto de esta. A continuación, se explora lo relacionado con las funciones y rol de la Fiscalía en materia de preacuerdos, así como su incidencia en las garantías del procesado. Finalmente, el análisis se centra en la institución de los preacuerdos y se aplica al caso el argumento asociado con el principio de confianza legítima.

La nulidad como garantía en el proceso penal.

La nulidad –principal pretensión de la defensa en el caso bajo análisis– es la institución prevista por el legislador, específicamente en los arts. 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004, para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso, así como las garantías fundamentales de las partes. En esta medida, la nulidad sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso y –en respuesta a su gravedad– obliga, de manera excepcional, a que se invaliden las actuaciones afectadas (Corte Suprema de Justicia, AP2339). Su declaratoria opera, según lo ha reiterado en múltiples oportunidades la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes sus garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, 14728). Así, por su naturaleza y consecuencias en el proceso, es necesario que la persona quien la invoque tenga presente los principios que rigen su decreto, como son: el de taxatividad, acreditación, convalidación, protección, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (Corte Suprema de Justicia, SP823-2021).

En algunas oportunidades la jurisprudencia ha definido la nulidad como “un acto procesal extremo”, en virtud de las consecuencias que genera, pues ocasiona la ineficacia de los actos procesales afectados y, por lo tanto,

extiende el proceso. Además, cabe mencionar que las graves consecuencias de la nulidad responden justamente al hecho que las irregularidades que lo generan –arts. 455, 456 y 457 de la Ley 906 de 2004– ocasionan un perjuicio y afectación real, extrema y muy grave sobre las garantías de los sujetos procesales. En otras palabras, en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades, la declaratoria de esta responde de forma consecuente y directa a aquellas irregularidades cuya trascendencia es de tal envergadura que genera un daño real a las garantías de los sujetos. Por ello se entiende que la nulidad en materia penal es el triunfo del garantismo dentro del Estado Social de Derecho (Flórez, 2017).

Ahora bien, la nulidad que se solicita como pretensión principal en el caso objeto de análisis es la correspondiente a lo actuado desde el momento en que la Fiscalía General de la Nación, bajo un criterio de política criminal – ¡que nunca se explicó!– se retractó del preacuerdo. La defensa sustenta esta solicitud en el hecho que tal retractación, que se dio con posterioridad al cumplimiento del preacuerdo por parte del procesado, afectó los derechos y garantías de este, pues, entre otros aspectos, lo condujo a afrontar el curso del proceso pasivamente y conllevó a que se le negara la posibilidad de participar en la terminación de su proceso. Así, y como se plasma a continuación, en este caso se presenta un supuesto muy particular en el que la actuación que genera la violación de las garantías del procesado es aquella que ejecutó la Fiscalía –como una parte muy *sui generis* pues cuenta con las armas del Estado– mas no es juez.

Con el fin de dar cuenta de lo anterior, se examina el contenido material de las garantías que se plantean como vulneradas en el caso. Para empezar, se debe recordar que el derecho de defensa, consagrado en el art. 8º de la Ley 906 de 2004, es aquel principio rector de la actuación procesal que vela porque el imputado tenga, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, una defensa real y material en todo el proceso. En esta medida, según afirma la jurisprudencia, la sola existencia y asistencia de un profesional del derecho no es suficiente para que este derecho se materialice y sea real. Por el contrario, es necesario que la defensa lleve a

cabo, realmente, actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas (Corte Suprema de Justicia, SP154-2017). Por lo tanto, el derecho de defensa encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en este último principio, pues garantiza la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso (Sierra, Ortega & Bayona, 2018). En esa línea, tanto la Corte constitucional como la Corte Suprema de Justicia han recordado que el derecho de defensa es una garantía de rango constitucional cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial (Sent. C-127 de 2011, CConst.; Sent. SP154-2017, CSJ).

Asimismo, y en contraste con el caso, se identifica que el desistimiento del preacuerdo por parte de la Fiscalía efectivamente vulnera el derecho de defensa. Esto se debe a que, amparado en la confianza del preacuerdo celebrado con la Fiscalía y ejecutado por el imputado, el defensor de este no llevó a cabo actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía, ni a proporcionar una defensa real. La defensa fue, por el contrario, absolutamente pasiva. De forma concreta, y nuevamente en virtud de la confianza en el preacuerdo, se renunció a la posibilidad de allanarse a cargos desde la audiencia de formulación de imputación, y, de igual forma, no se hizo contradicción alguna a la imposición de la medida de aseguramiento. En consecuencia, el imputado se encontró ante un absoluto desequilibrio en el proceso, pues bajó sus armas en actitud de lealtad frente a la Fiscalía.

Por otra parte, es oportuno considerar que el debido proceso, pilar del Estado Social de Derecho, es el instrumento conceptual y normativo que permite proteger y hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales en los procedimientos judiciales (Corte Suprema de Justicia, 14728). El debido proceso, que es derecho fundamental consagrado en el art. 29 de la Constitución Política, se define “como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados” (Sent. C-496 de 2015,

CConst.). En este sentido, el debido proceso constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos. Esto implica, entonces, que las actuaciones de las autoridades se encuentran siempre sujetas a los procedimientos señalados en la ley, y no a su propio arbitrio (Sent. C-496 de 2015, CConst.). En materia penal, específicamente, el debido proceso tiene una incidencia superlativa, pues opera como una garantía para la limitación a las libertades de los individuos, así como un contrapeso al poder del Estado en particular al *ius puniendi* (Sent. T-416 de 1998, CConst.).

En el caso objeto de estudio, el desistimiento del preacuerdo por parte de la Fiscalía también ocasionó la violación del debido proceso del imputado. Al desconocer los términos del preacuerdo, se le negó al investigado la posibilidad de participar en la terminación de la actuación penal que lo involucra, y por esta vía se llevó a cabo un desconocimiento del contenido de los art. 248, 251 y 353 de la Ley 906 de 2004 y el plexo de garantías premiales que de allí emanan.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que, en el caso estudiado, efectivamente el actuar de la Fiscalía vulneró las garantías del procesado de forma abrupta. Sin embargo, este supuesto de hecho configura, en relación con la nulidad, una hipótesis muy particular en la que existe un vacío legal. La propia providencia analizada resalta que “refulge nítido para esta Corporación que el planteamiento de la defensa desconoce el ámbito de aplicación del instituto de la nulidad, en la medida que la misma cobija actuaciones judiciales, no así la actividad de las partes”. Así, no se vislumbra en las normas qué pasa cuando el acto de una parte –en este caso con naturaleza jurisdiccional según la Constitución Política y con tanto poder en la estructura del proceso penal acusatorio como lo es la Fiscalía– es el que viola el derecho de defensa y el debido proceso del imputado.

En esta medida, la Sala que decide este caso llena el vacío legal en detrimento de las garantías del procesado; no se puede arribar a otra conclusión, si se aprecia que realmente en esta decisión se debió tener en

cuenta la identidad jurisdiccional otorgada a la Fiscalía por la Constitución Política. Así pues, por la naturaleza misma de la nulidad y la protección que le otorga a las actuaciones procesales –dado que, por esencia, es el instrumento que le permite al juez controlar la irregularidad de la actuación procesal para asegurar a las partes sus garantías fundamentales al derecho a la defensa y al debido proceso– la Corte debió haber hecho una aplicación extensiva de la misma. En este caso era tal la incidencia de la Fiscalía como parte en la actuación, que el juez debió decretar la nulidad como un control constitucional y legal tendiente a garantizar la validez de la actuación procesal y a asegurar a la parte afectada sus garantías fundamentales.

El ente acusador y el desequilibrio en el proceso.

Según dispone el art. 250 de la Constitución Política de Colombia, “[...] la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando lleguen a su conocimiento [...]”. Seguidamente, el artículo 251 de la Carta Magna establece las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, entre las cuales está “[...] investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías antes la Corte Suprema de justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional [...]”; también puede asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, y en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir.

Ahora bien, como ya se ha manifestado, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial del Poder Público; sin embargo, como lo afirma la Corte Constitucional en la Sentencia C-232 de 2016, este órgano cumple funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Entender esto resulta primordial para comprender las facultades y el alcance de las funciones ejercidas

por la Fiscalía, dado que los principios de jerarquía y unidad de gestión solo resultan aplicables a las funciones no jurisdiccionales, introducidos por el artículo 19 del Decreto Ley 1699 de 1991, cuando establece que los fiscales delegados ejercen sus funciones bajo la dependencia de sus funcionarios jerárquicos y del Fiscal General.

A partir de las anteriores disposiciones, es posible afirmar que las facultades de la Fiscalía en muchas ocasiones pueden llegar a ser exorbitantes y romper el principio de igualdad de armas, debido a que “[...] en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales” (Sent. C-616 de 2014, CConst.). Lo anterior adquiere más fuerza si se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 906 de 2004 al señalar que “[...] es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación [...]”.

Sin embargo, con el panorama anterior, por más que un juez trate de que la Fiscalía y el procesado tengan una igualdad, esta es imposible de lograr. La Fiscalía no es una simple parte del proceso dado que tiene facultades que, como se pudo ver en las normas jurídicas citadas y en el caso discutido por la Sala, impactan de manera directa en el rumbo de la actuación procesal persecutoria en contra de una persona, y en muchos casos puede vulnerar e impedir el derecho al debido proceso y a la defensa de esta. En el caso concreto, el hecho de que el Fiscal tenga la potestad de asumir directamente la investigación, así como el proceso y cambiar el rumbo de este en cualquier momento, independiente de lo adelantando que vaya, generó que su contraparte se encontrara en un absoluto limbo jurídico, produciéndose un estado de indefensión que conllevó a la violación de sus garantías.

Naturaleza y práctica del preacuerdo en el proceso.

En relación con los preacuerdos la Ley 906 de 2004 en el art. 350 establece que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Así, se podrán adelantar conversaciones entre el Fiscal y el procesado para llegar a un acuerdo, en el cual este último podrá declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal: (i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; y (ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Según el artículo 348 del mismo código, las anteriores actuaciones tienen como fin humanizar la actuación procesal y la pena, así como obtener una agilización del proceso donde se active la solución de conflictos sociales que genera el delito. Lo anterior quiere decir que, en el ámbito de los preacuerdos, es como si la Fiscalía y la defensa se sentaran en plano de igualdad a conversar y procurar una solución al conflicto penal, donde se busquen alternativas razonables para terminar el proceso de manera anticipada, beneficiando a todas las partes (Sánchez, 2020). En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha hecho el llamado tanto a la Fiscalía como a los jueces de conocimiento para que los términos de los preacuerdos sean lo suficientemente claros para que todas las partes tengan absoluta claridad respecto a lo que se está conviniendo (Corte Suprema de justicia, SP 2168-2016). De igual forma, la Corte Constitucional ha establecido expresamente que los fiscales delegados no tienen total discrecionalidad en la celebración de preacuerdos, su actividad es reglada y limitada por los hechos del caso. Al respecto, la Corte Constitucional afirma que: “Solo el acatamiento de los fiscales a la normativa vigente sobre preacuerdos permite evitar arbitrariedades en el ejercicio de la acción penal y una efectiva materialización de los principios de igualdad y seguridad jurídica en la administración de justicia [...]” (Sent. SU-479 de 2019, CConst.).

Aplicando lo anterior al análisis que se adelanta, es evidente que los términos del preacuerdo y sus consecuencias no fueron claros para la defensa, lo cual generó en esta el diseño de una estrategia de defensa que consistió en deponer las armas, en línea con la expectativa de lealtad generada inicialmente por la Fiscalía. Pero, adicionalmente, también es notable que la Fiscalía usa una discrecionalidad mayor de la permitida. En relación con esto, es importante traer a colación nuevamente la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, en la cual se ven casos reiterados de extralimitación de la Fiscalía a la hora de celebrar preacuerdos en detrimento de las víctimas. Uno de ellos trata sobre dos vehículos que chocaron y, posteriormente, uno de los conductores decide perseguir y disparar con un arma de fuego al otro conductor pues –al parecer– este asumió una actitud que indicaba que no respondería por los daños causados en la colisión. La Fiscalía decide realizar un preacuerdo mediante el cual se establece, en primer lugar, la tipificación de un simple disparo con arma de fuego contra vehículo (CP art. 256) y no una tentativa de homicidio ni lesiones personales, a más de reconocer en favor del imputado la circunstancia atenuante de marginalidad profunda y extrema contemplada en el artículo 56 del Código Penal, rebajando considerablemente la pena a imponer por parte del juez de conocimiento. Lo que salta a la vista no fue solamente que la Fiscalía otorgara un doble beneficio al imputado, sino que además desconoció los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la formulación de la imputación.

Tanto los casos presentados en la Sentencia SU-479 de 2019, así como el caso objeto de análisis en este texto, ponen de manifiesto el amplio margen de discrecionalidad que tiene la Fiscalía en la práctica de celebración de los preacuerdos. Esta amplia discrecionalidad, casi que ilimitada, termina afectando la legalidad y, por ende, las garantías y expectativas no solo de las víctimas (Sent. SP 2073-2020, CSJ), sino también de los procesados.

En esta misma línea de análisis, es indudable que en el caso que involucra al J. A. S. R. no es posible que la defensa ejerza un rol en pie de igualdad ante la Fiscalía para buscar una resolución razonable del conflicto. Para la defensa no existió claridad sobre los términos y las limitaciones del preacuerdo

que se le presentó la Fiscalía y sus diferentes opciones de cumplimiento, lo que terminó en una retractación imprevisible para la defensa. Es también relevante preguntarse en el contexto del presente caso que, si bien por regla general los jueces de conocimiento no deben intervenir en el contenido de los preacuerdos, sí deben controlar y poner un límite cuando los derechos fundamentales de alguna de las partes se vean afectados. Así las cosas, cabe preguntarse ¿por qué la Sala no se pronunció sobre la posible vulneración del derecho al debido proceso que tiene el imputado?

El principio de confianza legítima y su incidencia en el actuar de la defensa.

El artículo 83 de la Constitución Política establece el fundamento legal del principio de confianza legítima, dado que este consagra que tanto las conductas de los particulares como las de las autoridades deberán ser acordes al principio de buena fe. Además, este principio es un criterio utilizado a nivel jurisprudencial en aquellos casos en que el ámbito legal no alcanza para garantizar los derechos de la persona afectada (Estupiñán, 2017). La Corte Constitucional en la sentencia C-478 de 1998 afirmó que el principio de confianza legítima trata situaciones “[...] *en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege (...)*” (subrayado fuera del texto). En concreto, el principio de confianza legítima se entiende como la confianza que tienen los destinatarios sobre los actos y normas que permanecerán en el tiempo, y, por tanto, están sujetas a su respectivo cumplimiento; como se ha dicho: “La confianza que tienen los destinatarios de estos actos o normas en que estas permanecerán en el tiempo de una manera razonable y duradera, pues así fue la voluntad de la administración y ellos se sujetan en su cumplimiento y obediencia” (Zambrano & Navarro, 2009, p. 34).

En referencia al caso analizado, es evidente que el procesado confiaba en la Fiscalía y, por tanto, suscribió y cumplió el preacuerdo con las condiciones que esta impuso durante las negociaciones y que presentó por medio del documento enviado a la defensa el 10 de septiembre de 2020. Es necesario recordar que incluso con anterioridad a ese momento, la persona investigada regresó a Colombia de forma intempestiva, lo que generó una afectación en su estabilidad familiar, renunció de manera voluntaria a su cargo en el Ejército Nacional y al cargo diplomático que ejercía en la embajada de Colombia en Chile; además, reintegró el valor de los beneficios que supuestamente había recibido como consecuencia de las conductas objeto de investigación. Pero, aún más grave, es que el acusado renunció a su derecho de defensa como consecuencia de cumplir cabalmente con las obligaciones asignadas.

De acuerdo con lo anterior, el análisis realizado por la Sala no tuvo presente la aplicación del principio de confianza legítima dado que, aunque el Fiscal está facultado para condicionar la suscripción de los preacuerdos, las obligaciones anunciadas durante las negociaciones son conductas que se presumen de buena fe y por lo tanto es necesario que sean ejecutadas a cabalidad. En otras palabras, el sujeto pasivo de la persecución penal actuó con buena fe pasiva, esto es, con la convicción de que la Fiscalía actuaría con buena fe activa, o sea de manera leal a lo establecido en el preacuerdo. A no dudarlo, esto generó claros perjuicios para el procesado, además, se insiste, una clara vulneración de lealtad procesal dado que, aunque el procesado mantuvo su presunción de inocencia, durante el transcurso de las negociaciones no se le puso de presente dicha información lo que llevó a que ejecutará cada una de las obligaciones que había contraído y que repercutieron en su derecho de defensa, pues no se opuso a la medida cautelar que le fuera impuesta; y en esa medida, tampoco entró a considerar una estrategia defensiva de acuerdo a las circunstancias dentro de una actuación que se supone de tipo adversarial (Ferrajoli, 2018).

Por otro lado, se debe enfatizar respecto a la inseguridad jurídica sobre la figura del preacuerdo pues, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional, el principio de confianza legítima “[...] deriva de los

postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración” (Sent. T-020 de 2000, CConst.). Dado que, si en el caso objeto de análisis, el procesado hubiera tenido claro conocimiento respecto de la facultad del Fiscal de condicionar la suscripción del preacuerdo –bien sea porque el Fiscal lo hubiera puesto de presente en el desarrollo de las negociaciones o su representante tuviera conocimiento de ello– el procesado no hubiera confiado de la misma manera, pues los puntos acordados estaban supeditados a la revisión de su director general, y por tanto, su defensa hubiera podido optar por otro mecanismo que se alineara, válidamente, pero de mejor forma, a sus intereses.

Conclusiones

Es evidente que la discusión alrededor del fallo analizado, en especial lo relacionado con los efectos de la retractación del preacuerdo que ya había sido suscrito y cumplido por la defensa, es amplia y, por lo tanto, deben contemplarse múltiples aspectos. En primer lugar, se debe resaltar que tal retractación conllevó a la violación de las garantías fundamentales, del derecho de defensa y del debido proceso de J. A. S. R., lo que ameritaba y requeriría, por su incidencia en el proceso, una declaratoria de nulidad, independientemente del vacío legal frente a este escenario. También se puede concluir, en segundo lugar, que las facultades de la Fiscalía en materia de preacuerdos resultan exorbitantes y excesivas, dado que el imputado puede, como muestra el caso, perder el control de su proceso y con ello, la facultad de tomar decisiones que a la larga determinan y afectan sus garantías constitucionales. Una tercera conclusión está orientada a señalar que la forma en que la Fiscalía puede presentar los términos de los preacuerdos no resulta clara y, por tanto, no constituye un verdadero límite legal, alterando la naturaleza y el fin último de aquellos; así pues, ese tipo de actuaciones configuran en sí mismas una violación flagrante al principio de confianza legítima.

Ahora, si bien en el caso concreto la Corte no decidió decretar la nulidad, los efectos que su decisión tuvo, en términos prácticos, equivale parcialmente a esto, pero técnicamente no es equiparable, debido a que el rol del juez en el proceso penal es garantizar la validez de la actuación procesal. De forma concreta, se debió decretar la nulidad de todo lo actuado desde la retractación del preacuerdo efectuada por la Fiscalía, de manera tal que se reconociera la incidencia que este acto de parte tuvo en la actuación. Sin embargo, es claro que esta propuesta podría llegar a ser problemática teniendo en cuenta que legalmente el concepto de nulidad es restrictivo. Lo anterior permite evidenciar que en el sistema procesal penal colombiano existe un vacío jurídico sobre lo que se debe hacer en los casos en los que las actuaciones extraprocesales de la Fiscalía vulneren los derechos y garantías procesales.

Referencias

- Auto AP2339 (2017, abril 18). Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Encinales, J. D. & Echeverry, C. A. (2016) *El debido proceso en el sistema penal acusatorio colombiano* [Tesis de pregrado de Derecho, Universidad de San Buenaventura de Cali] http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/bitstream/10819/4864/1/debido_proceso_penal_encinales_2016.pdf
- Estupiñán, A. B. (2017). Principio de confianza legítima y ordenamiento territorial en los asentamientos humanos en zonas de alto riesgo en Colombia. [Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14744>
- Ferrajoli, L. (2018). Pactos penales y crisis de la jurisdicción, En: *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, vol. 3 (pp. 270-288). Hammurabi.
- Flórez, L. D. (2017) *El principio constitucional del debido proceso como causal de nulidad en el proceso penal colombiano* [Tesis Facultad de Posgrado y Formación Continuada, Especialización en Derecho Penal y Criminología] <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4271>
- Gómez, E. A & González, J. C. & Torres, B. M. (2018) *Garantías constitucionales del derecho de defensa en las audiencias preliminares* [Tesis Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11851>
- Gómez, E. E. (2021) *La vulneración del Principio de Confianza Legítima en la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad en Colombia ante la variación del*

- precedente jurisprudencial* [Trabajo de Grado para Optar por el Título de Magister en Derecho]. Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/31996?show=full>
- Ley 906 (2004, septiembre 1). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 del primero de septiembre de 2004*. Imprenta Nacional.
- Sánchez, A. F. (2020, diciembre 9). De preacuerdos, inquisición y otros demonios. *Ámbito jurídico Legis*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/de-preacuerdos-inquisicion-y-otros-demonios>
- Sentencia T-416 (1998, agosto 12). [Expediente T-160646]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-416-98.htm>
- Sentencia C-478 (1998, septiembre 9). [Expediente D-1945]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-478-98.htm>
- Sentencia T-020 (2000, enero 24). [Expediente T-245137] Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-020-00.htm>
- Sentencia C-616 (2014, agosto 27). [Expediente D-10110]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-616-14.htm>
- Sentencia C-496 (2015, agosto 5). [Expediente D-10451]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm>
- Sentencia C-232 (2016, mayo 11). [Expediente D-10901]. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-232-16.htm>
- Sentencia SU-479 (2019, octubre 15). [Expedientes (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados]. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>
- Sentencia (2001, marzo 12). Radicado 14728. Magistrado Ponente: Jorge Córdoba Poveda. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia]. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_penal_e_no_14728_de_2001.aspx#/
- Sentencia SP2168-2016 (2016, febrero 24). Radicado 45736. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. <https://>

www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2016/SP2168-2016.pdf

Sentencia SP2073-2020 (2020, junio 24). Radicado 52227. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020\(52227\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020(52227).pdf)

Sentencia SP823-2021 (2021, marzo 10). Radicado 57194. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP823-2021\(57194\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP823-2021(57194).pdf)

Vázquez, J. (2006) *Preacuerdos y negociaciones entre fiscal y procesado implantados por la Ley 906 de 2004* [Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes] <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/22862/u271431.pdf?sequence=1>

Zambrano, L. I. & Navarro, A. (2009) *El principio de la confianza legítima para establecer una contratación pública eficiente*. [Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana] <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16915/ZambranoInfanteLauraIsabel2009.pdf?sequence=3>

IV

Reseñas y recensiones

Guzmán, J. L. (2021). *Elementos de Filosofía Jurídico-Penal*. Prolibros, 280 pp.

*Fernando Velásquez Velásquez**

Este libro es la versión castellana actualizada de la obra que su autor publicara en 2015, en Nápoles, con la Editorial Científica, preparada por el profesor Gabrielle Fornasari y su discípula Alessandra Macillo, intitulado como *Elementi di Filosofia giuridico-penale*; el mismo se compadece con las lecciones del curso que el profesor Guzmán Dalbora impartió en julio de 2013 en el Doctorado en Estudios Comparados y Europeos en la Universidad de Trento. Nadie mejor que su propio autor para describir los alcances de su producción académica cuando dice que ella “Pretende ser una obra propedéutica para que el penalista, o aspirante a tal, cobre familiaridad filosófica con los problemas asimismo filosóficos que atraviesan de parte a parte esta rama del Derecho” (p. 10).

En tal dirección estos Elementos, se distribuyen en siete capítulos distintos: el primero, destinado a la noción y problemas de la filosofía jurídico-penal, en el cual muestra que la Filosofía jurídico-penal es parte de la Filosofía del Derecho e indica que la primera tiene que reproducir fielmente todos los temas que le interesan a la segunda, aunque ceñidos a su presentación desde la óptica criminalista.

El capítulo segundo, a su turno, se destina al estudio del Derecho penal en general, ocasión en la cual tras definir el Derecho emprende el examen de esta parcela del saber para decir que él es un ente referido a valores que concibe “[...] como el sector del ordenamiento jurídico formado por un conjunto de disposiciones que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado o de la comunidad de Estados, estableciendo el concepto de delito como

* Profesor de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

presupuesto de la acción estatal o supraestatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando una pena a la infracción de la norma” (p. 35). Esta definición, que recuerda en parte la de Jiménez de Asúa para mejorarla, le posibilita caracterizar esa parcela y precisar su naturaleza, para luego mirar sus nexos con el ordenamiento jurídico y mostrar su necesaria dependencia del Derecho político.

A su turno, el capítulo tercero –uno de los más apasionantes y profundos– se dedica a la enciclopedia de las ciencias criminales aunque limitada esta a sus tres saberes básicos: Dogmática penal, Criminología y Política criminal, cuyos rudimentos básicos expone con gran soltura. El capítulo cuarto, a su turno, es el espacio al estudio del *ius puniendi*, oportunidad en la cual examina el concepto, su contenido y su extensión; las doctrinas sobre su naturaleza; la controversia acerca de su justificación; la relación jurídico-penal en el entendido de que el *ius puniendi* es la base de una relación jurídica cuyo sujeto activo es el Estado o la comunidad de Estados y el pasivo el reo.

Pero será necesario llegar hasta el capítulo quinto para encontrar una de las dos exposiciones más transidas de contenidos filosóficos a lo largo de todo el texto, esto porque este apartado se dedica al examen de los elementos universales, los conceptos necesarios y los principios fundamentales del Derecho penal. Allí, con un punto de partida claro, se echan las bases de una teoría del delito y de la pena, y se señalan los tres principios básicos del derecho penal: el de actividad, el de ofensividad y el de culpabilidad. Todo ello, sin olvidar el principio de humanidad –otro principio fundamental– que proviene de la humanidad como idea del Derecho y que luego aparecerá cuando en el último capítulo diseñe su propuesta.

No obstante, siguiendo en esa línea expositiva será el capítulo sexto el que muestre a Guzmán Dalbora como un gran metodólogo porque de manera concisa y clara –de nuevo con una gran hondura filosófica– sienta en él las bases de la metodología jurídico-penal, a cuyo efecto arranca con la metodología jurídica y sus escuelas en general, avanza por los vericuetos de la metodología del Derecho penal durante los siglos XIX y XX, lo cual le

permite esbozar las principales propuestas en materia del sistema del derecho penal edificadas a partir de las diversas corrientes.

Sin embargo, la cereza para el postre es el capítulo séptimo dedicado al sentido de la pena en el cual, tras hacer una necesaria delimitación conceptual mostrar el enclave axiológico del tema, examina las ideas del Derecho y el sentido de la pena, la Humanidad y la idea de retribución y la reparación y el sentido de la pena.

Se trata, pues, de una obra refrescante, lúcida, esclarecedora, de una gran profundidad metodológica, que solo podía ser escrita por un profundo conocedor de la evolución de la ciencia del derecho penal. Por alguien que ha dedicado su vida a explorar textos hoy olvidados y los ha vertido –con inmenso cariño y vocación a nuestro idioma– casi siempre con estudios preliminares; y esto, obsérvese, le ha dado un gran bagaje no solo dogmático sino filosófico y político-criminal. Un libro, pues, que augura nuevos caminos y anuncia próximos desarrollos y que se suma a la docena de obras de conjunto salidas de la pluma del autor, sus numerosísimas contribuciones en libros colectivos y en revistas especializadas.

Otra novedad del texto es que hace una introducción al derecho penal desde la perspectiva filosófica, no descriptiva como es usual, algo que debe resaltarse en una época en la cual los estudios filosóficos –igual sucede con los históricos– han desaparecido de los *pensums* académicos cuando se abordan estas materias. Por eso, hoy es usual que las jóvenes generaciones de estudiosos aprehendan una determinada corriente dentro de la cual se encasillan acríticamente y, como desconocen el pasado (el que no conoce la historia está condenado a repetirla), pierden toda perspectiva de análisis crítico, cuestionador.

En definitiva, esta magnífica exposición es una apuesta más por un derecho penal humano por oposición a uno inhumano –en la línea que propone el gran Zaffaroni– y que invita a soñar con una pena reparadora: “[...] cuando el hombre adquiere conciencia de la conexión que existe entre todas las cosas, incluso las que parecen más lejanas unas de otras, intuirá también que

el único sentido constitutivamente humano de la pena en tanto ésta haya de ser necesaria en las sociedades humanas, coincide en la reparación del daño producido por el delito” (p. 238). ¿Romántico? Sí, muy romántico, pero lleno de realismo y de dignidad. Solo así podrá concebirse el derecho penal del futuro cuando el hombre, superada la barbarie actual, logre construir sociedades diferentes en las cuales la coexistencia pacífica sea posible y todos podamos caminar como hermanos y no como enemigos que se despedazan, rabiosamente, en medio de la intolerancia propia del presente.

Cardona, J. D. (2021). *La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales*. Grupo Editorial Ibáñez, 176 pp.

*Deivid Herney Bohórquez Garzón**

La sociedad avanza y el impacto tecnológico en las prácticas judiciales, o en el desarrollo procesal de la actualidad deben adaptarse a las nuevas tecnologías. En consecuencia, estas características han llevado a los expertos en informática forense y a los abogados a trabajar arduamente en los procedimientos, técnicas y herramientas para obtener, proteger, revisar, analizar y presentar las evidencias, o a considerar la relación entre el comportamiento humano y el entorno físico y virtual, el cual cada día se hace más complejo, teniendo en cuenta el amplio mundo de la interactividad. Es por eso que la obra del abogado Juan David Cardona Pérez, quien cuenta con más de 16 años de experiencia profesional en la práctica de la investigación en derecho penal y criminal y con reconocidos logros académicos, al ser magister en Derechos Humanos y DICA, maestrando en Derecho de la Ciberseguridad y entorno digital, conciliador en derecho, e ingeniero de sistemas con especialización en seguridad informática e informática forense, hace un acercamiento a los aspectos más novedosos del derecho en materia de evidencias digitales o electrónicas, y desde su amplia experiencia plantea a los lectores la idea de identificar las diferencias jurídicas entre la prueba electrónica y la prueba digital, enmarcada en las leyes colombianas y españolas respecto al tratamiento, interpretación y valoración de la prueba o evidencia digital.

Para lograr este objetivo el texto que, sin duda, será cautivador para los lectores interesados en los retos judiciales y el avance permanente de la tecnología en materia probatoria, recoge con rigurosidad las opiniones de

* Abogado de la Universidad La Gran Colombia; Asistente académico adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-Mail: deivid.bohorquez@usa.edu.co.

expertos tratadistas en el tema probatorio. No solo explica los elementos que conforman las evidencias digitales o electrónicas que comienzan a formar parte de las investigaciones, sino que está distribuido en dos títulos, en los cuales se hace una explicación de cada definición que se debe tener en cuenta con respecto a las clases de pruebas o evidencias. En la primera parte, se observan las definiciones que permiten que de manera puntual los lectores puedan identificar el significado de cada particularidad y el concepto técnico para que sirva como apoyo por sus explicaciones muy bien desarrolladas; la segunda parte, expone la utilidad de este tipo de pruebas o evidencias como condición previa para su admisibilidad desde la perspectiva de las condiciones específicas fijadas en la ley, espacio en el cual el autor se da a la tarea de resolver y de dar una explicación a los principales problemas jurídicos, donde examina detenidamente el régimen jurídico de la prueba electrónica.

Cardona Pérez también estudia el aporte y valoración de estos medios probatorios que se volvieron tan esenciales en el ámbito jurídico. Además, discurre sobre cómo algunos legisladores aún no los han apreciado de manera adecuada y adoptan sus estándares técnicos funcionalmente y más bien optan por cumplir con los requisitos de las evidencias tradicionales cuando se trata de abordar mensajes de datos, redes sociales, archivos adjuntos en memoria extraíble (*Pendrive*), CD, discos duros o cualquier medio digital que permita verificar la información generada que fue enviada o recibida. Es allí donde la doctrina y la jurisprudencia juegan un papel importante en la formulación de una serie de normas y reglas procesales, dado que el sistema legal debe adaptarse a los avances de los medios digitales.

Por lo tanto, la investigación que realiza para este trabajo aborda instrumentos normativos y demás criterios internacionales reconocidos legalmente, que involucran a la prueba electrónica o a la prueba digital desde la integridad de su valor probatorio, con el fin de emitir mejores juicios de valor cuando se asume la tarea de analizar y cuestionar la prueba o evidencia digital. Sin duda, la principal intención de esta investigación –como lo señala el prólogo del Dr. Ricardo Posada Maya–: “Es hacer que los estudiosos del derecho afiancen algunos conceptos para alcanzar mejores competencias en

los procesos en los que concurre la evidencia o prueba digital; y proponer al final una serie de reformas legales que garanticen un mejor desempeño de la administración de justicia”. (p. 13).

A partir de lo anterior, el autor plantea una conclusión (pp. 161-163) en la cual resalta que ante la aparición de nuevos tipos de evidencias o pruebas digitales la legislación ha llegado a verse obsoleta al definir y enmarcar los presupuestos que deben cumplirse en materia procesal (p. 163) y propone que: “Se establezca el respeto y la vinculatoriedad de los protocolos y estándares internacionales para la adecuada identificación y correcta recolección y tratamiento de la prueba o evidencia digital, con el fin que, con base en el respeto a estos, sea valorada eficiente y eficazmente este tipo de prueba, por parte de los jueces y magistrados” (p. 164).

En términos generales, pues, se trata de un excelente libro, el cual recomiendo por ser un útil instrumento de consulta por lo bien trabajado que está; es más, se centra en cómo construir los cimientos aprovechando la poca legislación existente en la materia, dado que la complejidad y amplitud del campo de la informática es cada vez mayor, lo que traerá mayores desafíos a la ley y, así, plantear nuevos requisitos para sus legítimos operadores en este campo. Lo cual permite que este texto sea muy valioso para ejercitar válidamente el derecho a la prueba e influir en la decisión final del proceso judicial.

Pérez, Á. O., García, E., Muñoz, J. A., Ploskenos, A. & Rivera, I. (Coords.) (2021). *Criminología y Derecho Penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*. Editorial Temis, 793 pp.

*Fernando Velásquez Velásquez**

El cuatro de mayo de 2020, después de una larga vida dedicada a la investigación y a la reflexión, dejó su existencia terrena una de los estudiosos más preclaros que haya visto la criminología –sobre todo la de orientación crítica– a lo largo de los últimos cincuenta años; hacemos referencia al inolvidable Roberto Bergalli quien, tras escapar de la dictadura en su país Argentina, se radicó en España donde –al decir de sus discípulos más cercanos– creó la Escuela de Criminología Crítica de Barcelona, que lideró por un espacio de cuatro décadas. Bergalli se nutrió de las academias inglesa, alemana, italiana, española y latinoamericana y sus ideas, sumadas al movimiento de la criminología crítica cuyas bases echaron Walton, Taylor y Young en los años sesenta del siglo pasado en Inglaterra, han dominado el espectro de las corrientes que claman por una manera distinta de entender el derecho penal, la criminología, la política criminal y, en general, la cuestión criminal.

Su obra, de gran factura idiomática –siempre muy precisa y bien escrita– y académica es casi inabarcable pero en ella, como destaca Rivera Beiras en su lúcida presentación del libro homenaje que hoy se reseña, hay un común denominador: entender que “el derecho es uno de los instrumentos que tiene el poder político para imponer su hegemonía, organizar y legitimar los procesos de acumulación de la riqueza y para distribuir y vertebrar los poderes sociales” (p. XXI). Por eso, no es extraño que algunos de los centenares de alumnos que se formaron a su lado o con sus preciosas construcciones académicas concurren hoy a hacerle un muy merecido homenaje póstumo que se

* Profesor de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

concreta en este libro contentivo de una treintena de trabajos confeccionados por diversos autores, de este y del otro lado del Océano.

Las diversas contribuciones están organizadas acorde a los ejes temáticos elegidos: Derecho Penal, realidades y propuestas (Arroyo Zapatero, Luna Bisbal, Reyes Alvarado y Zaffaroni); problemáticas en torno al género (Heim, Ploskenos, Rangugni y Sánchez Medina), Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia (Cote Barco, Hernández Jiménez y Riveros), Justicia penal, verdades y recomendaciones (Anitua, Arboleda Ripoll, García Méndez, Pérez Pinzón, S. Rivera y Sampedro Arrubla), neoliberalismo y sistema penal (Londoño Berrío, Jaramillo Giraldo, Muñoz Gómez y Sandoval Fernández), penas y cárceles (Camacho Flórez, Monclús Masó y Zysman Quirós), Política Criminal y Derecho Penal (Martínez, Muñoz Conde y Silveira), Sociología jurídico-penal (Baillone, Castro, Bombini, Forero Cuéllar y Bernal Sarmiento), violencia y coinfectividad urbana (Gabaldón, Amaral Machado y Grossi Porto).

El lector interesado encuentra en todos estos trabajos un talante crítico, cuestionador, que reivindica la democracia y la vigencia real de los derechos humanos; por eso, no es de extrañar que Arroyo Zapatero –de la mano de Zaffaroni– reclame una política criminal humanista y el gran penalista argentino diga que “nuestra ciencia del derecho penal, con toda urgencia, debe dejar de legitimar –por acción o por omisión– su ejercicio más irracional e ilícito, que en las últimas décadas acentuó su carácter violento, letal, discriminatorio, selectivo, misógino y racista” (pp. 118 y 119). En esa misma línea de reflexión, dirán Cote Barco y Hernández Jiménez, después de calificar a Bergalli como “uno de los precursores de la criminología crítica o de la criminología de la liberación en América Latina y España”, que “su abordaje de los problemas sociales, el delito, la desviación y el control, permanece vigente” (p. 199).

Y, como Bergalli fue siempre un gran polemista y un hombre de recio carácter –aunque muy agradable y cariñoso en el trato personal, como lo constatamos en múltiples escenarios en los cuales coincidimos–, no es de

extrañar que su amigo y coterráneo García Méndez, quien entiende su contribución como el mejor homenaje a su memoria (p. 304), anuncie un texto crítico con sus ideas que de verdad no desarrolla; o que Sandoval Fernández, uno de sus más brillantes alumnos colombianos, lo recuerde lleno de nostalgia y diga que hubiera preferido estar reunido con él “hablando de la vida en medio de tangos y de salsa” y no desde la distancia insondable de la muerte, así sea evidente que él con Bustos y Baratta –los otros inseparables maestros que partieron antes que él– “siempre estarán, en la inacabable labor de nuestros pueblos latinoamericanos por un futuro y un ser humano mejor” (p. 491).

Es más, quien quiera reconciliarse con la obra bergalliana nada más apropiado que leer la contribución de su discípula Monclús Masó dedicada a la violencia institucional del sistema penal, o el texto de Zysman Quirós cuando muestra las razones por las cuales a Bergalli no le gustaba que lo llamaran criminólogo sino “sociólogo del control social o sociólogo jurídico” (p. 562); incluso, es fundamental leer a Bailone quien, tras recordar que Bergalli fue tres veces exiliado, muestra de forma precisa cuáles fueron sus contribuciones a la criminología latinoamericana. Otro tanto cabe decir de los trabajos de Castro y Bombini, sus discípulos argentinos en Barcelona, o de los colombianos Forero Cuéllar y Bernal Sarmiento quienes dirán que su maestro “[...] nos mostró con su ejemplo cómo había que plantarle cara al poder, también frente a una criminología y un derecho penal que en las universidades sigue, mayoritariamente, *mirando para otro lado*, mientras la desigualdad, la corrupción y la violencia afectan de manera desproporcionada a los subalternos y excluidos del sur global” (p. 728).

En fin, el pensamiento de Bergalli, su rigor académico (que Mauricio Martínez califica de extraordinario: p. 581), su lenguaje directo y profundo, son y serán siempre obligados puntos de referencia cuando se susciten debates críticos en el ámbito del derecho penal y de la sociología criminal; por eso, este libro que invita a la discusión sobre esas y otras materias es un llamado más a hacerlo. La diferencia, sin embargo, es que hoy él ya no está presente para refutar a sus críticos y continuar sus construcciones, esa es tarea de

sus discípulos quienes deberán siempre recordar que el homenajeado fue un hombre siempre comprometido con las causas del continente latinoamericano como recuerda, de nuevo, Martínez.

v
Entrevista

Profesor Dr. José Luis Guzmán Dálbora

*Fernando Velásquez Velásquez**
*Deivid Herney Bohórquez Garzón***



En esta ocasión se entrevista al Prof. Dr. José Luis Guzmán Dálbora, nacido en el año de 1964 en Viña del Mar, Chile; Licenciado en Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad de Chile. Actualmente, se desempeña como subdirector del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal (CIFDE-UV) y Presidente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso; es profesor titular de Derecho Penal e Introducción a la Filosofía del Derecho y la Moral de la misma Universidad. Entre sus estudios y reconocimientos, es Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Roma, Italia; Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. Además, es Doctor honoris causa de la Universidad Nacional de

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda: E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co.

** Abogado de la Universidad La Gran Colombia; Asistente académico adscrito al Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-Mail: deivid.bohorquez@usa.edu.co.

San Agustín de Arequipa, Perú, de la Universidad José Mariátegui, Perú, y de la Universidad de Antofagasta. Fue becario del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Italiana y del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Alemania. Es Presidente del Instituto de Ciencias Penales de Chile y trabajó como profesor titular y de Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Ha sido profesor visitante e investigador invitado del Doctorado en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Universidad de Trento en Italia. Es miembro de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria.

La entrevista se realizó bajo la orientación del profesor Fernando Velásquez Velásquez y su asistente el abogado Deivid Herney Bohórquez Garzón.

C.D.P.: Profesor Guzmán Dálbora, en primer lugar, nos gustaría conocer cuáles son los aspectos más relevantes en su formación profesional y cuáles han sido los principales retos que ha tenido que enfrentar en su formación académica.

RESPUESTA: Desde muy joven, cuando cursaba el cuarto año de la carrera de Derecho, decidí consagrar mi vida profesional a la investigación y docencia universitarias. Recuerdo que ese año, 1984, tomé también la resolución de dedicar mis lecturas, en un tiempo y con una dedicación semejantes, a la Filosofía general, el Derecho penal y la buena literatura (que en ese entonces eran solo novelas, pero con los años extendí al ensayo literario y, sobre todo, la poesía, que leo profusamente hoy). Esta decisión fue clave para mi personal aproximación al Derecho penal y al fenómeno jurídico en general: como una parte de procesos culturales y sociales mucho más amplios, que no se entienden solo ni principalmente a partir de cuestiones normativas. El Derecho es una forma impresa a contenidos, es cierto; pero si se ignora los factores, el sentido y propósito de esos contenidos, tampoco se comprende realmente las formas jurídicas, salvo como un juego lógico intrascendente.

C.D.P.: ¿Cuál cree usted que fue su mayor motivación para encaminar su formación en el área del Derecho Penal? Por favor explique.

RESPUESTA: Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), quien me enseñó Derecho penal los años 1982 y 1983, y del que sería ayudante y colaborador hasta su deceso. Rivacoba fue un maestro excepcional. Era un muy buen penalista. Pero lo que me impresionó desde su primera clase, y me cautivó para siempre, fue su inmensa cultura, de la que el Derecho, del que sabía muchísimo (de todo el Derecho, no sólo su rama penal), era apenas un apéndice. Eso, aliado al rigor que nos impuso con mis compañeros en el estudio de la disciplina, calzaba a pedir de boca con inclinaciones naturales en mí, las que formalicé con la decisión personal de 1984, año en que también publiqué mis primeros trabajos guiado por don Manuel.

C.D.P.: ¿Cómo fue la época en que realizó sus estudios universitarios? ¿Desarrolló alguna otra actividad? Por favor explique.

RESPUESTA: Estudié en años muy oscuros para Chile, de 1981 a 1985, en plena dictadura militar, con el crimen de Estado perpetrado a vasta escala y en perfecta impunidad, porque los tribunales de justicia, especialmente la Corte Suprema, habían declinado su función de amparar a las víctimas. El ambiente cultural estaba deprimido a causa de la censura de los intelectuales, la persecución de los artistas y, en general, el aislamiento del país respecto de las naciones civilizadas. Se vivía un clima de opacidad análogo al de España durante los años cincuenta. Por eso era realmente un privilegio oír a unos pocos profesores sobresalientes que se atrevían a manifestar en sus clases que el Derecho podía ser algo bastante más presentable que las prácticas jurídicas y los hechos parajudiciales de la dictadura. En mi caso, esos profesores fueron el penalista Manuel de Rivacoba y el iusfilósofo Agustín Squella, hoy miembro de la Convención constitucional, de la que esperamos definitiva ruina de la Constitución de Pinochet.

C.D.P.: ¿Cómo calificaría usted el nivel de los aportes investigativos que se hacen al Derecho Penal en América Latina, por parte de los académicos de este margen planetario? Por favor explique.

RESPUESTA: Los aportes verdaderamente originales son escasos, pero algunos de verdadera importancia, yo diría que tanto o más relevantes que los mejores hallazgos del primer mundo. Me atrevo a aventurar que aquellas contribuciones son siempre producto de una inteligente y atrevida combinación de los datos que ofrecen la dogmática penal germano-italiana y la criminología anglosajona, pero pasados por el doble cedazo de los condicionamientos políticos del Derecho penal, la historia peculiar de nuestro continente y su realidad social.

En lo demás, hay un loable entusiasmo por estudiar, escribir y enseñar la disciplina, revistas que aparecen y desaparecen, algunas monografías, demasiadas obras de conjunto, pocas de las cuales, empero, ofrecen al penalista práctico un panorama completo del Derecho penal de cada país.

C.D.P.: Cuéntenos sobre su experiencia en Europa, y ¿qué percepción tiene sobre los avances en materia Penal en los países en los cuáles estuvo viviendo en comparación con América Latina? Por favor explique.

RESPUESTA: Donde más aprendí fue en Italia, durante mis estudios de especialización, porque en ese entonces la Escuela de Especialización de la Universidad de Roma obligaba a estudiar un abanico amplísimo de disciplinas criminalistas, desde la Dogmática penal, pasando por los principios del proceso penal, hasta la Sociología criminal y la Psiquiatría forense. Tuve allí a profesores de primera: Giuliano Vassalli, Angelo Raffaele Latagliata, Fabrizio Ramacci, Franco Cordero, Gaetano de Leo, entre los más importantes.

El doctorado en España, que cursé después, se caracterizaba por el deber no escrito del doctorando de escribir una tesis enorme, completísima en la exposición del estado del problema y el repaso de la bibliografía respectiva, pe-

ro con un escaso margen para aspirar a pensamientos originales. En todo caso, aparte de Rivacoba, conocí personalmente o leí a investigadores hispanos de criterio independiente, algunos de los cuales me otorgarían con los años el privilegio de su amistad. Recuerdo en especial a Alfonso Serrano, padre e hijo, juristas de vocación criminológica que hubieran podido ser mis profesores en Roma; José Luis Díez Ripollés, Antonio García-Pablos de Molina y José Cerezo Mir. Mucho me gustó leer a Gonzalo Rodríguez Mourullo y José Sáinz Cantero, a quienes no tuve la suerte de tratar personalmente.

Yo no cursé mi posgrado en Alemania, país que he visitado solo para estancias o por proyectos de investigación. Pero allí conocí a dos penalistas excepcionales, pertenecientes a una generación me temo que perdida y no renovada, Hans Joachim Hirsch y Karl Heinz Gössel. Con ellos conversé y aprendí mucho, también hablando de mis favoritos germanos del pasado, Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer.

El estudio del Derecho penal se ha especializado hasta la filigrana en las últimas décadas en Europa, más en Alemania y España que en Italia y Francia. Eso tiene sus lados buenos, por el avance del conocimiento en los más variados asuntos, pero también acarrea el riesgo de perder el hilo conductor y, en definitiva, la idea y los principios que articulan el sistema invisible de las teorías del delito y de la pena, incluso el sistema visible de la Parte especial. Mi mentalidad es propensa a razonar según ideas y principios, por lo cual cada vez que leo un artículo sobre, qué se yo, delitos tributarios, imputación de resultados tardíos o pseudo eximentes concedidas a autoridades públicas o sus agentes, me interrogo acerca de cuál es el fundamento de tales investigaciones y a qué sistema responden, suponiendo lo posean alguno.

C.D.P.: ¿Cómo ve usted las relaciones entre la academia del Derecho Penal chileno y los demás países del continente latinoamericano? Por favor explique.

RESPUESTA: Hasta los años sesenta la academia chilena consiguió romper el estado insular del país en el concierto iberoamericano, sobre todo por el impulso que le imprimió Eduardo Novoa Monreal desde la presidencia del Instituto de Ciencias Penales. Luego, durante el oscurantismo de la dictadura, la mirada se volcó casi exclusivamente a algunos países de Europa, porque por acá la situación era generalizadamente tenebrosa. En los últimos veinte años observo un interés creciente de los estudiosos chilenos por lo que investigan los colegas del Perú, Argentina y Colombia. Pero todavía desconocemos lo que se hace en Brasil, México, Bolivia, Ecuador, etc., incluyendo sus Códigos penales. En cambio, algunos jóvenes han abrazado las reflexiones iusfilosóficas y político-jurídicas norteamericanas, que en mi modesta opinión son menos aprovechables para el jurista de la familia “latina”, aparte de que responden a un sistema moral (el utilitarismo) con el que poco tenemos que ver nosotros.

C.D.P.: Como estudioso del Derecho Penal ¿Cómo ve usted el estado actual y el rumbo de esta disciplina? Por favor explique.

RESPUESTA: El camino de la hiperespecialización va de la mano de una capitulación doctrinal ante el descontrolado expansionismo del Derecho penal, cada vez más duro e inhumano. Es indispensable volver mentalmente al instante fundacional del Derecho penal contemporáneo, o sea, la reforma penal de la Ilustración. Si olvidamos esos principios, habremos perdido el *ius puniendi* como relación jurídica. La reforma hodierna del Derecho penal se parece cada vez más a las prácticas penales prerrevolucionarias, algo que seguramente se debe a la fagocitosis de la democracia representativa por la demagogia. Pero causa asombro, incluso indignación, constatar la frialdad con que penalistas de mérito siguen y aceptan semejantes evoluciones, cuyo desenlace es la substitución del *ius puniendi* por el nudo poder penal.

C.D.P.: Para usted ¿Cuáles son las cualidades que debe tener un buen profesor universitario que imparta clases de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho? Por favor explique.

RESPUESTA: Al responder esta pregunta no hablo de mí, pues no creo reunir las aún y tal vez no las alcance antes de jubilarme. Pese a mi edad, 57 años en 2021, me considero todavía un aprendiz de brujo, solo que uno fallecido hace veinte años.

Para impartir buenas clases de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho es indispensable dominar ambas materias, por lo menos conocer de primera mano lo más valioso que ellas han producido a lo largo de los siglos. Ahora bien, si no se dispone de una formación pedagógica oficial, cuyo es el caso de casi todos los juristas que enseñamos en las universidades, hay que cultivar el amor por la juventud, estudiar por nuestra cuenta los principios de la docencia universitaria y recordar siempre que para un profesor digno de este nombre nunca existirá el alumno sin remedio. Muy por el contrario, todas nuestras enseñanzas deben ir dirigidas precisamente a los estudiantes menos aventajados, a los que tenemos que estimular y dignificar. La juventud actual es medrosa e insegura, y con razón, pues sus mayores les hemos dejado un mundo peligroso y de porvenir incierto. Lo mínimo que podemos realizar por ellos es ayudarlos a recobrar confianza, templar su ánimo en el ejercicio del estudio e infundirles optimismo y amor por su profesión.

C.D.P.: Profesor, ¿Qué puede contarnos acerca de su experiencia como director del Instituto de Ciencias Penales de Chile y cuáles son sus principales logros con esa entidad?

RESPUESTA: He sido miembro del Directorio desde 2014 y presido el Instituto desde abril de este año 2021. He procurado diversificar sus actividades, que hoy día son básicamente de extensión científica, ya que la investigación se ha trasladado a las Universidades. Algunas de esas actividades nos han permitido salir de la capital y llevar la ciencia penal a muchas regiones del país.

Esto es para mí motivo de satisfacción, entre otras cosas, porque tenemos cada vez más colegas de provincias y regiones distantes de Santiago, interesados en asociarse a la corporación. Pero estamos muy lejos de lo que es el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, para mí un verdadero paradigma. Si conseguimos mejores y mayores fuentes de financiamiento, y nos acompaña una voluntad tenaz en la tarea, podríamos devolver el Instituto a lo que fue hasta 1973, cuando era el principal centro científico penal de todo el continente.

C.D.P.: ¿Cuál es el teórico del Derecho Penal que más ha influido en su formación como académico? ¿Qué nos puede contar del Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, ese gran académico español que fuera tan cercano a usted?

RESPUESTA: En mi formación fue decisivo Rivacoba, como antes expliqué. Él me enseñó el valor de la independencia de pensamiento y, con actos muy concretos en su relación conmigo, que el conocimiento es por definición comunicativo, lo que significa que hay que compartirlo con los demás, sin guardárselo, así como que todo verdadero maestro debe ayudar al joven doctor a relacionarse con estudiosos de otros países, porque el anfiteatro de la ciencia no es Nueva York, Londres, Berlín o París, tanto menos Santiago de Chile, Antofagasta o Valparaíso, sino el mundo entero. Rivacoba fue muy generoso conmigo, hasta el último día. Y este hombre de una sola pieza, fiero y sensible a la vez, me dio a entender con actos también muy concretos qué significa la nobleza de corazón.

C.D.P.: ¿A qué temas de investigación se dedica en la actualidad?

RESPUESTA: Yo trabajo según mis intereses intelectuales del momento. No tengo líneas ni temas de investigación permanentes. Ahora estoy ocupado en un par de cosas inmediatas, compromisos editoriales en verdad, pero con la mirada clavada en atacar el próximo año un librito de Elementos de historia del Derecho penal. Paralelamente, traduzco e introduciré la obra

de Max Ernst Mayer sobre la orden antijurídica del superior jerárquico, y pretendo escribir un breve estudio sobre el delito de omisión de denuncia.

C.D.P.: ¿Cómo ha sido su relación científica y humana con otros países y círculos científicos en América Latina, distintos a Chile?

RESPUESTA: Muy buena. Tengo varios grandes amigos y amigas penalistas en Colombia, Argentina, Uruguay, Perú, Ecuador, Brasil, México, principalmente. No sé qué apreciar más en ellos, si su calidad profesional o el regalo inesperado de su genuina amistad, que en algunos casos llega a genuina fraternidad personal.

C.D.P.: A lo largo de toda su vida académica usted se ha destacado como traductor de textos jurídico-penales y filosóficos muy importantes, los cuales publica con profundos estudios preliminares de su autoría. Cuéntenos, por favor, ¿cómo es el proceso que adelanta para confeccionar este tipo de tan importantes productos académicos?

RESPUESTA: Por lo pronto, en general he traducido clásicos del pensamiento penal. Sin darme cuenta ni proponérmelo, este pasatiempo nocturno se transformó en un placer, doloroso cuando los textos oponen dificultades especiales para verterlos al castellano, pero siempre muy intenso, y también me muestra que, después de todo, tengo una suerte de línea de investigación, porque mis traducciones son ya muchas, y sostenidas.

Me animan dos designios en la tarea. Uno es egoísta: aprender más del idioma de origen y de mi lengua materna también, meterme a fondo en el tema técnico de que tratan los libros y saber de la vida de sus autores. El otro es altruista, poner a disposición de los colegas hispano-hablantes libros de difícil consulta, pero esenciales para la comprensión de la historia contemporánea del pensamiento penal.

C.D.P.: Cuando usted traduce textos clásicos ¿intenta que ellos semejen un escrito en español en ese entonces? ¿O prefiere acercarlo al siglo XXI? ¿O se trata más bien de crear la ilusión de que es un texto antiguo, pero que es comprensible para el lector contemporáneo? Por favor explique.

RESPUESTA: Procuro ser fiel al pensamiento y también al estilo del autor traducido. Las dos metas son problemáticas, porque la terminología técnica es polisémica dependiendo del idioma empleado, y porque hay que respetar los giros del idioma castellano, que serían liquidados en una traducción apenas literal de las lenguas extranjeras, incluidas las romances.

C.D.P.: ¿Cuál traducción de las que ha hecho le ha sido más gratificante? y ¿Con qué autor se ha sentido más a gusto?

RESPUESTA: Gustav Radbruch es de lejos el autor más desafiante y grato de traducir, porque no conozco un jurista tan culto, elegante y sensible como él se nos muestra en sus escritos. Por eso le he dedicado tantas traducciones. Inmediatamente después viene Max Ernst Mayer, un autor más dogmático, aunque asimismo de finísimas intuiciones filosófico-jurídicas. Mayer, además, era socarrón, por lo cual a menudo me río leyéndole y traduciéndole. La traducción para mí más importante es una que no hice yo, pues me limité a revisarla. Es el Tratado de Derecho penal de Mayer, que tradujo el para mi mejor penalista chileno del siglo XX, Sergio Politoff Lifschitz.

C.D.P.: Hablando un poco de su país, ¿Qué opinión tiene sobre el estallido social y el proceso constituyente que hoy se está adelantando? Por favor explique.

RESPUESTA: La revuelta social la veía venir hace unos veinte años. La habían anunciado también estudiosos de la sociedad, especialmente Norbert Lechner. Sorprende la ignorancia o ingenuidad de las autoridades políticas,

a las que, empero, creo sinceras cuando dijeron que la revuelta fue para ellas algo impensado.

La revuelta, en cuyo decurso parte de la población cometió delitos sociales, que empalidecen en gravedad y falta de justificación ante los crímenes que perpetraron en contra de revoltosos y manifestantes la policía y sus superiores políticos, dejó de manifiesto algo que muchos sabíamos hace tiempo: que Chile perdió su antigua integración social, resquebrajada por la política económica de la dictadura y derruida por las administraciones públicas que vinieron después. Probablemente, en el mismo territorio viven, no conviven, tres países distintos: uno, muy reducido, formado por la élite económica, política y profesional; otro, mayoritario, de gentes que cotidianamente son oprimidas o humilladas por los que están arriba, se sienten siempre al borde del precipicio de la pobreza, cuando no han caído ya en él, pero que cooperan con otros desgraciados y desarrollan inteligentes estrategias de supervivencia y convivencia; el tercero lo forman las naciones indígenas, más pobres que los chilenos del segundo grupo, pero que tienen en su favor unas tradiciones, creencias e identidad que los salvan de la desorientación social de los paisanos. Probablemente, en ellos están cifradas las esperanzas de Chile. No es casual que la bandera mapuche se haya flameado más alta que la chilena en las protestas de finales de 2019, ni que la Convención constitucional sea presidida por una mujer de sangre mapuche.

C.D.P.: ¿Percibe usted que exista una real voluntad mayoritaria de cambio en su país con el proceso constituyente actual? Por favor explique.

RESPUESTA: Esa voluntad mayoritaria existe, indudablemente. Tengo para mí que pocas personas depositan fe en la estructura política actual del país, que para colmo está envenenada de corrupción o contaminada por corruptelas en las altas esferas de todos los poderes públicos. De ahí que los ojos de los dos grupos que mencioné en segundo y tercer lugar en mi respuesta anterior, están puestos en la Convención constitucional. Pero hay riesgos, claro. Un sector importante de la elite gobernante quiere y hace lo que puede por el

fracaso de la Constitución en ciernes. Por otra parte, la dictadura, en muchos aspectos, comenzando por la vida social, gobierna hoy mejor que en los años ochenta. La mentalidad del chileno promedio sigue siendo autoritaria y se volvió de un individualismo teñido de desprecio por la suerte del prójimo. Es un reflejo de la desintegración social el que cada quien trate de salir adelante o salvarse por su cuenta.

C.D.P.: Con respecto a su actividad académica en las áreas del Derecho Penal y de la Filosofía del Derecho, ¿Qué autores Latinoamericanos les recomendaría leer a los estudiantes que comienzan a incursionar en estas disciplinas?

RESPUESTA: Eugenio Raúl Zaffaroni, Juárez E. X. Tavares, José Hurtado Pozo, Eduardo García Máynez y Agustín Squella Narducci.

C.D.P.: Profesor: ¿A qué quiere dedicar los años siguientes hasta su jubilación y los posteriores a ella? ¿Cómo y dónde se ve usted en una década?

RESPUESTA: A una ampliación cuantitativa y cualitativa de mis estudios sobre ciencias y saberes no penales, tanto por su valor intrínseco, cuanto por lo que me ayudan a entender mejor los problemas jurídico-penales. Querría escribir ese librito de Historia del Derecho penal y luego, reuniéndolo con otro que compuse ya sobre Filosofía del Derecho penal, alumbrar una Introducción a la disciplina para uso de estudiantes, con un sello muy didáctico. Supongo que los estudios sobre delitos en particular me seguirán acompañando, lo mismo que mis traducciones. Sobre todo, confío en que no me falten entusiasmo y vigor para formar nuevas generaciones de abogados y penalistas.

En diez o doce años más me veo retirado completamente de la Universidad, porque hay que dejar paso a las nuevas generaciones, y entregado a mis lec-

turas, meditaciones, al afecto de mi familia y amigos, y al cultivo de la ejecución musical del bajo electrónico y el piano, una vieja pasión que retomé justo cuando comenzaba la revuelta social en Chile.

Profesor: a nombre de la Revista Cuadernos de Derecho Penal le damos nuestras más sentidas gracias.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES

La *Revista Cuadernos de Derecho Penal*, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado en los ámbitos nacional e internacional en las siguientes áreas de conocimiento: derecho penal, derecho procesal penal, criminología, política criminal, investigación criminal, derecho penal económico, historia de las ciencias criminales y derecho internacional penal.

Ella se integra con cuatro secciones: doctrina, jurisprudencia, reseñas y recensiones y entrevista, y tiene una periodicidad semestral; publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos y de las sugerencias a los autores en relación con cambios que alteren el contenido de la composición.

I. Los tipos de manuscrito

Solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado de avance parcial o final de un proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica, sobre un tema específico.
- c) Artículo de estado del arte o de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo del conocimiento.
- d) Comentario Jurisprudencial. Únicamente, se reciben textos que versen sobre la jurisprudencia nacional y, de manera excepcional, de tribunales internacionales en sus distintas manifestaciones. Todo lo anterior, en las áreas del derecho penal, derecho procesal penal, criminología y áreas afines ya señaladas.
- e) Reseña bibliográfica.
- f) Traducciones.
- g) Recensiones bibliográficas.
- h) Entrevistas.

II. La recepción de manuscritos

Los artículos se reciben de forma digital en las convocatorias periódicas correspondientes, por medio de la herramienta habilitada en el repositorio institucional y/o a través del correo electrónico dirigido a revista.cdp.penal@usa.edu.co.

III. El proceso de evaluación y selección de los artículos

Los trabajos recibidos se someten a estudio del Comité Editorial y del Comité Científico los cuales evalúan si son susceptibles de ser enviados a estudio de pares externos; el autor será informado del resultado de esa labor a más tardar dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de postulación del trabajo. Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.
- c) Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someten a evaluación del Comité Editorial y del Comité Científico y, posteriormente, a dos pares ciegos.

Este proceso se hace conforme a las siguientes indicaciones:

- i. Se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.
- ii. En caso de observaciones, si el artículo es ‘publicable con correcciones’, se remite a los autores para que las hagan o evalúen las recomendaciones de ser este el caso.
- iii. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final en torno a la aceptación o rechazo del mismo.
- iv. En todo caso, la aceptación definitiva acerca de la publicación del trabajo depende de las modificaciones que los asesores de los Comités propongan al autor, confrontados con los conceptos de los pares evaluadores externos. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.

- v. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar de los Comités o en la evaluación por pares ciegos, se comunicará a los autores la decisión con una breve justificación.
- vi. Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo al par evaluador se le suministra el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

IV. La estructura de los manuscritos y otros aspectos

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, 7ª Edición, 2020. El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Sí el texto fuere producto de un proyecto de investigación se debe indicar el nombre del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las palabras claves (hasta diez) que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con referencias suficientes. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias; ellas se deben incluir en un acápite intitulado como referencias bibliográficas, que debe ir ordenado alfabéticamente con base en las normas APA, en especial la 7ª Edición, 2020.
- f) No se devolverán a sus respectivos autores los originales ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- g) Una vez publicado el trabajo los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.
- h) Los autores recibirán sin costo alguno una copia de la Revista en su formato electrónico y dos ejemplares de la versión en físico de la respectiva edición en que resulten publicados los trabajos.

La **base de datos jurídica** más completa del mercado

- **Toda la jurisprudencia
y legislación** de forma
fácil e intuitiva
- **Biblioteca virtual**
con todo el fondo
editorial de Tirant
a un click
- **La actualidad jurídica**
al momento para estar
siempre actualizado



tirantonline.com.co



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica



Más información: atencionalcliente@tirantonline.com