

**UNIVERSIDAD
EAFIT**

Nuevo Foro Penal

104

Volumen 21

Enero-junio 2025

Licencia 00577 de 1985

ISSN 0120-8179

Revista de periodicidad semestral

Universidad EAFIT

Medellín, Colombia

Contacto:

Carrera 49 7 Sur-50

Bloque 27, oficina 503

Teléfono: 2619520

E-mail: nfp@eafit.edu.co

Diseño y diagramación:

Isabel Cristina Castaño Preciado

Distribución:

Editorial EAFIT

Se permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, citando la fuente y remitiendo a la revista Nuevo Foro Penal una copia de la publicación. Quien desee información para obtener y reproducir los documentos publicados con otras finalidades, puede comunicarse con la revista.

Directores honorarios

Nódiér Agudelo Betancur
Fernando Velásquez Velásquez

Director

Juan Oberto Sotomayor Acosta, Ph.D.

Editora

Mariana Toro Taborda

Comité Editorial

Diana P. Arias Holguín, Ph.D.

(U. de Antioquia, Colombia)

Libardo J. Ariza H., Ph.D.

(U. de los Andes, Colombia)

Miguel Díaz y García-Conlledo, Ph.D.

(U. de León, España)

Hernando León Londoño Berrío, Ph.D.

(U. de Antioquia, Colombia)

Jaime Sandoval Fernández, Ph.D.

(U. del Norte, Colombia)

Elena Larrauri Pijoán, Ph.D.

(U. Pompeu Fabra, España)

Maíra Rocha Machado

(Fundação Getulio Vargas, Brasil)

Diego Silva Forné

(U. de la República, Uruguay)

Máximo Emiliano Sozzo

(U. Nacional del Litoral, Argentina)

Comité Científico

Perfecto Andrés Ibáñez

(Tribunal Supremo, España)

José Luis Díez Ripollés, Ph.D.

(U. de Málaga, España)

Massimo Donini, Ph.D.

(Sapienza Universidad de Roma, Italia)

Luigi Ferrajoli, Ph.D.

(U. Roma Tre, Italia)

José Hurtado Pozo, Ph.D.

(U. de Fribourg, Suiza)

Gloria Patricia Lopera Mesa, Ph.D.

(Universidad de Antioquia, Colombia)

William Fredy Pérez Toro

(U. de Antioquia, Colombia)

Ricardo Posada Maya, Ph.D.

(U. de los Andes, Colombia)

Juan Terradillos Basoco, Ph.D.

(U. de Cádiz, España)

John Vervaele, Ph.D.

(U. de Utrecht, Países Bajos)

Laura Zúñiga Rodríguez, Ph.D.

(U. de Salamanca, España)

Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Ph.D.

(U. de Salamanca, España)

Auxiliares

Mariana Guzmán Álvarez
Isabel Gil Díaz

Perfil

La revista Nuevo Foro Penal, publicada por la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, pretende difundir semestralmente textos provenientes de investigaciones, ponencias, traducciones y estudios en general sobre el Derecho penal en su sentido más amplio, incluyendo el proceso penal, la ejecución de penas, el sistema punitivo y los mecanismos de control social en general, con independencia de las áreas del conocimiento de las que provengan.

Esta revista se dirige a profesores, investigadores, estudiantes y estudiosos en general de las diversas instituciones del Derecho penal, tanto del ámbito nacional como internacional. Pretende ser un foro de discusión interdisciplinaria e internacional que permita abordar los conflictos propios de esta área del Derecho.

Contenido

Editorial	7
Estudios	
El delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas en la legislación penal de Puebla, México XAVIER NÁJERA GONZÁLEZ	12
Institucionalismo punitivo: debilidad estatal y la construcción del Estado penal FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA	43
La pornografía “deepfake”: retos legales y necesidad de intervención EDWARD JOEL MORRÓN BONNETT	71
El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ	96
El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004: ¿un régimen paralelo de responsabilidad civil? MANUEL CADAVID VALENCIA	153
Vicios del consentimiento y aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004: una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SEBASTIÁN PÉREZ PELÁEZ	210
¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, nemo tenetur y compliance TOMÁS HOYOS DUQUE.....	266

Jurisprudencia

Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP-801 de 16 de marzo de 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa.
JUAN DAVID PORRAS CHIBLY 320

Comentario a los Autos AP4975-2024 y AEP080-2024. Procedencia de la libertad condicional, por más 'Malo' que haya sido el sujeto
NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ Y ALEXA LILIANA RODRÍGUEZ-PADILLA..... 347

Comentario a la sentencia SP022-2025. Crítica a la adecuación típica de la conducta (en cuanto a los fines terroristas) y propuesta (lege ferenda) de alternatividad penal para 'Epa Colombia'
JOSÉ MARÍA PELÁEZ-MEJÍA Y NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ 361

Documentos

Confesiones de un juez penal latinoamericano a una revista francesa de filosofía
FERNANDO TOCORA 396

Lenguaje y derecho penal: entrevista con el profesor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser
JHON FREDY RÍOS, YEISON MANCO, JOHN ZULUAGA TABORDA Y NATASHA KOESSL 407

Editorial

El sábado 15 de marzo de 2025, Myrelis Casique esperaba la llegada de su hijo, en Caracas, Venezuela. Francisco José García Casique había ingresado ilegalmente a los Estados Unidos en 2023, y ahora iba a ser deportado a Venezuela, como parte de las políticas implementadas por el gobierno de Donald Trump. Aunque le había anunciado a su mamá que llegaría en el segundo contingente de deportados al país sudamericano, García Casique nunca llegó. Desesperada, mientras buscaba una explicación en las noticias, Myrelis pudo identificarlo en uno de los videos de inmigrantes enviados a la Cárcel de Máxima Seguridad de El Salvador (CECOT). Para ese momento, García Casique no contaba con procesos penales en contra, solo con varios tatuajes en el cuerpo que lo llevaron a ser etiquetado como un miembro del Tren de Aragua¹.

La historia de García Casique, aunque aterradora, no es aislada. Desde el inicio de su campaña presidencial, Donald Trump anunció que planeaba adoptar una política contra la migración sin precedentes. En un discurso de septiembre de 2023, aseguró que llevaría a cabo “la mayor operación de deportación interna de la historia de Estados Unidos”². Al llegar al poder, en enero de 2025, las políticas migratorias prometidas comenzaron a desplegarse. Apenas una semana después de tomar posesión, se iniciaron las deportaciones masivas de inmigrantes a diversos países del mundo. En las imágenes que documentaban el proceso, era posible observar personas esposadas y encadenadas abordando aviones del ejército estadounidense con destino a sus países de origen.

Para aquellos que aún permanecen en Estados Unidos, el panorama no parece ser mejor. En los últimos meses se han reportado numerosas redadas realizadas por el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE, por sus siglas en inglés). Las detenciones ni siquiera se dirigen en todos casos contra inmigrantes ilegales, sino que incluyen estudiantes, profesores universitarios y ciudadanos del común

1 Véase la noticia completa en Nicole Kolster, “‘Somos ingenuos ante la atrocidad que está ocurriendo’: la venezolana que reconoció a su hijo entre los deportados a El Salvador por orden de Trump”, BBC News Mundo, marzo 18, 2025, <https://www.bbc.com/mundo/articles/c4g09q79pn9o>

2 Traducción propia. Ver la noticia completa en Charlie Savage, Maggie Haberman & Jonathan Swan, “Sweeping Raids, Giant Camps and Mass Deportations: Inside Trump’s 2025 Immigration Plans”, The New York Times, noviembre 11, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/11/11/us/politics/trump-2025-immigration-agenda.html>

legalmente asentados en el país. No es de extrañar que organizaciones como Human Rights Watch³ y Amnistía Internacional⁴ hayan comenzado a denunciar violaciones a los derechos humanos: basta con ver la violencia con que se despliegan las redadas, las cifras de personas recluidas en centros de detención o las imágenes de migrantes encadenados en aviones militares.

Como si fuera poco, este objetivo declarado de realizar deportaciones masivas se ha acompañado de un discurso que presenta a los inmigrantes, incluso regulares, como delincuentes potenciales o reales. Bajo esta lógica, en los últimos meses se han realizado deportaciones masivas a la Cárcel de Alta Seguridad de El Salvador (CECOT). De acuerdo con las declaraciones oficiales, las personas enviadas al penal son miembros de importantes organizaciones criminales, como el Tren de Aragua o la MS-13. Sin embargo, no pareciera que tales afirmaciones estén respaldadas por decisiones judiciales, sino por estereotipos vinculados con la nacionalidad o con el hecho de tener tatuajes.

Hay que aclarar, no obstante, que la criminalización de la migración no es una práctica novedosa en Estados Unidos. Durante las últimas décadas, miles de personas han sido procesadas cada año por infracciones migratorias y llevadas a prisiones federales. De hecho, el sistema de información de los jueces federales reporta que los delitos relacionados con la migración fueron la primera causa de persecución penal en 2020, y la segunda en 2024; superados únicamente por los delitos relacionados con el tráfico de drogas⁵.

Este patrón sostenido de persecución penal de la migración revela una realidad más profunda: la difuminación de las fronteras tradicionales entre política criminal y política migratoria. En 2006, Juliet Stumpf acuñó el término “crimigración” para nombrar el fenómeno⁶. La crimigración se caracteriza por la existencia de un solapamiento entre los mecanismos de control migratorio y la intervención del

3 “100 Human Rights Harms in 100 Days The Trump Administration’s Assault on Rights in the United States and Abroad”, Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/feature/2025/04/24/100-human-rights-harms-100-days/trump-administrations-assault-rights-united>

4 “EE.UU.: No más deportaciones masivas”, Amnistía Internacional, <https://www.amnesty.org/es/petition/usa-stop-mass-deportations/>

5 “Federal Judicial Caseload Statistics 2024”, United States Courts, <https://www.uscourts.gov/data-news/reports/statistical-reports/federal-judicial-caseload-statistics/federal-judicial-caseload-statistics-2024>

6 Juliet Stumpf, “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review* 56, n.º2 (2006): 367-419; César Cuauhtémoc García Hernández, “What is Crimmigration Law?”, *Insights on L. & Soc’y* 17, n.º3 (2016).

sistema penal. Así, (i) se ofrece un tratamiento penal a las infracciones al derecho migratorio, al tiempo que (ii) se emplean mecanismos migratorios para responder a los delitos cometidos por inmigrantes.

Stumpf plantea que esta integración es el resultado de la aplicación por parte de los operadores jurídicos de la Teoría de la membresía. De acuerdo con esta última, la posibilidad de acceder a los privilegios y derechos individuales de una sociedad debe reservarse para aquellos que toman parte del contrato social entre el gobierno y los ciudadanos. Esto justifica el uso del poder soberano del Estado en contra de quienes no se consideran merecedores de los beneficios de dicho contrato, como las personas sin ciudadanía o con antecedentes penales. Como plantea la autora esta perspectiva resulta profundamente problemática en un régimen democrático, como el de Estados Unidos, puesto que constituye una forma de discriminación que afecta especialmente a las personas racializadas y económicamente vulnerables.

Lo cierto es que la crimigración, más que un fenómeno aislado, tiende extenderse por varios de los países del norte global. Ante el incremento en la llegada de inmigrantes, y la dificultad para contener los flujos migratorios desde las fronteras, muchos Estados han optado por ejercer controles tras la entrada. En muchas ocasiones, estos controles provienen justamente del sistema penal y suponen que los inmigrantes terminen por ser criminalizados. En otras, en cambio, son los procedimientos migratorios los que sirven como forma de neutralización frente a aquellos que se consideran potenciales delincuentes⁷.

Como anota Brandariz, en el contexto europeo, esta tendencia también estaría vinculada con un viraje en los objetivos del control penal, específicamente, en relación con las estrategias antiterroristas. En efecto, la persecución en este ámbito ha pasado de centrarse en la violencia política independentista, a ocuparse de la amenaza de un ataque yihadista⁸. Con este cambio, las medidas migratorias han adquirido un lugar más importante, con la expulsión como principal forma de reacción frente a los delitos cometidos —o supuestamente cometidos— por extranjeros.

Lo problemático no es tanto el uso de medidas migratorias en sí, sino el hecho de que este viene frecuentemente acompañado del abandono de las garantías del proceso penal. Según describe el autor, en países como España o Italia muchas

7 José Ángel Brandariz, "Crimigración: los riesgos del uso creciente del derecho migratorio en el marco del sistema penal", *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º119 (julio-diciembre de 2024): 145-170.

8 Europol, European Union. Terrorism situation and trend report (Luxemburgo: European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, 2024)

personas son expulsadas sin haber sido juzgadas ni condenadas⁹. Y, en aquellos casos en que tales condenas se han producido, es factible que la pena sea sustituida por la expulsión¹⁰. Esta posibilidad, que en principio podría parecer menos aflictiva, no lo es tanto si se considera que muchos inmigrantes no se encuentran de paso en el país de destino. La expulsión, en más de un caso, supondrá el retorno a un contexto de guerra, persecución política o insatisfacción sistemática de las necesidades básicas.

En Colombia, este solapamiento entre política migratoria y política criminal aún no pareciera tangible. Sin embargo, tampoco es impensable que ello pueda suceder, teniendo en cuenta el altísimo flujo de inmigrantes de los últimos años. De acuerdo con Migración Colombia, entre enero y agosto de 2024 se registraron 3.162.454 flujos migratorios de entrada. De hecho, en agosto de 2024 se registró una cifra 12,58% más alta de inmigrantes que en el mismo periodo del año anterior. Este incremento en el número de personas que ingresan al país podría ser visto con buenos ojos, como una señal de que turistas e inversionistas encuentran a Colombia como un destino atractivo. Sin embargo, otros fenómenos pueden generar mayor preocupación entre las autoridades y la opinión pública, como la migración masiva de venezolanos o de personas que buscan cruzar el Darién para llegar a Estados Unidos

Hasta ahora, estas preocupaciones no se han visto reflejadas en la ley penal colombiana. Actualmente, los únicos tipos que sancionan comportamientos relacionados con la migración son el tráfico de personas y la trata de personas. Pero en ninguno de estos casos se castiga el hecho de que una persona migre ilegalmente, sino la participación de terceras personas en este proceso o su explotación, respectivamente. Por ello, el fenómeno de la crimigración pareciera aún lejano.

Sin embargo, los casos que hemos abordado nos invitan a mantener una mirada crítica frente a los discursos que estigmatizan al inmigrante como una fuente de peligro, provengan de donde provengan. La lección fundamental de la crimigración es que la verdadera amenaza para el Estado de Derecho se encuentra en la expansión del poder punitivo y su capacidad para excluir a quienes se consideran indeseables. Porque, al final, también en la intersección entre política criminal y política migratoria se juega una parte crucial de nuestra democracia.

9 José Ángel Brandariz, "Crimigración: los riesgos del uso creciente del derecho migratorio en el marco del sistema penal", *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º119 (julio-diciembre de 2024): 145-170.

10 Puede encontrarse un análisis más detallado de este punto en Elisa García España, "El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión", *Migraciones*, 44 (2018): 119-144.

Estudios

**El delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas en la legislación penal
de Puebla, México**

XAVIER NÁJERA GONZÁLEZ

Institucionalismo punitivo: debilidad estatal y la construcción del Estado penal

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA

La pornografía “deepfake”: retos legales y necesidad de intervención

EDWARD JOEL MORRÓN BONNETT

**El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de
los delitos de infracción del deber**

JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ

**El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004: ¿un régimen paralelo de
responsabilidad civil?**

MANUEL CADAVID VALENCIA

**Vicios del consentimiento y aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de
2004: una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la
Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**

SEBASTIÁN PÉREZ PELÁEZ

¿De qué se acusa a la persona jurídica?

Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, nemo tenetur y compliance

TOMÁS HOYOS DUQUE

NÁJERA GONZÁLEZ, XAVIER, "El delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas en la legislación penal de Puebla, México", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

El delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas en la legislación penal de Puebla, México

The crime of illicit sale of alcoholic beverages in the criminal legislation of Puebla, Mexico

Fecha de recibo: 18/11/2024. Fecha de aceptación: 17/02/2025.

DOI: 10.17230/nfp21.104.1

XAVIER NÁJERA GONZÁLEZ*

Resumen

Se aborda el estudio dogmático de los tipos penales contenidos en los artículos 199 sexies, 199 septies y 199 octies del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Dichos preceptos tienen como propósito definir conductas delictuosas relacionadas con la venta, distribución y suministro de bebidas alcohólicas, sin que se cuente con los permisos correspondientes y fuera del horario legalmente establecido. También, sancionan al funcionario público que autorice permisos que vulneren la normatividad administrativa de la materia. Asimismo, se sanciona el encubrimiento y favorecimiento de tales conductas, la venta a menores de dichas sustancias etílicas, y de bebidas adulteradas. Tal elenco delictivo es digno de un análisis con base en el estudio del bien jurídico protegido. Las modalidades conductuales típicas, analizando sus aciertos y desaciertos. Todo ello a la par del estudio del diseño legislativo de sus distintos grados de punibilidad.

* Doctor en derecho penal, procesal penal y derechos humanos por la Universidad de Salamanca, España (2005). Maestro en Ciencias Penales (1998) y Doctor en derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México (2004). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnología (CONAHCYT), México. Ex-Secretario de diversos Juzgados y Tribunales Federales Mexicanos (10 años). Catedrático Universitario. Asesor gubernamental y abogado en ejercicio hasta la actualidad. E-mail: xnajerag@gmail.com

Abstract

The present work undertakes a dogmatic study of the criminal offences in Articles 199 sexies, 199 septies, and 199 octies of the Penal Code of the Free and Sovereign State of Puebla, Mexico. These provisions aim to define criminal conduct related to selling, distributing and supplying alcoholic beverages without the corresponding permits and outside the legally established hours. Also, the law sanctions public officials who authorize permits that violate the administrative regulations on the matter. Likewise, it punishes the concealment or favoring of such conduct, the sale of said ethyl substances to minors, and the sale of adulterated beverages. Such a criminal list warrants an analysis based on the study of the protected legal interest and its typical behavioral modalities, analyzing both its strengths and weaknesses. This is done alongside the study of the legislative design of the varying degrees of punishment for each offense.

Palabras clave

Bebidas alcohólicas, tipos penales, estudio dogmático

Key words

Alcoholic beverages, criminal offences, dogmatic study

Sumario

Introducción; II. Bien jurídico protegido; III. El tipo básico y las agravantes contenidas en el segundo y primer párrafo, respectivamente, del artículo 199 sexies; IV. Los tipos penales equiparados contenidos en el tercer y cuarto párrafos del artículo 199 sexies; V. El tipo penal contenido en el artículo 199 septies; VI. La agravante contenida en el artículo 199 octies. VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

1. Introducción

La tipificación de la venta, distribución y suministro de bebidas alcohólicas por quienes incumplen la normatividad administrativa denominada Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla, ha sido producto de diversos estudios sobre los efectos nocivos de la comercialización ilegal de dichas sustancias en los últimos años. Por tal motivo, en el Estado de Puebla, México, se han tipificado tales conductas con el fin de que el derecho penal sirva de instrumento de prevención, pero también de sanción de quienes inobservan tales disposiciones.

Esto ha sido particularmente grave, derivado de la corrupción de funcionarios públicos que teniendo la noble tarea de vigilar que dicha normativa sea cumplida a cabalidad, no efectúan su trabajo como es debido. Esto puede deberse a un

fenómeno criminológico de corrupción, pero también, simplemente a una manera de proceder negligente en el desempeño de su encargo.

También, se han constatado casos de encubrimiento o favorecimientos de tales conductas, por parte de servidores públicos, a favor de titulares de establecimientos que incumplen con la normatividad administrativa expresada en líneas precedentes. Lo que ha sido particularmente grave cuando los ofendidos de las consecuencias de dicho incumplimiento o favorecimiento han sido menores de edad, o el público en general, derivado de la venta de bebidas alcohólicas adulteradas.

Todo ello ha dado pauta a que el legislador poblano se haya dado a la tarea de describir tipos penales que han intentado poner frenos, o por lo menos, limitar esta clase de conductas en la entidad. Ello también ha acontecido, derivado de una serie de recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, que ha dado buena cuenta de las virtudes que ha traído la limitación en la venta inmoderada de alcohol, bajo ciertas circunstancias; lo que incluye la limitación de la expedición de esta clase de bebidas en ciertos días y horarios.

Por ello, considero adecuado abordar un estudio dogmático de los tipos penales que actualmente se contienen en el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla, México, con el fin de analizar su contenido. Todo ello servirá para determinar si su redacción típica es acertada, o bien, si necesita de ciertas modificaciones de *lege ferenda*, para evitar ciertos equívocos interpretativos, que pueden llegar a favorecer la impunidad de tales conductas en quienes las ejecutan o favorecen su ejecución.

2. Bien jurídico protegido

Dentro del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla, México, en el *Capítulo Cuarto* intitulado *Delitos de peligro contra la seguridad colectiva*, dentro de la *Sección Quinta*, encontramos tipificadas las diversas modalidades del delito de *Venta Ilícita de Bebidas Alcohólicas*. Dichas modalidades se encuentran enmarcadas dentro de los artículos 199 *sexies*, 199 *septies* y 199 *octies*.

Tales disposiciones normativas expresan lo siguiente:

Sección quinta

Venta ilícita de bebidas alcohólicas

Artículo 199 Sexies. Al propietario o titular del establecimiento en el que se venda, distribuya o suministren bebidas alcohólicas sin la licencia o el permiso correspondiente, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientas Unidades de Medida y Actualización.

Al que con conocimiento de que en el establecimiento se venda, distribuya o suministren bebidas alcohólicas y no cuente con licencia o permiso otorgado por la autoridad competente, se le impondrá una sanción de dos meses a dos años y multa de cincuenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización.

Se sancionará con lo previsto en el primer párrafo del presente artículo, al servidor público que indebidamente autorice o expida un permiso o licencia de funcionamiento que permita la venta de bebidas alcohólicas, sin que se hayan cumplido los requisitos a que se refiere la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla; y al servidor público que con atribuciones suficientes para impedirlo, encubra o favorezca la venta o distribución ilegal de bebidas alcohólicas, con la sanción establecida en el párrafo que antecede.

Las sanciones previstas en el primer párrafo de este artículo, se aplicarán a la persona servidora pública obligada por la ley a vigilar el cumplimiento de las disposiciones normativas en los comercios de venta de bebidas alcohólicas y que, por su omisión o ausencia de respuesta a los reportes hechos por los ciudadanos de la existencia de presuntos comercios sin la autorización legal, omita la exigencia de los requisitos.

Artículo 199 Septies. A la persona que venda, distribuya, suministre bebidas alcohólicas sin la licencia o el permiso correspondiente, fuera de los horarios establecidos en la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla, se le impondrá de seis meses a seis años de prisión y multa de cien a mil Unidades de Medida y Actualización.

Artículo 199 Octies. La sanción establecida en el párrafo primero del artículo 199 Sexies y el 199 Septies, se aumentará hasta en una mitad cuando la venta o suministro de bebidas alcohólicas se haga a menores de edad, o se encuentren adulteradas.

De la lectura del título del capítulo en el que se encuadran tales conductas típicas, se desprende que el bien jurídico protegido es a grandes rasgos *la seguridad colectiva*. Y, de una lectura más específica de las descripciones típicas contenidas en los citados numerales 199 sexies, 199 septies y 199 octies, se puede advertir que la *seguridad colectiva referida a la venta ilícita de bebidas embriagantes* es el bien jurídico protegido. Por tanto, se trata de un bien jurídico colectivo, que tiene su referente material individual en la seguridad individual de cada uno de los consumidores de bebidas embriagantes, frente a una venta ilegal de tales sustancias, en las condiciones específicas marcadas por los tipos penales correspondientes¹.

1 Sin embargo, lo preocupante no sólo es la venta ilícita de bebidas alcohólicas, sino su consumo

Pero dicha seguridad colectiva, a la luz de la lectura de la exposición de motivos de la última reforma relacionada con relación a estos delitos, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Puebla, México, el 16 de julio de 2024, deja en claro que las modificaciones al Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla, fueron realizadas con el objeto de sancionar a los responsables de poner en riesgo los bienes jurídicos más preciados, como son *la vida, la integridad y la salud*².

Esta lectura interpretativa auténtica —pues proviene de la propia exposición de motivos del legislador poblano—, concatenada con el título mismo en que se enmarcan tales figuras típicas, lleva a entender que el delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas es un delito pluriofensivo, que atenta contra la *seguridad colectiva*. Ésta última, a su vez, se conforma por la suma de la *seguridad individual* de cada uno de los posibles consumidores de las sustancias étlicas en la entidad poblana. Y, esta seguridad de cada individuo, por su parte, tiene como sustento material la salvaguarda de la *vida, integridad y salud* de esos posibles consumidores de alcohol en esta específica área geográfica del país. Este referente material al objeto de protección punitiva evita equívocos interpretativos, pues, pone a los derechos humanos *vida, salud e integridad corporal* a la cabeza de la tutela punitiva en esta clase de delitos, y por ende, sirve de guía para la restante hermenéutica de las categorías dogmáticas que le corresponderá determinar o no, al juzgador en cada caso concreto. Así, en cuanto afecten de manera directa o no, en mayor o menor medida, a tales bienes jurídicos de carácter pluriofensivo, será que se pueda determinar e individualizar la pena en forma más específica por el juez³.

mismo en la vía pública. Esto es importante, pues si se atiende a datos de encuestas efectuadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) de México, a nivel nacional, el 64.4 % de la población de 18 años y más identificó en los alrededores de su vivienda como la primera conducta delictiva o antisocial, el consumo de alcohol en la calle. Cifra enorme en comparación con el 20.9 % que identificó esa misma población muestra con relación a la venta ilegal de alcohol. INEGI, “Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública”, 2023, 7.

2 Periódico Oficial del Estado de Puebla, México, julio 16, 2024, (Cuarta Sección), 4, consultado octubre 3, 2024,. https://periodicooficial.puebla.gob.mx/media/k2/attachments/T_4_16072024_C.pdf

3 Esta clase de bienes jurídicos colectivos, también pueden llamarse supraindividuales o intermedios. Se caracterizan porque tienen como sustrato una cantidad determinada de bienes jurídicos individuales, y, con la puesta en peligro o lesión de estos bienes jurídicos individuales, también se entiende menoscabada la función que subyace en la protección del bien jurídico supraindividual. La creación de estos últimos, deriva de brindar protección a esta realidad colectiva macro, que es subsecuente de la protección del agrupamiento de esos bienes jurídicos individuales, sin los cuales esa realidad macro no existiría. Deisy Janeth Barrientos Pérez, “Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, *Revista Nuevo Foro Penal* 11, n.º84, (2015): 101.

En ese sentido, los criterios de merecimiento, necesidad y susceptibilidad de protección penal⁴, de conformidad con la supra citada interpretación auténtica, tienen su base en estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud, que confirman que el uso nocivo del alcohol causa una alta carga de morbilidad. En efecto, el consumo de alcohol provoca defunción y discapacidad a una edad relativamente temprana, pues el 13.5% del total de muertes de personas entre 20 a 39 años, son atribuibles al alcohol. Por ello, constituye el tercer lugar entre los principales factores de riesgo de muerte prematura y discapacidad en el ámbito mundial. Y, es un factor causal en más de 200 enfermedades y trastornos mentales⁵.

Por ello, el legislador poblano consideró adecuado tomar en cuenta que la Organización Mundial de la Salud, en su *Estrategia mundial para reducir el uso nocivo del alcohol*, ante las graves afectaciones a la salud pública, y a la salud individual, que provoca el consumo de alcohol, propuso a los Estados parte implementar 10 esferas de acción. De éstas, destacó la referida como *esfera 5* denominada “Disponibilidad de alcohol”, encaminada a que los Estados regulen la disponibilidad comercial o pública del alcohol, mediante leyes, políticas y programas, estableciendo límites razonables a la distribución de alcohol y el funcionamiento de los puntos de venta de alcohol, a través de la regulación de los días y el horario de apertura de los puntos de venta minorista.

Y, con ello, dado que la Organización Mundial de la Salud, en el Anexo II denominado *Datos demostrativos de la eficacia y costo eficacia de las intervenciones para reducir el uso nocivo del alcohol de la Estrategia Mundial*, informó que la limitación

4 Se entiende que el principio y la necesidad de penas son principios materiales que operan en la fundamentación, limitación y exclusión de todos los elementos del delito, además, de otros requisitos de la pena, no vinculados al hecho concreto. Lo que implica que sólo deban considerarse punibles aquellos comportamientos que virtud de su gravedad, de la situación en que se ejecutan y de otras circunstancias concurrentes, hacen que una pena aparezca ante la sociedad, en lo general y lo concreto, como merecida, proporcionada y necesaria. Diego-Manuel Luzón Peña, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, n.º1 (1993): 25-26.

5 El problema no es nuevo, ya que dicha preocupación extiende sus raíces en forma histórica. Así, durante principios del siglo XX, durante el gobierno de Gustavo A. Madero, en Culiacán, Sinaloa, México, por ejemplo, se fijaron reglamentos con horarios de venta de alcohol más reducidos. Sin embargo, la venta clandestina de alcohol no se detuvo en los meses siguientes, al grado de venderse en esta forma de día, de noche y los domingos. Lo que se agravó con la insurrección Zapatista. Iván Francisco León Velarde, “Regulación, vigilancia y descontrol en los espacios de venta y consumo de bebidas alcohólicas en Culiacán durante la Revolución Mexicana (1911-1915)”, *Letras Históricas*, n.º26, México, (2022): 20.

del horario o los días de venta de bebidas alcohólicas permite reducir el número de problemas relacionados con el alcohol, incluidos los homicidios y agresiones⁶.

Es por ello, que, ante la existencia de un incremento considerable en hechos de tránsito, accidentes, agresiones, homicidios, entre otros delitos, relacionados con el consumo excesivo y nocivo del alcohol, en altas horas de la noche y madrugada, en el Estado de Puebla, se consideró adecuado incidir mediante reformas en el ámbito propiamente penal, sobre todo, como la última de ellas (16 de julio de 2024), con relación a la prohibición de venta de tales sustancias en ciertos horarios.

A la par de dicha reforma, se hicieron adecuaciones legislativas sobre la norma administrativa denominada *Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla*⁷, en la que, para reforzar el ámbito punitivo propiamente dicho, estableció en el artículo 20, párrafo tercero, que *“queda estrictamente prohibida la venta, enajenación, o suministro de bebidas alcohólicas en cualquiera de los establecimientos que regula esta Ley, después de las 02:00 horas”*.

Ley administrativa que ejerce la función de regular la venta y suministro de bebidas alcohólicas, mediante el establecimiento de bases y modalidades para autorizar, controlar y regular los establecimientos con estas actividades, así como la implementación de programas para prevenir accidentes y delitos por el consumo excesivo de bebidas alcohólicas.

6 Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud, quien en su documento OPS/NMH/MH/22-0034, de 2022, estableció expresamente que: *“los estudios sobre la ampliación de los horarios de venta en los locales que permiten beber allí mismo, especialmente a altas horas de la noche, muestran de forma sistemática un aumento de las tasas de los perjuicios ocasionados por el alcohol. Por el contrario, incluso las reducciones relativamente pequeñas de los horarios permitidos parecen reducir la violencia: una reducción de 05:00 de la mañana a 03:30 de la mañana del horario permitido en Newcastle (Australia), redujo un 33% los actos de agresión. Cuando la localidad de Diadema (Brasil) impuso un horario de cierre a las 23:00 para los puntos de venta que permiten beber en el local, los homicidios disminuyeron 44% respecto a lo previsto sin esta ley. Las restricciones en los horarios de venta en los locales que no permiten beber allí en altas horas de la noche también pueden reducir los perjuicios graves: las intervenciones en Suiza y Alemania que limitan las ventas en este tipo de locales (por ejemplo, hasta horarios más tempranos los viernes por la noche) dieron lugar a disminuciones en los ingresos hospitalarios por intoxicación alcohólica, especialmente en la población joven”*. Pan American Health Organization, *Regulating the Availability of Alcohol*. OPS/NMH/MH/22-0034, 2022 https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/56704/OPSNMHMH220034_sp.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultada el 15/octubre/2024).

7 Conuerdo con la idea de que la sanción administrativa y la penal comparten el mismo contenido de injusto (injusto personal). De esta manera, no existe entre ellas una diferencia cualitativa, sino cuantitativa. Esto deriva de que lo injusto es una magnitud graduable. Belén Mayo Calderón, “Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía. A la vez, una reflexión sobre el concepto de sanción”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º56, (2021): 43.

Norma de carácter extrapenal, que al ser interpretada en forma complementaria con los tipos penales contenidos en la legislación punitiva, tiene el propósito de incidir de manera eficaz en la prevención pluriofensiva de conductas delictivas que afectan en forma mediata o indirecta, al bien jurídico denominado *seguridad colectiva*. Y, de manera inmediata o directa, a la concreta protección de la *seguridad individual* de cada posible consumidor de tales sustancias, materializada en la tutela de la salud, integridad y vida de cada uno de ellos⁸.

3. El tipo básico y las agravantes contenidas en el segundo y primer párrafo, respectivamente, del artículo 199 sexies

La lectura del primer párrafo del *artículo 199 Sexies*, es indicativa que describe un tipo penal especial⁹, pues sanciona al sujeto activo que tienen el carácter de *propietario o titular del establecimiento* en el que se *venda, distribuya o suministren bebidas alcohólicas*. Sin embargo, para hacer típica tal conducta, no es menester sólo tener dicho carácter especial, pues, además, el tipo exige como elemento normativo (que por ende debe ser abarcado por el dolo), no contar con *la licencia o el permiso correspondiente*.

Incluso, quien tenga la licencia, pero vencida, y así continúe vendiendo bebidas alcohólicas, cometerá el delito en forma dolosa. Esto porque tal aparente reducción del peligro de su acción (tener licencia, pero vencida), pareciera en un principio, no merecer un tratamiento menos severo (considerarlo no doloso), sin embargo, esto sólo es ilusorio. En efecto, el sujeto activo actúa dolosamente, pues, de cualquier modo, ejecuta el comportamiento en forma peligrosa para el bien jurídico, ya que la *"conducta evitadora —en este caso, contar con la licencia—"*, finalmente, equivale a una *"actuación con mala voluntad"*, al vender alcohol, sabedor que la prohibición normativa abarca igualmente hacerlo, con una licencia vencida, que sin tenerla del

8 En estas figuras, se advierte una estrategia preventiva por parte del legislador que persigue que la protección de estas condiciones previas de seguridad colectiva e individual, se consideren penalmente protegibles, pero no en sí mismas, sino en tanto que mediatamente protegen un bien jurídico individual, que es el inmediatamente afectado o puesto en peligro por la conducta típica. M^a Ángeles Rueda Martín, "El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX (2010): 409.

9 Se entiende por delito especial, aquél que sólo puede ser ejecutado por algunas personas que en específico describe el propio tipo penal. Es decir, en los delitos especiales se exige una especial cualidad en el agente delictivo (*intraneus*). Álvaro E. Márquez Cárdenas *et. al.* "La coautoría: delitos comunes y especiales", *Revista Dialogos de Saberes* 34, n.º28 (2008): 33.

todo. Así, hay dolo al existir una conducta consistente en vender bebidas alcohólicas, *con voluntad de hacerlo*, sin una licencia vigente, o bien, sin tenerla del todo¹⁰.

Todo ello, bajo el supuesto de que, en el caso concreto, se tiene plenamente demostrada la situación peligrosa (la venta de alcohol), seguido, de la efectiva representación del peligro por parte del sujeto activo (querer efectuar dicha venta, sabedor del vencimiento de su licencia), y finalmente, de la decisión del sujeto activo a favor de la acción peligrosa (ejecutar dicha venta en tales condiciones fácticas). Siendo estos tres factores, la *ratio* de la penalidad del dolo, bajo el entendido de que el dolo es una decisión de actuación a favor del injusto, que sólo es demostrable con ayuda de elementos externos en forma subsecuente¹¹. Esto es así, pues al igual que la imprudencia, el dolo se manifiesta como una disposición de carácter subjetivo de un hecho interno no observable, que se traduce en un hecho externo observable, y por ende, demostrable y verificable bajo ese patrón lógico-deductivo¹².

Permiso que se otorgará en el caso concreto, con base en los requisitos que al efecto establece el artículo 10 de la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla, que en forma extrapenal, define dicho elemento normativo de la siguiente manera:

Licencia o permiso provisional es la autorización que otorga el Ayuntamiento para la venta y suministro de bebidas alcohólicas y, en su caso, operación y el funcionamiento de los establecimientos a que se refiere esta Ley, previo cumplimiento de requisitos que establece la misma, la legislación aplicable y los reglamentos municipales correspondientes.

Se trata de un elemento normativo de remisión extrapenal, que también debe ser abarcado por el dolo¹³. De ahí que el sujeto activo debe albergar en su

10 Así lo considera Hassemer al decir que “no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con mala voluntad”. Winfried Hassemer, “Los elementos característicos del dolo”, Trad. Ma. Del Mar Díaz Pita, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3, tomo 43, (1990): 912.

11 Winfried Hassemer, *Ibid*, 931.

12 Winfried Hassemer, *Ibid*, 925.

13 Concuero con Herzberg y Contreras, en cuanto a que esta postura, también lleva a entender que el error de derecho extrapenal debe someterse al mismo tratamiento que el error de hecho, y excluir ya el dolo, no al tratamiento del error de prohibición. Rolf Dietrich Herzberg, “Tatbestands- oder Verbotsirrtum?”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, (1993): 439. También, Joaquín Cuello Contreras, “Dolo y valoración. Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º22-06, (2020): 5.

esfera cognitiva y volitiva, estar plenamente consciente de que vender, distribuir o suministrar bebidas alcohólicas, sin contar con dicha licencia o permiso, actualizará en automático, el tipo de injusto. Y, en consecuencia, se hará acreedor a una sanción penal que oscila en una sanción privativa de libertad *de tres meses a tres años de prisión*, y en una sanción pecuniaria *consistente en una multa de cincuenta a quinientas Unidades de Medida y Actualización*¹⁴, lo que actualmente equivaldría a pagar una cantidad entre \$5428.50 (cinco mil cuatrocientos veintiocho pesos con cincuenta centavos moneda nacional) y \$54 285.00 (cincuenta y cuatro mil doscientos ochenta y cinco pesos cero centavos moneda nacional).

A mi modo de ver, el tipo penal sólo sanciona la comisión dolosa, de ahí que la forma imprudente, consistente en vender, distribuir o suministrar bebidas alcohólicas, es inexistente en términos prácticos. Pues no puede, por lógica, concebirse que el sujeto activo cometa el resultado típico de vender, distribuir o suministrar bebidas alcohólicas, en el establecimiento del que es titular o propietario, sin prever tener la licencia correspondiente, cuando esto es absolutamente previsible (culpa inconsciente). O, que cometió tal resultado típico, que es absolutamente previsible, confiando en que no se produciría (culpa consciente), pues, de él, y sólo de él, depende que se ejecute la venta, distribución o suministro de tal clase de bebidas, que por ende, no puede argumentar que vendió, distribuyó o suministró, virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Ya que precisamente en esta forma de delito especial, es inconcebible que esto acontezca¹⁵.

14 La Unidad de Medida y Actualización (UMA) para 2024 es de \$108.57 pesos mexicanos diarios, \$3300.53 pesos mensuales y \$39 696.36 pesos anuales. Estos valores entraron en vigor el 1 de febrero de 2024. "Diario Oficial de la Federación (DOF)", Secretaría de Gobernación, 10 de enero de 2024. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5714085&fecha=10/01/2024#gsc.tab=0 (Consultada el 3 de octubre de 2024).

15 Diferente sería el caso de que el sujeto activo argumentara haberlo cometido bajo un error de tipo vencible o invencible, en el que adujera, verbigracia, tener una falsa concepción de la fecha de vencimiento del permiso. Esto es así, ya que de demostrarse tal circunstancia meramente subjetiva, la consecuencia sería en cualquier caso, la impunidad. En sentido similar Roxin, cuando refiriéndose al error de tipo, señala que, la "*falta de autorización*" es un elemento del tipo, el juez tendrá que absolver a quien, sin preocuparse de sus deberes jurídicos, creyó con osado optimismo haber dispuesto de una "autorización"; la inconciencia de los fundamentos que dan lugar a esta creencia no modifican nada las consecuencias del error. Y por lo que toca a un error de prohibición, las consecuencias serían distintas. Esto es así, pues en este otro punto, coincido con Roxin en que "*el autor tiene el deber responsable de informarse de los límites y la medida de su autorización. Cuando él ha hecho esto y, sin embargo, ha errado inculpablemente sobre tal autorización, será absuelto por haber obrado con un error de prohibición inevitable. En cambio, si el autor ha obrado "irresponsablemente" sin esforzarse por conocer sus deberes, será punible por el delito doloso, aun cuando haya creído subjetivamente*

Tan es así, que, en el segundo párrafo del citado *artículo 199 Sexies*, establece una diversa modalidad típica, que sanciona a manera de delito común, a cualquier persona que tenga *conocimiento de que en el establecimiento se venda, distribuya o suministren bebidas alcohólicas y no cuente con licencia o permiso otorgado por la autoridad competente*. Tal referencia típica, al recurrir al empleo del elemento subjetivo específico de índole cognoscitivo expresado en la fórmula “*con conocimiento*”, corrobora la tesis de que este delito sólo admite la forma de comisión dolosa. Más aún, cuando en la legislación sustantiva penal poblana no existe el recurso de *numerus clausus*, del que se desprenda a cierta ciencia, cuáles son los delitos que admiten la modalidad imprudente¹⁶.

Y, a cualquier sujeto activo que teniendo conocimiento de que en el establecimiento se venden, distribuyen o suministran bebidas alcohólicas, sin que se cuente con la licencia o permiso correspondiente, se le aplicará una sanción privativa de libertad de *dos meses a dos años* y una sanción pecuniaria consistente en una *multa de cincuenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización*, que oscila entre \$5428.50 (cinco mil cuatrocientos veintiocho pesos con cincuenta centavos moneda nacional) y \$32 571.00. (treinta y dos mil quinientos setenta y un pesos cero centavos moneda nacional).

En ese sentido, me parece que la redacción del tipo penal prevista en el primero y segundo párrafos del citado artículo 199 Sexies, es desafortunada. Esto es así, pues considero que fue un desacierto del legislador penal poblano diseñar la prohibición en el primer párrafo, a manera de un tipo penal especial, considerando como sujeto activo al propietario o titular del establecimiento correspondiente, y por otro lado, en el subsecuente segundo párrafo, acudir al diseño del delito común, ejecutable por cualquier persona en forma indistinta. Y en ambos, considerar consumada la conducta dolosa, simplemente con conocimiento de la falta de la licencia o permiso

que su comportamiento era adecuado a derecho. Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Profesor Dr. Enrique Bagicalupo, Universidad de Madrid, (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1979), 162.

16 La punibilidad de los delitos culposos o imprudentes se basa en el desvalor de la acción y el desvalor de resultado. El primer aspecto se refiere a la creación o aumento de un peligro o riesgo cuando se infringe una norma de cuidado. En este punto, debe tomarse en consideración la cognoscibilidad del riesgo y el debido cuidado que se exige al agente del delito. El segundo aspecto se refiere a la puesta en peligro o la lesión que se genera en contra del bien jurídico protegido. Por tanto, se criminalizan en razón de que el resultado típico es producido por una particular realización de la acción. Destaca el hecho que, en cualquier caso, el sujeto activo no debió querer producir el resultado, pues caso contrario, el delito será doloso. Felipe A. Villavicencio Terreros, “Los Delitos Imprudentes de Comisión”, *Derecho y Sociedad*, n.º23 (2004): 227-228.

correspondiente para la venta, distribución o suministro de bebidas alcohólicas en esta área geográfica del país.

Tal desajuste en la redacción típica sólo puede obedecer a un intento desesperado del legislador penal poblano de no dejar impune, en modo alguno, la sanción del propietario o titular de los establecimientos, así como de cualquier otra persona, que, con ese conocimiento doloso de no contar con la licencia o permiso correspondiente, ejecute la venta, distribución o suministro de bebidas alcohólicas.

Por tanto, de *lege lata*, sólo cobra sentido entender la prohibición típica de sancionar con mayor rigor al propietario o titular del establecimiento que venda, distribuya o suministre bebidas alcohólicas, sin contar con la licencia o permiso correspondiente, como una agravante del tipo básico. Entendiéndose que el tipo básico es el que se describe en el segundo párrafo del citado artículo 199 *sexies*, mientras que la agravante del mismo, es la que se describe a manera de delito especial, en el primer párrafo de este propio numeral.

Esto se corrobora con la lectura de la exposición de motivos de la reforma al Código Penal de Puebla publicada en el Periódico Oficial de 9 de diciembre de 2013, en que el legislador poblano creó tales tipos penales contenidos en el primero y segundo párrafos del artículo 199 *sexies*, teniendo en mente criminalizar “en general” a quien vendiera o suministrara ilegalmente bebidas alcohólicas, considerando que éste cometía un delito de peligro, que ponía en riesgo a la seguridad y al orden público.

Redacción de la que no se advierte que mostrara especial interés en sancionar con mayor rigor al dueño o establecimiento de tales establecimientos, como, por otro lado, sí lo mostró, al mostrar gran interés, en no dejar impune la conducta equiparada de quien fuese servidor público, y con tal carácter, indebidamente autorizara expidiera un permiso o licencia para la venta de bebidas alcohólicas, sin que antecedan a ésta los requisitos de ley o que, con atribuciones suficientes para impedirlo, encubra o favorezca dicha actividad. Y esto lo motivó el legislador poblano, en que consideró que “*la consecuencia dañosa de su conducta sería la misma*”. Lo que, con más acierto dogmático, debió expresarse como: que “*la consecuencia de la puesta en peligro de los particulares bienes jurídicos seguridad y orden público, sería la misma*”. Esto es así, pues no se puede hablar de dañosidad, ahí donde, a manera de delito de peligro, sólo existe una puesta en peligro de los particulares bienes jurídicos protegidos¹⁷.

17 En efecto, para hablar de delitos de peligro, dogmáticamente se exige que la conducta catalogada de peligrosa entrañe la probabilidad material de causar un resultado lesivo para un bien jurídico relevante (puesta en peligro al bien jurídico). Aquí, debe distinguirse entre conducta peligrosa y conducta de resultado peligroso, lo que se corresponde respectivamente, con los conceptos de

4. Los tipos penales equiparados contenidos en el tercer y cuarto párrafos del artículo 199 sexies

Efectivamente, desde la citada creación típica publicada el 9 de diciembre de 2013, en el Periódico Oficial del Estado de Puebla, también se diseñaron dos tipos penales equiparados, bajo las dos siguientes hipótesis:

La primera, referida *al servidor público que indebidamente autorice o expida un permiso o licencia de funcionamiento que permita la venta de bebidas alcohólicas, sin que se hayan cumplido los requisitos a que se refiere la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla;*

Y, la segunda hipótesis típica, que hace referencia *al servidor público que con atribuciones suficientes para impedirlo, encubra o favorezca la venta o distribución ilegal de bebidas alcohólicas, con la sanción establecida en el párrafo que antecede.*

El primer tipo penal sanciona al *servidor público* que ejecuta las conductas típicas alternativas de “expedir” o “autorizar” un permiso o licencia de funcionamiento que permita la venta de bebidas alcohólicas, sin observar los requisitos que establece otra ley de corte administrativo, que es la *Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla*. Situación que lleva a determinar que se trata de una norma penal en blanco perfectamente típica, pues carece de problema alguno con el principio de legalidad previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que remite a otra norma de igual rango legal, para colmar la exigencia del núcleo del tipo.

Situación que llevará necesariamente al juez que conozca del caso concreto, a determinar si con las pruebas puestas a su consideración, el sujeto activo que necesariamente debe ser un “servidor público”, expidió o autorizó el permiso o licencia en cuestión en forma indebida, por haber incumplido con alguno o algunos de los requisitos de los que al efecto establece la norma administrativa que complementa la norma penal en blanco que nos ocupa.

Por tanto, se relega al ámbito meramente procesal la prueba de tal incumplimiento típico, con relación a los requisitos que al efecto establezca la norma administrativa en comento, de tal manera que quedará al arbitrio del juez penal hasta que tanto

delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. Marco Teijón Alcalá, “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-27, (2023): 3. Pero, si la conducta va más allá de la peligrosidad misma y se causa el daño efectivo al bien jurídico protegido, entonces ya se habla de una progresión en el ataque al bien jurídico, que tendrá como consecuencia normativa, que ya se hable de un delito de mera actividad o de resultado material propiamente dicho, y no de un delito de peligro. Esto es así, dado que la dañosidad del comportamiento, ha trascendido al peligro de lesividad de dicha conducta.

el sujeto activo actuó dolosamente en la expedición o autorización de tal conducta, y si, la ejecución de alguna de tales conductas alternativas, verdaderamente vino impregnada de un dolo de incumplir con la normatividad administrativa aludida¹⁸. Esto resulta de suma importancia, pues al no existir la responsabilidad a título imprudente, la consecuencia sería la impunidad, en caso de que el juez del proceso, constatará una deficiencia probatoria de alguno de estos aspectos por parte de la fiscalía, o incluso, que existiera duda razonable sobre el dolo que impregnó la conducta del sujeto activo con relación al incumplimiento de alguno de estos requisitos administrativos en concreto.

La punibilidad de esta primera hipótesis típica equiparada consiste en *una sanción corporal de tres meses a tres años de prisión*, y una sanción pecuniaria consistente en *una multa de cincuenta a quinientas Unidades de Medida y Actualización*, lo que actualmente equivaldría a pagar una cantidad entre \$5 428.50 (cinco mil cuatrocientos veintiocho pesos con cincuenta centavos moneda nacional) y \$54 285.00 (cincuenta y cuatro mil doscientos ochenta y cinco pesos cero centavos moneda nacional). Punibilidad equivalente a la misma que se establece para el tipo agravado previsto en el primer párrafo del artículo 199 *sexies* antes comentado.

En lo tocante a la segunda hipótesis típica equiparada, que hace referencia *al servidor público que con atribuciones suficientes para impedirlo, encubra o favorezca la venta o distribución ilegal de bebidas alcohólicas*, hace referencia a un delito de peligro en concreto, que se materializa cuando el sujeto activo especial “servidor público”, que además “debe tener atribuciones suficientes para impedirlo”, ejecute encubrimiento o favorecimiento de venta o distribución de bebidas alcohólicas¹⁹. Se trata de un delito especial de encubrimiento y participación delictiva, que en forma

18 Esto es muy importante, pues hasta en el derecho administrativo sancionador existe la necesidad de demostrar la culpabilidad en el actuar, referida a la comprobación del aspecto subjetivo de la infracción. Esto es indicativo que también debe demostrarse la actuación del sujeto a través del dolo o imprudencia. Por ello, se rechaza toda idea de responsabilidad objetiva derivada automáticamente de la simple comisión del hecho mismo. Federico Marengo, “La culpabilidad en materia administrativa sancionadora”, *Revista Pensamiento Penal*, junio 05, 2018, 4.

19 Debe tenerse en cuenta que los delitos de peligro concreto se conforman con un grado menor de desatención por el bien jurídico que los delitos lesión. Esto implica que los autores de tales hechos aceptarían un riesgo menor de lesión del bien jurídico, que los que efectivamente lo lesionan. Todo ello, claro está, siempre que sus acciones representen un peligro lo suficientemente relevante para el bien jurídico, como para considerarlo contemplado por la norma dirigida a la lesión. En caso de representar un riesgo muy escaso, la consecuencia será considerar a tales acciones, en su caso, como actos preparatorios, siempre que tal relevancia fuera apta para considerarlos punibles; y si fueran de escasisima entidad, simplemente serían actos atípicos. Alejandro Kiss, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?”, *InDret*, n.º1, Barcelona (2015): 5.

equiparada pone en peligro la seguridad colectiva, por el sólo hecho de no hacer del conocimiento de quien tenga la facultad legal de perseguir la venta, distribución o suministro de bebidas alcohólicas en forma ilegal.

En esta segunda hipótesis, la figura de las “atribuciones suficientes para impedirlo” que incide directamente sobre el sujeto activo “servidor público” que las encarna, constituye un elemento normativo que puede ser problemático al momento del enjuiciamiento procesal de dicha conducta. Esto es debido a que basta con preguntarse, hasta que punto puede entenderse que el sujeto del delito cuenta o no con atribuciones suficientes para impedir mediante la vía del encubrimiento o favorecimiento, la venta o distribución ilícita de bebidas alcohólicas. Esto implica una especial valoración por parte del juez, con base en el acervo probatorio existente en la especie, del que puede resultar cualquier cosa que la torne ineficaz, verbigracia, que las funciones en específico de dicho funcionario, no abarquen esa especial condición de vigilancia sobre el bien jurídico penalmente protegido, para hacerlo garante del mismo.

En efecto, aquí, cabe preguntarse hasta que punto en la esfera del hombre medio prudente, como baremo de imputación del resultado peligroso, puede establecerse en el caso concreto, que el sujeto activo especial “funcionario público”, puede o no tener atribuciones suficientes para impedir que un tercero venda o distribuya tal clase de bebidas, y que además, sea sabedor que no cuenta con la licencia correspondiente. Esto nos lleva en el caso concreto, a disminuir el rango de posibles sujetos activos al marco de los empleados de ayuntamiento, que tengan relación directa con la vigilancia de este tipo de normas encaminadas a evitar la venta ilícita de bebidas embriagantes, y no sólo, por ejemplo, cualquier otro funcionario con funciones policiales *erga omnes*²⁰.

Y, aunque el tipo penal no lo pide, pues en apariencia abre la posibilidad de que cualquier servidor público, pueda ser sujeto activo de tal conducta delictiva, a través de la vía del encubrimiento o la facilitación, lo cierto es que sólo tendrán dicho carácter quienes

20 En este punto, concuerdo dogmáticamente con quien, para determinar la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales ha de seguir un criterio objetivo-general, ajustado al estándar de la persona (generalmente un profesional —en este caso— el empleado competente para vigilar la venta de bebidas embriagantes) que sea prudente y razonable. Este modelo de conducta se basa en un sujeto medio ideal que debe tomarse como baremo de referencia. Esto tiene que ver con lo que la norma espera (y exige), como mínimo, de cualquier sujeto, con independencia de sus capacidades. Y, por otro lado, también tiene que ver con el otro extremo, consistente en lo que la norma puede exigir, como máximo, a un sujeto con tales capacidades especiales, en este caso, al empleado encargado concretamente de vigilar la venta ilícita de bebidas embriagantes, y no otros. Javier de Vicente Remesal. “Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º22-03 (2020): 43.

en el caso concreto, puedan *de facto* tener injerencia sobre el hecho de impedir de algún modo directo, la venta o distribución de tales bebidas en forma ilegal. Lo que implica que se trate de un delito de peligro en concreto, que exigirá en la persona de juez, valorar en el caso en específico, hasta que punto estuvo en la esfera de disponibilidad concreta del sujeto activo especial poder impedir tal clase de conductas ejecutadas por terceros, para, aun así, considerarlas o no, como encubrimiento o favorecimiento doloso de las mismas, con el fin de considerar a ciencia cierta dicho comportamiento como típico.

La punibilidad de dicha conducta se le aplicará una sanción privativa de libertad de *dos meses a dos años* y una sanción pecuniaria consistente en una *multa de cincuenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización*", que oscila entre \$5 428.50 (cinco mil cuatrocientos veintiocho pesos con cincuenta centavos moneda nacional) y \$32 571.00. (treinta y dos mil quinientos setenta y un pesos cero centavos moneda nacional). Punibilidad equivalente a la misma que se establece para el tipo básico previsto en el segundo párrafo del artículo 199 *sexies* antes comentado.

Finalmente, mediante adición publicada en el Periódico Oficial del Estado de Puebla, de 11 de abril de 2023, se creó el siguiente tipo penal equiparado:

Las sanciones previstas en el primer párrafo de este artículo, se aplicarán a la persona servidora pública obligada por la ley a vigilar el cumplimiento de las disposiciones normativas en los comercios de venta de bebidas alcohólicas y que, por su omisión o ausencia de respuesta a los reportes hechos por los ciudadanos de la existencia de presuntos comercios sin la autorización legal, omita la exigencia de los requisitos.

Se trata de un tipo penal especial equiparado, diseñado bajo la forma de delito de peligro concreto, que consiste en esencia en que un *servidor público que sea encargado por ley de vigilar el cumplimiento de las disposiciones normativas en los comercios de venta de bebidas alcohólicas, omita tomar en consideración algún reporte ciudadano, relativo a algún presunto comercio que funcione, sin autorización legal u omitiendo cumplir con los requisitos exigidos por la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla.*

Tipo penal que contempla una sanción corporal de tres meses a tres años de prisión y una multa de cincuenta a quinientas Unidades de Medida y Actualización, (equivalentes a las previstas en el primer párrafo del artículo 199 *sexies* antes comentado).

Por tanto, la actualización de dicho delito de peligro en concreto, requiere primero, la demostración que el servidor público, sujeto activo del delito, efectivamente esté *obligado por la ley a vigilar el cumplimiento de las disposiciones normativas en los comercios de venta de bebidas alcohólicas.*

Como segundo elemento, que dentro de sus facultades, esté la de recibir reportes ciudadanos sobre la existencia de presuntos comercios que no cuenten con autorización legal para la venta de bebidas alcohólicas, o que incumplan con los requisitos que para su legal funcionamiento, exige la citada normativa legal.

Y, cerciorados de que estos dos requisitos de procedibilidad se hayan colmado, el juez debe entonces verificar que el sujeto activo “funcionario público con ese encargo en específico” omita responder a dichos reportes ciudadanos.

La razón de ser de la creación del referido tipo penal, se encuentra en la exposición de motivos de dicha adición típica, que expresamente señala lo siguiente:

(...) debemos reconocer la existencia de un daño inminente y real que impacta negativamente a la salud de los consumidores, causado directamente por quienes a sabiendas de la procedencia ilegal del producto, venden o enajenan bebidas alcohólicas sin la licencia o permiso de la autoridad competente y de forma indirecta atribuible a la responsabilidad de quienes constreñidos por ley, omiten por ignorancia, conveniencia o dolo su facultad de vigilar el cumplimiento de disposiciones normativas, así como de quienes finalmente, con conocimiento de causa ingresan en lugares cuyo funcionamiento se encuentra al margen de la ley.

Resulta importante señalar que, aunque ya existen sanciones para este tipo de acciones, no han sido suficientes, por ello se considera procedente sancionar con la misma pena aplicable al propietario o titular del establecimiento, a los servidores públicos que, teniendo la obligación de vigilar el cumplimiento de la ley en la materia, no lo hacen u omiten hacerlo.

En ese sentido, se considera procedente reformar el Código Penal local, para sancionar al funcionario público que, estando obligado por la Ley a vigilar el cumplimiento de diversas disposiciones en materia de bebidas alcohólicas, omite la exigencia de las mismas, y con esto poder prevenir, y en su caso castigar a los responsables de poner en riesgo el bien jurídico tutelado máspreciado, “La vida”.

De dicha interpretación auténtica, que resulta sumamente útil para conocer el sentido de la deficiente redacción típica antes indicada, se advierte que la preocupación del legislador penal poblano, giró en esencia, en que se sancionará con el máximo rigor posible, al funcionario público que, encargado de vigilar el cumplimiento de la normatividad relacionada con la venta de bebidas alcohólicas, omitiera de cualquier modo el cumplimiento debido de dicha función.

Sin embargo, de la redacción típica correspondiente, sólo se advierte que se sanciona a quien teniendo tal calidad de garante, servidor público encargado de vigilar la normatividad en materia de venta de bebidas alcohólicas, omite dar respuesta a un reporte ciudadano en dicha materia.

Por tanto, existe un divorcio conceptual entre el diseño típico finalmente plasmado en cuarto párrafo del artículo 199 sexies, y el deseo no cumplido del legislador poblano de sancionar simplemente, al funcionario encargado de dicha vigilancia, y que no hiciera cabalmente su trabajo, y con ello, pusiera en peligro la vida de consumidores de bebidas alcohólicas de cualquier manera.

Situación que resalta que en el diseño normativo no sólo debe atenderse a la protección de los intereses que socialmente han resultado ser merecedores, necesarios y susceptibles de protección penal. Esto exige además, que para que exista una congruencia entre la protección efectiva de dichos bienes jurídicos, y el diseño normativo como tal, se cuide la técnica legislativa, de tal manera que haya una congruencia entre lo que quedó plasmado en el tipo penal correspondiente, y lo que el legislador efectivamente quiso proteger, según detalla el mismo, en la propia exposición de motivos de la citada adición legislativa al código penal poblano²¹.

Lo que en el caso concreto quedó en un intento desafortunado, que no cumple cabalmente con su ideal. Lo que aconsejaría una reforma urgente a dicha adición legislativa, para que, de la manera más sencilla posible, se tipifique sin más la omisión del funcionario público encargado de vigilar el incumplimiento de la normatividad relacionada con la venta ilegal de bebidas alcohólicas, y con ello, se eviten espacios de impunidad, derivados de la redacción típica de la norma en cuestión. Todo ello, sin dejar de vigilar que el *quantum* de la pena aplicable sea el justo y preciso para lograr la prevención general y especial que se pretende, en proporción con el riesgo de puesta en peligro que se pretende evitar para el bien jurídico *seguridad colectiva*, que a través de su referente material, la *seguridad individual* de las personas, directamente pregonan la protección pluriofensiva de la vida, salud e integridad de las personas, que también son abarcados en el ámbito de protección, de este último bien jurídico en cuestión²².

21 Esto resulta particularmente útil de tener en cuenta en la actualidad. En efecto, hoy día, de manera más creciente, existe la opinión de que el derecho penal se ha expandido a límites insostenibles, donde el derecho punitivo se ha entrometido cada vez más, en áreas que solían ser propias de otras ramas del derecho. Esto conlleva la idea de que el derecho penal se ha convertido en una herramienta de la que se ha abusado por parte del legislador, para solucionar conflictos que no deberían ser propios de este ámbito del derecho. Esto exige mayor compromiso por parte del legislador, en el diseño de los tipos penales, para no traicionar los anhelos que le dieron vida, y servirá, sobre todo, para que el derecho penal no deje de cumplir con el principio de *ultima ratio* que lo anima. Francisco Figueroa. “Delitos de peligro. El regreso al derecho penal inquisitivo”, Universidad de Buenos Aires, (2010): 1-12.

22 Debe tenerse en consideración que en la tarea de creación y aplicación de la amenaza penal (penalidad y pena), la proporcionalidad juega un papel de suma importancia. Esto es así, pues el diseño de la pena y la aplicación de sus consecuencias, no debe desconocer que, dentro de sus

5. El tipo penal contenido en el artículo 199 septies

En este artículo se sanciona a manera de delito común, —pues no se exige calidad específica alguna en el sujeto activo—, a cualquier persona que *venda, distribuya, suministre bebidas alcohólicas sin la licencia o el permiso correspondiente, fuera de los horarios establecidos en la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla*. Al sujeto activo de este delito se le impondrá de seis meses a seis años de prisión y multa de cien a mil Unidades de Medida y Actualización.

Las conductas típicas consisten en *vender, distribuir o suministrar*, por tanto, se trata de un tipo penal alternativo, ya que indistintamente, cualquiera de tales conductas integra el verbo nuclear típico. Así, por vender, debe entenderse desde la perspectiva de una interpretación gramatical, según el diccionario de la real academia de la lengua española (RAE), en su primera acepción “*obtener algo por un precio*”²³. Si, por otra parte, se acude a una interpretación sistemática, a través del significado que para el contrato de compraventa establece el Código Civil para el Estado de Puebla, entendemos, de conformidad con los artículos 2121 y 2122, que “[l]a compraventa es un contrato por el cual una de las partes, llamada vendedor, transfiere a la otra la propiedad de un bien, obligándose esta última, que es el comprador, al pago de un precio cierto y en dinero”, y que “[l]a venta es perfecta y obligatoria para las partes, por el solo convenio de ellas respecto al bien vendido y el precio, aunque el primero no haya sido entregado ni el segundo satisfecho”.

Numerales estos últimos, de los que puede desprenderse que *vender bebidas alcohólicas* debe entenderse como aquella transferencia de la propiedad de dicho líquido, contenido en algún tipo de envase de origen (bote, botella, barril, etcétera), para ser consumido en lugar diverso, o bien, el líquido mismo en algún recipiente apto para consumirlo en ese mismo lugar (copa, tarro, vaso, etcétera), a un comprador a cambio de un precio cierto y determinado; lo que debe entenderse perfecto desde la petición misma de la venta de dicho líquido por el comprador, que no necesariamente podrá ser el consumidor.

límites, deben observarse en todo momento, a la legalidad misma y la protección efectiva de los derechos fundamentales que con ellas se persiguen. José Nieves Luna Castro, “La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas”, en *El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas. Estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa*, coord. David Cienfuegos Salgado y Jesús Boanerges Guinto, (México: Fundación Académica Guerrerense, Universidad Nacional Autónoma de México y el Colegio de Guerrero, 2009): 328.

23 “Comprar”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Real Academia Española, acceso may 14, 2025, <https://dle.rae.es/comprar>

Ahora bien, por distribuir, debe entenderse gramaticalmente, según el significado de la Real Academia de la Lengua Española, en su tercera acepción (más acorde con el sentido típico que no ocupa), es *entregar una mercancía a los vendedores y consumidores*²⁴. Por tanto, distribuir bebidas alcohólicas es el acto de colocación de las bebidas alcohólicas entre quienes se encarguen de su venta y consumo.

Y, en lo que atañe al verbo típico *suministrar*, según la Real Academia de la Lengua Española, significa en su acepción única, *proveer a alguien de algo que necesita*. Por lo que en ese sentido, debe entenderse como la provisión de bebidas alcohólicas a vendedores o consumidores de dichas sustancias.

Ahora bien, establecidos los alcances interpretativos de las conductas establecidas por este tipo en particular, debe entenderse que dichos comportamientos van directamente referidos al subsecuente elemento objetivo —apreciable a través de los sentidos—, denominado *bebidas alcohólicas*. Sin embargo, para entender colmado tal extremo típico, debe acudir a lo que al efecto define como bebidas alcohólicas el artículo 3 de la Ley para la venta y suministro de bebidas alcohólicas del Estado de Puebla, que establece que *se consideran bebidas alcohólicas aquellas que contengan alcohol etílico en una proporción de 2% y hasta 55% en volumen*.

Situación que, en la práctica procesal penal, necesariamente implicará que se determine pericialmente y en forma debida por la Fiscalía, si la sustancia líquida objeto material del delito, tiene precisamente un volumen porcentual de estos alcances; pues fuera de éstos, la consecuencia será la atipicidad por inacreditación de este particular elemento objetivo.

A continuación, la hermenéutica de este particular tipo penal nos lleva a advertir que la venta, suministro o distribución de bebidas alcohólicas, debe realizarse forzosamente, bajo dos circunstancias especiales de ejecución, consistentes en que ello se efectúe, *sin la licencia o el permiso correspondiente* —exactamente igual que acontece con los tipos penales supra comentados—, pero además (y aquí radica la nota distintiva, que fue materia de la reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado de Puebla, el 16 de julio de 2024), dichas acciones típicas deben ejecutarse *fuera de los horarios establecidos en la Ley para la Venta y Suministro de Bebidas Alcohólicas del Estado de Puebla*.

Y, en este sentido, el artículo 20, tercer párrafo de dicha ley administrativa, establece que *queda estrictamente prohibida la venta, enajenación, o suministro de bebidas alcohólicas en cualquiera de los establecimientos que regula esta Ley, después de las 02:00 horas*.

24 “Distribuir”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Real Academia Española, acceso mayo 14, 2025, <https://dle.rae.es/distribuir>

Por tanto, de la interpretación armónica de dicha norma penal en blanco²⁵, debe establecerse que la venta, suministro o distribución típica de bebidas alcohólicas, sin licencia o permiso, dará comienzo a partir de las dos horas con un segundo (02:00:01 horas), y culminará en el caso concreto, hasta el horario que en cada caso concreto, el permiso ampara para el inicio de venta, suministro o distribución de tales bebidas para el permisionario correspondiente. Todo ello, con independencia que el sujeto activo pueda ser cualquier persona que ejecute dichas conductas activas entre tales horarios prohibidos jurídico penalmente, lo que incluye, claro está, al permisionario a título de comisión por omisión, no cumpla con el deber objetivo de cuidado que le corresponda, como garante de los bienes jurídicos comprometidos, a manera de sujeto obligado.

Por lo que toca a la punibilidad, es plausible que el legislador haya determinado la misma en términos claros, en cumplimiento con el principio de taxatividad²⁶, y no que hiciera remisión a alguna otra de las penas establecidas en el tipo penal supra comentado. La pena corporal establecida de seis meses a seis años de prisión, me parece excesiva, pues duplica la agravante establecida en el primer párrafo del artículo 199 *sexies*, y triplica la del tipo básico previsto en el segundo párrafo de igual dispositivo legal.

En el caso de la sanción pecuniaria, la multa se duplica de cien a mil Unidades de Medida y Actualización, con relación a la del tipo agravado previsto en el primer párrafo del precitado artículo 199 *sexies*. Tal sanción se traduce en un pago a favor del Estado de Puebla, que oscila en cantidades de \$10 857.00 (diez mil ochocientos cincuenta y siete pesos cero centavos moneda nacional) la mínima, y \$100 857.00 (cien mil ochocientos cincuenta siete pesos cero centavos moneda nacional).

En esencia, se trata de un añadido —un verdadero “remiendo” legislativo—, diseñado como tipo autónomo, de lo que debió simplemente ser una agravante del

25 La razón de ser de las normas penales en blanco, radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante o continua, debido al carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de la regulación. Miguel Abel Souto. “Las leyes penales en blanco”, *Nuevo Foro Penal*, n.º68, (2005): 20-21.

26 Coincido con quien señala que *el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal*. José Luis Castillo Alva, “El principio de taxatividad en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador. Una lectura constitucional y convencional”, *Actualidad Penal*, n.º1 (julio 2014): 148. Visible en página electrónica: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_01.pdf

tipo básico previsto en el segundo párrafo del artículo 199 *sexies*. Agravante excesiva por el sólo hecho de vender alcohol, sin licencia, después de las dos horas, que sólo cumple las veces de un derecho penal represor, de lo que el derecho administrativo no ha sido apto para cumplir *per se*.

De *lege ferenda*, me parece que el tipo penal que aquí se comenta es un claro ejemplo de la hipertrofia que se vive hoy día de esta rama del derecho en particular. Esto es así, pues dicho tipo penal excede los parámetros de un derecho penal mínimo, pues vulnera el principio de intervención mínima, subsidiariedad, utilidad, y *ultima ratio* del derecho penal propio de un estado social y democrático de derecho²⁷. Aquí, se trata de suplir a través de la herramienta más lesiva que tiene el Estado para hacer cumplir sus determinaciones, que es el *ius puniendi*, un aspecto que debería haberse quedado en el ámbito administrativo propiamente dicho²⁸, pues la norma extra penal debe ser capaz de contener este tipo de comportamientos, mediante métodos menos lesivos de la libertad humana, con el fin de no mellar esta rama del derecho, y que deje de ser esa “espada filosa” que tanto se necesita en otro tipo de conductas que verdaderamente amerita sanciones de esta naturaleza²⁹.

27 Sin embargo, el principio de *ultima ratio*, se encuentra actualmente en crisis, porque lo ha pervertido la clase política. Y, esto no sólo ha sido en México. También en Europa se ha llegado a un máximo histórico de conductas tipificadas en la legislación penal, que en no pocas ocasiones responde a políticas de seguridad nacionales o del derecho penal transnacional. Actualmente más bien se habla de un derecho penal de *prima ratio*, que rompe por completo con la idea de la *ultima ratio*, como límite constitucional vinculante para el legislador, para no llegar a un mero *ordo poenalis* propio de un Estado absoluto. Faustino García de la Torre García. “Crisis del principio penal de *ultima ratio* ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º1, Protocolo I (2021):133-134.

28 Esto tiene que ver con la idea de evitar la administrativización del derecho penal, es decir, la proliferación incontrolada y no planificada de normas penales que sólo constituyen elementos secundarios y complementarios en el ámbito de leyes no penales, como las leyes administrativas que no han sido capaces de cumplir adecuadamente la función para la cual fueron creadas. Alessandro Baratta. Principios de Derecho Penal Mínimo, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004), 309.

29 Es interesante en este punto, hacer mención de la sentencia emitida el cuatro de septiembre de dos mil seis, por José Luis Ares, Juez en lo Correccional número 1, del Departamento Judicial Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, Argentina, en el Expediente 4733 (contravencional), Libro de Sentencias 8, en el que condenó a la imputada Sabrina Esteban Barragán, por infracción al artículo 1 de la Ley 11.825 (venta de bebidas alcohólicas fuera del horario permitido) constatada en Bahía Blanca el 21 de octubre de 2005, y a ella misma, por infracción al artículo 3 de la citada Ley 11.825, según Ley 13.178 (venta de bebidas alcohólicas sin encontrarse inscrita en el “Registro Provincial para la Comercialización de Bebidas Alcohólicas”) cometida en iguales circunstancias de tiempo y lugar, que concurre materialmente con el ilícito anterior (arts. 16 de la Ley 11.825 y 31 del Decreto Ley 8031/73). Siendo interesante, en este sentido, destacar que el citado juez haciendo uso del *control difuso de la constitucionalidad*, declaró inconstitucionalidad la pena de multa de \$ 30 000

6. La agravante contenida en el artículo 199 octies

Dicha agravante refiere que *“la sanción establecida en el párrafo primero del artículo 199 Sexies y el 199 Septies, se aumentará hasta en una mitad cuando la venta o suministro de bebidas alcohólicas se haga a menores de edad, o se encuentren adulteradas”*.

Agravante que robustece las penas en grado notable, para quedar de la siguiente manera:

- a. En el caso del primer párrafo del artículo 199 *sexies*, la agravante implicaría una pena corporal, de cuatro meses y quince días a cuatro años seis meses; y la pecuniaria, de setenta y cinco a setecientos cincuenta Unidades de Medida y Actualización.
- b. En el caso del tipo penal establecido en el 199 *septies*, la pena privativa de libertad, oscilaría entre nueve meses a nueve años, y una sanción pecuniaria de ciento cincuenta a mil quinientas Unidades de Medida y Actualización, que equivaldrían a pagar entre \$16 285.50 (dieciséis mil doscientos ochenta y cinco pesos con cincuenta centavos moneda nacional) y \$162 855.00 (ciento sesenta y dos mil ochocientos cincuenta y cinco pesos cero centavos moneda nacional).

Considero adecuado agravar la conducta delictiva en general, cuando el perjuicio recaiga sobre menores de edad³⁰. Y por lo que se refiere a la agravante

prevista por el art. 7 de la Ley 11.825, según Ley 13.178 *por resultar —en el caso— irrazonable y desproporcionada, confiscatoria, inhumana y trascender a terceros*, como lo razonó en el quinto considerando de ese fallo. Lo que lo llevó a no aplicar dicha sanción pecuniaria. Destacando sobre manera, en dicho quinto considerando, su consideración en torno a que, en ese caso concreto, *advirtió un afán recaudatorio por parte del Estado provincial, más allá del plausible intento de desalentar el consumo de alcohol (droga permitida y de amplia difusión)*. Todo ello, sin dejar de aclarar que el acierto o eficacia de ese camino elegido por el legislador, no puede ser evaluado por los jueces, bajo la idea descrita por su Corte Nacional, de que *los tribunales no están facultados para inmiscuirse en el examen de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, pues, la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio extremo que solo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman parte de ella*. Pensamiento Penal, “Ley 11.825. Venta de bebidas alcohólicas fuera de horario permitido. Multa. Inconstitucionalidad”, junio 01, 2007, <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/33173-ley-11825-venta-bebidas-alcoholicas-fuera-horario-permitido-multa-inconstitucionalidad> (Consultada el 15/octubre/2024).

30 Aunque siempre será mejor, acudir *ab initio*, a formas de prevención criminológica, que se anticipen a la respuesta penal propiamente dicha. Así, en Estados Unidos, se ha identificado que muchos jóvenes beben porque piensan que “todos los demás lo hacen”. Por ese motivo, se sostiene que es importante distribuir en lugares donde suelen estar menores, información exacta sobre la cantidad

recaída sobre bebidas adulteradas³¹, considero que es un gran acierto de legislador poblano, que responde a una necesidad que ya era urgente, pues aquí sí se justifica plenamente el uso del derecho penal, para punir una conducta que escapa por completo del contorno netamente administrativo³², pues la realidad criminológica ha dado cuenta de un sin número de casos, en que se ha comprometido la salud y la vida de consumidores víctimas de bebidas adulteradas³³.

Me parece, de *lege ferenda*, que la venta, distribución y suministro de bebidas alcohólicas, con o sin licencia, en casos en que recaiga la conducta sobre menores de edad e incapaces, y cuando se trata de un producto venenoso, como lo es la

típica de alcohol consumido y la proporción de jóvenes que beben en exceso, pues dichas cifras indican que son menos las personas que beben alcohol, que las que los menores creen que lo hacen. Se recomienda que el mensaje sea simple, directo y coherente. También se recomienda que los menores tomen conciencia sobre los riesgos implicados en dicha conducta. Todo ello para incentivar una cultura de retroalimentación, basada en su propia evaluación personal y de la necesidad de evitar el consumo de dicha sustancia nociva, más que el enjuiciamiento mismo de los infractores. Kelly Dedel Johnson. *El consumo de alcohol por menores de edad*. Guías para la Policía Orientadas a la Solución de Problemas. Guía No. 27 ([S.L.] Oficina de Servicios Policiales Orientados a la Comunidad Ministerio de Justicia de los EE.UU, 2004), 23-24.

- 31 En el ámbito federal el artículo 364 de la Ley General de Salud, tipifica entre otras conductas, la expendición, venta o distribución de bebidas alcohólicas adulteradas, contaminadas o alteradas. En este punto, a primera vista, podría decirse que se actualizar un concurso aparente de normas, entre la aplicación de la norma local o la federal, cuando el delito por investigar fuera la venta de bebidas alcohólicas adulteradas. Sin embargo, procesalmente la cuestión queda resuelta a favor del a aplicación del tipo penal local agravado, si se toma en consideración que el artículo 20, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales, es claro al indicar que, "*Cuando el hecho punible sea del orden federal pero exista competencia concurrente, deberán conocer los Órganos jurisdiccionales del fuero común, en los términos que dispongan las leyes*".
- 32 Llama la atención la noticia emitida el 13 de febrero de 2016, en que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) de la Secretaría de Salud y el Servicio de Administración Tributaria (SAT) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como parte de un nuevo operativo conjunto en contra del comercio ilegal de vinos y licores, aseguraron 359,049 litros de bebidas adulteradas en dos empresas del Estado de México, una en Puebla y una más en Jalisco. Noticia visible en páginas electrónicas: Ruth Rodríguez, "Incautan 359 mil litros de bebidas adulteradas Cofepris y SAT hacen operativo en Puebla, Edomex y Jalisco contra comercio ilegal", *El Universal*, febrero 13, 2016, www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2016/02/13/incautan-359-mil-litros-de-bebidas-adulteradas/ Gobierno de México, "Decomiso de alcohol ilegal en el Estado de México, Puebla y Jalisco, consultado octubre 29, 2024, <https://www.gob.mx/cofepris/prensa/decomiso-de-alcohol-ilegal-en-el-estado-de-mexico-puebla-y-jalisco-51724>
- 33 Virtud de la noticia desplegada el 14 de mayo de 2020, se dio a conocer que al menos 22 personas fallecieron por la ingesta de mezcal adulterado en la Sierra Norte de Puebla, 10 más en municipios de Jalisco, y cuatro en Xonacatepec y Tepalcingo, Morelos. Con ellos se sumaron 98 muertos por la misma causa, toda vez que en esos días ya habían perdido la vida 20 en Puebla, 14 en Morelos y 28 en Jalisco. La Jornada, "Mueren 36 personas más por alcohol adulterado en Puebla, Jalisco y Morelos", *La Jornada*, mayo 14, 2020, <https://www.jornada.com.mx/2020/05/14/estados/025n1est>

bebida alcohólica adulterada que en el menor de los casos produce ceguera total o parcial, implicaba un diseño normativo autónomo, a manera de delito de peligro en abstracto, por el sólo hecho de cometer tales conductas, sin requerir un ulterior razonamiento judicial del peligro en que concretamente puede sufrir el particular bien jurídico protegido la seguridad colectiva.

Es afortunado que se haya legislado al respecto, pero creo que hubiera sido más plausible que se hiciera un diseño típico adecuado, digno de la peligrosidad de tales conductas, que han dado buena cuenta de su incidencia repetitiva en la entidad, y que por ende, justifican a diferencia de las otras figuras delictivas supra comentadas un verdadero tratamiento típico autónomo, en aras de garantizar la salvaguarda de potenciales consumidores de tales sustancias, sin las condiciones adecuadas de seguridad para la salud colectiva, que en este caso, sí escapan de los contornos del derecho administrativo propiamente dicho.

7. Conclusiones

1. El delito de venta ilícita de bebidas alcohólicas, tipificado en los artículos 199 *sexies*, 199 *septies* y 199 *octies* del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla, protege al bien jurídico denominado *Seguridad Colectiva*. Este bien jurídico supraindividual, tiene su referente material individual en la Seguridad Individual de la vida, y salud de los posibles consumidores de tales sustancias.

2. Dicha protección pluriofensiva, viene íntimamente relacionada con la tipificación de las conductas de venta, suministro y distribución ilícita de esta clase de bebidas. Así, la vida e integridad personal, se ven directamente comprometidas, cuando indirectamente se afecta la seguridad de cada individuo, que en su conjunto, integra una necesidad, merecedora y susceptible de protección punitiva de velar por la seguridad de toda la colectividad de personas que sean posibles consumidores de tales sustancias líquidas embriagantes, frente a esta clase de conductas típicas.

3. El diseño típico del bien jurídico que se ve comprometido con la ejecución de estos delitos, que tiene su sustento en la realidad criminológica que, desde un punto de vista sociológico, ha dado cuenta de la necesidad mundial de frenar las muertes, lesiones y mutilaciones temporales y permanentes que ocasiona el abuso de tales sustancias. Sobre todo, cuando datos provenientes de la Organización Mundial de la Salud han demostrado que la regulación estatal de la disponibilidad de alcohol, mediante la limitación del horario o de los días de venta de bebidas alcohólicas, ha

permitido reducir en forma significativa la comisión de delitos ocasionados por la ingesta de tales sustancias.

4. Todo ello, con independencia de la posible vulneración del principio de *ne bis in idem*, entre la aplicación aleatoria del derecho administrativo propiamente dicho, y la del derecho penal en todo su contexto. Esto ha sido así, dado que la legislación administrativa en este rubro, al mostrarse insuficiente para frenar dicha clase de conductas, ha dejado abierta la posibilidad de aplicación del derecho penal, con todo el rigor que lo caracteriza. De ahí que de *lege ferenda*, en la *praxis*, la autoridad debe tener cuidado de definir límites muy claros en cada caso concreto, para no dejar de ser respetuosos de este principio constitucional que impide juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, pues sería excesiva la aplicación del derecho administrativo, más la del derecho penal en una misma persona, por el mismo hecho cometido. Sin embargo, de *lege lata*, ambas legislaciones, la administrativa y la penal, se ven como complementarias, y útiles entre sí, para enfrentar preventivamente este problema jurídico.

5. Si se analiza en forma sistemática el conjunto de tipos penales contenidos en los artículos 199 *sexies*, 199 *septies* y 199 *octies* del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla, puede advertirse que se pone énfasis en la punición del propietario o titular del establecimiento que dolosamente venda, distribuya o suministren bebidas alcohólicas, siempre que ello se realice sin contar con la licencia correspondiente; sin que ello quepa la posibilidad de sancionar la conducta meramente imprudente.

6. También se sanciona, aunque con menor rigor, a cualquier persona, por el sólo hecho de tener conocimiento de que, en un determinado establecimiento, se ejecute la venta, suministro o distribución de bebidas alcohólicas, sin que se cuente con la licencia correspondiente. Lo que constituye la tipificación genérica de un delito de encubrimiento real y personal, especialmente referido a estas conductas, y con referencia a un determinado establecimiento en que esto acontezca. Todo ello, aunque el sujeto activo de este delito ni siquiera tenga la intención de ejecutar o participar en la realización de alguna de estas conductas, por el sólo hecho de omitir dar el aviso correspondiente a la autoridad administrativa encargada de la vigilancia de la venta de esta clase de sustancias etílicas.

7. Situación que puede dar lugar a equívocos, relacionados con la imputación de tal clase de conductas, con base en meras inferencias lógicas, que no son propias de un estado social y democrático de derecho. Y, peor aún, vulnerar el principio garantista que se refiere a que el pensamiento no delinque, *cogitationis poenam*,

nemo patitur. Esto es así, pues, aunque en la mente del sujeto viva la idea de que en determinado lugar se venden esta clase de bebidas, sin contar con el permiso administrativo correspondiente, esto no implica de modo inexorable, determinar que dicho sujeto está de acuerdo con el plan previo de quien las ejecuta. Menos aún, ello puede llevar a la idea de que, en la mente del conocedor de tal hecho, exista un plan previo de colaboración con el titular de dicho establecimiento para permitir que se ejecuten tales conductas. De ahí que aún bajo el esquema del delito de peligro, existen dudas sobre la exactitud de este diseño típico, que, por ello, vulnera el principio de taxatividad penal.

8. Asimismo, se sanciona como delitos autónomos al servidor público que autorice un permiso o licencia de funcionamiento que permita la venta de bebidas alcohólicas, sin que se cuente con los requisitos administrativos correspondientes. Y, al servidor público que, con atribuciones suficientes para impedirlo, encubra o favorezca la venta o distribución ilegal de bebidas alcohólicas.

9. Hipótesis delictivas que me parece que cumplen un fin acertado, al sancionar concretamente al servidor público que, mediante omisión de su carácter de garante del bien jurídico protegido, permita mediante la expedición de permisos ilegales, la venta, suministro o distribución ilícita de bebidas alcohólicas, descuidado dolosamente los requisitos administrativos correspondientes. De igual manera, estimo correcto sancionar a quien, en fase de agotamiento de dicha expedición, encubra y favorezca de cualquier manera, en forma real o personal, la venta o distribución ilegal de sustancias etílicas. Pues por cualquiera de tales vías se afecta pluriofensivamente la vida e integridad de las personas, a través de la afectación de la seguridad individual, que en su conjunto constituye el bien jurídico denominado *seguridad colectiva* que le importa al Estado proteger en forma plena.

10. Sin embargo, de *lege ferenda*, considero que hubiera sido más simple tipificar tan solo *la omisión del funcionario público encargado de vigilar el incumplimiento de la normatividad relacionada con la venta ilegal de bebidas alcohólicas*, para abarcar todo el contenido de antijuricidad de las conductas antes descritas. Con ello, se evitarían equívocos interpretativos, y se cumpliría con la teleología de protección de la *seguridad colectiva* con relación a esta clase de delitos. Asimismo, se dejaría un menor espacio de impunidad para el servidor público que teniendo tan noble tarea, incumpliera con el ejercicio de su encargo en la vigilancia del cumplimiento de dicha normativa protectora de la vida y la salud de las personas en materia de expedición de sustancias etílicas.

11. Asimismo, se sanciona a quien venda, distribuya, suministre bebidas

alcohólicas sin la licencia o el permiso correspondiente, “fuera del horario legalmente establecido”, es decir, “después de las dos horas de la mañana”. Tipo penal que sirve como un “remiendo legislativo” de las prohibiciones anteriores, dado que las complementa, pero como un mero agregado, que sólo es producto de una inadecuada técnica legislativa. Ello constituye un claro ejemplo de hipertrofia legislativa en materia penal, que sólo encuentra su razón de ser en la insuficiencia práctica que ha tenido la aplicación de la legislación administrativa relacionada con la venta, distribución y suministro de bebidas alcohólicas fuera del horario legalmente establecido en dicha norma. Por ello, acudir al derecho penal para remediar lo que la ley administrativa no ha podido zanjar constituye un claro ejemplo de la vulneración del principio de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal, propios de un estado social y democrático de derecho.

12. Finalmente, se diseña la agravante de sancionar con mayor rigor al titular del establecimiento que sin contar con la licencia o permiso correspondiente, — en horario normal— (o a cualquier persona que haga esto mismo, pero fuera del horario legalmente establecido), venda o suministre bebidas alcohólicas a menores de edad, o que lo haga con bebidas adulteradas. Agravantes que resultan plausibles, al proteger a menores de edad, y al público en general de la venta de sustancias venenosas en la forma de falsas bebidas alcohólicas, por ser adulteradas.

13. En suma, considero que hubiera sido más deseable rediseñar los tipos penales contenidos en los artículos 199 *sexies*, 199 *septies* y 199 *octies* del *Código penal para el Estado Libre y Soberano de Puebla*, bajo un prisma de mayor taxatividad y rigor en la técnica legislativa. Estimo de *lege ferenda*, que ello pudiera haberse logrado *grosso modo*, si simplemente se tipificara como delito común, es decir, ejecutable por cualquier persona, la conducta de vender, distribuir o suministrar bebidas alcohólicas sin contar con el permiso correspondiente, expedido conforme a la ley administrativa de la materia, dentro o fuera del horario legalmente permitido. Lo que debería agravarse tratándose del funcionario público que los encubriera o favoreciera en forma real o personal. Y, también debería agravarse cuando dichas conductas implicaran bebidas adulteradas.

14. Otro tipo penal autónomo, tendría que ver de *lege ferenda*, con sancionar al funcionario público que, teniendo la obligación de vigilar el cumplimiento de esta última normativa, incumpliera con los postulados ahí enunciados para la expedición de dichos permisos.

15. Finalmente, hubiera sido deseable legislar de *lege ferenda*, como un tipo penal autónomo agravado, la ejecución de cualquiera de tales conductas típicas, cuando ello se hiciera en perjuicio de menores de edad o incapaces.

8. Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. "Las leyes penales en blanco". *Nuevo Foro Penal*, n.º68, (2005): 13-30.
- Ares, José Luis. Juez en lo Correccional número 1, del Departamento Judicial Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, Argentina. *Sentencia emitida el cuatro de septiembre de dos mil seis en el Expediente 4733 (contravencional)*, Libro de Sentencias 8.
- Baratta, Alessandro. "Principios de Derecho Penal Mínimo", en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- Barrientos Pérez, Deisy Janeth. "Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones". *Revista Nuevo Foro Penal* 11, n.º84, (2015): 90-135.
- Castillo Alva, José Luis. "El principio de taxatividad en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador. Una lectura constitucional y convencional". *Actualidad Penal*, n.º1 (2014): 132-166.
- Cuello Contreras, Joaquín. "Dolo y valoración. Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º22-06, (2020): 5.
- De Vicente Remesal, Javier. "Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales)". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 22-03, Granada, España (2020): 1-52.
- Diario Oficial de la Federación (DOF) 10 de enero de 2024.
- Diego-Manuel Luzón Peña. "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, n.º1 (1993): 1-34.
- Figueroa, Francisco. "Delitos de peligro. El regreso al derecho penal inquisitivo", (Trabajo de grado para obtener el título de abogado, Universidad de Buenos

- Aires, 2010): 1-12. <chrome-extension://efaidnbmnnnbpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.usfq.edu.ec/jspui/bitstream/23000/7595/1/139733.pdf>
- García de la Torre García, Faustino. "Crisis del principio penal de *ultima ratio* ¿Debemos retomar la orientación constitucional del derecho penal?". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, n.º1 (2021): 131-154.
- Hassemer, Winfried. "Los elementos característicos del dolo", *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3, Crónicas extrajerar, Trad. Ma. Del Mar Díaz Pita, Tomo 43, n.º3 (1990): 909-931.
- Herzberg, Rolf Dietrich. "Tatbestands- oder Verbotsirrtum?", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1993): 439.
- INEGI, "Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública". México: 2023.
- Johnson. Kelly Dedel. *El consumo de alcohol por menores de edad*. Guías para la Policía Orientadas a la Solución de Problemas. Guía No. 27. [S.L] Oficina de Servicios Policiales Orientados a la Comunidad Ministerio de Justicia de los EE.UU, 2004.
- Kiss, Alejandro. "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo "adelantado"?. *InDret*, n.º1, Barcelona (2015): 1-25.
- León Velarde, Iván Francisco. "Regulación, vigilancia y descontrol en los espacios de venta y consumo de bebidas alcohólicas en Culiacán durante la Revolución Mexicana (1911-1915)". *Letras Históricas*, n.º26, México, (2022): 1-38.
- Marengo, Federico. Federico Marengo. "La culpabilidad en materia administrativa sancionadora". *Revista Pensamiento Penal*, junio 05, 2018, 4.
- Márquez Cárdenas, Álvaro E. y González Payares, Orlando. "La coautoría: delitos comunes y especiales". *Revista Dialogos de Saberes*, (enero-junio 2008): 29-50.
- Mayo Calderón, Belén. "Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía. A la vez, una reflexión sobre el concepto de sanción". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º56, Zaragoza, (2021): 185-253.
- Nieves Luna Castro, José. "La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas". *El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas. Estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa*, coordinado por David Cienfuegos Salgado y Jesús Boanerges Guinto. México: Fundación Académica Guerrerense, Universidad Nacional Autónoma de México y el Colegio de Guerrero, 2009, 328.

Periódico Oficial del Estado de Puebla, México, julio 16, 2024 (Cuarta Sección).

Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Profesor Dr. Enrique Bacigalupo, Universidad de Madrid. Buenos Aires: De Palma, 1979.

Rueda Martín, M^a Ángeles. “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, (2010): 395-445.

Teijón Alcalá, Marco. “Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º25-27, (2023): 1-39.

Villavicencio Terreros, Felipe A. “Los Delitos Imprudentes de Comisión”. *Derecho y Sociedad, Asociación Civil*, n.º23, (2004): 225-242.



TAMAYO ARBOLEDA, FERNANDO LEÓN, "Institucionalismo punitivo: debilidad estatal y la construcción del Estado penal", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Institucionalismo punitivo: debilidad estatal y la construcción del Estado penal

Penal Institutionalism: State Weakness and The Rise of The Penal State

Fecha de recibo: 22/11/2024. Fecha de aceptación: 17/12/2024.

DOI: 10.17230/nfp.21.104.2

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA*

Resumen

Este artículo presenta una propuesta teórica para comprender los cambios en la penalidad a partir de las relaciones existentes entre el diseño del Estado, los discursos civilizatorios y las prácticas punitivas. A partir de un estudio sobre discursos penales en Colombia se propone el concepto de *institucionalismo punitivo* para abordar formas concretas de organización de la penalidad, lo cual permite a su vez trazar las continuidades y discontinuidades de los discursos que inciden en la configuración de las prácticas punitivas. El institucionalismo punitivo consiste en un conjunto de discursos que se transforman según formas históricas concretas de dominación y que se articulan desde diferentes actores que afirman que hay defectos institucionales que hacen que los Estados no logren gobernar adecuadamente la seguridad. Estos discursos legitiman el uso de la violencia como práctica de gobierno del crimen centrándose en la importancia de las instituciones estatales para construir una sociedad segura.

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes; especialista y magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT; abogado, Universidad de Antioquia. Se ha desempeñado como profesor en diversas universidades del país. Actualmente es profesor de la Universidad de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: fl.tamayo10@uniandes.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0960-0849>

Para ello, recurren a diferentes formas de discursos civilizatorios que comparan países subordinados con países del Norte Global para afirmar que el problema de la inseguridad está condicionado por lo inadecuado del aparato estatal. Estas narrativas simplifican los problemas sociales y argumentan que la mejor respuesta a la inseguridad es el refuerzo del Estado penal, lo que ha implicado diferentes formas de diseño y expansión del aparato punitivo en países del Sur Global.

Abstract

This paper presents a theoretical tool for analysing penal changes using the relations between state building, civilizing narratives and penal practices. The paper suggests the concept of *penal institutionalism* outlined from data collected in a case study about Colombian penal practices. The concept helps understanding and tracking penal narratives and its influence on penal practices. The penal institutionalism consists in a wide range of dynamic narratives and actors conditioned by historical forms of dominance, that supposed that State weakness may explain why certain States fail in governing security. Such narratives legitimize violence as the primary strategy for building security. To do so, penal institutionalism use civilizing narratives comparing Global North and South to highlight the inadequacy of State institutions in the South. The comparison simplifies social problems to defend that strengthening the Penal State is the best way to guarantee security in the Global South.

Palabras clave

Política criminal, prácticas punitivas, institucionalismo punitivo, colonización, debilidad estatal, Estado penal

Keywords

Criminal Policy, Penal Practices, Penal Institutionalism, Colonization, State Weakness, Penal State

Sumario

Introducción: estudiar los cambios en la penalidad en el Sur Global. Discursos y prácticas punitivas en Colombia. El institucionalismo punitivo y el gobierno de la inseguridad. El Estado penal en el marco del institucionalismo punitivo. Conclusiones

Introducción: estudiar los cambios en la penalidad en el Sur Global

Las prácticas y los discursos punitivos se condicionan mutuamente. Las prácticas de gobierno del crimen condicionan los discursos que se construyen sobre ellas para darles sentido y legitimarlas; a su vez, las prácticas discursivas producen y reproducen prácticas específicas en contextos concretos. Estos análisis se popularizaron gracias al ascenso de los estudios culturales en las ciencias sociales¹ y al trabajo de Foucault sobre la relación entre los discursos y el poder². La popularización de los análisis culturales en la criminología originó diversos análisis que se centran en la interpretación de las prácticas de atribución de significado sobre el crimen y el castigo³. Los trabajos de Foucault, por su parte, originaron una amplia literatura centrada en examinar la relación entre las prácticas discursivas y la constitución de formas de legitimación individual, institucional y científica de las estrategias de gobierno⁴.

Los discursos y las prácticas punitivas confluyen para organizar diferentes racionalidades de gobierno que pueden resultar convergentes o contradictorias⁵. Las racionalidades pueden ser divergentes, por ejemplo, cuando el discurso penal liberal se opone al uso de castigos que vulneren la dignidad humana y los discursos económicos afirman que el castigo debe ser tan dañino como sea posible para disuadir del delito. También pueden converger cuando se muestra que existe una relación entre las condiciones indignas en que se ejecuta un castigo y la prevención efectiva del crimen.

Esta interacción entre múltiples racionalidades de gobierno del crimen hace que comprender los cambios la penalidad sea una tarea compleja⁶. El gobierno del crimen

1 Richard Johnson, "What Is Cultural Studies Anyway?", *Social Text* 16, (1986-1987): 28-80.

2 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino (México DF: Siglo XXI Editores, 2014).

3 Jeff Ferrell, "Cultural criminology", *Annual Review of Sociology* 25, (1999): 395-418.

4 Pasquale Pasquino, "Teatrum politicum: The genealogy of Capital-Police and the state property", en *The Foucault effect*, eds. Graham Burchell, Colin Gordon y Peter Miller (Chicago: The University of Chicago Press, 1991); Jonathan Simon, "Megan's law: crime and democracy in late modern America", *Law and Social Inquiry* 25, n.º4 (2000): 1111-1150; Jonathan Simon, *Gobernar a través del delito*, trad. Victoria de los Ángeles Boschioli (Barcelona: Gedisa, 2011); Mariana Valverde, *Michel Foucault*, (New York: Routledge, 2017).

5 Pat O'Malley, "Volatile and contradictory punishment", *Theoretical Criminology* 3, n.º2 (1999): 175-196.

6 Ashley Rubin, "Penal change as penal layering: A case study of proto-prison adoption and capital punishment reduction, 1785-1822", *Punishment and Society* 18, n.º4 (2016).

no se mueve en una u otra dirección de manera constante, sino que oscila, según los contextos, entre diferentes formas de administración que encuentran asidero en múltiples discursos que las organizan y legitiman. Recientemente, la literatura ha mostrado cómo los discursos sobre la eficiencia de recursos⁷, la inmigración⁸, el miedo⁹, la raza¹⁰, entre otros, condicionan las prácticas punitivas.

En el caso colombiano, aunque la literatura es menos abundante que en el Norte Global, existen diversos análisis que van en esta dirección. Varios autores han señalado la manera en que las lógicas y discursos sobre la guerra condicionan las prácticas punitivas en el país¹¹. Otros han analizado la incidencia de los discursos sobre la eficiencia de recursos en el diseño del gobierno del crimen nacional¹². También existen autores que se han centrado en la relevancia de la producción de significados cotidianos sobre el crimen, la seguridad y el castigo¹³; o quienes se han centrado en la manera en que los discursos especializados se movilizan exitosamente, o ceden terreno a formas de sentido común que condiciona la forma que toma el gobierno del crimen¹⁴.

7 Malcolm M. Feeley y Jonathan Simon, "The new penology: notes on the emerging strategy of correction and its implications", *Criminology* 30, (1992). 449-474.

8 Alison Gerard y Sharon Pickering, "Crimmigration. Criminal justice, refugee protection and the securitisation of migration", en *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies* (London: Routledge, 2013).

9 Gabriel Kessler, *El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito* (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011).

10 Michael Tonry, *Punishing race: a continuing American dilemma* (New York: Oxford University Press, 2011).

11 Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo*, (Buenos Aires: Ad-hoc, 2008); Manuel Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción* (Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2010); William Fredy Pérez Toro, Alba Lucía Vanegas Yepes y Carlos Mario Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal: La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia* (Medellín: Dike-Universidad de Antioquia, 1997).

12 Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Reformas legales y justicia penal en Colombia: la lenta e imperceptible configuración de un modelo "eficientista"", en *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*, coord. Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda (Bogotá: Universidad de los Andes, 2022).

13 Fernando León Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque: el gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas* (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2021).

14 Julián Andrés Muñoz Tejada, "Populismo y expertos en materia penal: debate sobre el rol de los expertos en el diseño de la política criminal", en *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*, coord. Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda (Bogotá: Universidad de los Andes, 2022).

Aunque todos los análisis mencionados ayudan a comprender el gobierno del crimen en Colombia también quedan múltiples cuestiones por ser explicadas. A ello se dedica el presente artículo. En este texto, pretendo mostrar cómo ciertos discursos han creado una obsesión con el fortalecimiento de las instituciones y capacidades estatales para controlar el crimen como forma de garantizar la seguridad en el país. Estos discursos simplifican el problema de la debilidad del Estado colombiano y los efectos que genera, lo cual deja de lado las causas y efectos sociales de los problemas de seguridad en el país y, en su lugar, enfatiza la ausencia de controles como explicación de la inseguridad.

En la intersección que se construye entre la debilidad estatal y su simplificación discursiva en relación a la seguridad surge lo que denominaré *institucionalismo punitivo*. El institucionalismo punitivo consiste en un conjunto de discursos articulados por diferentes actores que afirman que hay defectos institucionales que hacen que el Estado no logre gobernar adecuadamente la seguridad en el país y que, de corregirlos, se podría solucionar el problema del crimen. Estos discursos, cuyas fuentes son variadas, legitiman el uso de la violencia como práctica de gobierno del crimen centrándose en la importancia de las instituciones estatales para construir una sociedad segura. Para ello, recurren a discursos civilizatorios que comparan a Colombia con países del Norte global para afirmar que el problema de la inseguridad en Colombia está condicionado por lo inadecuado de su aparato estatal.

Aunque ciertamente el aparato estatal colombiano es débil, este raquitismo puede analizarse desde diferentes puntos de vista. El primer punto de vista no necesariamente conduce a endurecer las prácticas punitivas, pues puede apuntar a la necesidad de construir una sociedad más garantista, inclusiva, equitativa y democrática. En este caso, la debilidad del Estado no se centra en su incapacidad para garantizar la seguridad, sino en sus limitaciones para otorgar condiciones de vida aceptables para todos los habitantes del país. El segundo punto de vista es el rasgo particular del institucionalismo punitivo, en tanto construye un conjunto de enunciados para justificar la necesidad de medidas de control violento, antes que en medidas sociales incluyentes. En este sentido, el institucionalismo punitivo degrada la discusión sobre las causas sociales del crimen y resignifica discursos morales conservadores que prefieren medidas coercitivas que afectan de manera desproporcionada a poblaciones subalternas.

El institucionalismo punitivo se manifiesta en diversas maneras. En primer lugar, implica un fortalecimiento del Estado Penal en todos los niveles, desde la producción de leyes que endurecen penas hasta la expansión del aparato penitenciario, pasando

por el fortalecimiento de la policía y la justicia penal. En segundo lugar, implica una reorganización institucional para garantizar eficiencia, que trae consigo procesos de descentralización y privatización de las prácticas punitivas. En tercer lugar, enfatiza la importancia de los deberes por encima de los derechos, para presentar la construcción de un Estado fuerte como un problema cultural. En cuarto lugar, eclipsa discursivamente las alternativas de gobierno de la seguridad que no se aferran al aparato penal, y con ello limita sus posibilidades de aparición.

La convergencia de todo lo anterior deriva en una reducción discursiva de las causas de la inseguridad, así como en una eliminación de alternativas para gobernar el crimen por vías más incluyentes. Esto construye una racionalidad en la que la expansión del poder punitivo no es un problema, sino algo deseable, en tanto es una manifestación de la capacidad estatal de enfrentar la inseguridad. Esta racionalidad crea, además, un contexto ideal para que múltiples discursos diversos que pretenden endurecer las prácticas penales se articulen y faciliten el fortalecimiento del Estado penal.

Para sostener mi argumento el presente texto contiene tres secciones y un acápite de conclusiones. En la primera sección presento la manera en que las prácticas discursivas y punitivas se han conectado en el caso colombiano. En esta sección, analizo la producción académica local que ha intentado explicar los cambios en la penalidad a partir de la interacción con discursos que producen y reproducen las prácticas punitivas. La segunda sección presenta el concepto de institucionalismo punitivo como una racionalidad que organiza discursos diversos en torno a la necesidad de fortalecer el Estado penal para gobernar adecuadamente la seguridad. En la tercera sección, presento la manera en que el institucionalismo punitivo se ha moldeado en prácticas punitivas en el país, y los efectos del mismo en la forma en que se configura y justifica el gobierno del crimen. Finalmente, ofrezco unas conclusiones.

1. Discursos y prácticas punitivas en Colombia

Si bien es admitido que la sociología del castigo en Colombia es una disciplina reciente¹⁵, la presencia de la criminología crítica en ejercicios de investigación provenientes desde diferentes disciplinas, así como la preocupación por la violencia en el país, ya habían apuntado a las relaciones que se construyen entre los discursos y las prácticas de gobierno del crimen en Colombia. Los trabajos de

15 Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda, "Una sociología jurídica del crimen para Colombia", en *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*, coord. Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda (Bogotá: Universidad de los Andes, 2022).

los violentólogos¹⁶ dieron un primer paso en la construcción de vínculos entre los discursos de gobierno y su materialización en estrategias de control del crimen, que fueron luego apuntalados por una enorme producción interdisciplinar.

Una primera línea de trabajo se ha encargado de analizar las relaciones existentes entre las prácticas discursivas relacionadas con la guerra y el exterminio del enemigo, que fueron apareciendo en Colombia desde el siglo XIX. Esta línea ha identificado cómo tres grandes cuerpos discursivos dieron forma a prácticas bélicas de gobierno del crimen que, aunque han variado en extensión e intensidad, siguen apareciendo hasta la fecha.

En primer lugar, aparece el gobierno de la disidencia política. La construcción de los enemigos de los partidos políticos en el poder marcó la manera en que se gobernó a los miembros del partido liberal durante la regeneración y, sobre todo, durante la época de la Violencia partidista de los años 40's y 50's del siglo XX. Como documentan Adarve Calle¹⁷ y Cote Barco¹⁸, los discursos de la guerra y la enemistad se materializaron en prácticas punitivas concretas de persecución penal y exterminio físico de los enemigos políticos.

Algo similar pasó con los otros dos cuerpos discursivos que, además del anterior, se enmarcaron en la lógica de la guerra. Por un lado, el discurso de la guerra contra el comunismo condicionó y legitimó las prácticas de gobierno de la movilización social y la represión de los movimientos insurgentes¹⁹. Por otro lado, la narrativa de la guerra contra las drogas hizo lo propio en la configuración de las prácticas punitivas para combatir las organizaciones criminales encargadas del narcotráfico²⁰.

Debido a la relevancia que la violencia política ha tenido en Colombia, la mayor parte de la producción académica se ha concentrado en las relaciones entre los discursos de la enemistad y el gobierno del crimen, y existe una enorme producción

16 Jefferson Jaramillo, *Pasados y presentes de la violencia en Colombia. Estudios sobre las comisiones de investigación (1958-2011)* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2014).

17 Lina Adarve Calle, "La Ley de los Caballos de 1888: entre la búsqueda del 'orden' y la construcción de un enemigo", *Nuevo Foro Penal* 7, n.º 78 (2012). 146-168.

18 Gustavo Emilio Cote Barco, *Derecho penal de enemigo en la violencia (1948-1966)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010).

19 Fernando León Tamayo Arboleda y David Orrego Fernández, "La creación del delito y el delincuente en Colombia. Análisis socio-jurídico del decreto 707 de 1927", en *Temas criminológicos latinoamericanos. Teoría, evidencia empírica y ejecución penal*, ed. Norberto Hernández Jiménez (Bogotá: Universidad Javeriana-Tirant lo Blanch, 2021).

20 Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*.

intelectual sobre la materia²¹. Sumado a lo anterior, desde comienzos del Siglo XXI diversos autores han ampliado el foco de análisis. Si bien la mayoría de autores mantienen una conexión argumentativa con la violencia política, el control de la movilización social, el conflicto armado y el narcotráfico, también aparecieron análisis que focalizaron otros arreglos discursivos como condicionantes de las prácticas punitivas. Estos podrían dividirse en cuatro, los discursos relacionados con la economía (en particular, con la gobernanza neoliberal), los discursos relacionados con el cuestionamiento de las instituciones y la experticia jurídica, los discursos de la seguridad ciudadana, y los discursos de dominación sobre poblaciones subalternas.

En cuanto a los discursos relacionados con la economía, varios autores han mostrado como las narrativas de la eficiencia operativa y la maximización de recursos económicos han condicionado la manera en que se diseñan las estrategias de gobierno del crimen. Estas narrativas han redefinido la manera en que se concibe el trabajo policial²², el proceso penal²³ e, incluso, la administración penitenciaria²⁴.

Por su parte, los discursos que cuestionan las instituciones o la experticia jurídica podrían agruparse en narrativas antigarantistas y en el denominado populismo punitivo. Los primeros discursos enfatizan en la incapacidad del derecho liberal para atender las demandas de protección de la sociedad demandadas por los ciudadanos. En este cuerpo discursivo se agrupan narrativas que apuntan hacia la necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas²⁵, de actualizar las categorías de imputación penal para responder mejor a las realidades contemporáneas²⁶ o de transformar las garantías constitucionales para facilitar la persecución penal²⁷.

21 Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo*; Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*; Pérez Toro, Vanegas Yepes y Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal*; Cote Barco, *Derecho penal de enemigo en la violencia*.

22 Fernando León Tamayo Arboleda y Mariana Valverde, “Understanding contradictory styles of policing”, *Theoretical Criminology* 28, n°3 (2024): 364-381.

23 Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo*.

24 Libardo Ariza, “Reformando el infierno”, en *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*, Libardo Ariza, y Manuel Iturralde. (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011).

25 David Enrique Valencia, “Las consecuencias del punitivismo internacionalista sobre el proceso penal reformado: de la cultura procesal liberal a una cultura procesal autoritaria”, en *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*, coords. Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda (Bogotá: Universidad de los Andes, 2022).

26 Juan Oberto Sotomayor Acosta y Fernando León Tamayo Arboleda, “La nueva ‘cuestión penal’ y los retos de una ciencia penal garantista”, *Nuevo Foro Penal* 10, n.º82 (2014): 177-194.

27 Ibidem.

En cuanto al populismo punitivo, muy ligado a las narrativas antigarantistas, aparecen discursos que cuestionan la relevancia del conocimiento especializado en la configuración de las prácticas punitivas y demandan una mayor democratización y participación no especializada en la organización del sistema penal. Aquí, el trabajo de Muñoz Tejada²⁸ fue fundamental en señalar que el populismo punitivo es una racionalidad de gobierno que privilegia aproximaciones no especializadas al gobierno del crimen.

Las narrativas de la seguridad ciudadana han encontrado lugares independientes a los discursos anteriores para reorganizar el control penal en Colombia. Esta línea ha mostrado como la consolidación de las ciudades como espacios diferenciados de gobierno y su separación simbólica de los conflictos armados rurales y los grandes problemas del narcotráfico, ha permitido la configuración de formas de gobierno centradas en controlar los espacios públicos y las interacciones cotidianas en las grandes urbes del país²⁹.

Finalmente, en diferentes momentos históricos, y aún con un enorme vacío en la cantidad de investigación producida, han aparecido análisis que relacionan la manera en que se construyen discursos de dominación de raza, clase y género para configurar las prácticas punitivas del país³⁰. Esta línea muestra cómo narrativas que constituyen formas espacio-temporalmente condicionadas de dominación social tienen un efecto importante en el tipo de prácticas punitivas que se despliegan en el país.

Según mostraré en la siguiente sección, el institucionalismo punitivo no es un discurso aislado de todas estas cuestiones, pero permite comprender mejor la forma en que operan y se articulan. El institucionalismo punitivo sirve como una herramienta analítica que permite agrupar diferentes ámbitos discursivos que se relacionan en torno a la manera en la que las instituciones del país son percibidas, y el rol que cumplen (o deberían cumplir) en el gobierno del crimen. En últimas,

28 Muñoz Tejada, "Populismo y expertos en materia penal".

29 Tamayo Arboleda. *Del Estado al parque*.

30 Laura Guerrero Castro, "Por débil, por inmoral, por degenerada, ¿por libre? la mujer delincuente en el periodo de la regeneración en Bogotá (1986-1909)", en *Castigo y sociedad: análisis interdisciplinarios sobre el control del crimen*, eds. Fernando León Tamayo Arboleda y Norberto Hernández Jiménez (Bogotá: Tirant lo Blanch-Pontificia Universidad Javeriana-Universidad de los Andes, 2025); Stacey Hunt, "Citizenship's place: the state's creation of public space and Street vendors' culture of informality in Bogotá", *Society and Space* 27, n.º2 (2009): 331-351; Soledad Niño Murcia, "Territorios del miedo en Santafé de Bogotá (Colombia)", *Investigación y Desarrollo* 8, n.º2 (2000): 170-179; Yesenia Barragán, *Cautivas de la libertad*, (Bogotá: Planeta, 2023); Max Hering Torres, *1892: un año insignificante. Orden policial y desorden social en la Bogotá de fin de siglo*, (Bogotá: Crítica, 2018).

aunque con rasgos particulares que analizaré a renglón seguido, el institucionalismo punitivo es un vector que conecta diferentes manifestaciones de todos los discursos anteriores para construir una forma de estudiar la manera en que se organiza y legitima el crecimiento del Estado penal. Precisamente, creo, su mayor capacidad analítica se deriva de esta capacidad de conectar fuentes diversas y dinámicas de producción de discursos punitivos.

2. El institucionalismo punitivo y el gobierno de la inseguridad

Como se planteó inicialmente, el institucionalismo punitivo consiste en un conjunto de discursos que se articulan desde diferentes actores que afirman que hay defectos institucionales que hacen que el Estado no logre gobernar adecuadamente la seguridad en el país y que, de corregirlos, se podría solucionar el problema del crimen. En esta línea, el institucionalismo punitivo tiene como característica particular el uso estratégico de la debilidad estatal para movilizar una agenda de fortalecimiento del aparato penal como solución a los problemas de inseguridad, y por eso puede conectarse con muchos de los análisis presentados en la sección anterior. Dichos discursos se aferran a lecturas simplificadas sobre la institucionalidad con la intención de endurecer las prácticas punitivas.

El institucionalismo punitivo apunta a problemas estructurales del Estado colombiano que pueden ser ciertos o, cuando menos, defendibles. Es difícil negar que el Estado colombiano tiene diversas dificultades para materializar la seguridad, la equidad, la igualdad y, en fin, casi todo el catálogo de derechos constitucionales. En algunos casos, esta situación es evidente y documentada. Por ejemplo, cuando miramos la situación de las cárceles y centros de detención transitoria en el país, es imposible negar que las condiciones de garantía de acceso a bienes básicos y derechos fundamentales es más reducida que en otros lugares del mundo³¹. En otros casos, aunque ciertas deficiencias estructurales están indebidamente diagnosticadas, la evidencia sugiere la existencia de mayores problemas en comparación con otros lugares. Esto sucede, por ejemplo, con los índices de corrupción. Si bien estos

31 Libardo José Ariza, *Tres décadas de encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo*, (Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2023); Norberto Hernández Jiménez, *El derecho penal de la cárcel: una mirada del contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad EAFIT, 2018).

índices suelen medir la percepción y no la realidad, ubican a Colombia entre los países con alto índice de corrupción³².

Precisamente, la manera en que el institucionalismo punitivo se aferra a realidades de deficiencia estructural lo hace particularmente peligroso. Los discursos que se enmarcan en el institucionalismo punitivo se soportan en las deficiencias estructurales del Estado colombiano para afirmar que el fracaso en el control del crimen se deriva de la falta de provisión de seguridad. Esto funciona a través de una comparación con otros países con mejores índices de seguridad, para enfatizar en que las razones de la diferencia están en la forma en que el Estado penal se ha construido en otros lugares. Sin embargo, este ejercicio implica simplificar, por un lado, la realidad del país, y por otro, las realidades de otros lugares donde el mejor control de la seguridad se deriva de acciones complejas que exceden al mero fortalecimiento del Estado penal.

El uso estratégico de la comparación para fortalecer el Estado penal implica, además, un discurso civilizatorio que se extiende desde las debilidades estatales hasta la moral ciudadana. Los defectos estatales son trasladados como defectos de los colombianos, y se convierten en un discurso de moralización individual. Se hace parecer que la debilidad estatal es causada por —y a su vez, es causa de— un desajuste social que hace que el colombiano no logre vivir en comunidad de manera respetuosa. Esto se logra a través de dos mecanismos. Por un lado, la mirada comparativa hacia otros lugares simplifica todo el contexto. Se olvida, por ejemplo, que el sistema penal estadounidense está plagado de injusticias contra personas negras, o que Europa no se reduce a los países con economías más fuertes; mientras se evade la cuestión de que las deficiencias estructurales del Estado colombiano no se agotan en la falta de seguridad.

Por otro lado, esta simplificación de las realidades apunta, de diferentes formas, a discursos que construyen diferencias morales entre sociedades —y sujetos— civilizadas y bárbaras. Aquí, los Estados fuertes que se usan para comparar a Colombia aparecen de manera unidimensional como lugares incluyentes, democráticos y seguros gracias al rol de las instituciones y la identidad cultural con las normas; algo que fracasa en Colombia en todos los niveles. Se deja de lado, por ejemplo, que las economías de los Estados fuertes son mucho más estables que la colombiana, que en dichos países también existen formas de exclusión y segregación, o que Estados Unidos y Europa se fortalecieron gracias a procesos de extracción económica violenta en América Latina, África y Asia.

32 Según los últimos resultados de Transparency International, Colombia ocupa el puesto 87 en la percepción de corrupción, entre 180 países analizados.

Las raíces del institucionalismo punitivo en Colombia pueden hallarse en las visiones civilizatorias del Estado y sus individuos que desde el siglo XIX han defendido las élites locales. Para ese entonces, personajes prominentes señalaban los problemas institucionales y su relación con la falta de seguridad y estabilidad en el país,

(...) recorrer una gran parte del territorio de la Nueva Granada, y de conocer la opinión de sus habitantes acerca de las reformas que deben hacerse en nuestra organización política. Y al mismo tiempo examinaba esta opinión, en todas partes decidida en favor del establecimiento del sistema federal, he meditado en las razones que pudieran sugerir la conveniencia de esta vital reforma, y me he convencido que ella es, no solo el voto de mis conciudadanos, sino la necesidad imperiosa de la situación, y la solución de las dificultades políticas en que nos encontramos envueltos³³.

La obsesión por ordenar el país no se agotaba con las instituciones políticas foráneas para forjar un país primero fuerte institucionalmente y luego funcional socialmente, sino que el pensamiento de que el fortalecimiento institucional era fundamental para lograr un Estado fuerte y para conseguir la obediencia de los ciudadanos al derecho se acompañaba con una descalificación de las capacidades de los colombianos para administrarse de buena manera. Lo anterior se acompañó de las narrativas del control territorial como fundamento de toda organización estatal, y sirvió para imaginar zonas de frontera que el Estado no era capaz de gobernar³⁴. Esto permitió a la administración central llevar una misión civilizadora a las regiones periféricas a través de la fuerza³⁵.

Podría decirse que, por un lado, durante el siglo XIX existió una obsesión por copiar las instituciones y leyes europeas por considerarlas mejores para el gobierno del país³⁶. Y, por otro lado, la idea de insuficiencia institucional se acompañaba de una idea de insuficiencia individual para administrar el país. La racialización de la población durante el siglo XIX que apuntaba a la incapacidad de los individuos con ascendencia indígena y negra para gobernar —y gobernarse— no solo servía para

33 Florentino González, "Escritos de 1852-58", en *Escritos políticos, jurídicos y económico* (Bogotá, D. C.: Instituto Colombiano de Cultura, 1981), 212-213.

34 Margarita Serje, *El revés de la nación: territorios, fronteras y tierras de nadie*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005).

35 Ibidem.

36 Miguel Alejandro Malagón Pinzón, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano* (Bogotá: Universidad del Externado, 2007); González, "Escritos de 1852-58".

construir la idea de superioridad física y moral de los blancos, sino para afirmar que el fracaso institucional era parte de un problema más extendido debido a los caracteres genéticos de ciertas poblaciones³⁷. El institucionalismo punitivo aparecía en siglo XIX, entonces, como una mixtura civilizatoria sobre la existencia de mejores formas de administrar, pero también una idea de que, por naturaleza, había poblaciones que eran mejores administradoras.

Seguramente quien mejor muestra la combinación sutil de la misión institucionalista, civilizatoria y racializada es Miguel Samper. El intelectual liberal replica los efectos del institucionalismo civilizatorio, la racialización y las ideas sobre inferioridad moral en la concepción de la seguridad. En *La miseria en Bogotá*, el autor afirma que la causa de la inseguridad en Bogotá puede hallarse en comportamientos inmorales —que en el discurso decimonónico se atribuían principalmente a comunidades periféricas, negras e indígenas— y en que no se ha logrado responder institucionalmente de manera eficiente al problema. Continúa afirmando la importancia de fortalecer al Estado y, sobre todo, los organismos encargados de hacer cumplir las normas. Según él, esto permitiría garantizar la seguridad, pero también moralizar y civilizar a los colombianos³⁸.

Todas estas cuestiones reaparecen en las versiones contemporáneas del institucionalismo punitivo, pero la manera en que se articulan los discursos en que se apoyan encuentran variaciones con los discursos decimonónicos. Aunque, como veremos, en su más reciente libro se han añadido algunos matices, el mejor ejemplo de todo lo anterior puede encontrarse en *Normas de Papel* de García Villegas. El autor afirma:

Dudo mucho que el camino del fortalecimiento moral sea suficiente. No creo que tengamos que esperar a que la gente sea buena para tener buenos ciudadanos o buenos gobernantes. Cuando se consigue que la gente acate la ley por miedo a que la sancionen, es muy probable que, a la larga, lo demás —la moral— venga por añadidura. Es más fácil formar buenos gobernantes a partir de instituciones eficaces, que formar instituciones eficaces a partir de buenos gobernantes. A la moral se llega más fácilmente a través del derecho que a través del sermoneo³⁹.

Su narrativa parte siempre de un lugar invisible y no probado empíricamente,

37 Alfonso Múnera, *Fronteras imaginadas: La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano* (Bogotá: Planeta Colombiana S.A, 2005).

38 Miguel Samper, *La miseria en Bogotá* (Bogotá: Colseguros, 1998).

39 Mauricio García Villegas, “Los incumplidores de reglas”, en *Normas de Papel*, dir. Mauricio García Villegas (Bogotá: Siglo del Hombre-DeJusticia, 2011), 271.

un supuesto que crea una hipótesis comparativa con otras sociedades —que, al leer todo el libro, es claramente la Europa de la revolución industrial y Estados Unidos⁴⁰— que lograron que, a través del miedo a la sanción, la gente acate la ley y absorba los valores morales del trato respetuoso. Por su parte, las instituciones aparecen como objeto central de su reflexión, apuntando a que el cumplimiento de la ley a través de la fuerza es un elemento que precede cualquier forma de identificación cultural con formas de vida civilizadas.

Aunque esta visión es generalizada en los libros de García Villegas que se refieren al tema, sería injusto no reconocer que el propio autor incluye algunos matices a su afirmación. En *Justicia con Estado*⁴¹ y *El orden de la libertad*⁴² el autor complejiza su argumentación. Aunque sigue manteniendo una versión del institucionalismo punitivo manifestado en la cita anterior, sus análisis admiten que existen otros factores necesarios para que la seguridad pueda ser materializada. En este sentido el autor parte de la idea de que un Estado penal fuerte e implacable es necesario para la seguridad, pero reconoce que se requieren intervenciones sociales para garantizar formas de participación democrática y garantía de derechos que no reduzcan las tensiones sociales que pueden llevar al delito. Destacando, en todo caso, que estas intervenciones sociales se hacen para dotar de mayor legitimidad al uso de la fuerza.

Un grado mayor de simplificación puede encontrarse cuanto el institucionalismo punitivo aparece en manos de actores híbridos entre la especialización académica y la política. En los textos del exalcalde de Bogotá Antanas Mockus sobre la cultura de la legalidad, la misión civilizatoria de las instituciones aparece de manera mucho más clara y directa, y la comparación con sociedades avanzadas aparece desnuda. Al respecto, presentando los fundamentos de sus ideas de *cultura ciudadana*, afirma Mockus:

Podemos partir de la oposición entre dos tipos ideales de sociedad: aquellas donde lo moralmente válido cabe dentro de lo culturalmente válido, lo cual a su vez cabe dentro de lo legalmente permitido, y aquellas donde, como en la nuestra, abundan las incongruencias entre esos tres sistemas de regulación de la acción y la interacción. La nuestra, en especial por su diversidad cultural y su grado de segmentación social, estaría más cerca del segundo tipo⁴³.

40 Esto aparece explicitado en Mauricio García Villegas, "Justicia con Estado", en *Jueces sin Estado*, dir. Mauricio García Villegas (Bogotá: Siglo del Hombre-DeJusticia- Fundación Konrad Adenauer-The John Merck Fund, 2008), 197.

41 Ibid.

42 Mauricio García Villegas, *El orden de la libertad*, (Bogotá: Fondo de cultura Económica, 2021).

43 Antanas Mockus S, "Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura", *Análisis Político* 21, (1994): 39.

En el artículo citado, esta comparación civilizatoria aparece ligada a una reflexión más amplia y bastante interesante sobre el rol de la democracia y los lugares compartidos como forma de construir sociedad. Sin embargo, sus argumentos se simplificaron cuando tuvo la oportunidad de gobernar la ciudad de Bogotá. En un artículo posterior, en el que da cuenta de su plan de gobierno, Mockus muestra como la creación de cultura ciudadana estuvo ligada a formas de “fortalecimiento de la mutua regulación cultural y de la propia regulación moral”⁴⁴. Estas formas de fortalecimiento se centraron en acciones institucionales de sanción, o que simulaban serlo. Dicho fortalecimiento se realizó a través de sanciones simbólicas —como tarjetas rojas que censuraban moralmente los malos comportamientos—, pero también a través de la prohibición y sanción del consumo y venta de alcohol, y del uso de la pólvora; la capacitación de policías, y el fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de recolectar datos sobre el crimen en la ciudad y elaborar políticas de seguridad⁴⁵.

Mockus, al igual que García, logra mantener su tendencia al institucionalismo punitivo contenido por una reflexión teórica más amplia sobre el significado de la democracia y la vida en comunidad. Aunque también podría formularse una crítica al uso de visiones conceptuales ideales como una forma legitimar la dominación en las sociedades modernas, no es este el objeto del presente texto. En su lugar, basta con decir que los dos autores mencionados defienden el institucionalismo punitivo, aunque moderan su énfasis en el fortalecimiento del Estado penal. Esta moderación del discurso hace parecer que su visión sobre las instituciones y la seguridad hace parte de un proyecto más amplio de intervención transversal que se enfoca en lo social y lo punitivo al mismo tiempo. Sin embargo, sigue privilegiando el crecimiento del Estado penal, lo cual puede verse con claridad cuando el institucionalismo punitivo aparece en discursos de políticos y actores gubernamentales.

Un ejemplo puede verse en los discursos del expresidente Álvaro Uribe Vélez sobre la necesidad de controlar el territorio a nivel nacional, o su traslado al contexto urbano por parte de un exalcalde como Enrique Peñalosa. Según la visión del expresidente, una de las razones centrales por las cuales el Estado colombiano ha fracasado es por su ineficacia para garantizar el control de la fuerza en los territorios. La obsesión por la soberanía, que había acompañado al gobierno del conflicto desde sus inicios, fue declarada de manera abierta por el expresidente aludiendo a la

44 Antanas Mockus, *Armonizar Ley, moral y cultura*, (Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999).

45 Ibidem.

necesidad de consolidar las instituciones colombianas para garantizar la presencia Estatal en todo el territorio nacional.

Para Uribe Vélez, como para todas las administraciones nacionales y locales, la consolidación institucional no se agota en gobernar la seguridad, sino que se extiende a todas las ramas del Estado. Esto es un asunto apenas obvio. Todos los gobiernos —independiente de su posición política— deben gobernar diferentes dimensiones que no pueden reducirse al Estado penal. Aunque se puedan trazar relaciones entre la seguridad, el trabajo, los servicios básicos, u otros objetivos de gobierno, también es posible enfatizar más alguna de las cuestiones en detrimento de las demás. En este sentido, lo que hizo la presidencia de Uribe fue enfatizar la seguridad como su centro, algo visible en la prioridad que jugaba en la comunicación del discurso.

En el informe presentado ante el congreso luego de su primera presidencia, llama la atención que el tema inicial, que aparece como precedente de todo lo demás al más puro estilo del institucionalismo punitivo, es la política de defensa y seguridad democrática. En dicho informe la relación entre seguridad, progreso e instituciones aparece de manera clara:

La consolidación de la Política de Seguridad Democrática —PDSD— ha sido la base de este éxito. Las mejoras en materia de seguridad, aunadas a la recuperación de la gobernabilidad y al fortalecimiento de las instituciones democráticas, han mejorado la confianza de la ciudadanía y de los agentes económicos en el país, incentivando la inversión, dinamizando el crecimiento económico y posibilitando una mayor inversión en seguridad social y acumulación de capital humano⁴⁶.

Sin un Estado fuerte no hay seguridad, sin seguridad no hay crecimiento económico, y sin crecimiento económico no hay progreso. Ese es el objetivo declarado de la primera presidencia de Uribe Vélez, y aparece en las páginas introductorias del documento. La seguridad lo precede todo, y no hay seguridad sin instituciones. Aquí aparece un rasgo fundamental del institucionalismo punitivo, y es el privilegio de un lugar particular de enunciación. Así como Mockus y García Villegas reconocen la amplitud del problema, los documentos del gobierno de Uribe Vélez hacen lo propio cuando muestran el gobierno del país como una cuestión multifocal que necesita de acciones de diversa índole. Sin embargo, el expresidente, el exalcalde y el sociólogo convergen en el lugar primordial de la seguridad, que la convierte en una precondition para la construcción del Estado. Primero el Estado penal, luego todo lo demás.

El institucionalismo punitivo asume como posible que el gobierno de la

46 Álvaro Uribe Vélez, *Informe al Congreso*. (Bogotá: Presidencia de la República, 2008).

seguridad se enfoque en múltiples formas de acción, pero converge en afirmar que, primordialmente, es una cuestión de orden y obediencia. Esto se repite, una vez más, en las lógicas de gobierno de Enrique Peñalosa en la ciudad de Bogotá, que replica esta forma de organizar el discurso. En su alcaldía el problema de la seguridad aparece como un asunto institucional, y se subrayan las necesidades de recuperar el control de los espacios urbanos y sus planes de desarrollo privilegian la seguridad, pero admiten que el gobierno de la ciudad pasa por diferentes asuntos⁴⁷.

El privilegio de lugares de enunciación es lo que convierte al institucionalismo punitivo en una racionalidad de gobierno interesante para articular diferentes formas de expansión del aparato penal, en tanto encuentran en esta racionalidad un lugar que permite convertir el uso del aparato penal en una prioridad absoluta en la consolidación del país. Por un lado, la simplificación de las realidades le permite al institucionalismo punitivo mostrar el gobierno de la seguridad como un asunto conectado pero independiente de otras cuestiones, lo que le permite crear un orden de intervención en materia de seguridad. Los problemas sociales se gobiernan como un todo, pero en un orden de prioridades establecido. La seguridad es presupuesto de todo lo demás, y las instituciones son las encargadas de esta tarea, por lo que primero debe fortalecerse el Estado penal. Por otro lado, permite mostrar una especie de progresismo social que aumenta la legitimidad del discurso, en tanto reconoce las raíces complejas de los problemas de seguridad, para luego asumir que la forma primaria —aunque no exclusiva— de solucionarlos es a través del Estado penal. En la siguiente sección analizaré los efectos de todo esto para prácticas punitivas concretas.

3. El Estado penal en el marco del institucionalismo punitivo

Las lógicas que afirman la necesidad de fortalecer las instituciones penales como presupuesto de construcción de un país seguro han tenido un fuerte impacto en cómo se ha organizado y legitimado la expansión del aparato punitivo en Colombia. En la presente sección presentaré cinco lugares en los que estos discursos se han organizado en políticas de gobierno particulares. Al respecto, dos aclaraciones son necesarias. Por un lado, estos lugares no se encuentran desconectados, sino que tienen múltiples conexiones entre ellos. La separación aquí presentada cumple un

47 Alcaldía Mayor de Bogotá. *Plan de desarrollo económico, social y de obras públicas para de Santa Fe de Bogotá “por la Bogotá que queremos”*. (Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 1998); Alcaldía Mayor de Bogotá. *Proyecto de plan de desarrollo 2016-2020*. (Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2016).

papel puramente analítico para mostrar los efectos del institucionalismo punitivo; pero, como he dicho antes, el rasgo particular de esta racionalidad de gobierno es las conexiones que posibilita entre diferentes discursos expansivos del aparato penal. Por otro lado, se trata solamente de ejemplos que intentan cubrir la mayor envergadura posible de prácticas punitivas, por lo que se necesita mucha investigación complementaria sobre la manera en que el institucionalismo punitivo se manifiesta en prácticas punitivas concretas.

En primer lugar, se encuentra la referencia a la necesidad de fortalecer el control territorial como forma de conservar la soberanía, y el enorme impacto que esto ha tenido en las instituciones de seguridad —sobre todo policial y militar—, así como en la legislación encargada de dirigir el gobierno de la inseguridad relacionada con el conflicto armado. En diferentes momentos de la historia política del país se ha apuntado a esta cuestión, pero estos discursos se han fortalecido en el marco del conflicto armado iniciado a mediados del siglo XX.

Diferentes autores han mostrado cómo la paranoia por la construcción de la soberanía a través del control territorial ha derivado en una fuerte inversión en el fortalecimiento del aparato militar y policial del Estado, y ha condicionado el tipo de prácticas punitivas de estas instituciones⁴⁸. La idea de que el control territorial debe recuperarse a través de la fuerza ha regido las prácticas de gobierno del crimen en el país, y con ello ha permitido manifestaciones extremas de violencia que se focalizan en las regiones con mayor incidencia del conflicto armado, o en los espacios urbanos con presencia de actores armados organizados⁴⁹. Es imposible enumerar el alcance de lo anterior en la multiplicidad de formas de gobierno del conflicto, pero la existencia de cooperación estatal con los paramilitares, la pacificación violenta de entornos urbanos, y las ejecuciones extrajudiciales son una muestra de estas prácticas extremas.

Sin embargo, la relación entre la consolidación institucional del Estado y el control territorial no solo aparece en las formas extremas de gobierno. También las prácticas cotidianas se ven afectadas por esta cuestión, desde las formas de ejercer la policía en contextos sin presencia evidente del conflicto armado⁵⁰,

48 Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo*; Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*; Pérez Toro, Vanegas Yepes y Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal*.

49 Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque*.

50 Tamayo Arboleda y Valverde, "Understanding contradictory styles of policing".

hasta las lógicas que aparecen en el centro de las narrativas jurídicas⁵¹. En este ámbito, se ha mostrado cómo la legislación penal en el país no sólo ha tenido un enorme componente extraordinario ligado a los estados de excepción o el gobierno diferenciado de espacios golpeados por la inseguridad relacionada con el conflicto armado, sino que dicho componente se ha expandido a la legislación ordinaria para configurar la totalidad del aparato penal. La disminución de garantías penales ligada al denominado derecho penal del enemigo es, entonces, una forma indirecta de focalizar la incapacidad estatal de lidiar con la inseguridad y de responder a esta deficiencia a través del fortalecimiento del Estado penal.

En segundo lugar, se ha dado una impresionante expansión de las instituciones locales en el diseño y provisión de la seguridad. La descentralización que comenzó en Colombia a finales de los ochenta como un mecanismo para aumentar las capacidades y eficiencia de las instituciones estatales, convirtió las administraciones locales en agentes importantes en la construcción del aparato penal. Principalmente en las grandes ciudades, el Estado penal se agrandó a nivel institucional con la aparición de observatorios del delito, secretarías de seguridad, y agencias intermedias encargadas de investigar sobre el crimen y proveer conocimientos para gobernarlo mejor⁵².

Este proceso fue liderado por Bogotá debido a la mayor disponibilidad de recursos económicos frente a otras ciudades⁵³, pero terminó por ser bastante homogénea en la mayoría de las grandes capitales colombianas. Las alcaldías locales fortalecieron sus sistemas preventivos del delito, destinando presupuestos para la instalación de cámaras de seguridad y el fortalecimiento de las instituciones encargadas de atender emergencias; así como intensos programas educativos para la obediencia a las normas, desde luego acompañados de prohibiciones de conductas menores consideradas peligrosas, como la venta de alcohol, el uso de la pólvora o la presencia de acompañantes en las motocicletas. A esto, se suman los actuales proyectos de expansión del aparato carcelario local que se ofrece como respuesta a las debilidades institucionales para lidiar con el cumplimiento de los derechos humanos en las cárceles nacionales, pero que terminan por ampliar las condiciones operativas del castigo en el país.

51 Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo*; Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*.

52 Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque*.

53 Gerard Martin y Miguel Ceballos, *Bogotá: Anatomía de una transformación*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004).

En tercer lugar, aparecen los proyectos de consolidación de la justicia. Se asume que los problemas de seguridad se derivan de formas inadecuadas de administración de la justicia, y que se necesitan formas mejores de perseguir, procesar y juzgar a los delincuentes. En este sentido, el cambio de procedimiento penal en el año 2004 es el mejor ejemplo de esta cuestión. Aunque la crisis de la justicia se predicaba como un problema de tiempos de procesamiento en todas las ramas del servicio, la prioridad se centró en el procedimiento penal.

En efecto, la justicia penal fue el primer objeto de discordia, mucho antes de que sucediera la reforma completa de las jurisdicciones civil, laboral y de familia. La seguridad ante el delito era el problema central, y por eso se necesitaba acortar los tiempos de procesamiento al máximo, algo que se hizo posible gracias a los sistemas de aceptación unilateral o negociada de la responsabilidad. Diversos autores muestran como el sistema de allanamientos y preacuerdos presentó una modificación estructural de la justicia en el país, y, con ello, un fortalecimiento de las capacidades estatales para emitir condenas. Esto derivó en un crecimiento acelerado del sistema penitenciario, sin necesariamente una reducción significativa de la inseguridad⁵⁴.

El fortalecimiento de la justicia penal alcanzó, además, el fortalecimiento de sus agencias anexas. La policía transformó sus capacidades operativas para ser más eficientes en la lucha contra ciertas formas de criminalidad, y reorganizó sus esquemas de recolección y análisis de información para crear políticas de prevención y reacción adecuadas para las necesidades específicas de seguridad de diferentes entornos urbanos y rurales. Algo similar sucedió con la Fiscalía General de la Nación, que se focalizó en índices estadísticos de casos evacuados para optimizar su capacidad operativa.

En cuarto lugar, los discursos del institucionalismo punitivo apuntaron a las deficiencias institucionales y legales a nivel legislativo. Las instituciones penales se concibieron como inadecuadas en su propia formulación legal, y se asumió que la mejor forma de enfrentar los problemas de seguridad era optimizando la regulación penal. Esto, además, vino acompañado de un fuerte cuestionamiento de los actores especializados encargados de gobernar, por considerar que su experticia era parte del fracaso de las instituciones penales. Este problema ha sido casi siempre leído bajo el concepto de *populismo punitivo*.

54 Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque*.

El populismo punitivo puede ser entendido de diversas formas⁵⁵. La vertiente más reciente, y que de manera más precisa analiza el caso colombiano, se centra en la idea de que el populismo punitivo implica una democratización del discurso de gobierno sobre lo penal, ampliando el ámbito en el que agentes no especializados pueden movilizar exitosamente narrativas sobre cómo gobernar mejor el delito⁵⁶. Así, el populismo punitivo implica cuestionar los agentes que gobiernan el crimen, y la forma en que estos han moldeado las instituciones del aparato penal, para argumentar que el fracaso en el gobierno de la seguridad se deriva de la inadecuación de su gestión.

Esta versión del populismo punitivo permite construir lugares de enunciación que defienden la expansión del Estado penal como una forma de corregir las deficiencias institucionales que se derivan del gobierno tradicional —o, usando la formulación de Muñoz Tejada, que se derivan del gobierno de los expertos—. Esto implica cuestionar, al mismo tiempo, las instituciones penales y las experticias que les dan forma. La propuesta de Muñoz Tejada organiza y explica mejor la relación entre el populismo punitivo y el éxito electoral de políticos y reformas que defienden la expansión del aparato penal, pero se queda corta en capturar la dinámica de los actores y los discursos, en tanto separa tajantemente los actores especializados y no especializados. Dicha separación es imposible en una práctica en la que los actores se mueven constantemente y los discursos cambian de manera estratégica⁵⁷, lo que puede percibirse mejor a través del concepto de institucionalismo punitivo en tanto no sólo se enfoca en las características de los sujetos que enuncian, sino también en los contenidos cambiantes y estratégicos de sus discursos.

En la medida en que esta manifestación concreta del institucionalismo punitivo se conecta con el cuestionamiento de la forma y las personas que moldean las instituciones penales, el discurso se ha acompañado de un fuerte cuestionamiento de la manera en que el discurso jurídico y las instituciones de justicia se convierten en agentes de inseguridad. En concreto, ha significado un ataque permanente a la judicatura por considerar que es una institución que no permite articular estrategias de

55 John Pratt, *Penal populism* (London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2007); Fernando León Tamayo Arboleda, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, *Criminalidad* 58, n.º3 (2016): 21-35.

56 Muñoz Tejada, “Populismo y expertos en materia penal”.

57 Fernando León Tamayo Arboleda, “Objetividad y política penal: el problema de los expertos en la creación del derecho penal”, en *Castigo y sociedad: análisis interdisciplinarios sobre el control del crimen*, eds. Fernando León Tamayo Arboleda y Norberto Hernández Jiménez (Bogotá: Tirant lo Blanch-Pontificia Universidad Javeriana-Universidad de los Andes, 2025).

seguridad exitosas, lo que se acompaña de una feroz crítica a las garantías penales⁵⁸.

Finalmente, el último ejemplo que quisiera presentar es la consolidación institucional y su relación con la organización de una nueva moral ciudadana, en la medida que aquí se recoge el contenido civilizatorio del institucionalismo punitivo. La idea de que la consolidación institucional es fundamental para gobernar la seguridad se ha acompañado de un énfasis en la narrativa de los deberes ciudadanos, por encima de los derechos. Esto implica afirmar que el Estado colombiano no ha logrado consolidar sus instituciones porque las mismas no han logrado penetrar el corazón de los ciudadanos, que permanecen como incumplidores de normas.

Precisamente por ello, los gobiernos nacionales y locales han hecho una importante inversión en la creación y consolidación de actores institucionales cuyo deber es moralizar a la población en el cumplimiento de normas. El caso más claro y evidente son los programas de cultura ciudadana de la ciudad de Bogotá que enfatizan, de manera suave pero vehemente, en la importancia de la sanción como mecanismo de fidelización a la norma. Desde los programas simbólicos de sanción con tarjetas rojas, hasta el uso del aparato punitivo para la prohibición de ventas ambulantes, de venta de licor o de acompañantes en motocicletas, se edifica una lógica de que las deficiencias institucionales descritas hasta ahora se relacionan con defectos morales de ciudadanos incumplidores.

Construir instituciones, entonces, se lee como una parte más amplia de edificar sociedades obedientes. Por ello, los programas de fortalecimiento institucional para gobernar la seguridad se acompañan de campañas dirigidas a fomentar la confianza en las instituciones⁵⁹. Esto ha implicado una reorganización de discursos, ya no en clave racial o religiosa como en el siglo XIX, sino en clave de uso de espacios compartidos y respeto de los derechos de los conciudadanos⁶⁰. Los ciudadanos que usan mal el espacio compartido, para el desorden o el delito, vulneran las normas básicas de convivencia, ya no, como en los textos de Samper por sus deficiencias morales, sino por su falta de consciencia política sobre cómo vivir en democracia.

Aquí, se ve con claridad la forma en que el gobierno de la seguridad se reduce y separa de otros ámbitos sociales, en tanto se concibe que el cumplimiento de los deberes ciudadanos llega primero por la convicción y la sanción, y no por el

58 Sotomayor Acosta y Tamayo Arboleda, "La 'nueva cuestión' penal y los retos de una ciencia penal garantista"; Kessler, *El sentimiento de inseguridad*.

59 Tamayo Arboleda, *Del Estado al parque*.

60 Fernando León Tamayo Arboleda y Libardo José Ariza, "Urban Surveillance and Crime Governance in Bogotá", *City, Culture and Society* 31, (2022).

establecimiento de condiciones equitativas de participación democrática y garantía generalizada de los derechos fundamentales. La priorización de los deberes ciudadanos tiene la virtud de ser una legitimación abstracta de la necesidad de fortalecer ideológicamente las instituciones, en tanto se dirigen por igual al pobre que roba para comer, o al habitante de calle que no tiene dónde dormir o defecar; y al que, con sus necesidades básicas satisfechas, usa los parques urbanos para hacer clases de yoga. El respecto por los derechos ajenos parece no reconocer clase, raza o género, ni ninguna razón concreta para las actuaciones; con ello, diluye problemas sociales complejos reduciéndolos al cumplimiento o la desobediencia de normas.

Conclusiones

En el presente texto he propuesto el institucionalismo punitivo como un concepto que nos permite articular lecturas complejas y dinámicas de la expansión del Estado penal. El institucionalismo punitivo aparece como una racionalidad de gobierno que se enfoca en defectos institucionales para explicar prácticas deficientes de gobierno de la seguridad, y se aferra a ellos para argumentar que la mejor forma —aunque no la única— de gobernar la seguridad es a través de la expansión y fortalecimiento del Estado penal.

Esta racionalidad de gobierno sirve como un vector para agrupar e interpretar diferentes discursos que parecen superficialmente desconectados en sus fuentes, como las lógicas de la soberanía o la eficiencia de los recursos económicos, pero que se reúnen en una visión particular del aparato estatal colombiano y su relación con la construcción de una sociedad segura. En este sentido, el institucionalismo punitivo ofrece un marco teórico para comprender prácticas punitivas concretas que se alimentan de formas múltiples de producción y reproducción, y analizar la manera en que diferentes actores y discursos pueden converger o distanciarse en momentos y lugares concretos.

Asimismo, el institucionalismo punitivo ofrece una teoría de alcance intermedio que permite comprender la expansión del aparato penal no sólo en Colombia, sino también en otros países con una historia de colonización institucional, intelectual y moral similar. La manera en que se apunta a las deficiencias estatales para explicar los fracasos de la nación en materia de seguridad facilita la imposición del orden a través de la fuerza, y la comprensión de los colombianos como incumplidores de normas; pero eclipsa que ambas cuestiones están relacionadas con problemas más amplios de satisfacción de condiciones aceptables de vida en los países del

Sur Global. En este sentido, la simplificación que hace el institucionalismo punitivo es una forma variable de legitimación del fortalecimiento del Estado penal, pero también es una forma de legitimación del control violento que se ejerce en contra de poblaciones marginadas.

La presente propuesta abre un conjunto de preguntas cruciales para pensar el gobierno de la seguridad en la región, pero también para pensar los análisis críticos del campo del control del crimen. Por un lado, lleva a cuestionar las prácticas punitivas en Colombia y en la región, y obliga a demandar datos sobre los vínculos que se construyen entre el fortalecimiento institucional y la mejoría de las condiciones de seguridad para todos —y no sólo para las élites—. Por otro lado, implica una aproximación crítica a la organización de los discursos sobre el gobierno del crimen, para rastrear sus orígenes, los actores que se benefician de ellos, sus soportes empíricos, los universos discursivos que crean, las prácticas que legitiman y permiten, y los efectos sociales que generan en países desiguales.

Bibliografía

- Adarve Calle, Lina. "La Ley de los Caballos de 1888: entre la búsqueda del 'orden' y la construcción de un enemigo". *Nuevo Foro Penal* 7, n.º 78 (2012): 146-168.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. *Plan de desarrollo económico, social y de obras públicas para de Santa Fe de Bogotá "por la Bogotá que queremos"*. Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 1998.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. *Proyecto de plan de desarrollo 2016-2020*. Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2016.
- Aponte Cardona, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo pena del enemigo*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2008.
- Ariza, Libardo José, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. "Una sociología jurídica del crimen para Colombia". En *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*. Coordinado por Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. Bogotá: Universidad de los Andes, 2022.
- Ariza, Libardo José. *Tres décadas de encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2023.

- Ariza, Libardo. "Reformando el infierno". En *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*. Por Libardo Ariza, y Manuel Iturralde. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Barragán, Yesenia. *Cautivas de la libertad*. Bogotá: Planeta, 2023.
- Cote Barco, Gustavo Emilio. *Derecho penal de enemigo en la violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana, 2010.
- Feeley, Malcolm M. y Jonathan Simon. "The new penology: notes on the emerging strategy of correction and its implications". *Criminology* 30, (1992): 449-474.
- Ferrell, Jeff. "Cultural criminology". *Annual Review of Sociology* 25, (1999): 395-418.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. México DF: Siglo XXI Editores, 2014.
- García Villegas, Mauricio. "Justicia con Estado". En *Jueces sin Estado*. Dirigido por Mauricio García Villegas. Bogotá: Siglo del Hombre-DeJusticia- Fundación Konrad Adenauer-The John Merck Fund, 2008.
- García Villegas, Mauricio. "Los incumplidores de reglas". En *Normas de Papel*. Dirigido por Mauricio García Villegas. Bogotá: Siglo del Hombre-DeJusticia, 2011.
- García Villegas, Mauricio. *El orden de la libertad*. Bogotá: Fondo de cultura Económica, 2021.
- Gerard, Alison y Sharon Pickering. "Crimmigration. Criminal justice, refugee protection and the securitisation of migration". En *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*. Editado por Bruce Arrigo y Heather Bersot. London: Routledge, 2013.
- González, Florentino. "Escritos de 1852-58". En *Escritos políticos, jurídicos y económicos*. Bogotá D. C.: Instituto Colombiano de Cultura, 1981.
- Guerrero Castro, Laura. "Por débil, por inmoral, por degenerada, ¿por libre? la mujer delincuente en el periodo de la regeneración en Bogotá (1986-1909)". En *Castigo y sociedad: análisis interdisciplinarios sobre el control del crimen*, eds. Tamayo Arboleda, Fernando León y Norberto Hernández Jiménez. Bogotá: Tirant lo Blanch-Pontificia Universidad Javeriana-Universidad de los Andes, 2025.
- Hering Torres, Max. *1892: un año insignificante. Orden policial y desorden social en la Bogotá de fin de siglo*. Bogotá: Crítica, 2018.
- Hernández Jiménez, Norberto. *El derecho penal de la cárcel: una mirada del contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad EAFIT, 2018.
- Hunt, Stacey. "Citizenship's place: the state's creation of public space and Street vendors' culture of informality in Bogotá". *Society and Space* 27, n.º2 (2009): 331-351.

- Iturralde, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2010.
- Jaramillo, Jefferson. *Pasados y presentes de la violencia en Colombia. Estudios sobre las comisiones de investigación (1958-2011)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2014.
- Johnson, Richard. "What Is Cultural Studies Anyway?". *Social Text*, n.º16 (1986-1987): 28-80.
- Kessler, Gabriel. *El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro. *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Externado, 2007.
- Martin, Gerard y Miguel Ceballos. *Bogotá: Anatomía de una transformación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- Mockus S., Antanas. "Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura". *Análisis Político* 21, (1994): 37-48.
- Múnera, Alfonso. *Fronteras imaginadas: La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX Colombiano*. Bogotá: Planeta Colombiana S.A, 2005.
- Muñoz Tejada, Julián Andrés. "Populismo y expertos en materia penal: debate sobre el rol de los expertos en el diseño de la política criminal". En *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*. Coordinado por Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. Bogotá: Universidad de los Andes, 2022.
- Niño Murcia, Soledad. "Territorios del miedo en Santafé de Bogotá (Colombia)". *Investigación y Desarrollo* 8, n.º2 (2000): 170-179.
- O'Malley, Pat. "Volatile and contradictory punishment". *Theoretical Criminology* 3, n.º2 (1999): 175-196.
- Pasquino, Pasquale. "Teatrum politicum: The genealogy of Capital-Police and the state property". En *The Foucault effect*. Editado por Graham Burchell, Colin Gordon y Peter Miller. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.
- Pérez Toro, William Fredy, Alba Lucía Vanegas Yepes y Carlos Mario Álvarez Martínez. *Estado de derecho y sistema penal: La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín: Dike-Universidad de Antioquia, 1997.
- Pratt, John. *Penal populism*. London: Routledge - Taylor & Francis Group, 2007.
- Rubin, Ashley. "Penal change as penal layering: A case study of proto-prison adoption and capital punishment reduction, 1785-1822". *Punishment and Society* 18, n.º4 (2016).

- Samper, Miguel. *La miseria en Bogotá*. Bogotá: Colseguros, 1998.
- Serje, Margarita. *El revés de la nación: territorios, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
- Simon, Jonathan. "Megan's law: crime and democracy in late modern America". *Law and Social Inquiry* 25, n.º4 (2000): 1111-1150.
- Simon, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Traducido por Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto y Fernando León Tamayo Arboleda. "La nueva 'cuestión penal' y los retos de una ciencia penal garantista". *Nuevo Foro Penal* 10, n.º82 (2014): 177-194.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Reformas legales y justicia penal en Colombia: la lenta e imperceptible configuración de un modelo 'eficientista'". En *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*. Coordinado por Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. Bogotá: Universidad de los Andes, 2022.
- Tamayo Arboleda, Fernando León y David Orrego Fernández. "La creación del delito y el delincuente en Colombia. Análisis socio-jurídico del decreto 707 de 1927". En *Temas criminológicos latinoamericanos. Teoría, evidencia empírica y ejecución penal*. Editado por Norberto Hernández Jiménez. Bogotá: Universidad Javeriana-Tirant lo Blanch, 2021.
- Tamayo Arboleda, Fernando León y Libardo José Ariza. "Urban Surveillance and Crime Governance in Bogotá". *City, Culture and Society*, n.º31(2022).
- Tamayo Arboleda, Fernando León y Mariana Valverde. "Understanding contradictory styles of policing". *Theoretical Criminology* 28, n.º3 (2024): 364-381.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. "Objetividad y política penal: el problema de los expertos en la creación del derecho penal". En *Castigo y sociedad: análisis interdisciplinarios sobre el control del crimen*. Editado por Fernando León Tamayo Arboleda y Norberto Hernández Jiménez. Bogotá: Tirant lo Blanch-Pontificia Universidad Javeriana-Universidad de los Andes, 2025.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. "La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano". *Criminalidad* 58, n.º3 (2016): 21-35.
- Tamayo Arboleda, Fernando León. *Del Estado al parque: el gobierno del crimen en las ciudades contemporáneas*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2021.

Tonry, Michael. *Punishing race: a continuing American dilemma*. New York: Oxford University Press, 2011.

Uribe Vélez, Álvaro *Informe al Congreso*. (Bogotá: Presidencia de la República, 2008).

Valencia, David Enrique. "Las consecuencias del punitivismo internacionalista sobre el proceso penal reformado: de la cultura procesal liberal a una cultura procesal autoritaria". En *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*. Coordinado por Libardo José Ariza, Manuel Iturralde y Fernando León Tamayo Arboleda. Bogotá: Universidad de los Andes, 2022.

Valverde, Mariana. *Michel Foucault*. New York: Routledge, 2017.



MORRÓN BONNETT, EDWARD JOEL, "La pornografía 'deepfake': retos legales y necesidad de intervención", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

La pornografía "deepfake": retos legales y necesidad de intervención*

Deepfake Pornography: Legal Challenges and Need of Intervention

Fecha de recibo: 24/06/2024. Fecha de aceptación: 13/10/2024.

DOI: 10.17230/nfp21.104.3

EDWARD JOEL MORRÓN BONNETT**

Resumen

La pornografía *deepfake*, como forma de manipulación digital que sobrepone rostros reales en cuerpos desnudos, constituye una seria amenaza para la privacidad y la dignidad de las personas. Esta problemática se agudiza con la creciente accesibilidad a herramientas de inteligencia artificial, las cuales facilitan la producción rápida y masiva de este contenido. La presente investigación explora la existencia de un marco normativo en Colombia para sancionar la difusión de este material sin el consentimiento de la persona afectada. Ante la carencia de disposiciones adecuadas, se plantea la creación de un tipo penal específico, analizando sus posibles características a través de los estudios y categorías dogmáticas pertinentes. Asimismo, se revisa la experiencia legislativa de Estados Unidos y España, con el fin de identificar elementos jurídicos que puedan adaptarse al contexto colombiano.

* Este artículo es el fruto de una investigación independiente. Expreso mi agradecimiento a los doctores Enán Arrieta Burgos y Brahian Arroyave Hincapié por sus valiosas críticas y sugerencias.

** Abogado (Universidad EAFIT) Litigante. Correo electrónico: morronedward@gmail.com.

Abstract

Deepfake pornography, as a form of digital manipulation that superimposes real faces on naked bodies, constitutes a serious threat to the privacy and dignity of individuals. This problem is exacerbated by the growing accessibility of artificial intelligence tools, which facilitate the rapid and massive production of this content. This research explores the existence of a regulatory framework in Colombia to sanction the dissemination of this material without the consent of the person concerned. In view of the lack of adequate legal provisions, the creation of a specific criminal offense is proposed, analyzing its possible characteristics through relevant studies and dogmatic categories. Likewise, the legislative experience of the United States and Spain is reviewed to identify legal elements that can be adapted to the Colombian context.

Palabras clave

Pornografía *deepfake*, inteligencia artificial, delitos informáticos, delito de injuria, delitos de mera conducta, nuevo tipo penal, derecho penal comparado.

Keywords

Deepfake pornography, artificial intelligence, cybercrime, criminal libel, conduct crimes, new criminal offense, comparative criminal law.

1. Introducción

Hace cincuenta años, era impensable que una máquina pudiera poseer capacidades analíticas comparables a las de una persona, permitiéndole realizar tareas inherentemente humanas como aprender, percibir, razonar y comprender el lenguaje natural¹. Sin embargo, la realidad actual ha experimentado una transformación sin precedentes, y nos encontramos inmersos en una abundancia de servicios informáticos que incorporan inteligencia artificial para potenciar sus funcionalidades. Algunas herramientas gratuitas como “ChatGPT” de OpenAI o “Gemini” de Google no sólo pueden sostener conversaciones realistas con los usuarios, sino que también abordan problemas altamente complejos en cuestión de segundos, incluyendo la redacción de artículos de opinión, la generación de códigos de programación, la resolución de ecuaciones, la sugerencia de recetas de cocina e

1 José Cabanelas Omil, “Inteligencia artificial: ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?”, *Mercados y Negocios*, n.º40 (2019): 5-16.

incluso la enseñanza de idiomas extranjeros como japonés y alemán, demostrando su amplio alcance y versatilidad.

No obstante, la inteligencia artificial va más allá de la generación de texto, siendo capaz de adoptar diversas formas según las necesidades y aspiraciones de los usuarios. Por ejemplo, en 2019, el Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) desarrolló un modelo predictivo capaz de detectar el cáncer de mama años antes de que se manifieste clínicamente. Para ello, la máquina analiza datos provenientes de 90,000 exámenes realizados en el Hospital General de Massachusetts (MGH), identificando patrones en radiografías que podrían indicar la presencia de posibles neoplasias malignas². Pero no todos los usos de la inteligencia artificial tienen un fin altruista o transparente. Desde 2017, ha cobrado notoriedad la práctica conocida como “*deepfake*”, una técnica permite manipular digitalmente imágenes o videos, mostrando a personas en situaciones que en realidad nunca ocurrieron, lo cual plantea todo tipo de desafíos y dilemas³.

El fenómeno del *deepfake* y la propagación de noticias falsas están estrechamente ligados, ya que esta tecnología permite situar a personalidades políticas o celebridades en contextos que contradicen sus posturas o intereses⁴. Además, si se utilizan moduladores de voz (impulsados también en inteligencia artificial), se pueden fabricar diálogos ficticios con las voces originales de estas figuras públicas, ampliando las posibilidades de engaño. Por ejemplo, podría crearse un vídeo de Donald Trump expresando su apoyo a Kamala Harris, su oponente política, en el que un ojo inexperto difícilmente detectaría la generación computarizada que hay detrás. Con todo ello, el *deepfake* ha evolucionado hacia una variante aún más peligrosa: la “pornografía *deepfake*”, que consiste en utilizar el rostro de una persona, generalmente una mujer, para superponerlo en material audiovisual o fotográfico de contenido sexual, con el fin de comercializar el contenido o extorsionar a la víctima mediante su difusión⁵.

Lamentablemente, el número de víctimas de esta práctica digital sigue aumentando cada día. Entre ellas se encuentra Kate Isaacs, una joven activista

2 Adam Conner-Simons and Rachel Gordon, “Using AI to predict breast cancer and personalize care”, *MIT News*, 7 de mayo de 2019. <https://news.mit.edu/2019/using-ai-predict-breast-cancer-and-personalize-care-0507>

3 *Ibídem*.

4 *Ibídem*.

5 Jacob Bañuelos Capistrán, “Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad”, *Revista Panamericana de Comunicación* 1, n.º2 (2020): 51-61.

británica, quien denunció que alguien tomó imágenes de una entrevista suya y, utilizando inteligencia artificial, manipuló sus expresiones faciales para crear un falso video pornográfico que fue compartido por medio de X (antes “Twitter”), dando la impresión de que ella era la actriz en cuestión⁶. De manera similar, la deportista portuguesa Mariana Rocha expuso que un grupo anónimo intentó chantajearla con fotos falsas en las que aparecía desnuda, amenazándola con compartirlas con sus familiares, amigos y contactos si no les transfería 5000 euros⁷. Asimismo, en Extremadura, España, más de veinte colegialas de entre 11 y 17 años denunciaron la circulación de desnudos falsos en diferentes plataformas de internet, afirmando que, a pesar de ser indistinguibles a simple vista, estas imágenes habían sido creadas mediante técnicas de edición con inteligencia artificial⁸.

Por otro lado, esta situación vulnera varios de los principios éticos propuestos por el profesor Armando Guío Español para el gobierno de Colombia⁹, los cuales están inspirados en experiencias internacionales. Principalmente, atenta contra el principio de privacidad, dado que los *softwares* de creación utilizan datos biométricos sin autorización para generar imágenes o videos de contenido pornográfico. Además, el libre acceso a estos programas demuestra la ausencia de barreras efectivas para proteger la integridad de las personas envueltas, comprometiendo la seguridad de potenciales víctimas. Esto también plantea interrogantes sobre su valor social, ya que, conforme al principio de “beneficio social,” las herramientas de inteligencia artificial deberían estar orientadas a lograr un impacto positivo en la sociedad¹⁰. La carencia de dicho beneficio no sólo pone en duda su justificación, sino también la pertinencia de su existencia.

Para abordar esta problemática, se procederá a determinar si la conducta descrita se subsume en alguno de los tipos penales vigentes en el Código Penal

6 Sarah McDermott y Jess Davies, “Deepfake: ‘Pusieron mi cara en un vídeo porno’”, *BBC News Mundo*, 22 de octubre de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-63354076>

7 El Tiempo, “Exsursista denuncia extorsión con falsos desnudos suyos: “He pasado por un infierno””, *El Tiempo*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.eltiempo.com/deportes/otros-deportes/mariana-rocha-denuncia-extorsion-con-fotos-creada-con-inteligencia-artificial-830997>

8 Manuel Viejo, “Decenas de menores de Extremadura denuncian que circulan fotos de falsos desnudos suyos creadas por inteligencia artificial: ‘Me dio un vuelco el corazón’”, *El País*, 18 de septiembre de 2023. <https://elpais.com/espana/2023-09-18/la-policia-investiga-el-desnudo-integral-de-varias-menores-en-extremadura-con-inteligencia-artificial-me-dio-un-vuelco-el-corazon.html>

9 Armando Guío Español, Elena Tamayo Uribe y Pablo Gómez Ayerbe. *Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia*. Consejería Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2020.

10 *Ibidem*.

colombiano (Ley 599 de 2000). En caso de que no exista una tipificación adecuada, se planteará la necesidad de que el Legislador intervenga mediante la creación de un tipo penal específico que regule esta conducta. Además, se examinarán los elementos normativos que debería incluir dicho tipo penal, así como los desafíos relacionados con la imputación objetiva y el análisis del aspecto subjetivo. Con el fin de aportar un enfoque comparado al estudio, también se explorarán los marcos normativos de Estados Unidos y España, buscando extraer elementos que enriquezcan el debate en el contexto nacional. En este sentido, la primera pregunta que debe responderse es: ¿la creación de pornografía *deepfake*, entendida como la superposición de rostros de personas adultas en contenido pornográfico mediante inteligencia artificial, constituye un delito en Colombia?

2. ¿La creación de pornografía *deepfake* debería ser un delito?

A primera vista, la creación de pornografía *deepfake* podría constituir un delito al lesionar la honra y la intimidad personal del sujeto pasivo, bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento interno. La honra, reconocida como un derecho fundamental en el artículo 21 de la Constitución Política¹¹, se desprende en dos modalidades: en su sentido subjetivo, se refiere al sentimiento individual de dignidad, vinculado con la moral autorreferente del sujeto y el grado de autoestima que posea; en su sentido objetivo, abarca los juicios de valor que otros emiten sobre la persona, es decir, la percepción que terceros tienen de ella, que en conjunto fraguan la reputación o la fama del individuo¹². Por su parte, la intimidad personal, también consagrada como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución¹³, se define, de acuerdo con la Sentencia T-696 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), como el “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente”.

11 “Artículo 21. Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”. República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Art. 21, 1991

12 Miguel Córdoba Angulo, “Delitos contra la integridad moral”, en *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, volumen I, Dir. Jaime Bernal Cuéllar (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 323-342.

13 “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Art. 15, 1991

Por otro lado, el derecho a la propia imagen está regulado dentro del ámbito del derecho de autor y la protección de datos personales, y ha sido ahondado en la jurisprudencia constitucional¹⁴. En relación con el primero, la Ley 23 de 1982 establece en su artículo 87 el derecho de la persona a impedir la difusión de su busto o retrato sin su consentimiento, con ciertas excepciones¹⁵. Aunque el rostro en sí mismo no se considera una obra o expresión artística protegida por el derecho de autor, adquiere relevancia cuando se utiliza en la creación de material audiovisual o con fines de explotación comercial¹⁶. Décadas más tarde, la Corte Constitucional elevaría este derecho al grado de fundamental y autónomo debido a su especial conexidad con otros derechos fundamentales, como la intimidad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el buen nombre, considerándolo como una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona¹⁷.

Por lo tanto, en el ejercicio de la autodeterminación de la persona, es imperativo obtener un consentimiento expreso para el uso de su rostro con cualquier propósito no contemplado en la ley como permitido. Este consentimiento, sin embargo, no implica una renuncia definitiva, puesto que el derecho a la propia imagen es personalísimo y susceptible de ser vulnerado incluso cuando se han establecido las finalidades en las que se verá involucrado. Finalmente, los rasgos faciales, conforme a la Ley 1581 de 2012, son datos biométricos que caen en la categoría de datos personales sensibles capaces de afectar la intimidad de su titular, al igual que la voz y las huellas dactilares. De modo que su recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión debe adherirse a los principios rectores de la protección de datos, ya que cualquier violación podría justificar la interposición de una acción judicial de habeas data.

Así las cosas, surge una pregunta clave: ¿la creación de pornografía *deepfake* vulnera el derecho a la propia imagen al emplear los datos biométricos de una persona para generar contenido sexualmente explícito? Sostenemos que el mero

14 Mónica Lizet Morales Neira, “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 30 (2020): 169-197.

15 El artículo 36 de la Ley 23 de 1982 establece que: “La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”. Congreso de la república de Colombia, Ley 23 de 1982: sobre derechos de autor

16 Morales Neira, “Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial”.

17 Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-407A. (M.P. Jaime Córdoba Triviño; 27 de septiembre de 2018).

uso de estos datos no puede constituir un ilícito penal; de lo contrario, un sinnúmero de casos inocuos, como la utilización del rostro para comedias, parodias u otras expresiones artísticas o comerciales, tendrían que ser sancionados. Además, si los problemas jurídicos que acarrea la pornografía falsa no residen en su producción, sino en difusión no consentida o su utilización con fines de chantaje, debería ser irrelevante para el derecho penal la creación de este contenido mientras permanezca confidencial y bajo la exclusiva posesión del autor, y no sea utilizado con propósitos extorsionistas. De igual manera, si se analiza el principio de lesividad, el cual refiere a que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro”¹⁸, se puede llegar a la misma conclusión.

Este principio tiene dos dimensiones: una negativa, que actúa como un limitador de la potestad punitiva del Estado, coartando su derecho para imponer castigos o medidas de seguridad a los transgresores de la ley penal; y una positiva, en la que se mantiene alerta ante la aparición de nuevos bienes jurídicos que requieran la tipificación de nuevas conductas antijurídicas¹⁹. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre el concepto de “bien jurídico”, ya que la definición de qué intereses sociales deben ser protegidos es fundamental para delimitar y orientar el *ius puniendi*. Existen diversas posturas al respecto, pero destacamos dos principales: la de Roxin, quien los considera como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²⁰; y la de Jakobs, quien rechaza este enfoque, argumentando que el derecho penal tiene como función garantizar las expectativas sociales que se ven afectadas cuando son

18 Luigi Ferrajoli, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 79 (2012): 100-114.

19 Miguel Díaz y García Conlledo, “La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»”, *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, n.º 2019-3 (2019): 158-175.

20 Álvaro Salgado González, “Apuntes sobre el concepto de bien jurídico”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* 4, n.º 1 (2012): 149-156.

desobedecidas las normas, de ahí que la imposición de la pena reafirme la confianza social al restablecer la vigencia de ellas²¹²².

Si se parte de que el derecho penal tiene como objetivo proteger bienes jurídicos para garantizar las libertades individuales, el principio de lesividad, en su dimensión negativa, determina que sólo aquellas conductas que penetren su núcleo esencial deberían ser objeto de persecución penal, excluyendo las acciones simplemente ofensivas, desagradables o contrarias a la moral. Así, sería desproporcionado sancionar a una persona que produzca pornografía *deepfake* únicamente para su entretenimiento personal o para satisfacer sus deseos libidinosos. Además, desarrollar una política criminal que castigue esta práctica en particular sería excesivamente complejo, porque requeriría una vigilancia constante sobre las innumerables actividades que se realizan en internet cada minuto. Esto podría derivar, a largo plazo, en una violación injustificada del derecho a la privacidad de los usuarios, especialmente cuando no están en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la seguridad nacional, la autonomía personal y la integridad física.

En resumen, sólo hay dos escenarios en los que la pornografía *deepfake* puede contravenir los intereses jurídicos de la persona afectada: (i) cuando el

21 Al respecto, Günther Jakobs en su obra *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), señala lo siguiente: “La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es de terminante y que lo determinante sigue siendo la norma. (...) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento”. Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1997).

22 José Ramón Serrano-Piedecasas, en su artículo “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 3-33, presenta estas dos posturas desde otra perspectiva: “¿La significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta? La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última mediante la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (teoría de la lesión del bien jurídico). La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (teoría del quebrantamiento de la norma). La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incrimine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, es decir, supone la exigencia de un derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad (...). Por el contrario, los que se inclinan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la misma”. José Ramón Serrano-Piedecasas, “Fundamento de la punición de la tentativa”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 3-33.

responsable comparte el material generado con terceros o lo expone públicamente sin su consentimiento; o (ii) cuando utiliza la amenaza de divulgar dicho material como una forma de intimidación para obtener algún tipo de beneficio. La segunda situación podría ser el prelude de la primera, ya que la persona podría rechazar el chantaje y, como consecuencia, enfrentar la circulación no autorizada de las imágenes y/o videos. En este caso, la conducta podría ser tipificada como un delito de extorsión (art. 244 CP) o, alternatively, de constreñimiento ilegal (art. 182 CP), dependiendo de si el sujeto activo buscó obtener provecho o utilidad ilícita a partir de ella²³. En cuanto al primer caso, al examinar las disposiciones del Código Penal, resulta obligatorio considerar el tipo penal de injuria por vías de hecho como una opción viable para sancionar a quienes incurran en esta práctica. Este delito está contenido en el artículo 226 *ibídem*, el cual establece:

Artículo 226. Injuria por vías de hecho. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agrave a otra persona.

Dado que el contenido de esta disposición jurídica es oscuro, su interpretación está supeditada a la jurisprudencia y a los estudios dogmáticos. En concreto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de febrero de 2018 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios), estableció que este delito abarca “las formas, distintas a las verbales, en las que se ataca el honor de una persona, como cuando se le abofetea, —sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales—, escupe o somete a escarnio”. Su estructura normativa es tan genérica que podría aplicarse para castigar a individuos que incurrir en conductas obscenas, como tocar de manera indebida las zonas erógenas de otra persona²⁴. Sin embargo, la divulgación de pornografía falsa no podría ser sancionada bajo esta normativa por dos razones elementales:

23 Al respecto de la diferencia entre estos dos tipos penales, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 8 de abril de 1986 (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga), indicó que “lo que distingue el tipo de delito contra la autonomía personal (...) del ilícito de extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión ‘con el propósito de obtener provecho ilícito’. La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tiene como finalidad simplemente diferenciar la extorsión del constreñimiento ilegal”. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 8 de abril de 1986 (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga)

24 Elisa Alemán Vásquez, “Distinción entre el delito de injuria por vías de hecho y algunos delitos de naturaleza sexual. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacios”, *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 261-267.

En primer lugar, este tipo penal se orienta a proteger el bien jurídico de la honra y no aborda la intimidad personal, aspecto que no debe pasarse por alto, ya que el sujeto activo usó los datos biométricos de la víctima para crear piezas visuales que compartió sin su aprobación, perjudicando su imagen y reputación. Además, su naturaleza confusa no asegura que todos los jueces sancionen esta práctica como una injuria, pues algunos podrían argumentar que la consumación de este delito requiere que la víctima presencie el acto injurioso. Esto es sustancial, dado que la jurisprudencia no ha llegado a un consenso sobre si este tipo penal es el idóneo para sancionar los ultrajes que se desarrollan desde la virtualidad²⁵, de modo que su aplicación podría contradecir el principio "*nullum crimen, sine lege stricta*"²⁶. Por lo tanto, el delito de injuria por vías de hecho no es suficiente para proteger ambos bienes jurídicos y, puesto que el ordenamiento jurídico no ofrece disposiciones jurídicas similares, es necesario tipificar la conducta de crear y difundir pornografía *deepfake* sin el consentimiento de la persona implicada.

3. La aparición de un nuevo tipo penal

En el ámbito jurídico-penal, se ha sostenido consistentemente que el principio de *ultima ratio*, como expresión del principio de necesidad, debe ejercer una influencia significativa en la elaboración de las leyes penales. Este principio establece que el derecho penal debe ser el último recurso al que recurra el legislador para sancionar las conductas antijurídicas, por lo cual debe buscar alternativas que permitan resolver los conflictos interpersonales de manera menos lesiva; y que, cuando la

25 Por el contrario, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enmarcado al delito de injuria de hecho como una conducta que se comete directamente contra el sujeto pasivo. Esta postura queda clara en Sentencias como la del 27 de julio de 2009 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas), en donde la Corporación precisa: "El agravio de que se ocupa el artículo 226, como se desprende de su propia estructura, implica en sus contenidos materiales unas vías de hecho, es decir, un comportamiento de procacidad orientado a la ofensa injuriosa de una persona, el cual se materializa no a través de la voz, ni la palabra hablada o escrita en la forma como se recoge en el artículo 220 ejusdem, sino mediante una acción externa la que como fenómeno se puede evidenciar de diversas maneras, y desde luego comportan una finalidad y resultados infamantes". Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 27 de julio de 2009 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

26 El principio "*nullum crimen, sine lege stricta*" ("no hay delito ni hay pena sin ley") refiere a que la ley penal debe ser estricta y no permite la analogía. De acuerdo con Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Manual de teoría del delito* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 79-81, para Feuerbach la efectividad disuasoria de la ley radica en su precisión en la definición de acciones prohibidas, dado que si es vaga o ambigua puede inducir a la confusión en los individuos respecto a la legalidad de sus acciones, pues no sabrían con certeza si su conducta acarrea una pena o no. Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Manual de teoría del delito*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 79-81.

intervención punitiva sea necesaria, sea ejercida bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad²⁷. Así pues, sólo las acciones que amenacen o agreden los bienes jurídicos justifican la creación de nuevos delitos, aunque es innegable que subsisten elementos subjetivos e ideológicos en la valoración de las acciones susceptibles de persecución penal.

Desde nuestro análisis, resulta evidente la urgencia de que el legislador colombiano promulgue una nueva normativa dirigida a castigar la creación y difusión no consentida de pornografía *deepfake*, dada la alarmante expansión de esta práctica en los últimos años. En el pasado, la producción de este tipo de contenido requería un conocimiento avanzado en edición fotográfica y/o audiovisual, así como numerosas horas de trabajo. Sin embargo, en la actualidad, debido a la accesibilidad de las herramientas basadas en inteligencia artificial, estos procedimientos pueden realizarse en cuestión de minutos por cualquier individuo, lo que ha contribuido al aumento constante del número de víctimas²⁸. Como se ha argumentado, la propagación de pornografía falsa puede ocasionar daños irreversibles a la imagen y reputación del individuo, toda vez que las fotos o vídeos generados pueden popularizarse rápidamente a través de diversas plataformas virtuales, incluso si el autor de estos elimina la publicación original.

En ese sentido, como se ha advertido, no existe en nuestra legislación interna alguna disposición normativa que penalice dicha actividad, ni ninguna que se enmarque adecuadamente a este fenómeno. No obstante, a través del Proyecto de Ley No. 154 de 2019, presentado por el exsenador Richard Aguilar Villa, se propuso la creación de un tipo penal denominado “violencia sexual cibernética”, el cual contaba con la siguiente descripción normativa:

Artículo 2. Adiciónense el artículo 194A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 194A. Violencia sexual por medios cibernéticos. El que revele, comparta o divulgue por cualquier medio de difusión, analógico o digital, o a través de internet, documentos íntimos como imágenes, audios, videos o similares, con

27 Raúl Carnevali Rodríguez, “Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional”, *Revista Ius et Praxis* 14, n.º1 (2008): 13-48.

28 Según el informe “2023 State of Deepfakes Report” de la empresa de ciberseguridad *Home Security Heroes*, el número de vídeos *deepfake* disponibles en internet ascendía a 95,820, lo que representa un aumento del 550% en comparación con 2019. Además, el informe destaca que el 98% de estos vídeos consisten en pornografía, que el 99% de las víctimas son mujeres, y que 7 de cada 10 sitios web para adultos alojan este tipo de material. Finalmente, expone que la producción de un vídeo *deepfake* de 60 segundos puede llevar aproximadamente 25 minutos, utilizando herramientas tanto de pago como gratuitas. *Home Security Heroes*, “2023 State of Deepfakes Report”, *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

contenido sexual sin permiso expreso de las personas que en ellos aparezcan, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere en contra de una mujer o con persona menor de 18 años.

Esta iniciativa legislativa no obtuvo aprobación en su primer debate y fue archivada de acuerdo con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992²⁹. Posteriormente, fue desarchivada y sometida a consideración nuevamente mediante el Proyecto de Ley No. 168 de 2020, enfrentando el mismo destino³⁰. De haber sido promulgada, esta normativa habría ofrecido un enfoque más adecuado para enfrentar la difusión no consentida de material pornográfico en comparación con el delito de injuria por vías de hecho. No obstante, para asegurar su eficacia y evitar interpretaciones ambiguas, habría sido crucial que en su redacción se precisara que el delito se configura independientemente de si las imágenes son reales o generadas artificialmente.

Es interesante notar que la propuesta legislativa contemplaba un incremento en la pena si la conducta afectaba a una mujer o a un menor de 18 años. Desde un enfoque de género diferencial³¹, se justifica claramente la agravación de la pena en los casos en que la víctima sea una mujer, dado que son las principales víctimas de esta práctica, siendo objeto de cosificación con mayor frecuencia que los hombres. Por el contrario, la extensión de esta agravante a víctimas menores de edad plantea cuestionamientos, ya que la conducta debería encuadrarse en el delito de pornografía con personas menores de 18 años, conforme al artículo 218 del Código Penal. Este aspecto pudo haber suscitado debate, considerando que dicho tipo penal exige que el material pornográfico consista en “representaciones reales de la actividad sexual”, lo que permite dos interpretaciones excluyentes entre sí: una que limita el delito al material obtenido de situaciones reales; y otra, más amplia, que incluiría también imágenes y videos ficticios que simulen autenticidad.

Si se adopta la segunda interpretación, la pornografía *deepfake* podría enfrentar

29 Congreso de la República de Colombia. “Gaceta del 10 de junio de 2020”. Congreso de la República de Colombia, Ley 5 de 1992: Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes (Gaceta del 2020).

30 Congreso de la República de Colombia. “Gaceta del 9 de septiembre de 2020”.

31 Sobre la perspectiva de género en materia jurídica, sugiero consultar la Sentencia T-590 de 2017 de la Corte Constitucional (M.P. Alberto Rojas Ríos, 21 de septiembre de 2017).

penalizaciones únicamente cuando involucre a personas menores de edad, quedando una laguna jurídica cuando las víctimas son mayores de 18 años. Desafortunadamente, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha aceptado que este ingrediente normativo abarque material audiovisual ficticio. En la Sentencia del 7 de febrero de 2018 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), la Corporación fue estricta al interpretar dicha expresión como imágenes genuinas y no creadas a partir de medios o técnicas informáticas, atendiendo en el principio de legalidad y estricta tipicidad³². En consecuencia, en Colombia, la pornografía infantil artificial no está legalmente prohibida hasta la fecha, sin importar el grado de realismo que presente, a diferencia de España, como veremos más tarde.

En todo caso, la propuesta legislativa mencionada constituye un fundamento robusto para la formulación de un eventual tipo penal destinado a sancionar la difusión de pornografía falsa. Igualmente, se sugiere enriquecer su contenido mediante un breve añadido. La redacción propuesta podría ser la siguiente:

Artículo 194A. Violencia sexual por medios cibernéticos: Quien revele, comparta o divulgue por cualquier medio de difusión, analógico o digital, o a través de internet, documentos íntimos como imágenes, audios, videos u otros similares, con contenido sexual sin el permiso expreso de las personas que en ellos aparezcan, independientemente de si son reales o generadas con herramientas informáticas, será sancionado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años y una multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena establecida en este artículo se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se comete en contra de una mujer (Subrayado nuestro).

Asimismo, proponemos una revisión de la redacción del artículo 218 para incluir la sanción a la pornografía falsa infantil, lo que eliminaría la segunda parte de la agravante del artículo 194A. La modificación sugerida es la siguiente:

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. Quien fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales o ficticias de actividad sexual que involucren a personas menores de 18 años de edad, será sancionado con prisión de 10 a 20 años y una multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Subrayado nuestro).

32 Valentina Arango Gómez, “Alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las “representaciones reales de actividad sexual”. Consideraciones sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña”, *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 268-274.

Una vez que se ha determinado el posible tipo penal aplicable a la conducta en cuestión, es necesario examinar la experiencia internacional en el tratamiento de este delito. Con este objetivo, se ha optado por revisar el marco legal de dos países específicos: Estados Unidos, que ocupa el segundo lugar en el mundo en casos de pornografía *deepfake* y donde se originan la mayoría de los programas de creación disponibles³³; y España, cuya normativa ha influido significativamente en el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de las décadas.

4. El tratamiento jurídico de la pornografía *deepfake* en Estados Unidos y en España

Hasta la fecha, ni en Estados Unidos ni en España, existe una regulación general específica que sancione la creación o divulgación de pornografía *deepfake*. No obstante, en Estados Unidos se han presentado proyectos de ley federal para abordar este fenómeno, como el Bill H.R. 5586, impulsado en 2023 por la congresista demócrata Yvette D. Clarke. Esta propuesta sugiere clasificar el *deepfake* como una forma de “suplantación de identidad tecnológica avanzada”³⁴, donde las imágenes pueden haber sido alteradas a partir de material visual real o generadas completamente por inteligencia artificial. En términos generales, la propagación de imágenes *deepfake* no sería ilegal, siempre que se indique explícitamente que se trata de una pieza visual creada o alterada, a excepción de los casos contemplados, por ejemplo, cuando el autor actúa “con la intención de humillar o acosar de otra manera a la persona exhibida falsamente, siempre que el registro tecnológico (...) contenga contenido sexual de naturaleza visual y parezca presentar a dicha persona participando en dichos actos sexuales o en un estado de desnudez”³⁵. En esta situación, la persona implicada podría enfrentar una multa de hasta \$150,000 dólares o una pena de hasta cinco años de prisión, siendo ambas sanciones acumulativas.

Sin embargo, en varios Estados del país anglosajón, como Georgia y Florida, ya se han establecido disposiciones jurídicas que prohíben la pornografía *deepfake* en sus territorios. En la sección §16-11-90 del Código de Georgia, se castiga a quien difunda públicamente, sin el consentimiento de la persona afectada, una fotografía o un video que exhiba desnudez o conducta sexual explícita de un adulto, incluyendo imágenes o vídeos falsamente creados. Para estas infracciones, se prevé una multa de hasta

33 Home Security Heroes, “2023 State of Deepfakes Report”, *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

34 Congreso de los Estados Unidos. “Bill H.R. 5586 del 20 de septiembre de 2023”.

35 *Ibidem*.

\$100,000 dólares y penas de prisión que van de uno a cinco años. Por su parte, en la sección §836.13 del Estatuto de Florida, se sanciona a quien divulgue representaciones visuales que alteren el cuerpo de una persona identificable o la muestren en conductas sexuales en las que no participó, sin su consentimiento. Esta conducta se clasifica como un delito grave de tercer grado, con multas de hasta \$5,000 dólares y penas de prisión de hasta cinco años, de acuerdo con la sección §775 del mismo Estatuto. En ambos estados, la víctima tiene la posibilidad de iniciar acciones civiles contra el autor de la conducta ilícita, y las penas se agravan significativamente si la persona representada es un menor de edad. Además, ambos marcos legales adoptan la postura de que la simple posesión del material pornográfico generado no se considera antijurídica hasta que sea compartido con otros.

Por otro lado, en España, la coalición electoral Sumar presentó en 2023 la Proposición de Ley Orgánica 122/000011, la cual pretendía, entre otros objetivos, incorporar el artículo 208 bis al Código Penal y modificar el artículo 211 mediante la adición de un nuevo párrafo³⁶. La redacción sugerida para estos artículos era la siguiente:

Artículo 208 bis. Igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz.

Artículo 211. (...)

Salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad.

Esta propuesta resulta interesante por tres aspectos: (i) persigue sancionar todas las modalidades de *deepfake*, sin limitarse exclusivamente a aquellas de carácter pornográfico; (ii) equipara esta práctica digital a la modalidad de injuria con publicidad, partiendo de la idea de que la mera difusión de una imagen, audio o video falso constituye una vulneración del derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de la persona involucrada³⁷; y (iii) al igual que las legislaciones de

36 Congreso de los Diputados de España. "Proposición de Ley Orgánica 122/000011 del 13 de octubre de 2023".

37 Ibídem.

Georgia y Florida, considera que la simple posesión del material creado no comporta un delito, dado que es necesaria su circulación para que se configure la conducta, lo que permite que la autorización de la víctima haga que sea considerada atípica. Sin embargo, el artículo 208 bis parece sugerir que la responsabilidad recae sobre quien haya creado y difundido el material audiovisual, en contraste con las normas estadounidenses, donde la identidad del creador resulta irrelevante y se atribuye la autoría del delito a quien realiza la publicación en medios informativos.

Por otra parte, aunque existe un vacío legal en lo que respecta a la pornografía que envuelve a adultos, es importante señalar que, en el caso de la pornografía infantil, la legislación penal del país ibérico establece como conductas punibles aquellas descritas en los literales b) y c) del numeral 1) del artículo 189, donde se castiga la mera creación de material explícito que involucre a menores, incluyendo representaciones ficticias que retraten su sexualidad:

Artículo 189. (...)

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

(...)

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (Subrayado nuestro).

De acuerdo con la Circular 2/2015 del 19 de junio de 2015 de la Fiscalía General del Estado español, el escenario previsto en el literal c) se asocia con el concepto de “pornografía técnica”, el cual implica la visualización de una persona que es o aparenta ser menor de edad en un contexto sexual, ya sea real o simulado; en este caso, sólo la verificación de la mayoría de edad del sujeto podría eximir al creador de responsabilidad penal. Por su parte, el literal d) aborda situaciones relacionadas con la “pornografía virtual”, que se refiere únicamente a representaciones visuales que no involucran a menores reales, pero que pueden resultar realistas o auténticas.

Así entonces, si el autor altera y sexualiza imágenes de una adolescente, se estaría incurriendo en el supuesto del literal c). En cambio, si la obra visual es completamente generada por inteligencia artificial, se ajustaría al literal d). Este último evento es, sin duda, polémico, ya que la infracción no se dirige contra un bien jurídico individual, sino que afecta a unos bienes colectivos como la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia en general.

Así pues, como se puede observar, España cuenta con una nutrida legislación en defensa de los derechos de los menores, lo que podría servir como cimiento para la protección de los adultos afectados por la práctica de la pornografía *deepfake*. No obstante, surgen preguntas valiosas que requieren respuesta: ¿cuáles serían los criterios de imputación jurídica a considerar en el marco de un tipo penal que sancione este fenómeno, como el propuesto delito de violencia cibernética? ¿Sería factible argumentar a favor de una modalidad culposa? Dado que la naturaleza del delito es dolosa, también es necesario examinar la configuración de la tentativa. Procedamos con un análisis detallado.

5. La imputación objetiva y el aspecto subjetivo del tipo penal

El concepto de imputación objetiva, según Reyes Alvarado (2005), se sitúa en el ámbito de la dogmática penal como “una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente”³⁸. Entre ellos, se incluyen el “fin de protección de la norma”, el “incremento del riesgo”, la “prohibición de regreso” y el “ámbito de protección de la víctima”, los cuales han sido sintetizados por autores funcionalistas como Roxin para introducir en el debate teórico dos criterios generales: la “creación del riesgo jurídicamente desaprobado” y su “realización en el resultado”. Aunque no se pretende abarcar el significado y el empleo de estos criterios, la doctrina de la imputación objetiva es la predominante en los estudios jurídico-penales, a pesar de las críticas que ha recibido, a saber, que sólo debería sopesarse en delitos culposos, ya que en los dolosos pueden utilizarse las clásicas

38 Yesid Reyes Alvarado, “El concepto de imputación objetiva”, en *Imputación objetiva y dogmática penal*, Comp. Mireya Bolaños González. (Mérida: Universidad de Los Andes, 2005), 173-203.

fórmulas finalistas, o que carece de aplicabilidad en delitos en grado de tentativa, limitándose a los delitos consumados³⁹⁴⁰.

En particular, el delito en comento debería enmarcarse dentro de la categoría de los delitos de "mera actividad", caracterizados por la suficiencia de la sola ejecución de la conducta descrita para su perpetuación, sin que el resultado sea trascendental⁴¹. No podría considerarse un delito de resultado material, porque implicaría predefinir un resultado concreto como parte del elemento objetivo del tipo. Si así fuera, ¿qué circunstancias fácticas serían necesarias para configurar el delito de violencia sexual cibernética? ¿Sería necesario que las imágenes o videos se publiquen en un sitio web para adultos? En tal caso, ¿durante cuánto tiempo deben permanecer disponibles para su consulta? ¿Sería suficiente con un minuto o se requiere un tiempo prolongado? Estas interrogantes reflejan que, al tratarse de un delito de mera actividad, es suficiente que el material pornográfico escape del control exclusivo de su autor y sea compartido en línea o con terceros, ya que su producción representa un riesgo jurídicamente relevante, desaprobado en el momento de su difusión mediante cualquier medio informático.

En términos de Jakobs, el individuo genera el material pornográfico como una expresión de la organización de su esfera de libertad, orientado a satisfacer su libido. Una vez más, aunque esta conducta pueda ser percibida como inmoral o desagradable, no representa un peligro social que justifique la intervención del derecho penal. Sin embargo, el ordenamiento le impone al sujeto la obligación de evitar su divulgación; de lo contrario, se defraudarían las expectativas sociales de la persona afectada (estas son, que no haya imágenes o videos de acceso público que retraten su sexualidad sin su consentimiento), dando lugar a la comisión de

39 Ibidem.

40 En contraposición, autores como Enrique Gimbernat Ordeig muestran su desacuerdo con esta postura. En su artículo "En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y —también— contra algunos de sus partidarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 73, (2020): 10-20, señala lo siguiente: "Resumo, por ello, cuál es el campo de aplicación de la imputación objetiva: se trata de un criterio normativo (y más concretamente: jurídico) que entra en juego para determinar si, una vez que se ha comprobado que un comportamiento doloso o imprudente ha causado un resultado lesivo, no obstante, no puede considerarse típico porque ese resultado no le es objetivamente imputable al autor". Enrique Gimbernat Ordeig, "En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y —también— contra algunos de sus partidarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 73, (2020): 10-20.

41 Juan Luis Modolell González, "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad", *Política Criminal* 11, n.º22 (2016): 368-390.

dicho delito⁴². Desde una perspectiva finalista, esta podría considerarse como un “deber objetivo de cuidado”, de manera que podría incurriarse bajo una modalidad culposa, siempre que la legislación lo contemple. En ese último caso, desde un enfoque funcionalista, la imputación objetiva podría obrar como criterio suficiente para determinar si se cumplen los presupuestos normativos del tipo, sin necesidad de considerar el aspecto subjetivo del comportamiento, indispensable sólo en los delitos dolosos⁴³⁴⁴.

De cualquier modo, el dolo de este delito se fragua cuando el individuo decide compartir con terceros el contenido pornográfico sin el consentimiento del sujeto involucrado. Debe precisarse que la coautoría no tendría cabida en este tipo penal, porque la creación del material es presidida por un único individuo y almacenada en un solo dispositivo. En ese sentido, si Carlos y Alexander utilizan el rostro de su amiga Daniela para generar un vídeo de esta índole, el deber de impedir su difusión

42 Jesús-María Silva Sánchez, “La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante”, *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, n.º1 (2019).

43 Este modelo de solución es explicado por Hans Joachim Hirsch en su texto “Sobre el injusto del delito imprudente”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º16 (2005): 207-231: “En esencia cabe subrayar respecto al tipo de lo injusto del delito imprudente que éste consiste en una acción (voluntaria) contraria al cuidado debido y en un resultado debido a la misma. Por consiguiente, se diferencia ya en el plano objetivo del tipo de lo injusto del delito doloso. Mientras que en este último el resultado pertenece también a lo injusto de la acción porque forma parte de lo querido, en el delito imprudente queda fuera del mismo. (...) A diferencia de los delitos dolosos se trata aquí, con relación al resultado, de una verdadera cuestión de imputación: la relativa a la imputación de un resultado que surge como consecuencia de un injusto de acción. Desde el punto de vista de la relación condicional entre la acción y el resultado en el delito imprudente, la teoría de la imputación objetiva encuentra, por tanto, un ámbito de aplicación legítimo. En particular, la diferenciación ya objetiva de lo injusto del hecho doloso e imprudente se refleja, entre otras cosas, en que lo injusto de la acción del delito imprudente puede producirse temporalmente antes de lo que viene dado por los presupuestos del comienzo de la tentativa en lo injusto de la acción del delito doloso”. Hans Joachim Hirsch, “Sobre el injusto del delito imprudente”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º16 (2005): 207-231.

44 De acuerdo con Alfonso Cadavid Quintero en su texto “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 59-87, la imputación objetiva juega un papel esencial en la determinación de los delitos culposos. Existen dos posturas al respecto: una que acepta la coexistencia entre la imputación objetiva y el concepto de “deber objetivo de cuidado”, y otra que sostiene que la imputación objetiva por sí sola es suficiente. Con respecto a la última, el reputado profesor señala: “Aventurarse en la senda de prescindir de un concepto que ha sido tan útil y claro como el del deber objetivo de cuidado, en aras de introducir otros criterios cuya fuerza explicativa es menor, y que darían lugar a equiparar injusto penal e infracción administrativa, no parece una experiencia que resulte útil al derecho penal, por lo menos no en Colombia, en un momento en el que el trabajo dogmático debe orientarse más bien a perfilar debidamente los contornos de las categorías existentes que sean político-criminalmente satisfactorias, que a reproducir, por meros factores de novedad, los aportes de las doctrinas foráneas”. Alfonso Cadavid Quintero, “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación”, *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 59-87.

recae en quien haya manipulado el programa de creación, aunque ambos hayan presenciado su elaboración. Si Alexander obtiene inicialmente el material y luego lo comparte con Carlos, habría incurrido en el delito en calidad de autor. Posteriormente, si Carlos lo comparte a través de sus redes sociales, sería únicamente responsable de su propio comportamiento. A partir de este punto, se debe afirmar que el delito debe tratarse como querellable⁴⁵, pues la víctima puede aprobar la circulación de las imágenes generadas o, en su lugar, optar por acudir a la jurisdicción civil para interponer una demanda en busca de una indemnización por perjuicios morales, sin que sea necesaria la presentación de una denuncia penal.

Inevitablemente, debemos abordar la cuestión de si los delitos de mera actividad pueden ser objeto de tentativa. Según lo expuesto por Reyes Alvarado (2016), la mayoría de la doctrina parece acordar que sí, aunque existe un sector que argumenta que esta modalidad sólo es posible si la actividad desplegada no conduce a la inmediata consumación del ilícito penal (v. gr. la injuria verbal)⁴⁶. Este debate se erige sobre la concepción tradicional de que la tentativa implica un delito imperfecto, ya que se requiere un resultado ontológico para satisfacer la descripción típica. Por ejemplo, si Valentina intenta dispararle a su enemiga Laura con *animus necandi*, pero debido a su mala puntería la bala impacta en la pierna de Laura y esta sobrevive, Valentina habría cometido el delito de homicidio en grado de tentativa, al no haberle causado la muerte. Sin embargo, para el reputado profesor (2016), la tentativa constituye un delito completo, en tanto el agente realiza una acción que implica un riesgo jurídicamente desaprobado que afecta un bien jurídico, lo que supone una total infracción de la normativa penal. Por lo tanto, la diferencia entre los delitos consumados y los tentados radica en que en estos últimos la puesta en peligro generada se interrumpe⁴⁷, ya sea por la voluntad del agente o por factores ajenos a su dominio.

Al abordar cómo se puede cometer con tentativa un delito que carece de un resultado específico, se debe enfatizar que los delitos de mera actividad se caracterizan por prescindir de la producción de un resultado concreto como parte del tipo objetivo,

45 El artículo 74 del Código Penal establece una lista taxativa de delitos que requieren ser denunciados por la víctima para que la acción penal sea iniciada. Por otro lado, el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) prescribe que el plazo para presentar la noticia criminal es de seis (6) meses, computados a partir de la comisión de la conducta punible; plazo puede extenderse si el querellante no estaba enterado de la ocurrencia del delito debido a razones de fuerza mayor o caso fortuito.

46 Yesid Reyes Alvarado, *El delito de tentativa* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016).

47 Ibídem.

de manera que su contenido normativo se agota con la sola realización de la acción prevista. En este contexto, para determinar si hubo tentativa, es necesario analizar los actos ejecutivos tendientes a la creación del riesgo desaprobado, sabiendo que habrá tentativa acabada cuando estos fueron efectuados, pero no condujeron a la comisión del delito; y tentativa inacabada cuando los actos resultaron inidóneos para materializar el ilícito penal⁴⁸. Por ejemplo, habría tentativa acabada si Mónica intenta subir las fotos íntimas que creó con el rostro de Juan David, pero le es imposible a raíz de un inesperado apagón que provoca que los circuitos de su computadora se quemen. En contraste, habría tentativa inacabada si ella considera que compartir el material consigo misma a través de un correo electrónico supone la consumación del crimen.

6. Conclusiones

La pornografía *deepfake*, que implica la manipulación digital de imágenes para superponer rostros de personas reales en cuerpos desnudos, constituye una grave amenaza para la privacidad y la dignidad individual. Esta situación resulta particularmente alarmante dada la creciente disponibilidad de herramientas basadas en inteligencia artificial que facilitan la creación rápida y masiva de este tipo de contenido. En Colombia, como en muchos otros países, la falta de un marco regulatorio específico para abordar este fenómeno ha generado un vacío legal que dificulta la protección de los derechos de las víctimas. Aunque el delito de injuria por vías de hecho podría utilizarse para sancionar a quienes comparten material generado sin consentimiento, esta disposición resulta insuficiente, ya que no protege adecuadamente todos los bienes jurídicos involucrados y no se aplica con certeza a comportamientos de este tipo.

A pesar de que hubo una propuesta legislativa para crear un tipo penal que sancione la difusión no consentida de material sexualmente explícito bajo la denominación de “violencia sexual cibernética”, dicha propuesta no fue aprobada en los debates correspondientes. Ante esta situación, el legislador colombiano debe promulgar una nueva normativa que aborde de manera efectiva la difusión de pornografía *deepfake*, teniendo en cuenta las características únicas de este fenómeno. Para ello, puede considerar las legislaciones internas de estados como Georgia o Florida, que penalizan este fenómeno con multas o penas de prisión, dependiendo de la gravedad del caso. Luego, si se desea focalizar en la pornografía en la que

48 María Acale Sánchez, “Los delitos de mera actividad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10 (2002): 11-45.

los menores de edad son víctimas, se puede optar por modificar el artículo 218 del Código Penal o inspirarse en el sistema penal español, que sanciona severamente no sólo la circulación, sino también la creación de este tipo de contenido, en atención a la dignidad de la población infantil.

En todo caso, sería erróneo desde una perspectiva política-criminal castigar a aquellos que crean imágenes o videos pornográficos mientras estos permanezcan bajo su control, ya que los derechos de las víctimas se ven gravemente menoscabados cuando el material generado es expuesto y apreciado por cientos de usuarios en redes sociales. Tal exposición no sólo vulnera su dignidad e intimidad, sino que también puede transformarse en un problema público. Por lo tanto, una vez que se implemente un tipo penal en el panorama jurídico nacional, será necesario definir criterios de imputación jurídica claros que permitan determinar la responsabilidad de los autores, como presuponer que se trata de un delito de mera conducta y considerar la posibilidad de contemplar una modalidad culposa, así como la configuración de la tentativa en casos donde se haya interrumpido el riesgo jurídico. Finalmente, resulta esencial no sólo sancionar a los ciberdelincuentes, sino también ofrecer portales de ayuda y orientación a las futuras víctimas de esta práctica, que continúa en aumento y no muestra signos de cesar en los próximos años.

7. Bibliografía

- Acale Sánchez, María. "Los delitos de mera actividad". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º10 (2002): 11-45.
- Alemán Vásquez, Elisa. "Distinción entre el delito de injuria por vías de hecho y algunos delitos de naturaleza sexual. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacio". *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 261-267.
- Arango Gómez, Valentina. "Alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las "representaciones reales de actividad sexual". Consideraciones sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña". *Nuevo Foro Penal* 14, n.º90 (2018): 268-274.
- Bañuelos Capistrán, Jacob. "Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad". *Revista Panamericana de Comunicación* 1, n.º2 (2020): 51-61.

- Sarah McDermott y Jess Davies. "Deepfake: 'Pusieron mi cara en un vídeo porno'". *BBC News Mundo*, 22 de octubre de 2022. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-63354076>
- Cabanelas Omil, José. "Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?". *Mercados y Negocios*, n.º40 (2019): 5-16.
- Cadavid Quintero, Alfonso. "El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 59-87.
- Congreso de los Estados Unidos. "Bill H.R. 5586 del 20 de septiembre de 2023".
- Carnevali Rodríguez, Raúl. "Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional". *Revista Ius et Praxis* 14, n.º1 (2008): 13-48.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *Manual de teoría del delito*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- Congreso de la República de Colombia. "Gaceta del Congreso del 11 de agosto de 2020".
- Congreso de la República de Colombia. "Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 2020".
- Congreso de los Diputados de España. "Proposición de Ley Orgánica 122/000011 del 13 de octubre de 2023".
- Córdoba Angulo, Miguel. "Delitos contra la integridad moral". En *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, Volumen I. Dirigido por Jaime Bernal Cuéllar, 323-342. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-590. (M.P. Alberto Rojas Ríos; 21 de septiembre de 2017).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-696. (M.P. Fabio Morón Díaz; 5 de noviembre de 1996).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 27 de julio de 2009, Rad. 31715. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 5 de diciembre de 2011, Rad. 35899. (M.P. Augusto Ibáñez Guzmán).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 8 de abril de 1986, Rad. 134. (M.P. Lizandro Martínez Zúñiga).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP107-2018 del 7 de febrero de 2018, Rad. 49799. (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia SP123-2018 del 7 de febrero de 2018, Rad. 45868. (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

Díaz y García Conlledo, Miguel. "La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio»". *Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal*, n.º2019-3 (2019): 158-175.

Manuel Viejo. "Decenas de menores de Extremadura denuncian que circulan fotos de falsos desnudos suyos creadas por inteligencia artificial: 'Me dio un vuelco el corazón'". *El País*, 18 de septiembre de 2023. <https://elpais.com/espana/2023-09-18/la-policia-investiga-el-desnudo-integral-de-varias-menores-en-extremadura-con-inteligencia-artificial-me-dio-un-vuelco-el-corazon.html>

El Tiempo. "Exsufista denuncia extorsión con falsos desnudos suyos: 'He pasado por un infierno'". *El Tiempo*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.eltiempo.com/deportes/otros-deportes/mariana-rocha-denuncia-extorsion-con-fotos-creada-con-inteligencia-artificial-830997>

Ferrajoli, Luigi. "El principio de lesividad como garantía penal". *Nuevo Foro Penal* 8, n.º79 (2012): 100-114.

Fiscalía General del Estado de España. "Circular 2/2015 del 19 de junio de 2015".

García-Ull, Francisco José. "Deepfakes: el próximo reto en la detección de noticias falsas". *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, n.º64 (2021): 103-120.

Guío Español, Armando, Elena Tamayo Uribe y Pablo Gómez Ayerbe. *Marco ético para la inteligencia artificial en Colombia*. Consejería Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2020.

Home Security Heroes. "2023 State of Deepfakes Report". *Security Heroes*, 2023. <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/#concluding-remarks>

Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

Conner-Simons, Adam y Rachel Gordo. "Using AI to predict breast cancer and personalize care". *MIT News*. 7 de mayo de 2019. <https://news.mit.edu/2019/using-ai-predict-breast-cancer-and-personalize-care-0507>

Modolell González, Juan Luis. "El tipo objetivo en los delitos de mera actividad". *Política Criminal* 11, n.º22 (2016): 368-390.

- Morales Neira, Mónica Lizet. "Uso y divulgación de la imagen personal: enfoques en el derecho romano, en el derecho colombiano y su actual integración con la inteligencia artificial". *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º30 (2020): 169-197.
- Reyes Alvarado, Yesid. "El concepto de imputación objetiva". En *Imputación objetiva y dogmática penal*. Compilación de Mireya Bolaños González. 173-203. Mérida: Universidad de Los Andes, 2005.
- Reyes Alvarado, Yesid. El delito de tentativa. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016.
- Salgado González, Álvaro. "Apuntes sobre el concepto de bien jurídico". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 4, n.º1 (2012): 149-156.
- Serrano-Piedecabras, José Ramón. "Fundamento de la punición de la tentativa". *Nuevo Foro Penal* 12, n.º61 (1999): 3-33.
- Silva Sánchez, Jesús-María. "La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante". *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, n.º1 (2019).



PÁEZ RODRÍGUEZ, JORGE EDUARDO, "El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber", *Nuevo Foro Penal*, (104), 2025

El interviniente en Colombia, una propuesta de reinterpretación a la luz de la teoría de los delitos de infracción del deber

The intervener in Colombia. A reinterpretation proposal in light of the theory of crimes of breach of duty.

Fecha de recibo: 26/06/2024. Fecha de aceptación: 12/11/2024.

DOI:10.17230/nfp21.104.4

JORGE EDUARDO PÁEZ RODRÍGUEZ*

Resumen

El objetivo del presente trabajo es determinar cuál debe ser el alcance, configuración y límites de la figura del interviniente en el derecho penal colombiano, teniendo en cuenta las importantes críticas que se han realizado por parte de la doctrina nacional y extranjera sobre la vigente interpretación de la Corte Suprema de Justicia.

Abstract

The objective of this work is to determine what the scope, configuration, and limits of the figure of the intervener in Colombian criminal law should be, considering the important criticisms made by national and foreign doctrine of the current interpretation of the Supreme Court of Justice.

* Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, especialista en contratación estatal y candidato a magister en ciencias penales y criminológicas de la universidad Externado de Colombia. Investigador en áreas de derecho penal, procesal penal y derecho probatorio. Ex empleado de la Rama Judicial del Poder Público. Abogado asesor de distintas entidades públicas y litigante en Derecho Penal. Correos electrónicos: jorgepaezabogado@outlook.com; jepirlaw@outlook.com CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002036784 ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-6188-7288>

Palabras Clave

Autoría y participación, delitos especiales, interviniente, dominio del hecho, delitos de infracción del deber.

Keywords

Authorship and participation, special crimes, intervener, control of the fact, crimes of breach of duty.

Sumario

Introducción. 1. Postulados teóricos actuales sobre el concepto de interviniente en el derecho penal. - 2. Postulados constitucionales y doctrinales que limitan el concepto de interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano 3. Concepto de interviniente según las altas cortes colombianas – 4. Análisis crítico a la vigente interpretación del interviniente. – 5. Propuesta de una reinterpretación al concepto. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Una de las principales problemáticas al interior del campo de la autoría y participación es la codelincuencia en los delitos especiales. Una de las principales dificultades se presenta cuando concurren en la comisión del delito tanto sujetos que cumplen las condiciones exigidas por el tipo ("*intranei*"), como sujetos que no las cumplen ("*extranei*") generando casos en donde las clásicas reglas del dominio del hecho llevarían a la indeseable impunidad de todos o algunos de los actores delictivos.¹

Para evitar este indeseable resultado la doctrina mayoritaria ha acudido a la teoría de los delitos de infracción de deber², tesis que ha sido acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al entender que en este tipo de delitos solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación especial exigida por el tipo, mientras que todos los *extranei* que concurren a su realización serán partícipes. No obstante, para estos *extranei* se creó la figura del "interviniente" consagrada en el artículo 30 inciso 4 del código penal colombiano³.

La Corte Suprema de justicia ha sostenido dos posturas totalmente contrapuestas frente a la interpretación que debe dársele al concepto de interviniente; La primera

1 Manuel Abanto Vásquez, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", *Revista Doctrina*, n.º14 (2004): 3-23.

2 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, (Pamplona: Editorial Civitas, 2014), 182-183.

3 Ley 599 del 2000 "Por la cual se expide el código penal" Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

surgió en la sentencia del 25 de abril de 2002 con radicado 12.191 y la segunda, que se ha mantenido hasta la actualidad, en la sentencia del 8 de julio de 2003 con radicado 20.704, sin embargo, ésta vigente interpretación adolece de sendos problemas de coherencia teórica y adecuación constitucional que se derivan del hecho de que, aunque se haya adoptado la teoría de los delitos de infracción del deber, implícitamente se haya continuado utilizando la teoría del dominio del hecho.

Por lo anterior, en el desarrollo del presente trabajo se demostrará como la actual interpretación jurisprudencial al concepto del interviniente: (1) viola el principio lógico de identidad, (2) carece de coherencia teórica y (3) vulnera principios constitucionales; yerros que han generado que se dificulte el adecuado entendimiento de esta figura, que se vuelva a incurrir en los problemas de impunidad que hicieron necesaria la creación de la teoría de los delitos de infracción del deber y que se produzcan consecuencias negativas sobre la punibilidad de las personas que se encuentran siendo juzgadas bajo esta figura.

En este orden de ideas, lo que se pretende con el presente trabajo es realizar un análisis crítico a la vigente interpretación de la figura del interviniente, teniendo en cuenta los actuales postulados doctrinales y constitucionales que rigen la materia, para finalizar con una toma de postura en donde se propondrá ¿cuál debe ser el alcance, configuración y límites del concepto de interviniente en el derecho penal colombiano?

1. Postulados teóricos sobre el concepto de interviniente en el derecho penal

1.1. Postulados tóricos acerca de la teoría de los delitos de infracción del deber

La distinción entre autores y partícipes ha sido, a lo largo de la historia, uno de los principales tópicos de discusión al interior de la ciencia del derecho penal, no obstante, muchas de estas discusiones se han superado y actualmente —al margen de algunos debates relevantes y actuales— se ha llegado a un acuerdo doctrinal en lo fundamental. Acuerdo que ha sido posible gracias al recibimiento de la teoría del dominio del hecho, sobre la cual no resulta pertinente detenernos en este trabajo, no obstante, este acuerdo también reconoce que la teoría del dominio del hecho no es suficiente para realizar la distinción entre autores y partícipes en la totalidad de delitos, pues como ya lo reconocía Roxin en su obra “autoría y dominio del hecho” de 1963, existen tres categorías de delitos: los de “Dominio”⁴, donde es autor quien

4 Este grupo engloba a la inmensa mayoría de delitos, homicidio, lesiones, hurto, acceso carnal, etc.

domina el hecho; los de “infracción de deber”⁵, donde es autor exclusivamente quien infringe un deber específico obtenido en virtud de su rol social y los de “propia mano”, donde será autor únicamente quien ejecute de propia mano el hecho⁶, en otras palabras, quien realiza actos ejecutivos típicos⁷. En el presente trabajo nos centraremos en los delitos de infracción del deber.

Según Claus Roxin y un sector importante de la doctrina⁸, esta categoría se utiliza cuando lo decisivo no es la realización de un hecho externo, sino la infracción de un deber específico, en estos casos la figura central y por lo tanto autor no será quien domine el hecho, sino la persona sobre quien recaiga el deber específico⁹ y por esa razón, la única que está en posición de infringirlo, siempre y cuando con esa infracción se cause el resultado típico exigido por la ley penal, siendo indiferente su dominio del hecho^{10, 11}.

La consecuencia es que en estos casos el *intraneus* siempre será autor, mientras que el *extraneus* —con independencia de su dominio del hecho— siempre será partícipe. Esto debido a que el delito castiga la infracción del deber y este último, al no ostentarlo, no puede infringirlo. En todo caso, lo único que podría hacer el *extraneus* sería: inducir al *intraneus* a que infrinja su deber (actuando materialmente como determinador) o ayudarle al *intraneus* a infringir su deber (actuando materialmente como autor, coautor, o cómplice.)

Lo que hizo necesario pensar en una solución alternativa al dominio del hecho fue el caso del mal llamado “instrumento doloso no calificado”, es decir, ¿qué hacer cuando en un delito especial quien realiza la conducta con dominio del hecho es un

5 Algunos ejemplos: Art 250-A “administración desleal”, Art 397 “peculado”, Art 322 “favorecimiento por servidor público”

6 Algunos ejemplos: Art 448 “fuga de presos”, Art 442 “falso testimonio”.

7 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 75.

8 Roxin, Stratenwerth, Kuhlen, Jakobs, Vogel, Sánchez Vera-Gómez Trelles, en español; Miguel Díaz y García Conlledo, Manuel Abanto Vásquez, Luzón Peña, entre otros.

9 Diego-Manuel Luzón Peña, “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento del peligro o riesgo) y autoría o participación”, *Libertas. Revista de la fundación internacional de ciencias penales*, n.º6 (2017): 145-272.

10 Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, (Lima: Editora y librería jurídica Grijley, 2000).

11 Jakobs, la acepta cuando establece como fundamentos de la responsabilidad en la sociedad moderna: (1) responsabilidad por arrogación de organización (delitos de dominio), (2) responsabilidad por infracción de una institución, cuando se ostenta un rol en la sociedad y se infringen las exigencias propias de ese rol.

extraneus? En estos casos la teoría del dominio del hecho diría que el autor es el *extraneus*, pues es este quien ha realizado el verbo rector con dominio, no obstante, la conducta del *extraneus* sería atípica objetivamente por faltar en dicho sujeto la especial cualidad exigida por el tipo y por ello, tampoco se podría castigar al *intraneus* como partícipe (cómplice o determinador) debido al principio de la accesoriedad limitada de la participación, generando así un vacío punitivo que, es evidente, no era el propósito del legislador al castigar delitos de esta manera.

1.2. Postulados teóricos acerca del concepto de interviniente en el derecho penal colombiano

La figura del interviniente se encuentra descrita en el inciso cuarto del artículo 30 del Código Penal colombiano, enunciado normativo que establece que *“al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”*¹².

Esta figura ha sido interpretada constantemente por múltiples autores nacionales e internacionales, quienes se pueden agrupar en dos vertientes: (1) quienes consideran al interviniente como una forma independiente de concurrir al delito y (2) quienes lo consideran una cláusula general o circunstancia de atenuación aplicable a todas aquellas personas que concurren en la comisión de un delito especial, sin cumplir los requisitos exigidos por el tipo penal.

El primer grupo doctrinal minoritario, encabezado por el maestro Fernando Velásquez, sostiene que el interviniente hace referencia a aquellas personas que concurren en la realización de la conducta punible como autores, pero careciendo de las cualidades exigidas por el tipo, así mismo, este autor adiciona que, como el artículo 30 del código penal asimila la pena del determinador a la del autor, la rebaja del interviniente también deberá ser aplicable a este partícipe¹³.

Esta posición no se considera adecuada —en síntesis— por las siguientes razones:

Primero, porque carece de un concepto unívoco de “interviniente”, toda vez que sostiene que este se refiere exclusivamente a quien actúa como autor en un delito especial sin cumplir la cualificación (es decir, con dominio del hecho), pero luego extiende dicha rebaja al determinador, en otras palabras, sostiene que el determinador no es un interviniente, pero sí tiene derecho a la rebaja de este. Así

12 Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el código penal” Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

13 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal parte general*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013), 298-299.

mismo, —contrario a lo que sostiene el autor— no es cierto que una persona no pueda ser cómplice e interviniente en el mismo hecho, pues tal conclusión depende del entendimiento que se le dé al concepto de interviniente, esto es, si se le define como una figura especial de autoría y participación o como un concepto de referencia o clausula general.

Al margen de lo anterior, otro grupo doctrinal mayoritario considera que el concepto de interviniente no constituye una forma especial de concurrir al delito, sino un concepto de referencia, una cláusula de la parte general del Código Penal, que se aplica a todas aquellas personas que concurren en la comisión de un delito especial sin ostentar la cualidad exigida por el tipo.

En este sector doctrinal encontramos a autores como Miguel Córdoba, quien entiende que esta rebaja se debe aplicar a todas aquellas personas que intervengan en el delito especial sin tener la cualidad exigida, aceptando que esta sea aplicable también al cómplice, generando para este una doble atenuación¹⁴.

En este mismo grupo encontramos al maestro español Miguel Díaz y García Conlledo, quien ha analizado en varias oportunidades a la figura del interviniente en el derecho penal colombiano y ha sostenido que esta debe entenderse como un concepto de referencia aplicable a los partícipes (cómplice y determinador) que concurren en el delito sin cumplir con la cualidad especial exigida por el tipo¹⁵; conclusión que ha sido compartida por el maestro Alberto Hernández Esquivel¹⁶ y por múltiples y reconocidos autores nacionales e internacionales¹⁷.

Siguiendo esta misma línea el maestro Juan Carlos Ferré Olive también se opone a la tesis de considerar al interviniente como una forma especial de concurrir al delito, explicando lo siguiente:

Consideramos desacertada la interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia (CSJ Cas. Penal Sent. Jul. 8/2003, Rad. 20704) cuando sostiene

14 Miguel Córdoba, “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, *Revista de derecho penal y criminología* 25, n.º75 (2004): 84.

15 Miguel Díaz y García Conlledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención del extraneí en delitos especiales)”, *Actas del II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. “Problemas actuales de las ciencias penales”*, marzo (2017): 1-18.

16 Alberto Esquivel, “Autoría y Participación. En Lecciones de Derecho Penal, Parte General”, 2º Ed. (Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2011).

17 En este mismo sentido: Alberto Suárez Sánchez, *Autoría*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007); así como también: Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, n.º106, (2008): 13-53.

que el término interviniente que se utiliza en el art. 30 CP “hace referencia a un concepto restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación”. Como hemos ya analizado, no puede existir un autor o coautor de delito especial sin cualificación. Solo los cualificados pueden ser autores. Además, puede fácilmente advertirse que este concepto se incorpora en un precepto que se titula: “Artículo 30. Partícipes” y no en el que reza “Artículo 29. Autores”. La solución legislativa no ha podido ser más evidente¹⁸

1.3. Postulados Jurisprudenciales y legales acerca de la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber

Que la teoría del dominio del hecho haya sido adoptada por las altas cortes colombianas es algo evidente, así, la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que

(...) autor será aquel que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; “partícipe”, aquel que colabore con éste en la ejecución de la conducta, pero sin poseer el dominio del hecho, entendido como la capacidad del sujeto para determinar la realización (o no) del hecho punible”¹⁹.

Por su parte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado de forma constante y pacífica²⁰ la utilización de esta teoría para realizar la delimitación entre autores y partícipes:

[Según] la llamada “teoría del dominio del hecho”, de gran utilidad para diferenciar las dos formas de participación, es autor aquél que se encuentra en capacidad “(...) de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo (...) mientras que el cómplice es aquél que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho”²¹.

Ahora, partiendo de esta aceptación, resulta pertinente analizar ¿cómo se soluciona el caso del instrumento doloso no calificado en Colombia? Pues bien, la jurisprudencia y el legislador ya se han pronunciado y la respuesta es clara, en los delitos especiales o de infracción de deber la autoría no se determina según la teoría del dominio del hecho, sino según los criterios de la teoría de los delitos de

18 Juan Ferré Olivé, Juan; Miguel Núñez Paz Paula Andrea Ramírez Barbosa, *Derecho penal colombiano*. (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021).

19 Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

20 Corte Suprema de Justicia radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, entre otras.

21 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 9 de marzo de 2006, (M.P. Sigifredo Espinoza Pérez).

infracción del deber. En este orden de ideas, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el tema²² y ha determinado:

En cuanto a los delitos con sujeto activo calificado, lo determinante no es el dominio del hecho sino el quebrantamiento de deberes especiales. Las conclusiones de esta teoría sobre el punto de la autoría y la participación, han sido explicadas sintéticamente por el profesor Claus Roxin. De dichas conclusiones, aquellas que puntualmente se refieren a la autoría y participación en delitos con sujeto activo calificado, o delitos “de infracción de deber” como él los denomina, remarcan la importante diferencia entre autores y partícipes.

Para el caso de los delitos especiales, o de sujeto activo calificado, la responsabilidad a título de autor (o coautor si son múltiples personas) radica en la infracción de un deber especial, por lo que solo es posible si el sujeto que realiza o concurre a la realización de la conducta punible tiene las calidades exigidas por el tipo penal. Por esta razón, cuando en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, concurren agentes que no cumplen con los requisitos exigidos por el tipo, como sucedería por ejemplo en el caso de un cohecho en cuya comisión concurren particulares, ellos no pueden ser considerados como coautores²³.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en decenas de decisiones sobre este tema, principalmente al analizar el concepto de “interviniente”. Sin embargo, debe adelantarse que la existencia de la figura del “interviniente” fundamenta la conclusión de que en Colombia se ha acogido la teoría de los delitos de infracción del deber, lo que se puede concluir cuando la Corte equipara los delitos especiales con delitos de infracción del deber:

La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico²⁴.

Ello en razón del concepto que en materia de participación criminal enseña que, ante la concurrencia de varios sujetos activos en la ejecución de delitos especiales o delitos de infracción de deber, todos quienes intervengan en su

22 Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008) y Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

23 Corte Constitucional C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

24 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

realización deben responder penalmente, manteniéndose para cada uno de ellos la unidad de imputación y la calidad personal en su participación²⁵.

A nivel legislativo, el Código Penal Colombiano ha tomado una postura clara a favor de la teoría del dominio del hecho, lo que queda en evidencia con su definición de coautoría “*Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.*” definición que consagra expresamente los 3 elementos esenciales de la coautoría que fueron trazados por Gallas en 1954 y luego desarrollados por Roxin en 1963, es decir, el acuerdo común, la división el trabajo criminal y la importancia o esencialidad del aporte²⁶.

No obstante, aún resta analizar ¿qué tratamiento da nuestra ley a los delitos especiales o de infracción de deber? ¿cómo se castiga al *extraneus* que interviene en la realización de un delito especial o de infracción de deber?

En nuestro ordenamiento jurídico se tomó postura por la unidad del título de imputación, entendiendo que en los delitos especiales o de infracción de deber solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación especial, mientras que todos los *extranei* que concurran serán partícipes. Sin embargo, para estas personas que intervienen sin cumplir las cualidades especiales se creó la figura del “interviniente” consagrada en el artículo 30 inciso 4 del Código Penal, enunciado normativo que ha sido objeto de múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales como se verá más adelante.

2. Postulados constitucionales y doctrinales que limitan el concepto del interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano

La facultad del estado para castigar no es para nada absoluta, por el contrario, debido a la conquista de derechos humanos derivados de instrumentos internacionales y a su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, esta se encuentra estrictamente limitada por una serie de principios constitucionales-penales, que indican ¿qué se debe prohibir?, ¿cómo se debe prohibir?, ¿a quién se debe prohibir?, ¿cuándo se debe prohibir?, ¿cuánto se debe prohibir?, ¿por qué se debe prohibir?, entre otros aspectos, límites que al ser satisfechos garantizan la legitimidad del derecho penal²⁷ y que al ser incumplidos hacen que este se torne inconstitucional.

25 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado 47.100 (M.P. Patricia Salazar Cuellar).

26 Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., (Marcial Pons, 2015).

27 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 10a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

Estos principios limitadores pueden sistematizarse de múltiples formas, ya sea como garantías puntuales derivadas del ordenamiento jurídico o articulándolos como subcriterios del test de razonabilidad y proporcionalidad, esto atendiendo a su naturaleza amplia y al hecho de que estos se relacionen de formas diversas, esto es, como principios independientes y separables, pero también como garantías que se interrelacionan de forma jerarquizada y estructurada (macroprincipios, subprincipios), etc.

Teniendo en cuenta que el objeto del presente trabajo no es explicar de forma completa y detallada los principios limitadores al *ius puniendi*, el estudio se centrará exclusivamente en la explicación de aquellos principios que eventualmente podrían verse vulnerados con la vigente interpretación del interviniente.

2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad fue una de las principales conquistas de la revolución francesa, es el pilar fundamental de todo Estado de derecho y un elemento necesario, pero no suficiente, en un Estado social de derecho. No obstante, varios años antes de este suceso histórico ya Cesare Beccaria explicaba que *“sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social”*²⁸

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política al establecer que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*²⁹. Así mismo, también es reconocido en instrumentos internacionales como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, que establece en su artículo 9 que *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*³⁰

O en la declaración universal de los derechos humanos que establece en su artículo 11 numeral 2 que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.*

28 Cesare Becaria, *De los delitos y las penas*. Madrid, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 21.

29 Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.

30 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José, Costa Rica”. (1969). Adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

*Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*³¹

El principio de legalidad tiene dos facetas. En primer lugar, tenemos la legalidad formal que establece que las personas solo pueden ser juzgadas por leyes preexistentes al acto que se le imputa. Por otro lado, la legalidad en sentido material prescribe que la ley penal defina de forma escrita, estricta y cierta las características del delito y las consecuencias jurídicas aplicables.

Son dos las consecuencias derivadas del principio de legalidad en sentido formal, en primer lugar, la reserva legal en virtud de la cual la creación de tipos penales y definición de sanciones corresponde al órgano legislativo del estado y, en segundo lugar, la prohibición de retroactividad de la ley penal que se explica en el aforismo “*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”, acuñado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach³². Vale la pena aclarar que esta irretroactividad de la ley penal encuentra su límite en el principio de favorabilidad, que no será explicado a profundidad en el presente trabajo.

Por otro lado, del principio de legalidad en sentido material se derivan tres consecuencias puntuales, en primer lugar, la exigencia de *lege scripta* que establece que la ley penal debe ser escrita, por lo tanto se prohíbe la aplicación de normas consuetudinarias, en segundo lugar, la exigencia de *lege certa* que establece que la ley penal debe ser cierta, por lo tanto se prohíbe la creación de leyes ambiguas, confusas o ilógicas y finalmente, la exigencia de *lege stricta* establece que ley penal debe ser estricta, por lo tanto se prohíbe establecer las características de las conductas punibles y las sanciones penales mediante analogía, es decir, se trata de una garantía de previsibilidad en la aplicación de la ley para sus destinatarios³³.

Estas manifestaciones del principio de legalidad han sido reconocidas por la H. Corte Constitucional al establecer que “*La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita*”³⁴.

31 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

32 Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1989).

33 Rafael Alcácer Guirao, *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. En “Constitución y Principios del Derecho Penal, Algunas Bases constitucionales”*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 19.

34 Corte Constitucional, Sentencia C-829 de 2001 (M.P. M.P. Rodrigo Escobar Gil, 8 de agosto de 2001), y Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017).

2.2. Principio de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso punitivo

La prohibición de exceso punitivo es un macro principio constitucional que exige la correspondencia o el equilibrio cuantitativo y cualitativo entre la magnitud de la sanción penal y la repercusión social de la conducta punible realizada por el procesado. Así lo ha explicado de vieja data la honorable Corte Constitucional:

Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento (...) En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

(...)

Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa.³⁵

Según José María Peláez y Angelica Quintero, de este principio se derivan como consecuencias: (1) la exigencia de adecuación entre el daño social causado con la conducta delictiva y la pena a imponer, (2) que la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador, (3) que no podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables y (4) que el aumento injustificado de penas deviene en una medida arbitraria y lesiva de la garantía fundamental de proporcionalidad³⁶.

Así mismo, sostienen los autores que, para garantizar la prohibición de exceso o la proporcionalidad de las sanciones penales, es necesario que en los procesos de criminalización se satisfagan los principios limitadores del *ius puniendi* de: dignidad humana, igualdad y prohibición de exceso en sentido estricto; lo que conlleva a

35 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de febrero de 1996).

36 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020), 109.

su vez que, a la hora de consagrar, imponer y ejecutar una determinada sanción penal, esta se haga teniendo en cuenta el principio de culpabilidad (la pena se debe graduar atendiendo al nivel de participación subjetiva) y el de lesividad (la pena se debe graduar atendiendo a la magnitud del daño causado o a la peligrosidad de la conducta)³⁷. Por lo que se procederá a explicar cada uno de estos subprincipios.

2.2.1. Principio de dignidad humana

La dignidad humana, más allá de ser un principio de raigambre constitucional, funge como un pilar esencial del estado social de derecho y como fundamento principal del sistema jurídico penal colombiano, así lo reconoce la Constitución Política en su artículo primero, el Código Penal en su artículo primero y el Código de Procedimiento Penal en su artículo primero. Por su parte, la Corte Constitucional ha explicado que este principio

(...) es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad³⁸.

Así mismo, en cuanto al fundamento filosófico de este principio, ha explicado el máximo tribunal constitucional:

Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. (...) De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo³⁹.

También ha explicado la H. Corte Constitucional, que la dignidad humana tiene una triple connotación, esto es: como derecho fundamental, como principio y como valor:

De otro lado, para esta Corporación la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho: (i) como derecho fundamental que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así

37 Ibíd, 109.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).

39 Ibíd.

*como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.*⁴⁰

Por otro lado, la dignidad humana como derecho fundamental y principio, se materializa a través de tres contenidos elementales: (1) el derecho a vivir bien, es decir, a gozar de unas condiciones mínimas de existencia; (2) el derecho a vivir como se quiere, esto es, a desarrollar su vida de acuerdo a un plan propio; y (3) el derecho a vivir sin humillaciones, esto es, la garantía de su integridad física y moral.⁴¹

Por último, debe aclararse que la dignidad humana, a diferencia de otros derechos como la libertad de locomoción, no puede ser suprimida o suspendida por el Estado, en otras palabras, no puede ser relativizado bajo ninguna circunstancia así se acuda a diferentes posturas filosóficas utilitaristas que aboguen por un presunto “mal menor”.

Algunas consecuencias derivadas del principio de dignidad humana son la proscripción de la pena de muerte, de la desaparición forzada, tortura o cualquier trato o pena cruel, inhumana o degradante, de la prisión por deudas, o las penas imprescriptibles, las penas de destierro, prisión perpetua, entre otros.

2.2.2. Principio de igualdad

La igualdad es reconocida por el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana como un derecho fundamental que implica que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”*⁴², así mismo, el artículo séptimo del Código Penal establece que *“La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”*⁴³.

La H. Corte Constitucional ha estudiado en reiteradas oportunidades al principio de igualdad y ha determinado que este posee dos dimensiones; en primer lugar la “igualdad formal” también conocida como prohibición de discriminación que implica que *“la ley debe ser aplicada de forma universal, para todos los destinatarios de la*

40 Ibíd.

41 Ibíd.

42 Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.

43 Ley 599 del 2000 *“Por la cual se expide el código penal”* Diario oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, Bogotá.

*clase cobijada por la norma, en presencia del respectivo supuesto de hecho*⁴⁴ por lo que se encuentra prohibida cualquier forma de discriminación por motivos de raza, edad, género, situación económica, entre otros y, en segundo lugar, la “igualdad material” que obliga al estado a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva desde un plano material, por ello, el Estado debe adoptar políticas “destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica (acciones afirmativas)”⁴⁵

Así mismo, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha sostenido de forma pacífica que del principio de igualdad se derivan cuatro mandatos específicos:

*(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que “se encuentren en circunstancias idénticas”; (ii) un mandato de trato diferente a destinatarios “cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común”; (iii) un mandato de trato similar a destinatarios “cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias”; y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que “se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes*⁴⁶

Por lo tanto, se estaría incurriendo en una situación inconstitucional si: (1) se da un trato desigual entre sujetos estrictamente iguales; (2) se da un trato igual, entre sujetos estrictamente desiguales; (3) si se da un trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero sean más relevantes sus similitudes; y (4) si se da un trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero sean más relevantes sus diferencias⁴⁷.

2.2.3. Principio de prohibición de exceso en estricto sentido

Consiste en la concretización de la prohibición de exceso a través de la verificación de la obtención de más beneficios que sacrificios con el proceso de criminalización primaria, secundaria y terciaria, sobre este principio ha sostenido la H. Corte Constitucional:

44 Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).

45 Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de junio de 2008).

46 Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 11 de marzo de 2021); Corte Constitucional, Sentencia C-601 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo, 16 de septiembre de 2015), y Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de marzo de 2012).

47 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 114-116.

(...) “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Igualmente la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas diversas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando “se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”⁴⁸.

Según José María Peláez y Angélica Quintero este principio se encuentra conformado por las reglas derivadas de los principios de culpabilidad y lesividad⁴⁹. Sobre el principio de culpabilidad la Corte Constitucional ha establecido:

(...) la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer⁵⁰.

Del principio de culpabilidad se derivan dos exigencias, primero, que la pena a imponer deberá ser graduada atendiendo al nivel de participación subjetiva tanto interna (dolo, culpa y preterintención) como externa (consumación, tentativa, autoría y participación, etc.), en otras palabras, a mayor culpabilidad mayor pena a imponer, y segundo, que la pena no podrá superar la medida de la culpabilidad⁵¹.

Por otro lado, según el principio de lesividad el proceso de fijación e imposición de la pena debe hacerse atendiendo a la magnitud del daño o puesta en peligro del bien jurídico producida con la conducta punible. De donde se infiere que “no habrá delito, ni podrá imponerse pena alguna sin la comisión de un daño real o la puesta en peligro efectiva de un bien jurídicamente tutelado”⁵². De este principio se derivan reglas como: (1) a mayor daño mayor pena y a menor daño menor pena,

48 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 13 de junio de 2013).

49 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 117.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 13 de abril de 2016).

51 José María Peláez y Rosa Angélica Quintero, *Esquemas del delito*, 117.

52 *Ibíd.*, 117.

(2) los delitos de lesión conllevan más pena que los de peligro, (3) la tentativa debe significar una atenuación frente a la consumación, entre otras.⁵³

3. El concepto de interviniente en el derecho penal según la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

La palabra “interviniente” se utiliza en el ámbito de la autoría y participación para referirse a todas aquellas personas que tomen parte en la realización de la conducta punible, es decir, se refiere tanto a autores como a partícipes⁵⁴, por esta razón cuando el legislador consagró en el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 del 2000 que “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización” no resultó para nada autoevidente, siendo necesario que la H. Corte Suprema de Justicia ejerciera su autoridad interpretativa para darle sentido a tal enunciado normativo.

En ejercicio de esta labor, la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tenido dos posiciones contrapuestas, la primera sentencia que interpretó esta figura lo hizo en el año 2002, sin embargo, esta posición no duraría mucho, pues en el siguiente año una posición totalmente contraria se impondría y se mantendría de forma reiterada y pacífica hasta el día de hoy, al punto de llegar a considerarse por parte de la Corte Constitucional como “derecho vivo”⁵⁵.

3.1. Primera interpretación: Sentencia de 25 de abril de 2002. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Radicado 12.191.

Esta primera postura sostuvo que la figura del “interviniente” no es una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino una cláusula general que incluye a todas las personas que, sin tener la cualificación exigida por el tipo, tomen parte en su realización, en este orden, el fundamento de tal rebaja sería que el “*extraneus*” no infringe ningún deber jurídico que fundamente la especial punición de la conducta del *intraneus*, por ello se puede ser interviniente “a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente

53 Ibíd, 117.

54 Miguel Díaz y García Conlledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención del extranei en delitos especiales)”, 2.

55 “Derecho vivo” es el nombre que le ha dado la Corte constitucional, a ciertas interpretaciones jurisprudenciales, que por su reiteración y mantenimiento pacífico, pueden ser susceptibles de control de constitucionalidad. En cuanto a interviniente se tratare en la sentencia C-015 de 2018 el órgano constitucional le asignó a la interpretación marcada por la corte suprema desde el 2003, esta clasificación.

a título de partícipe (determinador o cómplice)”⁵⁶. Así las cosas, el determinador tendría derecho a la rebaja y el cómplice a una doble rebaja punitiva, una por su condición de cómplice y otra por ser interviniente.⁵⁷

Providencia que fue reiterada por la misma corporación en auto del 20 de junio de 2002, con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Poveda, en la cual explicó lo siguiente:

(...) la aplicación del inciso final del artículo 30 del Código Penal no depende del tipo de participación declarado en la sentencia sino del tipo de intervención revalorado frente a los nuevos textos legales, es decir, frente al nuevo sistema regulador del concurso de personas en el hecho punible. En otras palabras, si se le consideró cómplice en la acusación o la sentencia, pero lo que en realidad llevó a cabo fue conducta de autor o determinador, la imputación y la pena, en letra y sentido de la nueva codificación, serán las previstas para la infracción especial con punibilidad disminuida en una cuarta parte. Pero si se le consideró cómplice porque llevó a cabo aporte causal de tal, porque su participación además de accesoria fue secundaria, la imputación y la pena se fijarán considerando la disminuyente por complicidad y, concurriendo con ella, la que correspondería al interviniente que no tiene la calidad especial, esto es, la del inciso final del artículo 30 del Código Penal⁵⁸.

Posteriormente, esta posición fue reiterada en la sentencia del 25 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Édgar Lombana Trujillo, en la cual se estableció lo siguiente:

Para evitar equívocos sobre este tópico, es bueno dejar en claro que a la luz del anterior Código Penal, en los delitos especiales —el soborno no tiene esta característica— cuando en su realización concurría un particular, por ese sólo hecho se le atribuía a título de cómplice sin necesidad de valorar la forma como había participado en él; en tanto que el nuevo Código Penal (artículo 30) al crear la figura del interviniente que carece de las calidades especiales exigidas por ciertos tipos penales, exige determinar la forma en que concurre en la realización de la conducta punible como autor (mediato o coautor) y como partícipe (instigador o cómplice); en ese orden, se le disminuirá la pena en una cuarta parte si participa

56 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

57 Miguel Díaz y García Conlledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención del extranei en delitos especiales)”, 2. Así como también: Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 13-53.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto penal del 20 de junio de 2002, (M.P. Jorge Córdoba Poveda).

*como autor o determinador, pero si lo hace como cómplice se acumulará la disminución por la participación y la cuarta parte por interviniente*⁵⁹.

3.2. Segunda interpretación: Sentencia de 8 de julio de 2003. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Radicado 20.704

Esta segunda postura que aún permanece vigente, sostiene que la figura del interviniente hace referencia exclusiva al coautor del delito especial sin calificación excluyendo de su aplicación al cómplice y al determinador, esto en virtud de que tanto “determinador como cómplice en el delito propio no requieren calidad alguna [...] surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30”⁶⁰, por lo tanto, el cómplice únicamente tendría derecho a la rebaja del inciso 3 del artículo 30 del código penal, mientras que la pena del determinador “será la misma que para el autor, tanto en delitos especiales, como en delitos comunes, y en ningún caso puede ser objeto de la disminución punitiva del interviniente”⁶¹.

Esta interpretación se ha mantenido hasta el día de hoy, siendo reiterada en decenas de pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia⁶², tal como lo expuso Miguel Díaz y García Conlledo⁶³ en todas estas decisiones la Corte Suprema de Justicia ha ido explicando y reiterando las características del “interviniente” de la siguiente manera.

En primer lugar, ha sostenido de forma reiterada que el interviniente “es un verdadero autor, solo que por ser un *extraneus* al no reunir las calidades especiales exigidas por el tipo penal, como el ostentar la condición de servidor público, se entiende una forma atenuada su participación”⁶⁴.

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre de 2002, (M.P. Édgar Lombana Trujillo).

60 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

61 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicados 34253 de 2010; 37696 de 2011, 38605 de 2012; 34930, 39346, 41177 y 42312 de 2013, 43771 de 2014, 43658, 46483, 47168, 43658 y 47672 de 2016, SP3874-2019, SP2339 de 2020 entre otras muchas.

63 Miguel Díaz y García Conlledo, “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención del extranei en delitos especiales)”, 5-10.

64 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3393 del 19 de marzo de 2014, radicado 42.103 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP15015 del 20 de septiembre de 2017, radicado 46.751, (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero) y Corte Suprema de Justicia,

En segundo lugar, también ha reiterado constantemente que el interviniente (que es un autor) debe actuar materialmente como un coautor, es decir, de manera conjunta con el *intranseus* y con dominio funcional del hecho, así lo ha explicado:

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación⁶⁵.

En este sentido, podríamos citar decenas de providencias adicionales, sin embargo, ello sería innecesario pues todas siguen las mismas tesis fundamentales que ya han sido remarcadas.

3.2.1. Fundamentos materiales de la vigente interpretación

Esta interpretación ha sido defendida hasta el día de hoy por la Corte Suprema de Justicia e incluso ha sido avalada por la H. Corte Constitucional, quien la ha estudiado en las sentencias C-1122 de 2008 y C-015 de 2018 y ha determinado que la misma no vulnera el principio de igualdad y por ello se encuentra acorde a la Constitución Política.

Refiriéndose a esta última sentencia, el doctrinante Miguel Ángel Muñoz García sostiene: “las consideraciones de la sentencia, de estricta índole constitucional y muy vacías de argumentación dogmática —por obvias y entendibles razones—, no aportan significativamente al debate teórico sobre la intervención de autores y partícipes *extranei* en los delitos especiales”⁶⁶.

Los argumentos que fundamentan y defienden la interpretación vigente, en palabras de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia pueden enumerarse de la siguiente manera:

Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote). Reiterada en las providencias: Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074; Corte Suprema de Justicia, Auto AP-6324 del 20 de septiembre de 2016, radicado 48.117, (M.P. José Luis Barceló Camacho); Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3874 del 12 de Septiembre de 2019, radicado 52.816, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa) y Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera), entre otros.

66 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 35-36.

3.2.1.1. Las cualidades especiales no se exigen a los partícipes, por lo que no tendría sentido rebajarles la pena en virtud de su ausencia

Según este argumento, como las cualidades exigidas por los delitos especiales no son exigibles a los partícipes (cómplice y determinador) sino solo quienes actúan con dominio del hecho, ya que solo a ellos el no cumplirlos les impide ser autores, entonces no tendría sentido rebajarles la pena al cómplice y determinador por carecer de una cualidad que es intrascendente para su responsabilidad, así lo han explicado:

Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles⁶⁷.

3.2.1.2. La primera interpretación jurisprudencial vulnera el principio de igualdad

Así mismo, los partidarios de la vigente interpretación sostienen que aplicar la rebaja del interviniente a todos los *extranei* violaría el principio de igualdad, pues no se explicaría por qué al cómplice de un delito común se le da una sola rebaja, mientras que al cómplice de un delito especial se le darían dos o tampoco se explicaría por qué al determinador de un delito común no se le da ninguna rebaja y al determinador de un delito especial sí, así lo han explicado:

De iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería porqué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote) y Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

*cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia*⁶⁸.

3.2.1.3. La vigente interpretación no genera desigualdad

También han sostenido las altas cortes colombianas que el trato diferenciado derivado de la vigente interpretación, esto es, darle a unos *extranei* la rebaja del interviniente (coautores materiales) y a otros no (cómplices y determinadores) no genera desigualdad, pues dicha distinción no se realiza sobre sujetos que sean estrictamente iguales:

*Por lo tanto para esta Corporación, la diferencia de trato establecida por la interpretación atacada no se realiza entre sujetos que estén en un plano de estricta igualdad, sino antes, por el contrario, entre sujetos cuyas diferencias, por el rol que desempeñan en la realización de una conducta típica especial, pueden resultar relevantes para la valoración de su responsabilidad.(...) se ajusta a los postulados constitucionales del principio y derecho a la igualdad, en tanto genera un trato desigual, entre desiguales, de forma justificada y razonable*⁶⁹.

3.2.1.4. El legislador fue claro en establecer cual ha de ser la pena para quien actúa como cómplice y para quien actúa como determinador

En este punto la Corte Constitucional se remite a un argumento literal o exegético, manifestando que como los primeros incisos del artículo 30 establecen las penas de los partícipes (cómplice y determinador) ellos ya no podrán favorecerse de la rebaja del interviniente.

*Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal*⁷⁰.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008).

69 Ibíd.

70 Ibíd.

3.2.1.5. La segunda interpretación es la única idónea para cumplir los fines de la figura del interviniente

También han sostenido las altas cortes colombianas que, la vigente interpretación es la única capaz de alcanzar las finalidades pretendidas con la figura del interviniente, siendo estas: (1) Evitar la impunidad en los delitos especiales, (2) Garantizar la “unidad del título de imputación” y (3) garantizar la correspondencia punitiva frente a los diferentes grados de compromiso criminal. Así lo han explicado:

En ese sentido la interpretación de la SCPCSJ es un medio útil para mantener la unidad de imputación. [...] resulta útil para mantener la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal. Tanto para el instigador como para el cómplice, el artículo 30 consagra la correspondiente configuración punitiva. El inciso 4º hace lo mismo con el “coautor” no calificado, que no estaba incluido en los anteriores incisos y que con ello queda con una dosificación precisa. Por lo tanto, concluye esta Corte que el medio resulta idóneo para alcanzar los fines perseguidos⁷¹.

Si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal⁷².

4. Análisis crítico al concepto de interviniente sostenido por las Altas Cortes Colombianas

Una vez se ha delimitado de forma clara y precisa cuál es el alcance, configuración y límites de las dos interpretaciones del interviniente sostenidas históricamente por la H. Corte Suprema de Justicia, es hora de analizar ¿cuál debe ser el alcance, configuración y límites del concepto del interviniente? Para ello, se procederá con el mayor respeto que merecen todos los magistrados que han participado en la elaboración de tales concepciones, a realizar un estudio crítico a las mismas, en el cual se seguirá el siguiente orden, primero, se realizará un análisis de la viabilidad jurídica de cada uno de los fundamentos materiales de la vigente interpretación, delimitados en precedencia (n.º4.4.2) y posteriormente, se enlistarán todas las críticas existentes, tanto para la primera como para la segunda interpretación jurisprudencial.

71 Ibíd.

72 Corte Suprema de Justicia, sentencia SP5107 del 05 de abril de 2017, radicado 47974 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

4.1. Análisis de la viabilidad jurídica de los fundamentos materiales de la vigente interpretación del interviniente

4.1.1. Primera tesis: “las cualidades especiales no se exigen a los partícipes, por lo que no tendría sentido rebajarles la pena en virtud de su ausencia”

Este argumento se basa en que las cualidades especiales no se exigen para los partícipes (cómplice o determinador) sino que estas únicamente repercuten sobre las personas que realizan el delito como con dominio del hecho, pues es solo a ellos a quien el no cumplirlos les impide ser autores. En cambio, se puede ser cómplice y determinador con independencia de si se tiene o no la calificación especial.

De esta línea argumentativa se puede extraer que la rebaja de pena que conlleva la aplicación de la figura del interviniente depende exclusivamente de la concurrencia del dominio del hecho en el sujeto, a esta conclusión se llega teniendo en cuenta, primero, que toda persona que intervenga en un delito especial sin cumplir la cualidad exigida por el mismo, no podrá ser autor, necesariamente será partícipe; segundo, que algunos de estos partícipes intervendrán materialmente como autores o coautores y otros lo harán materialmente como cómplices o determinadores; tercero, que a los primeros se les aplicará la rebaja del interviniente y a los segundos no; cuarto, que en ambos casos se carece del deber especial, siendo la única diferencia que los primeros tienen dominio del hecho y los segundos no. En conclusión, el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniente en los delitos de infracción del deber.

Esta conclusión es cuanto menos alarmante, por ello me permito realizar las siguientes críticas:

4.1.1.1. Falta de coherencia teórica

Se debe ser coherente con la teoría que se está aplicando, si hemos aceptado la teoría del dominio del hecho liderada actualmente por Claus Roxin, debemos aceptar también que existe una clara distinción entre los delitos de dominio y los de infracción de deber⁷³ y que esta distinción hace que la autoría se determine de forma diferente en cada caso, resultando así que “el dominio del hecho” no es compatible con los delitos de infracción de deber.

Esta conclusión, aunque bastante discutida en el pasado resulta totalmente inevitable, pues si se aplica de forma estricta la teoría del dominio del hecho en

73 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 179.

los delitos de infracción de deber, nos estaremos dirigiendo irremediabilmente a la indeseable impunidad en los casos del “instrumento doloso no calificado”. A menos de que se aceptara la tesis de la “ruptura del título de imputación”, lo que ya desde hace mucho ha sido rechazado por nuestro legislador y por nuestra jurisprudencia.

Así mismo, si lo que hacemos es interpretar una forma de dominio del hecho “especial” para que pueda predicarse la existencia de este en el sujeto *intraneus*, pese a no haber dominado ni la acción, ni la voluntad, ni funcionalmente el hecho, como lo hace por ejemplo Schünemann con su “dominio de protección sobre el bien jurídico” o Jescheck con su “dominio psicológico-normativo”⁷⁴, y recientemente José María Peláez y Luis Greco⁷⁵ lo único que lograríamos, sería darle un nombre más atractivo a la figura, porque el hecho de que se les llame “dominio psicológico-normativo” o “dominio de protección sobre el bien jurídico” no cambia que materialmente sigan funcionando como delitos de infracción del deber, pues lo que al final de cuentas daría al *intraneus* esa discutible forma de dominio será únicamente el ostentar el deber⁷⁶.

Por esa razón es inevitable concluir que el dominio del hecho es incompatible con los delitos de infracción del deber, ahora bien, esta conclusión debe cotejarse con la tesis sostenida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, esto es, que “el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniente en los delitos de infracción del deber”, lo que mostraría una incorrecta fundamentación teórica, pues está utilizando para determinar la punibilidad en una categoría de delitos, un criterio que es totalmente incompatible con dicha categoría.

4.1.1.2. Incoherencia interna

Pero al margen de la anterior crítica de coherencia teórica existe además un yerro interno en la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia de que “el dominio del hecho es la cualidad determinante para la aplicación de la figura del interviniente en los delitos de infracción del deber”, este yerro consistiría en confundir cuál es el verdadero fundamento de la rebaja del interviniente, pues esta no se fundamenta (como lo ha entendido la Corte) en que el *extraneus* domine del hecho sino que obedece exclusivamente a la carencia del deber en los *extranei*. Procedo a explicar esta tesis en dos argumentos:

74 Ibid, 182-183.

75 José María Peláez y Luis Greco, *El interviniente en el código penal colombiano*, (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2024).

76 Manuel Abanto Vásquez, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, 3-23.

a) Violación al principio lógico de identidad.

Si comparamos al interviniente con el autor en la vigente interpretación, encontramos lo siguiente: (1) el interviniente debe actuar junto con el *intrañeus* como un “coautor material”, pero que, como no puede responder como autor por faltarle “la cualidad especial”, respondería como interviniente, (2) es decir, que ambos actúan con dominio del hecho y la única diferencia evidenciable entre estos dos, es que el autor del delito cumple la cualificación, mientras que el interviniente no y (3) por esa razón la carencia de deber es la condición determinante para la aplicación de la figura del interviniente.

Pero si comparamos al interviniente con los partícipes que actúan materialmente como tal (cómplice o determinador), encontramos lo siguiente: (1) tanto “interviniente” como “cómplice o determinador” carecen del deber, pues ninguno cuenta con la cualidad exigida por el tipo; (2) el interviniente actúa materialmente como un autor (dominando el hecho), mientras que el cómplice y el determinador actúan materialmente como tal y por ello carecen de dominio del hecho; (3) al interviniente se le rebaja la pena y al cómplice y determinador no; (4) la única diferencia apreciable entre estos dos es que el interviniente “domina el hecho” mientras que el cómplice y el determinador no y (5) por esa razón el dominio del hecho es la condición determinante para la aplicación de la rebaja.

Uno de los principios clásicos de la lógica es el de “identidad”, según esta construcción aristotélica “algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en la misma relación”⁷⁷, este principio se explica bajo la fórmula “A es A” exigiendo que toda entidad es idéntica a sí misma. Este principio lógico se vulnera en la argumentación de la H. Corte Suprema de Justicia, pues está sosteniendo que al interviniente se le reduce la pena por faltarle el deber especial (comparación autor vs. interviniente) y a la vez que, al interviniente se le reduce la pena por tener dominio del hecho (comparación interviniente vs. cómplice y determinador), por lo que el fundamento de la aplicación de la figura “interviniente” en el primer caso, no sería idéntico al fundamento del segundo, lo que lógicamente no puede ser posible si estamos hablando de una misma figura.

En este sentido, la aplicación de la figura del interviniente debe tener un único fundamento ya sea que obedezca a la ausencia del deber, en cuyo caso tendría que aplicarse sin distinción a todos los *extranej*, o que obedezca a la tenencia del dominio del hecho, en cuyo caso solo podría reconocerse a quien actúa materialmente y de

77 Guillermo Zamudio, “Los tres principios de la lógica aristotélica”, *Revista Folios*, segunda época, n.º27, (2008): 25.

acuerdo a la teoría del dominio del hecho como autor. No obstante, ¿cuál de los dos fundamentos es el correcto?

Evidentemente, el fundamento correcto de la rebaja del interviniente es la carencia del deber, pues los delitos de infracción del deber son castigados de una forma especialmente gravosa. En algunos casos, la conducta ni siquiera se castiga penalmente en ausencia del deber, tal como ocurre en los delitos especiales propios, mientras que en otros, aunque la conducta sí se castiga (delitos especiales impropios), se hace de una forma realmente más benigna (ej. hurto 32-108 meses vs. peculado por apropiación 96-270 meses). Y lo único que fundamenta esa tan agravada punición en estos delitos es el deber especial que tenía el autor y que falta en los *extranei* y no, contrario a la tesis de la Corte, si dominaba o no el hecho, pues al fin y al cabo este “dominio” es irrelevante en los delitos de infracción del deber; primero, por las razones de coherencia teórica que ya fueron expresadas y, segundo, porque en los casos en donde es posible hacer una comparación —esto es, delitos especiales impropios vs. delitos comunes subyacentes— se pone en evidencia que la razón de esa especial punición no radica en los hechos que pudieran dominarse, —pues estos pueden ser idénticos— (ej. un secuestro que huye en una camioneta embargada que tenía en su custodia —peculado— y un ladrón que huye en una camioneta que acaba de hurtar), sino en el especial rol que tenía el *intraneus* y que le daba a este un deber especial de actuar.

En este orden de ideas, como la tenencia del deber es lo que fundamenta esa agravada punición en los delitos especiales, se hace necesario reducir la pena a todos los que participen en un delito especial sin poseer dicha cualidad. Por ello no es correcto hacer depender una rebaja punitiva para los *extranei* de que tengan o no tengan el dominio del hecho, pues en ambos casos el sujeto carecerá del requisito que fundamenta esa especial punición, esto es, el deber. Así lo explicó Miguel Ángel Muñoz García:

El extraño no está ligado por los deberes jurídicos específicos a los que el intraneus se encuentra vinculado personalmente; por lo tanto, el extraneus que interviene sin quebrantamiento de esos deberes especiales merece, según la doctrina mayoritaria, un tratamiento punitivo especial y más benigno que el suministrado por la ley al autor. La razón de la atenuante es que el extraño no está ligado por el mismo deber jurídico específico que quebranta su autor⁷⁸.

b) Desconocimiento de la importancia del aporte

78 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 48.

Por último, la tesis sostenida por las altas cortes colombianas también resulta incorrecta al desconocer el principio de proporcionalidad de las sanciones penales que establece que debe castigarse más al que hace más y menos al que hace menos. Esto teniendo en cuenta que la vigente interpretación del interviniente concede la rebaja al *extraneus* que domina el hecho y la niega al *extraneus* que no lo hace, desconociendo que el dominio del hecho no puede concebirse como una circunstancia para atenuar la pena, frente a otros que no lo hayan dominado, pues estaríamos, entre personas iguales (*extranei*), castigando menos al que hace más y castigando más al que hace menos; situación que ignora que aunque en estos casos el tener el dominio del hecho no me convierte en autor, si muestra que mi actuación fue más importante para la consumación del hecho frente a las actuaciones de quienes no tuvieron el dominio del suceso.

4.1.2. Segunda tesis: “La primera interpretación jurisprudencial vulnera el principio de igualdad”

Este argumento carece de validez si se entiende (como lo expliqué en las páginas anteriores) que el único y verdadero fundamento de la rebaja punitiva del interviniente es la carencia del deber especial que hace que el delito se castigue de una forma especialmente gravosa y que, independientemente de que algunos partícipes puedan actuar con o sin dominio del hecho, ello resulta intrascendente para fundamentar la especial punición de estos delitos, se procede a explicar.

4.1.2.1. ¿Por qué no violaría el principio de igualdad el que a un determinador de peculado se le rebaje la pena y a un determinador de hurto no?

La razón es sencilla, en principio, en ambos casos el determinador debe estar sometido a la pena del autor, sin embargo, nos damos cuenta de que el determinador del hurto se enfrenta a una pena mínima de 32 meses, mientras que el determinador de un peculado se enfrenta a una sanción tres veces más alta, siendo que el fundamento exclusivo de tan agravada punición radica en el deber especial que tenía el servidor público y del que carecía el determinador. Es precisamente por esta razón que debe ser merecedor de la rebaja del interviniente. Además, conceder dicho beneficio no solo no violaría el principio de igualdad, sino que lo garantizaría, pues no conceder la rebaja generaría que castigáramos a dos personas de condición similar (*extranei*) de dos formas totalmente distintas, esto es, a uno el triple que al otro.

4.1.2.2. ¿Por qué no violaría el principio de igualdad el darle dos rebajas al cómplice de un peculado y una sola al cómplice de un hurto?

El argumento que permite acumular una doble atenuación punitiva para los cómplices *extranei* en los delitos de infracción del deber, consiste en que estas rebajas “poseen un fundamento diferente: la primera responde a la menor entidad de la contribución del cómplice y la segunda, idéntica a la que opera en el determinador o inductor, a la (eventual) mayor lejanía del partícipe “*extraneus*” respecto del injusto especial”⁷⁹

Así mismo, aunque algunos argumenten que esta doble rebaja generaría un tratamiento injustamente beneficioso, dicho argumento carece de sentido cuando se analiza detalladamente la situación, pues primero este “doble beneficio” se encuentra justificado, toda vez que la rebaja del “interviniente” y la “rebaja de cómplice” tienen fundamentos distintos y pueden concurrir simultáneamente en una persona que cumpla sus dos presupuestos (carecer del deber y realizar un aporte sin dominio del hecho); y segundo, la casuística nos muestra que en realidad, no existe un castigo demasiado beneficioso, es más, su pena aun con la doble rebaja seguiría siendo mayor a la de un cómplice de delito común subyacente. (ej. el hurto con la rebaja del cómplice quedaría en 16-90 meses, mientras que el peculado por apropiación con las dos rebajas quedaría en 36-168.75 meses). Con lo que queda demostrado que no es cierto que se genere una punición excesivamente beneficiosa.

No obstante, debe advertirse que sí generaría una punición excesivamente beneficiosa, al conceder estas dos rebajas a cualquier cómplice de delito de infracción del deber, sin embargo, esto se explicará más adelante en la propuesta de reinterpretación.

4.1.2.3. ¿Por qué no se violaría el principio de igualdad al darle dos rebajas al cómplice *extraneus* y una al cómplice *intraneus* de un delito de infracción del deber?

En este punto, debe analizarse la viabilidad de la participación del *intraneus* en los delitos de infracción del deber, discusión muy llamativa, pues partiendo de una correcta aplicación de esta teoría, parecería que todo *intranei* que realice un aporte de cualquier tipo debería catalogarse como autor sin importar si tuvo o no dominio del hecho. En otras palabras, —en principio— no podrían existir partícipes *intranei*, razón por la cual, el argumento de la H. Corte Suprema de Justicia carecería de validez, pues si por ejemplo, un secuestro ve que hay alguien apoderándose del bien

79 Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final”, Revista Derecho Penal y Criminología 26, n.º77 (2005): 45-78

que a este le corresponde cuidar y el servidor público decide entregarle las llaves para que se lo lleve con mayor facilidad, el primero sería autor de peculado, pues con su acción infringió el deber de salvaguardar el bien jurídico, mientras que el segundo sería cómplice así tenga dominio del hecho, pues al fin y al cabo con su acción ayudó al servidor público a infringir su deber.

Sin embargo, esta imposibilidad de ver partícipes *intranei* debe repensarse, partiendo de dos casos: (1) cuando existe un mismo deber compartido por varias personas (ej. A y B son administradores de hecho en una sociedad y disponen fraudulentamente de los bienes) y (2) cuando varias personas poseen una misma clase de deber (ej. los policías X y Z frente al delito de concusión, los jueces Z y W frente al delito de prevaricato).

En el caso de un mismo deber compartido por varios *intranei*, estaría vedada la posibilidad de que entre ellos pudiese existir una participación, pues cualquier conducta carente de dominio, por parte del uno hacia el otro (ej. un administrador que induce o le presta un aporte al otro para disponer fraudulentamente de los bienes), lo haría también autor.

Por otro lado, en caso de que varias personas compartan una misma clase de deber, (ej. el deber de los jueces de fallar conforme a derecho) sí podrá haber un partícipe "*intraneus*", es decir, un sujeto que, teniendo también el deber del autor, no infringe su deber concreto, se muestran algunos ejemplos:

- El policía que no pide dinero (delito de concusión) pero sí induce a su colega a hacerlo, sería determinador de concusión.
- El juez que falla conforme a derecho sus decisiones, pero en una reunión le pide a su colega que resuelva uno de sus casos con desapego al ordenamiento jurídico, sería determinador del delito de prevaricato.
- El secuestre que induce a otro a usar "indebidamente" una casa que este tiene bajo su custodia, sería determinador del delito de peculado por uso indebido

En estos casos, la participación se explica porque, pese a compartir el mismo deber especial, este deber es a su vez personal. Por ello, si un *intraneus* induce o colabora en la infracción del deber de su colega, ello no quiere decir que haya infringido su propio deber, pues por ejemplo, los jueces tienen el deber de fallar conforme a derecho sus decisiones, mas no el deber de asegurar que todos los jueces de Colombia lo hagan. Así mismo, los servidores públicos tienen el deber (frente al cohecho) de no recibir dinero para realizar funciones propias o contrarias a

su cargo, mas no el deber de asegurar que todos los servidores públicos no realicen tal acto.

Es necesario entender que estos deberes son especiales en la medida en que no le son exigibles a cualquier persona sino solo a un determinado círculo de sujetos y, además, son personales porque la violación a un deber atañe exclusivamente a aquella persona que concretamente le correspondía cumplirlo.

Pero entonces, ¿cómo sería la punición de estos partícipes *intranei*? En este orden de ideas, el hecho de que no hayan infringido su propio deber, sino que hayan participado en la infracción del deber de otro, impide que puedan ser catalogados como autores del delito, no obstante, ello no excluye que sigan teniendo la cualidad especial que fundamenta la especial punibilidad del delito y por esta razón no pueden ser objeto de la rebaja del interviniente; pues aunque en palabras estrictas, ellos no tenían el deber que concretamente se incumplió, sí poseían un deber de la misma índole que el del autor y por esta razón cumplen con el elemento que fundamenta la especial punición agravada en estos delitos, o en otras palabras, se encuentra en una posición idéntica a la del autor, por lo que la especial punición del delito especial no resultaría desproporcionada para ellos, como sí lo sería frente a un partícipe *extraneus*.

Sin embargo, luego de ello debe identificarse si el *intraneus* ha actuado como un determinador, caso en el cual sería sancionado con la misma pena del autor o si lo ha hecho como un cómplice, caso en el cual tendría derecho a la rebaja que se fundamenta en su actuación como cómplice en la infracción del deber de otro.

4.1.3. Tercera tesis: “La vigente interpretación no genera desigualdad”

La vigente interpretación también considera que darle a unos *extranei* la rebaja del interviniente (coautor material) y a otros no (cómplices e inductores) no genera desigualdad toda vez que tal trato diferenciado no se hace sobre sujetos que sean estrictamente iguales, pues mientras que para los cómplices y determinadores el tener o no la calificación resulta intrascendente, para el coautor material dicha ausencia le impide ser autor de la conducta punible.

Con el debido respeto que merecen tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, se considera que tal argumento carece de coherencia teórica al mezclar conceptos de la teoría del dominio del hecho con los de la teoría de los delitos de infracción del deber, esto radica en considerar equivocadamente que para ser autor de un delito de infracción del deber se requiere poseer el deber y a su vez dominar el hecho, como expresamente lo ha reconocido la H. Corte Constitucional al indicar que “en el caso de los delitos especiales, la ley exige a quienes fungen como

autores, el cumplimiento de unas calidades que se traducen en un deber especial y se suman al dominio del hecho”⁸⁰.

No obstante, exigir dominio del hecho para el *intraneus* autor de un delito especial es un completo desacierto jurídico, pues olvida que para determinar la autoría y participación en los delitos de infracción del deber no solo es irrelevante el dominio del hecho, sino que este resulta incompatible con este tipo de delitos, tal como lo reconoce la inmensa mayoría de la doctrina⁸¹. Así mismo, al exigir que el *intraneus* domine el hecho, estaríamos aplicando materialmente la teoría del dominio del hecho e inaplicando la teoría de los delitos de infracción del deber; lo que nos llevaría inexorablemente a los problemas de impunidad en los casos del instrumento doloso no calificado que harían necesaria una “ruptura del título de imputación” que es precisamente lo que se pretende evitar con la figura del “interviniente”.

La única solución para evitar estos problemas consiste en dejar de mencionar en vano la teoría de los delitos de infracción del deber y empezar a utilizarla materialmente, en ese sentido, una correcta aplicación de esta teoría nos diría que el dominio del hecho es completamente intrascendente para la determinación de la autoría y participación en los delitos de infracción del deber. Con esto se pone en evidencia el total desacierto en la argumentación de la Corte, pues tanto para ese “coautor material sin la calificación” como para los cómplices y determinadores, el tener o no tener el deber es igualmente trascendente, pues si cualquiera de ellos, con dominio o no, hubiese poseído ese deber, se convertiría en autor del delito.

En definitiva, se evidencia que los *extranei* ya sea que dominen o no dominen el hecho se encuentran en una posición de estricta igualdad, pues la tenencia o carencia del deber repercute de igual forma para ambos, esto es, su carencia los hace partícipes y su tenencia, autores, y en esa medida sería totalmente violatorio al principio de igualdad reducir la pena del uno y no la del otro. Tal como correctamente lo alegaban los actores dentro de la demanda de inconstitucionalidad resuelta en la sentencia C-015 de 2018.

4.1.4. Cuarta tesis: “El legislador fue claro y estableció cual ha de ser la pena para quien actúa como cómplice y para quien actúa como determinador”

80 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

81 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 45.

Según este argumento la rebaja del interviniente no es aplicable a los cómplices y determinadores pues el artículo 30 ha sido claro en definir qué pena corresponde a cada uno de estos. Este argumento carece totalmente de sentido por las siguientes razones:

Primero, porque parte de una interpretación exegética del artículo 30 del Código Penal que resulta totalmente inaceptable, pues el formalismo jurídico ha sido superado por el activismo judicial y hoy en día los jueces no están sometidos de forma absoluta a la literalidad de la ley.

En ese sentido, los operadores judiciales deben interpretar los enunciados normativos para extraer de ellos la norma aplicable al caso⁸², teniendo “como límite inquebrantable el respeto y la sujeción estricta a las reglas y principios de la Constitución”⁸³. Por esta razón, resulta inadmisibles fijar el alcance de una norma basándose exclusivamente en una interpretación gramatical olvidando que para tal labor es necesario entender al derecho penal como un “sistema” y no como un conjunto de reglas individuales sin relación entre sí.

En segundo lugar, no es correcto que el interviniente sea una forma distinta de autoría “un coautor sin la cualidad exigida por el tipo” pues una interpretación sistemática de nuestro Código Penal nos indicaría que para ser autor de un delito se requiere cumplir con las calidades especiales exigidas por este, en este orden, el interviniente no puede ser autor porque no encuadra en ninguna de las formas de autoría y tampoco es una cláusula especial como la “autoría por representación legal”, por ello sería incorrecto definirlo como un “coautor”.

Pero, además, tampoco sería una forma distinta de participación pues el artículo 30 es claro en definir que los partícipes solo son “el determinador y el cómplice”, por lo que solo nos quedaría concluir, siguiendo la primera interpretación de la Corte, que el “interviniente” no es una forma especial de concurrir al delito, sino una cláusula general de atenuación punitiva aplicable a quienes sin tener las calidades exigidas por el tipo concurren de cualquier forma a su realización.

4.1.5. Quinta tesis: “La segunda interpretación es la única idónea para cumplir los fines de la figura del interviniente”

Este último argumento resulta igualmente incorrecto, pues en primer lugar, no es cierto que con la vigente interpretación que reduce el interviniente a un “coautor material sin la cualificación” se asegure la unidad del título de imputación, por

82 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

83 Corte Constitucional, Sentencia C-573 de 2019 (M.P. Carlos Bernal Pulido, 27 de noviembre de 2019).

el contrario, se hace necesario acudir a la ruptura del título de imputación, pues como se explicó en precedencia exigirle dominio del hecho al autor *intraneus*, sería inaplicar la teoría de los delitos de infracción del deber y quedarnos únicamente con la teoría del dominio del hecho, que como se ha demostrado a lo largo de las décadas no es idónea para realizar la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber.

En segundo lugar, la vigente interpretación tampoco resulta idónea para mantener la distinción entre las formas de intervención principales (autores) y accesorias (partícipes). Por el contrario, solo complica innecesariamente algo que era evidente, esto es, que el interviniente no es un autor, todas esas argumentaciones de que es “un verdadero autor” o un “coautor material” entre otras, no solo son incompatibles con la teoría de los delitos de infracción al deber sino que también generan mucha confusión.

Por último, es totalmente falso que con esta interpretación “se guarde la correspondencia punitiva entre los diferentes grados de compromiso penal” pues es precisamente esta interpretación la que genera una punición desproporcionada y desigual por varias causas:

Primero, haría que un *extraneus* que solo determina a un servidor público a apoderarse de unos bienes de la administración sea castigado de forma más severa que aquel *extraneus* que determina al mismo servidor público, pero que además le presta un aporte esencial en fase ejecutiva (ej. le ayuda a destapar la caja fuerte y a sacar los sacos de dinero) pues como el primero era un simple determinador debe ser castigado con la misma pena del autor, mientras que el segundo, al actuar materialmente como un coautor, se le debe aplicar la rebaja del interviniente. Esto de ninguna manera guardaría la correspondencia punitiva entre los diferentes grados de compromiso criminal, pues como se explicó previamente se estaría castigando más al que hace menos y menos al que hace más.

Y segundo, estaría negando de manera irracional (como ya se ha demostrado) una atenuación punitiva para quienes actúan como cómplices o determinadores y concediéndola para quienes actúa materialmente como coautores, es decir, con dominio del hecho, ignorando que ostentar dicho dominio, muy contrario a ser una causa para atenuar la pena, debe ser una causa para agravarla, frente a aquellos que no lo han tenido.

4.2. Análisis Crítico de cada una de las interpretaciones jurisprudenciales al concepto del interviniente

4.2.1. Críticas a la vigente interpretación

En el anterior análisis a los fundamentos que sustentan la actual interpretación del interviniente, se pudo identificar la existencia de algunas de las críticas de las que adolece esta concepción y que hacen inviable su mantenimiento. En ese sentido, se pudo observar que todos los argumentos utilizados para defender dicha interpretación o se basan en modificaciones teóricas que además de indebidas son incorrectas por llevar a soluciones indeseables o son simplemente argumentos vacíos que, al ser enfrentados con una fundamentación teórica seria se muestran insatisfactorios, no obstante, aún existen críticas adicionales y en búsqueda de una mayor claridad, se procederá a reunir las todas en una misma lista.

4.2.1.1. Desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes

En primer lugar, la vigente interpretación incumple algunos de los postulados fundamentales que rigen la distinción entre autores y partícipes a nivel general, en este orden de ideas, resulta incorrecto, así sea de forma simbólica, afirmar que el interviniente es un autor, coautor, o semejantes, pues esta posibilidad se encuentra totalmente vedada por más que dicho *extraneus* haya dominado el hecho, en este orden de ideas, la única forma de que un *extraneus* pueda ser autor de un delito especial sería mediante una cláusula especial de extensión de la autoría, como el actuar por otro o la autoría por representación legal y es claro que el interviniente no lo es⁸⁴, así las cosas, como los *extranei* no pueden ser autores necesariamente tampoco podrán ser coautores pues “todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino solo partícipe”⁸⁵.

Tales manifestaciones consistentes en que el interviniente es un “coautor material”, o de que actúa como un coautor junto al *intraneus* o “es un verdadero autor” solo han generado una gran confusión que era totalmente innecesaria. El interviniente no puede ser autor, por ello será siempre un partícipe (cómplice o determinador), pues solo concurren a la realización del delito los autores y los partícipes, tal como lo describe el artículo 28 de nuestro código penal.

84 Miguel Ángel Muñoz, “Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales”, 36.

85 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte general*, (Barcelona: Reppertor, 2010), 399.

4.2.1.2. Desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes en los delitos de infracción del deber

La crítica principal de la que se derivan las demás, es la falta de coherencia teórica generada por aplicar la teoría de los delitos de infracción de deber de forma tergiversada o meramente simbólica, pues lo cierto es que —materialmente— se está utilizando la teoría del dominio del hecho, esto se debe a que la vigente interpretación exige la concurrencia de dos presupuestos; la tenencia del deber y el dominio del hecho, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por la Corte Constitucional⁸⁶ y por la Corte Suprema de Justicia⁸⁷.

Esta doble exigencia es completamente errada, pues como se explicó en precedencia, la teoría del dominio del hecho es totalmente incompatible con la teoría de los delitos de infracción de deber, y esta segunda es a su vez la única que permite solucionar de manera acertada los problemas clásicos de autoría y participación en los delitos especiales sin caer en la “ruptura del título de imputación”. Por ello, en pocas palabras, exigir dominio del hecho al *intraneus* para ser autor del delito sería inaplicar materialmente la teoría de los delitos de infracción del deber, lo que nos llevaría irremediablemente a los problemas que se intentaron evitar con la figura del interviniente.

En complemento a la crítica anterior, debe decirse que al restringir el alcance del interviniente, solo al *extraneus* que actúa materialmente como un coautor no se podrían solucionar los casos del “instrumento doloso no calificado” en los que el *intraneus* solo actúa —materialmente— como un cómplice o determinador, pues en esos casos el *extraneus* que actúa, no lo hace materialmente como un coautor sino como un autor individual, lo que nos llevaría irremediablemente a la impunidad de ambos actores criminales, pues el *extraneus* que actuó como autor individual no cumple con la cualidad especial para ser autor y a su vez el *intraneus* no podría ser autor por no tener dominio del hecho y tampoco partícipe en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación.

Además de esto, la vigente interpretación reduce las diferencias punitivas entre quienes actúan como cómplices y quienes lo hacen “materialmente como coautores”, pues al primero se le castiga con una pena disminuida de una sexta parte a la mitad y al segundo con una pena disminuida en una cuarta parte, lo que

86 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

87 Corte Suprema de Justicia, Radicado 52.816. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa) y Corte Suprema de Justicia SP-2339, radicado 51444, (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

haría que en realidad las penas de uno y otro sean muy similares, lo que no atiende a la diferencia punitiva que establece nuestro código, entre quien actúa con dominio funcional del hecho (coautor) y quien no tiene dominio del hecho (cómplice), en donde la diferencia punitiva es muchísimo más amplia, por lo que esta interpretación también daría al traste en la tarea de mantener la correspondencia punitiva entre la pena y los diferentes grados de compromiso criminal.

Así mismo, esta concepción tampoco explica de forma clara cómo sería punida la participación de los *intransei* (cómplices y determinadores) en delitos de infracción del deber, como sí se hace en este texto y, además, equipara de forma total, los delitos especiales, con los delitos de infracción del deber, lo que como ya explicó, puede ser una peligrosa generalización⁸⁸.

4.2.1.3. Incoherencia lógica interna

La vigente interpretación no solo carece de coherencia externa frente a los postulados teóricos que rigen la distinción entre autores y partícipes, sino que también carece de coherencia interna, por dos razones fundamentales: (1) por violar el principio lógico de identidad en su fundamentación y (2) por ser una teoría incompleta.

En primer lugar, la vulneración al principio lógico de identidad se produce al definir cuál es el fundamento de la rebaja punitiva del interviniente, pues, cuando se explica por qué se rebaja la pena del interviniente y no la del autor, el fundamento es la carencia del deber especial en el primero, mientras que por otro lado, cuando se explica por qué se rebaja la pena del interviniente y no la de quienes actúan materialmente como cómplices y determinadores, El fundamento es la tenencia de dominio el hecho que tiene el primero y falta en los segundos.

Esto atenta contra la lógica, pues toda entidad debe ser idéntica a sí misma, en ese orden de ideas, la rebaja punitiva del interviniente debe tener un único fundamento ¿o se soporta en la carencia del deber especial o en la tenencia del dominio del hecho? Y, como ya se explicó en precedencia (Núm. 4.5.1.1.2.1.), el único fundamento adecuado para esta rebaja es la carencia del deber especial que fundamenta la agravada punición de este tipo de delitos.

En segundo lugar, la vigente interpretación no satisface el presupuesto de completitud interna, toda vez que, al restringir el concepto del interviniente únicamente para el *extraneus* que actúa como coautor material, estaría dejando

88 Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelinuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final”, 45-78.

sin solución los casos en los que el *extraneus* actúa como un autor individual y el *intraneus* como un cómplice o determinador.

4.2.1.4. Se trata de una postura jurisprudencial inconstitucional

La vigente interpretación también contradice algunos de los postulados constitucionales que limitan la distinción entre autores y partícipes, concretamente los principios de legalidad (material), igualdad y prohibición de exceso en estricto sentido.

Viola el principio de legalidad en su dimensión material al desconocer las exigencias de ley cierta y estricta, según las cuales, si el legislador incumple la obligación de definir de forma clara e inequívoca las características de la conducta punible y sus consecuencias jurídicas (ley cierta), el operador judicial no podrá superar esas deficiencias a partir de analogías (ley estricta) esto, teniendo en cuenta la prohibición de la analogía *in malam partem*.

En este orden de ideas, la consagración legislativa de la figura del interviniente en el inciso 4 del artículo 30 del Código Penal vulnera la exigencia de ley cierta, pues la expresión “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte” no ha sido para nada autoevidente, por el contrario, ha dado lugar a múltiples discusiones e interpretaciones alternativas que oscurecen el concepto y dificultan su entendimiento.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia vulneró y continúa vulnerando el principio de ley estricta y la prohibición de analogía e interpretación *in malam partem*, pues ante las múltiples interpretaciones generadas por la falta de claridad legislativa, ha optado por una interpretación que, además de ser completamente equivocada, es contraria a los intereses de los procesados, como si estos debieran soportar los errores producidos en el proceso de criminalización primaria.

También vulnera el principio de igualdad, al aplicar la rebaja del interviniente al “coautor material sin la cualificación”, pero no a quienes actúan materialmente como cómplices y determinadores, pues contrario a lo que se resolvió en la sentencia C-015 de 2018 y como ya se expuso en precedencia (Núm. 4.2.1.3.) tanto el “coautor material sin la cualificación” como el cómplice o determinador *extraneus*, están en la misma condición, pues la carencia o tenencia del deber especial les repercute de igual manera, su tenencia los haría autores y su ausencia, partícipes.

En este orden de ideas, al conceder la rebaja a unos y negarla a otros, se está realizando un tratamiento desigual entre sujetos que (de cara a la autoría y participación en delitos de infracción del deber) están en una posición estrictamente igual.

Así mismo, el poseer un fundamento doble para la rebaja del interviniente, esto es, la carencia del deber (comparación entre autor e interviniente) y la tenencia del dominio del hecho (comparación entre interviniente y cómplice y determinador), pone aún más en evidencia el trato injustamente diferenciado que se está realizando entre sujetos estrictamente iguales (*extranei*) y, aunque se intente argumentar que no son estrictamente iguales porque el “coautor material” tiene dominio del hecho, mientras que los demás no, este argumento sería completamente improcedente pues el dominio del hecho es incompatible con los delitos de infracción del deber en los que se puede ser autor sin importar si se tiene o no el dominio del hecho, pues lo único determinante para esta distinción es la tenencia del deber específico exigido por el tipo.

Por último, viola el principio de prohibición de exceso en sentido estricto, al no mantener la proporcionalidad que debe existir entre la pena y el grado de compromiso criminal atendiendo a los principios de culpabilidad (entre mayor sea la participación subjetiva interna y externa mayor será la pena) y lesividad (a mayor daño, mayor pena).

Lo anterior, se debe a que la vigente interpretación castiga con mayor severidad a aquel particular que actúa como determinador en un delito especial, que a aquel que realiza junto con el sujeto calificado la conducta punible teniendo el dominio del hecho, pues a este último le concede la rebaja del interviniente, mientras que al primero lo condena a la pena total consagrada en el tipo penal. En definitiva, bajo esta óptica se estaría castigando menos al que hace más y más al que hace menos, ignorando que tener el dominio del hecho jamás puede considerarse un motivo para atenuar la pena frente a otros que no lo tienen, pues quien domina el hecho, frente a quien no lo domina (independiente de que ambos sean partícipes) hace un aporte más trascendente en la realización del delito. Este tema fue puesto en conocimiento de la Corte Constitucional quien en sentencia C-015 de 2018 consideró lo siguiente:

Por supuesto que resulta constitucionalmente inadmisibles que quien tiene menor responsabilidad en la comisión de un hecho ilícito termine pagando una pena mayor que aquel que es más responsable. Pero la Corte Constitucional entiende que la dosificación de la sanción penal no se puede resolver de forma abstracta, sino que es en cada caso concreto y a la luz de los hechos y con base a las pruebas disponibles que debe fijarse.⁸⁹

Como se puede observar, la Corte Constitucional libró esta problemática

89 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

a través de una argumentación totalmente formal, por no decir vacía. Sumado a lo anterior, de seguirse la interpretación vigente se estaría castigando de forma desproporcionadamente alta al determinador o cómplice de un delito especial impropio, frente al determinador o cómplice de un delito común, pues aunque ambos carecen del deber especial, a los primeros se les castigaría de una forma mucho más agravada que a los segundos, llegando inclusive a triplicárseles la pena (ej. hurto 32-108 vs. peculado 96-270) lo que sería desproporcionado e irracional teniendo en cuenta que esa especial punición se fundamenta en un deber especial que no concurre en ellos.

Y, por último, con la vigente interpretación solo se le reconocería una rebaja al cómplice *extraneus* ignorando que en él concurren los presupuestos para la aplicación de ambas, pues la rebaja del cómplice se fundamenta en la baja importancia de su aporte, mientras que la del interviniente en la carencia del deber que fundamenta la especial punición del delito. Además, no es cierto como erróneamente señaló la Corte Suprema de Justicia⁹⁰, que dar estas dos rebajas al cómplice *extraneus* sea dar un “beneficio” injustificado frente a los cómplices de un delito común, tal como se explicó en apartes anteriores (núm. 4.1.2.2.).

4.2.2. Críticas a la primera interpretación

La interpretación de la H. Corte Suprema de Justicia en el año 2002 acertó al entender que el interviniente no es una figura autónoma de codelinuencia sino una circunstancia de atenuación punitiva aplicable a aquellos que, sin tener las cualidades especiales exigidas por el tipo concurren a su realización. Por esto es, en términos generales, la decisión más adecuada, sin embargo, también adolece de algunos yerros:

Primero, sostiene que se puede ser interviniente “a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)”⁹¹ lo que constituye nuevamente un grave desacierto teórico, pues como ya se ha reiterado, para ser autor o coautor de un delito de infracción de deber, es necesario cumplir con la cualidad exigida por el tipo, lo que no sucede en el interviniente, en otras palabras, la figura del interviniente únicamente resulta aplicable a los partícipes y no a los coautores, esta crítica ha sido expuesta en la doctrina de la siguiente manera:

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, radicado 20.704, (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

91 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

*Nos parecen razonables las respetuosas críticas que se han formulado por la doctrina a las dos sentencias de la Corte Suprema reseñadas anteriormente, a la primera por cuando si bien es cierto, a nuestro juicio, acertó al partir de un supuesto necesario para la interpretación del inciso, como son los delitos de infracción de deber, nos apartamos del fallo únicamente en cuanto extendió la condición de interviniente al coautor*⁹².

Así mismo, aunque en esta primera interpretación se maneja de mejor manera la teoría de los delitos de infracción del deber, también encontramos importantes incoherencias teóricas derivadas de la mezcla entre esta teoría y la del dominio del hecho, lo cual queda en evidencia al exigir que el *intraneus*, para ser autor del delito especial “no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás)”⁹³

La anterior conclusión, constituye una modificación indebida e innecesaria a la teoría de los delitos de infracción del deber, pues lo que se infiere de ella es que la Corte estaba exigiendo al autor ostentar el dominio del hecho, al decir que si el *intraneus* no actúa materialmente como un autor, en todo caso podría ser catalogado como tal, mediante la comisión por omisión. El argumento de la comisión por omisión fue utilizado por los críticos de la teoría de los delitos de infracción del deber para expresar que la misma no era necesaria, pues cuando un *intraneus* que tiene un deber especial de protección sobre un bien jurídico, permite que otro lo lesione (omisión) se podría castigar al *intraneus* como autor por comisión por omisión del delito especial, sin requerir de diferentes teorías.

Este argumento es válido y se explicaría de forma correcta en los casos en que el *intraneus* (ej. servidor público) note que otros *extranei* están lesionando el bien jurídico que a este correspondía proteger y el mismo no lo evite, pues en dicho caso sí se evidenciaría una “omisión realizadora del tipo”. No obstante, no se podría decir lo mismo cuando el servidor público actúa como determinador o como cómplice, pues en esos casos se evidenciaría un comportamiento activo frente al resultado, pues es la actuación de este la que pone inicio al curso causal que termina con la lesión al bien jurídico, en palabras de Roxin:

92 Alberto Esquivel, “Autoría y Participación”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 328.

93 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191, (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

El sujeto sobre el que recae el deber infringe aún más esta posición de garante cuando incita a un extraneus a realizar el hecho y pasa con ello a una actuación activa [...] al sujeto de atrás que se sirve de un extraneus le reprochamos la producción del hecho y no solo la omisión de su evitación⁹⁴.

En definitiva “infringir el deber” es el término genérico, mientras que la infracción por no evitación o comisión por omisión es solo una forma de infringirlo, junto con otras como la utilización o determinación de *extranei* o la realización de propia mano de la conducta.

4.3. Toma de Postura

Teniendo en cuenta todo lo anterior podemos llegar a dos grandes conclusiones; la primera, que existe una necesidad innegable de reinterpretar el concepto del interviniente y, la segunda, que este trabajo no es ni la primera ni tampoco la última propuesta de reinterpretación del mismo. Por el contrario, deben reconocerse los esfuerzos que ha realizado la doctrina nacional e internacional para oponerse a la vigente interpretación, por esta razón, debe recordarse que el objeto de este trabajo no es inventar una teoría novedosa que resuelva los problemas de la autoría y participación en los delitos especiales, sino explicar de forma detallada y estructurada las razones por las cuales la actual interpretación resulta inaceptable y proponer, a su vez, una interpretación basada en los aportes de nuestra doctrina, capaz de responder adecuadamente a todos los supuestos de hecho imaginables de manera clara y estructurada.

En primer lugar, para llegar a una correcta interpretación es necesario partir de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción del deber, que como se explicó en páginas anteriores, es la única capaz de lograr los propósitos del legislador, esto es: (1) garantizar la unidad del título de imputación, (2) mantener las diferencias entre las formas de intervención principales y accesorias y (3) guardar la correspondencia punitiva entre los distintos grados de compromiso criminal. Por ello, debemos partir por aceptar las siguientes tesis fundamentales:

(1) La delimitación entre autores y partícipes en este tipo de delitos se realizará exclusivamente bajo los postulados de la teoría de los delitos de infracción del deber, siendo para esta delimitación totalmente irrelevante e incompatible el dominio del hecho.

(2) En los delitos de infracción de deber única y exclusivamente podrá ser autor la persona que tenga la calificación exigida por el tipo, es decir, el *intraneus* (ej. el administrador, servidor público, etc.) con independencia de cuál haya sido su aporte

94 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 184.

factico, pues lo relevante para el tipo es la infracción del deber y no el dominio del hecho.

(3) Para infringir el deber no es necesario que el *intraneus* realice la conducta típica como un autor, pues también lo infringirá, cuando no impida la realización de la conducta, cuando determine a otro a realizarla o cuando simplemente le preste una ayuda a un *extraneus* que realiza la conducta, pues el deber de protección no solo se infringe cuando el mismo es el que actúa, sino también cuando permite la actuación de otro.

(4) Deben eliminarse aseveraciones como “el interviniente es un coautor material” o un “autor sin la cualificación” que no van acordes a la teoría de los delitos de infracción del deber y que solo resultan útiles para crear confusión.

(5) Todo *extranei* con independencia de su dominio del hecho será siempre partícipe, no “coautor material”, no “verdadero autor sin la calificación”, así mismo, al ser partícipe, necesariamente deberán catalogarse como cómplices o como determinadores, no existe una tercera forma de participación.

(6) La figura del interviniente no debe entenderse como una forma especial de participación o autoría, sino como una causal de atenuación punitiva que aplica para aquellos que, sin tener las cualidades especiales exigidas por el tipo concurren a su realización.

(7) En los delitos de infracción al deber, las hipótesis de autoría y participación han aumentado, pues mientras en los delitos comunes solo es autor quien domina el hecho, en estos delitos se puede ser autor con o sin dominio del hecho. Así mismo, mientras que en los delitos comunes solo es partícipe quien NO domina el hecho, en estos delitos pueden existir partícipes con o sin dominio del hecho (esta situación se explicará a continuación).

(8) Por último, esta ampliación de las hipótesis de autoría y participación “tampoco amplía en conjunto la punibilidad, sino que distribuye de manera distinta los papeles de autor, inductor y cooperador o cómplice porque es diferente la realidad en que se basan”⁹⁵.

4.3.1. Hipótesis posibles

Para explicar esta ampliación de las hipótesis de autoría y participación se procederá a enlistar todas las posibles hipótesis, para luego determinar cómo debería ser su punición.

95 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, 191.

4.3.1.1. Hipótesis de autoría

4.3.1.1.1. Autoría con dominio del hecho

- I. El *intraneus* realiza el hecho dominando la acción, es decir actuando como un autor inmediato (ej. el servidor público con acceso a las cuentas de la administración pública desvía fondos para cuentas suyas).
- II. El *intraneus* utiliza como instrumento a un *extraneus* (ej. un juez, mediante amenaza de muerte obliga a un particular a exigir dinero a personas involucradas en uno de sus casos) o a otro *intraneus* (ej. un secuestre esconde en el bolso de su amigo una barra de oro que este estaba cuidando para que se la lleve en su viaje) para que realice el hecho típico, es decir, actúa como autor mediato.
- III. El *intraneus* realiza el hecho conjuntamente con otros *intranei* (ej. entre varios policías instalan un retén en el cual constriñen a los particulares a entregar dinero, bajo la amenaza de aplicar comparendos) o conjuntamente con otros *extranei* (ej. entre un secuestre y un particular, huyen hacia otro país con varios bienes que eran custodiados por el primero), es decir, actúa como un coautor.

4.3.1.1.2. Autoría sin dominio del hecho

- IV. El *intraneus* induce a un *extraneus* a realizar la conducta (ej. el servidor público induce a dos amigos suyos a retirar de su casa unos bienes que se le habían entregado para su custodia y llevarlos a una ubicación secreta.), es decir, actúa materialmente como determinador.
- V. El *intranei* presta un aporte al *extraneus*, sin que su aporte le dé un dominio sobre el hecho (ej. servidor público que entrega las llaves a su hermano quien le dijo que iría a hurtar algunos bienes de la administración pública), es decir, actúa materialmente como un cómplice.
- VI. El *intraneus* no induce y tampoco presta un aporte, únicamente tolera que otro realice la conducta, se trata entonces de la hipótesis de comisión por omisión (ej. un sujeto entra a robar los bienes de la administración pública y el servidor público encargado de su custodia, dolosamente se lo permite o el hijo del secuestre que usa los bienes de forma indebida y el padre lo tolera).

En estos casos los *intranei* serán autores del delito especial y todos los *extranei* que de cualquier forma intervengan serán partícipes. No sería correcto clasificar

las formas de autoría en que incurre el *intraneus* en las clásicas formas de autoría mediata, inmediata y coautoría, pues como bien señala el profesor Sánchez-Vera⁹⁶ estas categorías se basan en distinciones ontológicas relacionadas con el dominio del suceso que resultan incompatibles con la teoría de los delitos de infracción del deber.

Para concluir que el *intraneus* infringió su deber, es irrelevante determinar si este realizó el hecho con sus manos, a través de las manos de otro o conjuntamente con otros, por esta razón, frente a la infracción del deber (que es lo que importa en estos delitos) el *intraneus* siempre actuará como un autor individual inmediato.

No obstante, pese a que todos los *intraneus* están sometidos al marco penal del delito de infracción del deber, considero apropiada la utilización del dominio del hecho existente en algunas hipótesis de autoría (#1,2,3) y carente en otras (#4,5,6) con fines exclusivos de individualización punitiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del código penal, pues aunque todos sean autores y se enfrenten al mismo marco punitivo, es innegable que algunos intervienen de forma más determinante que otros en el hecho.

4.3.1.2. Hipótesis de participación

Mientras en los delitos comunes solo se es partícipe cuando se actúa materialmente como determinador o cómplice, en los delitos de infracción del deber el marco de la participación se vuelve mucho más amplio, puesto que muchas personas que serían autoras si se tratara de un delito común serán partícipes en el delito de infracción al deber, por ello tenemos 7 hipótesis que se pueden clasificar en 3 grupos.

4.3.1.2.1. Partícipes *intranei*

La participación de *intranei* en delitos especiales debe mirarse con mucho cuidado, pues muchas veces la naturaleza de los delitos de infracción de deber impide su participación al convertirlos en autores, no obstante, como ya se explicó (Núm. 4.4.3.1.3.) la participación sí puede existir cuando entre los sujetos *intranei* no se comparta el mismo deber concreto, sino uno de la misma clase:

1. El *intraneus* que induce a otro *intraneus* a realizar el delito, (ej. un juez que nunca prevarica en sus casos, induce a otro juez a que falle de manera contraria a derecho uno de los procesos que este conoce) en estos casos,

96 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, (Madrid: Marcial Pons, 2002).

el hecho de poseer la calificación especial no convierte de forma inmediata al *intraneus* en autor, toda vez que este no infringió su deber sino que participó en la infracción del deber de otro.

2. El *intraneus* le presta un aporte preparativo o ejecutivo no esencial al otro *intraneus* (ej. un juez que sabe que su compañero está prevaricando y al ver que a este se le daña su PC, le presta el suyo para que profiera la decisión.)

4.3.1.2.2. Partícipes *extranei* con dominio del hecho

En este caso, el *extraneus* realiza una conducta que en un delito común le daría autoría (en cualquier forma), pero en estos, por no infringir el deber solo le dará participación, es decir, complicidad o determinación.

3. El *extraneus* es por sí solo quien realiza el hecho, ya sea que el *intraneus* lo haya inducido o que simplemente consienta tal actuación "comisión por omisión" (ej. un juez que determina a un amigo suyo a pedirle dinero a unos procesados en un caso que el primero conoce) es decir actúa materialmente como un autor.
4. El *extraneus* presta un aporte esencial en fase ejecutiva. (ej. entre un secuestro y su amigo logran montar todos los bienes que este custodiaba en un camión y luego se fugaron) es decir, actuando materialmente como un coautor.
5. El *extraneus* instrumentaliza al *intraneus*: en este caso las soluciones varían dependiente el tipo de instrumentalización.
 - a. Si al *intraneus* le falta culpabilidad: por verse ante un constreñimiento ilegal, estado de necesidad exculpante, error de prohibición (ej. una persona que obliga a un juez a prevaricar bajo la amenaza de asesinar a su hijo) este no responderá, pero el *extraneus* "de atrás" sí lo hará, como determinador del delito especial, lo cual es posible pues respeta el principio de la accesoriedad limitada de la participación.
 - b. Si al *intraneus* le falta tipicidad o antijuricidad: (ej. cuando engaña a un juez para que prevarique) no se podrá castigar al *extraneus* como determinador del delito especial, pues faltaría el hecho principal injusto necesario para castigar a los partícipes, por lo tanto, se debería perseguir la punición exclusiva del *extraneus* a partir de delitos comunes, como por ejemplo, el fraude procesal, el hurto, etc.

4.3.1.2.3. Partícipes *extranei* sin dominio del hecho

Estos además de carecer de la calificación especial, también realizan una conducta sin dominio del hecho, por lo que su aporte también configuraría participación en un delito común.

1. El *extraneus* induce al *intraneus* a que infrinja su deber (ej. un particular induce a un secuestre a apoderarse de los bienes que esta custodia) el *extraneus* sería partícipe, concretamente un determinador.
2. El *extraneus* presta una ayuda preparativa o ejecutiva de poca importancia al *intraneus*: (ej. Quien le presta una carretilla a un servidor público para que transporte los bienes que se está apropiando), en este caso, el *extraneus* actuaría como un cómplice.

4.3.1.3. Ampliación de la complicidad

Al concluir que las 7 hipótesis que se acaban de enunciar constituyen formas de participación, es menester que estas encajen en las dos tipologías de participación existentes, esto es, en la complicidad y la determinación, lo cual se puede lograr si se aceptan las siguientes premisas:

- (a) Todo aquel que solo genere la resolución a infringir el deber, ya sea porque induce al *intraneus* o porque lo constriñe se catalogará como determinador (# 1, 5, 6)
- (b) Por otro lado, todos los que con sus actuaciones ayuden al *intraneus* a infringir su deber, serán catalogados como cómplices (#2, 3, 4, 7).

No obstante, no parece razonable que todas estas cuatro modalidades de complicidad tengan derecho a la rebaja del inciso tercero del artículo 30 del Código Penal, es decir, a la clásica rebaja del cómplice, pues en todas estas modalidades no se puede pregonar la misma “menor importancia del aporte” que fundamenta dicha rebaja, ya que ahora tendremos cómplices con dominio del hecho (#3, 4) y cómplices sin dominio del hecho (#2, 7), razón por la cual se propone inaplicar la clásica rebaja del cómplice a los *extranei* que actúen con dominio del hecho.

4.3.2. Defensa teórica de la presente propuesta

Se puede anticipar que esta propuesta será objetada por los defensores de la actual interpretación, por lo que se procederá a dar una respuesta anticipada a las críticas que se pueden prever.

4.3.2.1. Violaría el principio de legalidad al no aplicar la rebaja del cómplice a quien se califica como tal

La propuesta de inaplicación mencionada en precedencia se deriva del hecho de que es evidente que conceder las dos rebajas punitivas, esto es, la del cómplice y la del interviniente a las cuatro modalidades de complicidad mencionadas, generaría un trato injustamente beneficioso para las dos modalidades de complicidad que cuentan con dominio del hecho.

Esto sucede, porque la clásica rebaja del cómplice (inciso 3) se fundamenta en la poca importancia material de su aporte, de ahí que, si concedemos esta rebaja a los cómplices con dominio del hecho, estaríamos otorgando un trato injustamente beneficioso al atenuar la pena en virtud de una circunstancia que no concurre en ellos (su carencia del dominio del hecho).

Esta problemática se genera porque nuestras normas relativas a la distinción entre autores y partícipes están pensadas bajo la concepción de la teoría del dominio del hecho y no contienen excepciones o condiciones que la adecuen a la teoría de los delitos de infracción del deber, en donde las modalidades de autoría y participación se han ampliado.

No obstante, esta problemática puede superarse sin la necesidad de acudir a un cambio legislativo, a través de la figura de la excepción por inconstitucionalidad que es:

(...) una facultad (...) de los operadores jurídicos, (...); pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales (...) se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política⁹⁷.

En este orden de ideas, cuando se presenten casos en los que exista un cómplice con dominio del hecho se producirá una tensión entre la disposición aplicable al caso (Inc. 3 del art. 30) y los principios constitucionales de proporcionalidad de la pena o prohibición de exceso punitivo y el derecho a la justicia de las víctimas, los cuales se verían afectados con la imposición de penas injustamente beneficiosas.

Por esta razón, el operador judicial deberá dar prevalencia a las disposiciones

97 Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013, (M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de marzo de 2013) y Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 16 de septiembre de 2016).

constitucionales e inaplicar la rebaja punitiva del inciso 3 de artículo 30 del código penal, de esta manera, garantizando la proporcionalidad de la pena y la justicia para las víctimas.

Recapitulando, es adecuado aminorar en dos ocasiones la pena del cómplice siempre que concurren en este los presupuestos de ambas atenuaciones, esto es, la ausencia del deber (rebaja de interviniente) y la ausencia del dominio del hecho (rebaja del cómplice), por ello, en caso de que solo concorra el presupuesto de la atenuación del interviniente, se deberá inaplicar la atenuación punitiva del inciso 3 del artículo 30 del código penal, lo cual podrá realizarse a través de la excepción de inconstitucionalidad. De esta manera, no se vulneraría el principio de legalidad al inaplicar la rebaja del cómplice a quien se cataloga como tal.

4.3.2.2. Pese a argumentar que el dominio del hecho es incompatible con la teoría de los delitos de infracción de deber, se sigue utilizando el concepto de dominio

En este punto, se debe aclarar que el presente trabajo nunca ha pretendido la eliminación completa del concepto de dominio del hecho frente a los delitos de infracción del deber, únicamente se ha argumentado que dicho criterio no resulta idóneo para realizar la distinción entre autores y partícipes en este tipo de delitos, pero ello no significa que dicho concepto sea completamente intrascendente de cara a otros aspectos, como el merecimiento de pena.

El dominio del hecho es una realidad empírica que estará presente con independencia del tipo de delito que se trate, la diferencia, es que en los delitos de dominio, este determinará quién es autor y quién es partícipe, mientras que en los delitos de infracción de deber, el dominio del hecho será un criterio a tener en cuenta a la hora de realizar la dosificación punitiva, pues al fin y al cabo, entre sujetos *extranei* deberá ser punido con mayor severidad aquel que haya realizado un aporte más relevante al hecho.

4.3.3. La punición de las distintas formas de participación, según esta propuesta de reinterpretación

Los autores estarán sometidos al marco penal del delito de infracción del deber, con la salvedad de que su tenencia o carencia de dominio del hecho, aunque irrelevante para determinar su autoría, podrá tenerse en cuenta como criterio para la individualización de la pena en cada caso concreto, para asegurar una punición más proporcional.

Por otro lado, frente a los partícipes la cuestión resulta más problemática y por ello, es necesario proponer una solución que brinde un tratamiento adecuado a todos los casos, lo cual solo se podrá lograr aceptando dos tesis que ya han sido explicadas a lo largo del trabajo: primero, que la rebaja de $\frac{1}{4}$ de la pena del “interviniente” se aplicará a todos aquellos que concurren en el delito sin infringir el deber específico que protege la norma y que fundamenta la especial punición del tipo y segundo, que quien actué materialmente como un cómplice tendrá derecho a la rebaja que establece el inciso tercero del artículo 30 del código penal, rebaja que podrá concurrir con la del interviniente, pues como ya se explicó (Núm. 4.4.3.1.2.2) se fundamentan en criterios distintos y no excluyentes.

Con base en lo anterior, las hipótesis de participación posibles se castigarán de la siguiente manera:

#	FORMA DE PARTICIPACION:	PUNICION:
#1	<i>“intraneus”</i> determinador	P. Completa.
#2	<i>“intraneus”</i> cómplice	P. Completa – R. por cómplice.
#3	<i>“extraneus”</i> que domina la acción	P. Completa – R. por interviniente.
#4	<i>“extraneus”</i> con dominio funcional	P. Completa – R. por interviniente.
#5	<i>“extraneus”</i> con dominio de la voluntad	P. Completa – R. por interviniente.
#6	<i>“extraneus”</i> determinador	P. Completa – R. Por interviniente.
#7	<i>“extraneus”</i> cómplice	P. Completa – R. por interviniente – R por cómplice.

Esta reinterpretación, aunque no es una total novedad, pues debe reconocerse el trabajo que se ha hecho por parte de la doctrina nacional y extranjera, logra superar las múltiples críticas que se han elaborado frente a las distintas interpretaciones jurisprudenciales del concepto de interviniente y si bien las conclusiones a las que se llegaron en cuanto a sus efectos prácticos ya han sido propuestas durante años, el propósito de este ensayo no era crear una teoría completamente novedosa, sino demostrar, mediante un proceso de selección y crítica, cómo los argumentos existentes para la fundamentación de la vigente interpretación carecen de viabilidad jurídica, y por ende es necesaria una reinterpretación y además, mostrar de forma organizada y detallada cuál ha de ser el alcance, configuración y límites del concepto de interviniente en el derecho penal colombiano, a partir de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción del deber.

Todo esto con la finalidad de aportar un granito de arena para aclarar la discusión existente, pues como lo afirmó la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de la descripción legal de la figura del interviniente, la cuestión aún no está cerrada:

Evidentemente, esta interpretación jurídica parte de una posición que, si bien es actualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, no implica necesariamente que haya agotado su discusión. El hecho de que en esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta interpretación en concreto, de ninguna forma puede entenderse como una limitación a la potestad de la Corte Suprema de interpretar el derecho penal colombiano, incluida la disposición en comento, de una forma diferente, dentro de los límites del respeto a los principios constitucionales y aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁹⁸.

Ningún debate está 100% cerrado y no es adecuado ignorar la necesidad de una reinterpretación apelando a que ya “es una posición consolidada” pues lo consolidado de una decisión no la hace correcta.

3. Conclusiones

Existe una necesidad innegable de reinterpretar la figura del interviniente, consagrada en el inciso cuarto del artículo 30 de la ley 599 del 2000, necesidad que se deriva de las siguientes problemáticas:

(1) Por su desconocimiento de los postulados básicos acerca de la distinción entre autores y partícipes, evidenciado a la hora de considerar al interviniente que es un *extraneus*, como un coautor del delito especial.

(2) Por su falta de coherencia teórica evidenciada a la hora de entremezclar la teoría de los delitos de infracción del deber con la teoría del dominio del hecho, lo que genera que se incurra nuevamente en los problemas de impunidad que hicieron necesaria la creación de la teoría de los delitos de infracción del deber.

(3) Por vulnerar el principio lógico de identidad a la hora de definir cuál es el fundamento de la rebaja del interviniente, sosteniendo en unos casos que su fundamento es la carencia del deber y en otros la tenencia del dominio del hecho.

(4) Al vulnerar principios constitucionales que limitan la distinción entre autores y partícipes, en este orden de ideas: (4.1) el legislador vulneró el principio de legalidad en su dimensión de “ley cierta”, pues la consagración legal del concepto de interviniente no ha sido para nada autoevidente, dando lugar a múltiples discusiones que dificultan su comprensión; (4.2) la Corte Suprema de Justicia vulneró el principio de legalidad en su dimensión de “ley estricta” y la prohibición de analogía

98 Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).

e interpretación *malam partem*, pues ante las múltiples interpretaciones generadas por la falta de claridad legislativa, optó por una interpretación que, además de ser teóricamente incorrecta, es contraria a los intereses de los procesados; (4.3) también viola el principio de igualdad al aplicar la rebaja del interviniente al “coautor material sin la cualificación” y no a quienes actúan como cómplices y determinadores, pues contrario a lo sostenido por las altas cortes colombianas, tanto el “coautor material sin la cualificación” como el cómplice o determinador *extraneus*, están en la misma condición, pues la tenencia del deber los haría autores y su carencia partícipes; y, (4.4) por último, viola el principio de prohibición de exceso al no mantener la proporcionalidad que debe existir entre la pena y el grado de compromiso criminal, castigando más al que hace menos y menos al que hace más.

Por otro lado, aunque la primera interpretación jurisprudencial se acerca más a una adecuada aplicación de la teoría de los delitos de infracción del deber, lo cierto es que también adolece de algunas críticas que hacen necesario pensar en una reinterpretación de la misma.

En el presente escrito se propuso una reinterpretación al concepto del interviniente, que partiera de una aplicación coherente de la teoría de los delitos de infracción de deber y que fuera capaz de: (1) garantizar la unidad del título de imputación, (2) mantener las diferencias entre las formas de intervención principales y accesorias y (3) guardar la correspondencia punitiva entre los distintos grados de compromiso criminal.

Esta reinterpretación se funda en las siguientes premisas: (1) la delimitación de la autoría y participación en este tipo de delitos se realizará a través de la teoría de los delitos de infracción de deber, (2) por lo tanto, solo podrá ser autor la persona que cumpla con la calificación exigida e infrinja su deber, para lo cual, será intrascendente la tenencia o carencia del dominio del hecho, pues el deber no solo se infringe cuando el autor es quien realiza la conducta, sino también cuando determina o tolera que otros la realicen; (3) todo *extranei* que intervenga de cualquier manera (con o sin dominio del hecho) será siempre un partícipe, por ello deben evitarse aseveraciones imprecisas como el “coautor material” que solo generan confusión y (4) por ello, el “interviniente” no debe entenderse como una forma especial de participación o autoría, sino como una causal de atenuación punitiva que aplica para todos aquellos que intervengan en el delito sin ostentar el deber que fundamenta su punibilidad.

Este entendimiento de la autoría y la participación a través de la teoría de los delitos de infracción del deber genera que las hipótesis de autoría y participación se amplíen (lo que no genera una ampliación de la punibilidad) pues según esta podrán

existir autores y partícipes con y sin dominio del hecho, por lo que es necesario elaborar una teoría que logre brindar una punición adecuada para cada una de estas hipótesis, que es lo que se propone en este trabajo.

Estos cambios pueden sintetizarse en las siguientes reglas:

(1) Entre autores (*intraneus* que infringen su deber) deberá tenerse en cuenta la ausencia o tenencia del dominio del hecho, como un criterio para la individualización de la pena.

(2) Existen 7 modalidades de participación que se agrupan en tres grupos: (a) Los partícipes *intranei*, (b) Los partícipes *extranei* con dominio del hecho y (c) los partícipes *extranei* sin dominio del hecho.

(3) Los primeros no tendrán derecho a la rebaja del interviniente, pues al poseer un deber equivalente al del autor, la punición especialmente agravada del tipo no les resulta desproporcionada, no obstante, el partícipe *intraneus* que actúa como cómplice sí tendrá derecho a la rebaja que se fundamenta en la baja importancia de su aporte.

(4) En segundo lugar, los partícipes *extranei* con dominio del hecho (donde se ubica el concepto actual de interviniente) deberán catalogarse como "cómplices" al haber ayudado al autor a infringir su deber, estas personas tendrán derecho a la rebaja del interviniente fundamentada en la carencia del deber, pero no a la clásica rebaja del cómplice, pues en ellos no concurre la baja importancia del aporte que fundamenta dicha atenuación punitiva, por lo tanto, para evitar conceder una atenuación injustificada, se propone (mientras no exista un cambio legislativo) que se acuda a la figura de la excepción por inconstitucionalidad, para evitar dar un tratamiento punitivo desproporcionadamente beneficioso.

(5) Por último, los partícipes *extranei* sin dominio del hecho, son los que actúan como un clásico cómplice y determinador, el primero de estos tendrá derecho a una doble rebaja punitiva, una por su condición de *extranei* y otra por la leve importancia fáctica de su aporte al hecho, mientras que el segundo (determinador) tendrá derecho únicamente a la rebaja del interviniente.

Solo de esta manera se conseguirá un concepto de interviniente que supere todas las complicaciones de la distinción entre autores y partícipes en los delitos especiales, alcanzando las finalidades perseguidas con dicha figura, siendo acorde a las teorías en que se fundamenta y respetando los principios y garantías fundamentales de nuestra constitución política.

Referencias

- Becaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- Conlledo, Miguel, La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final. *Revista Derecho Penal y Criminología* 26, n.º77 (2005): 45-78.
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José, Costa Rica”. (1969). Adoptado en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. *Suscrito por Colombia en 1969, ratificado en 1973, entró en vigencia el 31 de julio de 1973*. San José, Costa Rica.
- Córdoba, Miguel, “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”. *Revista de derecho penal y criminología* 25, n.º75. 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de marzo de 2018).
- Corte Constitucional, Sentencia C-057 de 2021 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 11 de marzo de 2021).
- Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de Febrero de 1996)
- Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017 (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de Febrero de 2017).
- Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre de 2008)
- Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de abril de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 13 de abril de 2016).
- Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de marzo de 2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 13 de junio de 2013).
- Corte Constitucional, Sentencia C-601 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo, 16 de septiembre de 2015).

Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de Junio de 2008).

Corte Constitucional, Sentencia C-829 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 8 de Agosto de 2001, radicado 3348).

Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013, radicado 451147 (M.P. Alexei Julio Estrada, 13 de marzo de 2013).

Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, 16 de Septiembre de 2016).

Corte Suprema de Justicia, Auto AP-6324 del 20 de septiembre de 2016, radicado 48.117, (M.P. José Luis Barceló Camacho).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto penal del 20 de junio de 2002, (M.P. Jorge Córdoba Poveda).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de enero de 2017, radicado 47.100 (M.P. Patricia Salazar Cuellar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12.191 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de septiembre de 2002 (M.P. Édgar Lombana Trujillo).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14005 del 15 de octubre de 2014, radicado 37074.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP15015 del 20 de Septiembre de 2017, radicado 46.751 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP2339 del 1 de julio de 2020, radicado 51444 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3393 del 19 de marzo de 2014, Radicado 42.103 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3874 del 12 de Septiembre de 2019, Radicado 52.816 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia, sentencia SP5107 del 05 de abril de 2017, radicado 47974 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 20.704 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 9 de marzo de 2006, (M.P. Sigifredo Espinoza Pérez).

Díaz y García Conlledo, Miguel. “La polémica jurisprudencia colombiana sobre el “interviniente” (La intervención de *extranei* en delitos especiales)”. *Actas del*

- II Congreso Internacional de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. "Problemas actuales de las ciencias penales", marzo (2017): 1-18.*
- Diego-Manuel Luzón Peña. "Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento del peligro o riesgo) y autoría o participación", *Libertas. Revista de la fundación internacional de ciencias penales*, n.º6 (2017): 145-272.
- Esquivel, Alberto, "Autoría y Participación". En *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. 2º ed. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2011.
- Ferré Olivé, Juan, Miguel Núñez Paz y Paula Andrea Ramírez Barbosa. *Derecho penal Colombiano*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- Guirao, Rafael. "El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional". En *Constitución y Principios del Derecho Penal, Algunas Bases constitucionales*. Editado por Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá. *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2000.
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Código Penal. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.097. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906. (31 de agosto de 2004). Código de Procedimiento Penal. *Por la cual se expide el código de procedimiento penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Muñoz, Miguel Ángel. "Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales". *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, n.º106, (2008): 13-53, DOI:<https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.02>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A

(XXI), de 16 de diciembre de 1966. *Suscrito por Colombia en 1966, ratificado en 1969, entró en vigencia el 23 de marzo de 1976*.

Peláez, José María y Luis Greco, Luis, *El interviniente en el código penal colombiano*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2024.

Peláez, José María y Rosa Angélica Quintero. *Esquemas del delito*. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. 7° ed. Marcial Pons, 2015.

Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Editorial Civitas, 2014.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción del deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

Vásquez, Manuel Abanto. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. *Revista Doctrina*, n.º14, (2004): 3-23.

Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal parte general*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

Zamudio, Guillermo. “Los tres principios de la lógica aristotélica”, *Revista Folios*, segunda época, n.º27 (2008): 24-30.



CADAVID VALENCIA, MANUEL, "El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004: ¿un régimen paralelo de responsabilidad civil?", *Nuevo Foro Penal*, (104), 2025

El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004: ¿un régimen paralelo de responsabilidad civil?

The interlocutory procedure for comprehensive redress of law 906 of 2004: a new category of tort?

Fecha de recibo: 04/08/2024. Fecha de aceptación: 23/09/2024.

DOI: 10.17230/nfp21.104.5

MANUEL CADAVID VALENCIA*

Resumen

El incidente de reparación integral es una figura que obliga que los Jueces Penales, ante solicitud de las víctimas, la Fiscalía, o el Ministerio Público, a resolver sobre pretensiones de responsabilidad civil. Los manuales que existen sobre el tema se concentran en explicar cómo deberían fallar los Jueces Penales esos casos, siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Sin embargo, aquí nos preguntamos -e investigamos- si, sustancialmente, la Sala Penal de la Corte sí presenta soluciones similares a las de la Sala Civil, o si, por el contrario, ha creado un régimen paralelo de responsabilidad, y cuándo éste puede ser beneficioso o perjudicial para las víctimas y los victimarios.

Abstract

The interlocutory procedure for comprehensive redress is a legal mechanism that forces Criminal Judges, upon request by the victims, the Prosecutor's Office, or the

* Abogado y especialista en responsabilidad civil de la Universidad EAFIT. Abogado Senior en Tamayo Jaramillo & Asociados. Contacto: manuel.cadavid@tamayoasociados.com

Public Ministry, to rule on claims of civil liability. The existing texts on the subject focus on explaining how Criminal Judges should adjudicate these cases, following the guidelines of the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice and the Council of State. However, this study questions and investigates whether the Criminal Chamber of the Supreme Court indeed provides solutions similar to those of the Civil Chamber, or if, on the contrary, it has created a parallel regime of liability, and when such a regime may be beneficial or detrimental to the victims and offenders.

Palabras clave

Incidente de reparación integral, responsabilidad civil, responsabilidad penal, prescripción, intereses, perjuicios extrapatrimoniales, responsabilidad por el hecho propio, carga de la prueba, actualización monetaria.

Key words

Interlocutory procedure for comprehensive redress, Civil Liability, Criminal Liability, Statute of Limitations, Interests, Non-Pecuniary Damages, Liability for One's Own Acts, Burden of Proof, Monetary Adjustment.

Sumario

1. Introducción. 2. Reparación civil en el proceso penal. 2.1. Relación entre la responsabilidad civil y la penal. 2.2. Cuestiones que escapan al incidente de reparación: la responsabilidad objetiva y la responsabilidad del Estado. 3. Diferencias entre los procesos civiles y los incidentes de reparación integral. 3.1. Prescripción de las pretensiones civiles dentro del incidente de reparación integral 3.1.1. Caducidad y prescripción en el proceso penal. 3.1.2. Prescripción de la pretensión indemnizatoria en procesos de responsabilidad civil. 3.1.3. Prescripción y trámite de la pretensión indemnizatoria en procesos penales. 3.1.4. Conclusión. 3.2. Intereses sobre la condena. 3.2.1. Jurisprudencia Civil y planteamientos doctrinales. 3.2.2. Posición de la Sala Penal - Análisis de la sentencia SP13300-2017. 3.2.3. Conclusión sobre el fallo. 3.3. Cuantía de las indemnizaciones de perjuicios extrapatrimoniales. 3.3.1. Los perjuicios extrapatrimoniales para la Sala Civil 3.3.2. El daño moral de las personas jurídicas. 3.3.3. Comportamientos similares, puntos de partida disímiles. 4. Aspectos en los que no se presentan variaciones. 4.1. La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes es una responsabilidad por el hecho propio. 4.2. Prueba del nexo causal y los perjuicios. 4.3. Actualización monetaria. 5. Aspectos no estudiados por la jurisprudencia. 6. Conclusiones 7. Bibliografía.

1. Introducción

*(...) la Ley debería ser siempre accesible para todos, piensa,
pero al fijarse en el guardián, con su abrigo de pieles,
su nariz grande y aguileña, su barba negra de tártaro, rala y negra,
decide que le conviene más esperar.
El guardián le da un escabel y le permite sentarse
a un costado de la puerta¹.*

No solo el campesino sobre el que escribió Kafka se ha visto petrificado por la confusión y vértigo que le produce el desconocimiento del derecho. A veces los guardianes no portan abrigo de pieles, sino toga. Igual que el guardián, puede que los togados no se opongan a que el ciudadano averigüe qué hay allí dentro, pero tampoco le hacen fácil averiguarlo.

Los jueces penales, en lugares recónditos de sus despachos, esconden cientos de miles de expedientes en los que no solo han indagado por la responsabilidad penal, sino que, queriéndolo o no, han tenido que enfrentarse a la responsabilidad civil, creando lo que hoy es un régimen paralelo y poco explorado. Esos conocimientos no están sistematizados ni organizados².

La propuesta de esta investigación es, entonces, estudiar si la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve los distintos problemas sustanciales que invocan las pretensiones de responsabilidad civil de la misma forma que lo hace la Sala Civil de la Corte en sus propios procesos, o si existen divergencias entre el tratamiento —insistimos, sustancial— entre una y otra. Aunque la Sala Penal ha expresado que la jurisprudencia civil, en lo atinente, es “vinculante para la Sala por provenir del órgano constitucionalmente establecido para fijar el sentido y alcance de la legislación civil”³, podemos estudiar si ha cumplido con el propósito de respetar lo allí establecido, o si en realidad, la posibilidad de que dos jueces con especialidades distintas tramiten las mismas pretensiones ha creado un régimen paralelo de responsabilidad civil, donde las víctimas de idénticos daños podrían recibir distintas compensaciones. Esto no solo sería contrario al derecho a la

1 Franz Kafka. El Proceso. Traducción Mario González Restrepo (Bogotá: Educativa, 2007), 234.

2 La referencia, aunque parece exagerada, no lo es. Aunque hoy en día las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pueden ser consultadas con cierta facilidad por los ciudadanos, no puede decirse lo mismo de las decisiones de los Tribunales, y ni hablar de las de los Juzgados.

3 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 2 de abril de 2008 (M.P. José Leónidas Bustos), 14. Reiterado en la SP13285-2014.

igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, sino que haría que la elección de la jurisdicción a qué acudir fuese un factor importante de la estrategia procesal que asuman las víctimas.

Con el objetivo de averiguar si existen dos tipos de responsabilidad civil en mente, analizaremos la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para conocer cuál es el tratamiento que ha dado a las normas de la materia dentro del incidente de reparación integral, señalando los puntos en los que sus fallos convergen y divergen con aquellos de la Sala Civil. Identificaremos los fallos más relevantes proferidos dentro del incidente —desde un criterio relativo al derecho sustancial que estudian—, analizando cómo aplican distintas figuras propias de la responsabilidad civil, y explicaremos cómo es distinto al comportamiento de la Sala Civil, de ser del caso. También señalaremos cuándo el trato fue similar.

Para la presentación ordenada de los resultados, dividiremos el informe en cuatro secciones. Estudiaremos primero cuál es la relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, analizando también qué es el incidente de reparación integral, y señalando algunos aspectos que, por la naturaleza del proceso penal y de la estructura del incidente, no van a ser objeto de análisis. En la segunda sección estudiaremos cuáles son los aspectos en los que se encontraron notorias diferencias entre los fallos de la Sala Civil y la Sala Penal. Allí se expondrá que ha habido tres doctrinas en las cuales la Sala Penal de la Corte se ha separado de lo que al respecto ha considerado la Sala Civil. Se trata de consideraciones respecto de la prescripción del derecho a la indemnización, de los intereses que dicha indemnización debe causar y el límite que se debe aplicar a los daños extrapatrimoniales.

En la tercera enunciaremos los temas en los que la Sala Penal parece dar aplicación adecuada a los precedentes de la Sala Civil. En la cuarta se presentan los temas respecto de los cuáles no se encontraron fallos. Por su parte, la sección tercera muestra que en materia de responsabilidad de personas jurídicas, prueba del nexo de causalidad y actualización monetaria, la Sala Penal ha acogido los lineamientos de la Sala Civil.

Para cerrar se presentarán las conclusiones generales del proyecto, y luego se hará una breve explicación de la metodología de investigación utilizada para lograr los hallazgos presentados a lo largo de todo el trabajo. Como se verá, la revisión de las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema, en las que se presentaron análisis sobre el incidente de reparación, permite evidenciar que aunque en ocasiones la Sala Penal permaneció fiel a su compromiso de seguir los lineamientos de la Sala Civil, en no pocas ha creado doctrinas diferentes que dan lugar a la constitución de un régimen paralelo de responsabilidad civil.

2. Reparación civil en el proceso penal

Antes de analizar con detenimiento cómo se asemejan los fallos del incidente de reparación integral a los de los procesos civiles, es importante comprender cómo se alcanza, inicia y desarrolla el incidente. Para lograrlo expondremos la relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, enunciaremos cuándo la indemnización de perjuicios entra en juego en el proceso penal, y conoceremos cómo ha abordado la doctrina esos aspectos. Esto evidenciará que, a pesar de que el incidente de reparación civil no ha sido ignorado como objeto de estudio, no ha habido análisis de los casos que la Sala Penal de la Corte ha resuelto con ocasión de él. También señalaremos algunos aspectos que, por no poder ser analizados dentro del incidente de reparación civil, escapan al objeto de la investigación, y por lo tanto no pueden ser analizados a profundidad, como lo son las responsabilidades objetivas y la responsabilidad del Estado.

a. Relación entre la responsabilidad civil y la penal

Mientras que en un proceso de responsabilidad civil nos preguntamos si un sujeto, que causa daños a otro, debería ser obligado a indemnizarlo⁴, en un proceso de responsabilidad penal nos preguntamos si, en los términos de Santiago Mir Puig⁵, al sujeto debemos imponerle “las sanciones en principio más graves —las *penas* y las *medidas de seguridad*—” por haber incurrido en “los comportamientos que juzga especialmente peligrosos —los *delitos*—”. Julio Rozo⁶ respalda esta conclusión, afirmando que el ilícito penal, por transgredir los bienes jurídicos más importantes, acarrea sanciones más graves que el ilícito civil, como lo sería la privación de la libertad.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha ilustrado en algunas oportunidades cuál es la relación entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. En 1938, en el conocido caso del “joven Arnulfo” explicó que una forma de entender la relación entre ambas instituciones es la de:

(...) dos consabidos círculos concéntricos, se halla con radio menor el penal, de suerte que un acto dado que escapa a la acción criminal o que no está o no podría estar bajo ella, bien puede ser fuente de indemnización pecuniaria. En otras palabras: si, por regla general, todo delito determina indemnización, el solo

4 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I* (Bogotá: Legis, 2007), 8.

5 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, (Barcelona: Reppertor, 2008), 40.

6 Julio Rozo Rozo, *Derecho penal general*, (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1999).

hecho de no hallarse delictuoso un acto dado no autoriza para decir a priori que no hay lugar a indemnización⁷.

La metáfora utilizada esclarece bastante bien el problema. En teoría, toda acción tipificada en la ley penal, si es antijurídica y culpable, debería considerarse un hecho generador de responsabilidad civil, pero no todos los hechos generadores de responsabilidad civil serán delitos (cabe revisar si esta relación, con la expansión del *ius puniendi*, sigue siendo cierta⁸).

Siguiendo esa lógica, se permite a los jueces penales que, acreditada la responsabilidad penal del acusado, conozcan del incidente de reparación integral⁹, donde se busca satisfacer los intereses que corresponden a la víctima según las normas generales de la responsabilidad civil¹⁰, aunque no es el único momento del proceso penal en el que la reparación a las víctimas cobra relevancia, según vemos a continuación.

En la Ley 906 de 2004, uno de los supuestos de la aplicación del principio de oportunidad, que es una forma de extinguir la acción penal, es la indemnización de todos los perjuicios causados, según establece el numeral primero de su artículo 324. Esa indemnización también es relevante en otras causales, como la contenida en el numeral 13, y, por disposición del artículo 328 debe tenerse en cuenta en todo proceso de aplicación del principio.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado sobre la aplicación de estas disposiciones, exigiendo el consentimiento de las víctimas sobre la cuantía de la indemnización, en el AP2671-2020¹¹. En ese auto se discute si se podría

7 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 14 de marzo de 1938 (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza). Publicado en el Tomo XLVI de la Gaceta Judicial. pp. 211-223

8 Piénsese, por ejemplo, en múltiples delitos de peligro abstracto, como “fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones” (artículo 365 del Código Penal), “conservación o financiación de plantaciones (artículo 375 del Código Penal), o “uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles” (artículo 377A del Código Penal), que se configuran sin que sea necesario que se cause daño indemnizable a otro.

9 Artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004. Al señalar que, acreditada la responsabilidad penal del acusado se permite al Juez Penal dar inicio al incidente de reparación integral, se entiende conforme al Código de Procedimiento Penal que esto ocurre una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria.

10 Debemos aclarar que la víctima del hecho dañoso podría acudir directamente a la jurisdicción civil, pretendiendo la reparación de esos perjuicios en un proceso de responsabilidad civil, donde el objeto del litigio no será si existió o no delito, sino si existe o no obligación indemnizatoria. Volviendo a la metáfora de los círculos, el Juez Civil solo se pregunta si está dentro del supuesto amplio, el de la reparación pecuniaria.

11 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020. (M.P. Luis Antonio Hernández).

aplicar ultra activamente el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, que permitía que, si la víctima no consentía a la cuantía ofrecida, su intención se pudiera remplazar por la valoración de un perito. Esa decisión, reiterada en AP1063-2021¹², concluye que no, y que deben aplicarse los principios de la “justicia restaurativa”¹³, que tienen como pilar fundamental que la víctima acceda al acuerdo de forma libre y voluntaria.

La reparación del daño también es una eventual forma de extinguir la acción penal en ciertos delitos, como disponen los parágrafos del artículo 263 del Código Penal para el delito de invasión de tierras, o el inciso final del artículo 265 para el delito de daño en bien ajeno.

En todo caso, el artículo 269 establece que la reparación de los daños es una situación atenuante (que no excluyente) de responsabilidad respecto a todos los delitos contra el patrimonio económico, cuando se hace antes de la sentencia de primera instancia. Pablo Galain Palermo¹⁴, en su obra sobre la reparación del daño a la víctima del delito, ha analizado con suficiencia si estas figuras atenuantes y excluyentes de responsabilidad se ajustan o no a los principios del proceso penal, y cuáles pueden ser los efectos de incluirlas en los procesos penales. Esos planteamientos son, principalmente, cuestiones jurídico-filosóficas y de política criminal, más que análisis de disposiciones jurídicas.

Esos son algunos de los escenarios en los que, previo a la sentencia, es relevante para el proceso penal que se haya indemnizado a las víctimas. En caso de que ninguna de las posibilidades anteriores sea aplicada, y se llegue a una sentencia condenatoria, la indemnización de perjuicios cobra relevancia por última vez, en lo que es protagonista de esta investigación: el incidente de reparación integral. Javier Tamayo Jaramillo¹⁵ y Nelson Saray Botero¹⁶ han presentado manuales prácticos del procedimiento propio del incidente, que contienen algunas reflexiones de cómo deberían fallar allí los jueces penales, partiendo de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, su estudio no las compara con las providencias de la Sala Penal, en las que esta corporación ha aplicado e interpretado lo dicho por su homóloga civil.

12 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP1063-2021 del 24 de marzo de 2021. (M.P. Diego Eugenio Corredor).

13 Regulados entre los artículos 518 y 527 de la Ley 906 de 2004.

14 Pablo Galain Palermo, *La Reparación del Daño a la víctima del delito*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010)

15 Javier Tamayo Jaramillo, *La indemnización de perjuicios en el proceso penal*, (Bogotá: Legis, 2003).

16 Nelson Saray Botero, *Incidente de reparación integral de perjuicios*, (Bogotá: Leyer, 2015).

Ya los doctrinantes arriba citados, y otros como Arboleda Vallejo y Ruiz Salazar¹⁷, han explicado que el incidente de reparación integral, regulado entre los artículos 102 y 108 de la Ley 906 de 2004, es el mecanismo procesal en el que, ante la jurisdicción penal, las víctimas de un delito pueden ejercer pretensiones indemnizatorias una vez exista una sentencia condenatoria en firme (artículo 102), y proponen algunas recomendaciones sobre cómo desenvolverse allí.

La lectura de sus planteamientos nos explica que el Código de Procedimiento Penal consagra al menos tres audiencias para el trámite del incidente. En la primera, contenida en los primeros dos incisos del artículo 103, el incidentante formula su pretensión y solicitudes probatorias oralmente¹⁸, y el juez decide si admitirla o no. De ser admitida, se celebra la segunda audiencia, regulada en el inciso final del artículo 103, en la que los resistentes solicitan sus propios medios de prueba. Por último, en la audiencia que consagra el artículo 104 del mismo Código, se practican pruebas, se presentan alegatos de conclusión y se emite un fallo, que admite recurso de apelación en primera instancia (inciso final del artículo 176) y de casación en la segunda (numeral 4 del artículo 181). El Juez está llamado a promover la conciliación en las tres audiencias.

El Código Penal es claro en que estos incidentes tramitan una verdadera pretensión de carácter civil¹⁹, posición que ha sido defendida por la Sala Penal²⁰. Sin embargo, esto puede ser problemático desde la teoría general del proceso, pues si la necesidad de tener un conocimiento especializado en un tema determinado es lo que justifica que se divida la competencia de los jueces por materia, como explican Quintero y Prieto, al señalar que “[e]l criterio del modo de ser de litigio se apoya en una razón de búsqueda de especialización de jueces y magistrados”²¹, puede discutirse qué tan conveniente es que los jueces penales tramiten pretensiones civiles.

17 Mario Arboleda Vallejo y José Armando Ruiz Salazar, *Manual de derecho penal general*, (Bogotá: Leyer, 2016).

18 Algunos doctrinantes, como Nelson Saray Botero, consideran que se puede presentar la solicitud por escrito. Sin embargo, en vista de que el numeral 6 del artículo 107 del Código General del Proceso prohíbe de forma expresa que las actuaciones orales se remplacen por escritos, no debería ser admisible que la demanda se presente de forma escrita. Saray Botero, *Incidente de reparación integral de perjuicios*, 457.

19 Artículos 94 a 99 de la Ley 599 de 2000.

20 Entre otras, puede estudiarse Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP4559-2016 del 13 de abril de 2016. (M.P. José Luis Barceló Camacho). Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP7576-2016 del 2 de noviembre de 2016. (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

21 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría General del Derecho Procesal*, (Bogotá: Temis, 2008), 274.

Afortunadamente, hoy quienes sufren de un hecho dañoso son libres²² de escoger si prefieren buscar una indemnización en un proceso civil, o si hacerse reconocer como víctimas en el proceso penal, e iniciar el incidente de reparación integral consagrado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004²³, una vez quede ejecutoriada la sentencia condenatoria²⁴.

Debemos aclarar que para que se presente la disyuntiva, el hecho dañoso debe tener relevancia penal. El homicidio, por ejemplo, está tipificado en modalidad dolosa (artículos 103 y siguientes del Código Penal) y culposa (artículos 109 y 110). Por el contrario, el delito de daño en bien ajeno (artículo 265) no está tipificado en modalidad culposa. Si el daño que se causa a las víctimas es la muerte de un ser querido, sea a título de dolo o culpa, podría eventualmente existir una condena penal, por homicidio doloso o culposo, respectivamente. Por su parte, si el daño es meramente material, deberá acreditarse el dolo para lograr esa condena (artículo 21). Entonces, si el daño a bienes solo es imputable a título de culpa, no podría haber sanción penal, y la víctima solo podría acudir al proceso civil para tener una posibilidad de pretender, exitosamente, la reparación.

Aunque la doctrina ha analizado la relación entre la responsabilidad civil con la responsabilidad penal, así como los ámbitos en los que la indemnización de perjuicios es relevante en el proceso penal, y conocemos el trámite del incidente de reparación integral, algunas cuestiones han escapado a su estudio. Por ejemplo, podemos preguntarnos si los resultados del incidente de reparación integral serán los mismos que se alcanzarían en un proceso de responsabilidad civil independiente. ¿Ambos procesos son simplemente caminos distintos que llevan al mismo destino? ¿Existirá tal vez alguna diferencia en el resultado final, que haga más benéfico a acudir a una u otra vía?

22 Hay algunos casos en los que el incidente se inicia de oficio. Creo que esa figura debe eliminarse, pues cada quien debería ser libre en cómo, cuándo, dónde, e incluso si decide perseguir una indemnización. Incluso si eso implica el fracaso de sus pretensiones después.

23 La sentencia C-516/07 declaró inexecutable varios apartados del Código de Procedimiento Penal que distinguían entre los derechos de lo que en derecho civil llamamos “víctimas directas” y “víctimas indirectas”. Por eso el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 define como “víctima” a todo el que haya sufrido un daño por el delito, directo o indirecto. También declaró inexecutable el inciso segundo del texto original del artículo 102, que decía que solo la víctima directa o sus herederos podrían iniciar un incidente de reparación integral. El asunto es, entonces, sencillo: como entre víctimas hay un mero litisconsorcio facultativo, la pretensión de cada uno es independiente de si los otros desean ejercerla. Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdova Triviño, 11 de julio de 2007).

24 En los casos regulados en la Ley 1826 de 2017, el acusador privado puede incluir su pretensión de reparación, pero “deberá incorporarla en el traslado y en la presentación del escrito de acusación”, según el artículo 42 de la misma. Según el párrafo de la norma, la pretensión debe resolverse en la misma sentencia que declare la responsabilidad penal.

La academia ha dejado de lado el estudio de cómo es, en realidad, el aspecto sustancial del incidente de reparación integral, y si la Sala Penal ha cumplido con su propósito de respetar la jurisprudencia de la Civil. Por ejemplo, Fernando Velásquez²⁵, en su manual de derecho penal, dedica a “la responsabilidad civil derivada del delito” apenas 14 páginas (de las 951 que tiene el tratado, es decir, un 1.4% del total), en las que principalmente analiza que las finalidades de las pretensiones civiles son distintas a las de las pretensiones punitivas, critica la redacción de los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, enuncia que existen perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, y distingue entre la restitución de bienes, el resarcimiento²⁶ y el decomiso²⁷, pero no cita fallos de la Sala Penal dentro del incidente. Por su parte, Julio Rozo²⁸ estudia las diferencias entre el ilícito penal y el ilícito civil, sin estudiar cómo se imponen, en la práctica, las consecuencias que de ellos se derivan. Víctor León Mendoza²⁹ se limita, en dos páginas, a remitir a los artículos de la Ley 600 de 2000 que explican quiénes están legitimados, por pasiva y por activa, para hacer parte de las pretensiones indemnizatorias dentro del proceso penal, y cómo se presenta la demanda de parte civil, sin hacer análisis de fondo ni citar a la Sala Penal. Otras obras de derecho penal ni siquiera mencionan que pueden existir consecuencias civiles del delito, como Carlos Lozano y Lozano³⁰ y Carlos Castro Cuenca³¹. Ninguno aborda cómo la Sala Penal, en la práctica, resuelve estas cuestiones.

Solo Vicente Gaviria Londoño³² ha citado fallos de la Sala Penal dentro de su estudio. Sin embargo, lo hace, exclusivamente, con tres propósitos. El primero es

25 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, (Bogotá: Jurídicas Andrés Morales, 2014).

26 Por ejemplo, quien hurta un vehículo, debe devolverlo al titular. La restitución de ese bien no implica, necesariamente, que se hayan resarcido todos los perjuicios, porque la víctima del delito pudo haber incurrido en sobre costos para transportarse mientras no tenía su medio de transporte a disposición. Mientras que devolver el vehículo es la “restitución”, indemnizar ese daño emergente es el “resarcimiento”.

27 El artículo 100 de la Ley 599 de 2000 explica con suficiencia el decomiso, situación en la que la titularidad de los bienes utilizados para cometer un delito, o los que se obtienen como su producto, pasa a entidades estatales. Como nada se repara a la víctima, el decomiso no es en realidad un concepto que se relacione con la responsabilidad civil.

28 Rozo Rozo, *Derecho penal general*.

29 Víctor León Mendoza, *Derecho penal general*, (Bogotá: Leyer, 2001).

30 Carlos Lozano y Lozano, *Elementos de derecho penal*, (Bogotá: Lerner, 1961).

31 AA.VV, *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomos I y II, coord. Carlos Castro Cuenca. Bogotá: Editorial Temis, 2011.

32 Vicente Emilio Gaviria Londoño, “Consecuencias civiles del delito”, en *Lecciones de derecho penal. Parte General*, (Bogotá: Universidad Externado, 2019), 605 – 665.

para estudiar quién puede considerarse víctima dentro del proceso penal (asunto que corresponde más a la dogmática penal que a la responsabilidad civil). El segundo es para señalar que las personas jurídicas pueden recibir indemnizaciones por los “daños morales objetivados” que sufran (en el capítulo 3.3 estudiaremos esta cuestión con detalle). El tercero es para señalar que el daño a la vida en relación puede indemnizarse en el incidente de reparación integral. Cabe señalar que solo cita extensamente un fallo para cada tema, sin explicar si es el único que existe, o si solo lo hace para ejemplificar. El resto de sus análisis se basan en citas de doctrina de derecho civil y citas del Consejo de Estado y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, señalando, en teoría, cómo debería fallar la Sala Penal. Debe reconocérsele que es la persona que más se acerca al estudio práctico de la resolución de pretensiones civiles en procesos penales.

Vistos estos vacíos tenemos que aquella sea precisamente la cuestión que pretende resolverse aquí, esto es, saber cómo dirimen los jueces penales esos conflictos civiles. No solo porque es una cuestión académica que amerita estudio, sino porque se presenta, a quienes puedan verse involucrados en un incidente de reparación integral, un panorama de qué es lo que realmente pueden encontrar allí.

b. Cuestiones que escapan al incidente de reparación: la responsabilidad objetiva y la responsabilidad del Estado

Hay algunos asuntos sobre los que, por la naturaleza y ubicación del incidente de reparación integral, es altamente improbable que sean objeto de análisis dentro de los fallos. Por ejemplo, como el artículo 12 de la Ley 599 de 2000 dispone que “[q]ueda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, sería irrelevante que la Sala Penal se pregunte si al indiciado aplica alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva³³ que la Sala Civil ha creado a partir de su interpretación del artículo 2356³⁴. En vista de que el Código de Procedimiento Penal, en su artículo séptimo, consagra la presunción de inocencia, e impone al organismo de persecución penal la carga de probar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, al momento de llegar a un incidente de reparación integral ya tendríamos una culpa o dolo acreditados. Es

33 La doctrina de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha virado entre llamarlas “responsabilidades objetivas” o “responsabilidades con presunción de culpa indesvirtuable”, pero esa discusión es meramente de denominativa.

34 Marcela Castro de Cifuentes, “El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”, *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, coord. Marcela Castro de Cifuentes (Bogotá: Universidad de Los Andes, 2017).

posible que por eso es que la Sala Penal no ha tenido que extenderse en análisis de responsabilidad civil que prescinda del factor subjetivo de imputación, al menos del sujeto directamente responsable.

Por otro lado, a pesar de que podría ser supremamente valioso contrastar las providencias del Consejo de Estado con las de la Sala Penal, y ver cómo la última aborda figuras propias de la responsabilidad del Estado, entre las dos existe un consenso de que las entidades públicas no pueden ser vinculadas al incidente de reparación integral como sujeto civilmente responsable. Por eso no se incluye jurisprudencia del Consejo de Estado en el análisis.

Por ejemplo, en el auto AP5799-2016³⁵, reiterando sentencia del 30 de noviembre de 2006³⁶, la Sala Penal justificó de manera muy breve (por no decir escueta) esta posición, alegando que el “juez natural” de las entidades públicas es el Juez Administrativo, y no el Juez Penal.

Así, si un médico, en un hospital privado, comete un gravísimo error durante un procedimiento quirúrgico, causando la muerte a su paciente, y eventualmente es condenado por homicidio culposo, los familiares del fallecido podrían vincular al hospital al incidente de reparación integral, para que los perjuicios que sufrieron les fuesen indemnizados. Por el contrario, si la misma operación se hubiese adelantado en un hospital público, y se hubiese cometido por el médico el mismo error fatal, los familiares de ese fallecido no podrían vincular a la entidad estatal a ese proceso.

Ese tratamiento disímil entre víctimas, y la prohibición de que las entidades públicas puedan ser involucradas en el incidente de reparación integral es lamentable porque priva a las víctimas de daños causados por el Estado para acudir a otra vía de alcanzar una indemnización de perjuicios, aunque el Estado sí pueda hacerse parte del incidente como víctima. Adicionalmente, desde un punto de vista académico también es desafortunado, porque, a forma de ejemplo, nos impide estudiar cómo reaccionaría el juez penal ante la propuesta de una excepción de caducidad de la demanda (podría decirse que la caducidad del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, siendo un fenómeno procesal, está dirigido al juez administrativo).

Cabe entonces preguntarse, ¿es la especialidad propia del derecho administrativo una justificación suficiente para excluir a las entidades públicas de los incidentes

35 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Auto AP5799-2016 del 31 de agosto de 2016 (M.P. Fernando Alberto Castro)., Cita el fallo del 31 de agosto de 1999 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Fallo del 30 de noviembre de 2006. Proceso 25312 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

de reparación integral? Alberto Montaña Plata³⁷ presenta una justificación para la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y es que hay temas de derecho administrativo, como el concepto de servicio público y la función administrativa, que ameritan un análisis que siga su propia lógica, y que el derecho se manifieste allí de forma distinta (a fin de cuentas, explica que jurisdicción, juris-dicción, significa “decir el derecho”). Si bien es interesante, no es nada distinto a la justificación que ofrecen Quintero y Prieto³⁸ para la existencia de jueces con distintas competencias por materia, y es que cada uno debería tener un conocimiento específico del tema que le corresponde conocer. Si dijéramos que el juez penal no puede conocer de pretensiones contra el Estado, porque no conoce el derecho administrativo, fácilmente podríamos decir que tampoco debería conocer de las pretensiones indemnizatorias contra privados, porque no conoce el derecho civil. Ya al Juez Penal se le permitió la intromisión en una materia, no hay razones suficientes para que no pueda entrar a otra, especialmente si es discutible que la responsabilidad civil y la del Estado sean, en realidad, asuntos que ameriten análisis distintos³⁹.

Es más, podríamos preguntarnos si el argumento utilizado por la Sala Penal para no juzgar a las entidades no podría utilizarse también cuando se persigue el patrimonio del funcionario público para que se indemnicen los perjuicios, a la hora de vincularlo al incidente. Veamos:

El artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece cuáles son los asuntos que puede conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El primer inciso de la disposición citada señala que son las: “(...) controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

Imaginemos que un agente de la Policía Nacional, durante una requisa, pierde los estribos, y golpea ferozmente a un ciudadano, provocándole una incapacidad de 60 días. Es claro que los hechos se dieron en el marco de una operación administrativa, porque el funcionario público, en ejercicio de sus funciones, prevalido de las potestades que le delega el Estado, y actuando como órgano de la entidad a la que

37 Alberto Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No 36. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 93 – 120.

38 Quintero y Prieto, *Teoría General del Derecho Procesal*.

39 Javier Tamayo Jaramillo, *La Responsabilidad del Estado: el daño antijurídico (Const. Pol., Art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*, (Bogotá: Legis, 2001), 1.

está adscrito, inició el intercambio con el administrado. ¿No es esa una operación administrativa, sujeta al derecho administrativo, en la que está involucrada una entidad pública?

Si la respuesta fuere afirmativa, pues diríamos que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo quien estaría llamada a resolver la controversia originada de la deficiente prestación de ese servicio, en la que se reclama la indemnización de unos perjuicios, sin importar si la entidad pública es, o no, sujeto pasivo de la pretensión⁴⁰.

Si ese ciudadano interpusiere una denuncia, participara activamente del proceso penal, y el servidor público fuera condenado por el delito de lesiones personales, ¿no sería injusto negarle la posibilidad de perseguir el patrimonio del agente estatal en un incidente de reparación? Claro que lo sería, y por eso se ha permitido⁴¹. ¿Por qué debe ser distinto con la entidad?

El argumento que la Sala Penal reitera en el auto AP5799-2016 para no involucrar a la entidad es hoy puramente formal. Las normas que definen la competencia de los jueces penales no mencionan en momento alguno la indemnización de perjuicios ni el incidente de reparación integral, pero nunca se ha puesto en duda que puedan adelantarlos y vincular a entidades privadas, por lo que extenderlo a entidades públicas no debería generar mayor dificultad.

Más curioso aún es que, cuando la Sala Penal tramita procesos de Justicia y Paz, que tienen una regulación especial en la Ley 975 de 2005 acude mayoritariamente a los conceptos del Consejo de Estado⁴², a pesar de estar juzgando a particulares. No se explica por qué, en esos fallos en específico, la Corte acude a la jurisprudencia contencioso administrativa, y no a la civil. Dicho esto, según el estado actual de la jurisprudencia de la Sala Penal y del Consejo de Estado, las entidades públicas nunca serán juzgadas dentro de un incidente de reparación integral. Si no puede existir un régimen paralelo de responsabilidad del Estado, porque el Estado no va a ser juzgado por la Sala Penal, el análisis de la jurisprudencia contencioso administrativa no cumpliría el objetivo de esta investigación.

40 El artículo 78 del Decreto 01 de 1984, antiguo Código de lo Contencioso Administrativo era aún más claro en esta conclusión, porque dispone que “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos”.

41 Más adelante se analizará a fondo la sentencia SP13300-2017, donde se adelantó un incidente de reparación integral contra un Juez, pero no se vinculó a la Rama Judicial.

42 Ver, a manera de ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP659-2021 del 3 de marzo de 2021 (M.P. Gerson Chaverra Castro). Y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP8854-2016 del 29 de junio de 2016 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

3. Diferencias entre los procesos civiles y los incidentes de reparación integral

Conociendo cuál es el objetivo del proyecto, y sabiendo cuáles son algunos asuntos que estarán necesariamente excluidos de análisis, pasaremos a estudiar a fondo cada uno de los aspectos en los que se encontró que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha apartado de una u otra forma de lo que ha dicho su homóloga Civil. Estos son asuntos relativos a la prescripción de las pretensiones civiles, los intereses que generan las condenas por perjuicios patrimoniales, y al monto de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales.

Frente a estas cuestiones, las diferencias entre los fallos de una y otra Sala son tan notorias que sí es posible afirmar que constituyen regímenes independientes de responsabilidad civil. Por eso, cada uno de esos análisis se desarrolla en una sección separada, donde se expone primero, el tratamiento de la Sala Civil y la doctrina de cada uno, para proceder a anunciar cómo contrastan con el de la Sala Penal.

3.1. Prescripción de las pretensiones civiles dentro del incidente de reparación integral

La prescripción extintiva, explica Eudoro González, se deriva de “la inercia o indolencia del acreedor para hacer efectivo su crédito”⁴³. Entenderíamos, partiendo de lo citado y del artículo 2512 del Código Civil, que es una especie de sanción, que extingue la obligación que existe en favor de un acreedor, que no hace nada para satisfacer su derecho. Pues bien, saber cuánto tiempo tiene el acreedor para ejercer su derecho no es un asunto menor, porque allí puede radicar la diferencia entre la resolución positiva o negativa de las pretensiones, sin admitir términos medios. Las obligaciones, salvo algunas excepciones⁴⁴, no prescriben parcialmente, y las pretensiones no se pueden ejercer más o menos a tiempo. Se presentan oportunamente o no. Es un asunto que admite poca modulación.

La Sala Penal ha creado un régimen de prescripción de obligaciones civiles distinto al que sostiene la Sala Civil, en un único auto que tuvo como análisis central la prescripción en vigencia de la Ley 906 de 2004⁴⁵. Para exponer de forma organizada el asunto presentaremos algunas notas explicativas sobre la estructura del proceso

43 Eudoro González, *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*, (Medellín: Universidad de Antioquia. Medellín, 1981), 257.

44 Según el artículo 1569 del Código Civil, distintas porciones de la obligación solidaria pueden prescribir de forma independiente.

45 AP573-2021, que se analiza detalladamente adelante.

penal y del proceso civil, que harán más comprensible la explicación del tema de fondo. Luego analizaremos el tratamiento de la prescripción dentro de los procesos civiles, presentando el régimen general y analizando la vigencia y efectos del primer inciso del artículo 2358 del Código Civil, para pasar a una explicación de la figura en los procesos penales tramitados bajo la Ley 600 de 2000 y luego bajo la Ley 906 de 2004. Por último, presentaremos una forma en la que pueden interactuar ambos procesos, para proceder con las conclusiones sobre el régimen paralelo de prescripción.

3.1.1. Caducidad y prescripción en el proceso penal

Como se explicó arriba, el incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004 solo puede iniciarse una vez existe una condena penal en firme (artículo 102), y hay un término de caducidad de treinta días para hacerlo (artículo 106).

También es importante tener en cuenta que, en el proceso penal, a pesar de que la formulación de la imputación interrumpe el término de prescripción de la pretensión punitiva, no lo suspende (artículo 292). El mismo artículo señala que el término “comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”.

Es decir, contrario a lo que pasa en un proceso civil, donde, según el artículo 94 del Código General del Proceso, la presentación de la demanda o la notificación de su auto admisorio⁴⁶ impiden que se presente la prescripción o caducidad, en el proceso penal sí sigue corriendo el tiempo para lograr una condena, so pena de extinción de la acción penal.

Un problema supremamente interesante, que estudiamos al final de este apartado, es cómo, si se inicia un proceso penal y posteriormente uno civil, pueden verse modificados los términos de prescripción en contra de los distintos sujetos que pueden ser civilmente responsables. En atención a que son términos de prescripción, que extinguen una obligación (numeral 10 del artículo 1625 del Código Civil), y no términos de caducidad, y que los incidentes están tramitando pretensiones civiles, consideramos que respecto a cada deudor solo debería haber un término, porque la obligación no puede, a su vez, haberse y no haberse extinguido. La Corte Constitucional,

46 El primer inciso del artículo dispone: “ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”.

en sentencia C-570/03⁴⁷, sostuvo lo opuesto, sin mayor consideración.

En los literales siguientes, se explicará cómo se ha entendido la prescripción de la pretensión indemnizatoria en los procesos de responsabilidad civil y penal y las implicaciones de ello.

3.1.2. Prescripción de la pretensión indemnizatoria en procesos de responsabilidad civil

El artículo 2536 del Código Civil dispone que las “acciones” ordinarias prescriben en 10 años. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴⁸ señaló, en la sentencia SC016-2018, que este término debe computarse: (1) desde el momento en que ocurre el daño, cuando el hecho generador y el daño aparecen al mismo tiempo; (2) en casos de “daño diferido”, el que se manifiesta después del hecho generador, desde que el daño se vuelve aparente; (3) en casos de “daño continuado”, el que sigue produciéndose paulatinamente, desde que se consolida.

Este es el régimen general de prescripción, a pesar de que existen múltiples regímenes especiales. A manera de ejemplo, el cobro de honorarios de médicos y abogados prescribe en tres años (artículo 2542 del Código Civil). En el mismo término prescriben las pretensiones contra la persona que responde por el hecho ajeno (inciso 2 del artículo 2358 del Código Civil). Las derivadas del contrato de transporte prescriben en dos años (artículo 993 del Código de Comercio), y en el contrato de seguros pueden ser dos o cinco años (artículo 1081 del Código de Comercio).

El régimen, hasta este punto, es medianamente sencillo (sin querer decir que no se preste para discusiones), pero aparece un problema. El primer inciso del artículo 2358 del Código Civil señala que

[l]as acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean *punibles* por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal. (Resalto propio).

Algunos sectores de la doctrina, como Álvaro Pérez Vives⁴⁹ y Nelson Saray Botero⁵⁰ han propuesto que ese primer inciso del artículo no es aplicable. A pesar

47 Corte Constitucional. Sentencia C-570/03. (M.P. Marco Gerardo Monroy, 16 de julio de 2003).

48 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC016-2018 del 24 de enero de 2018. (M.P. Álvaro Fernando García).

49 Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones, Volumen II*. (Bogotá: Temis, 1968), 370-372.

50 Saray Botero, *Incidente de reparación integral de perjuicios*. 439-443.

de que esa posición, en apariencia, facilitaría enormemente el análisis, no está lo suficientemente bien fundamentada.

El primero considera que, cuando la Ley 95 de 1936 (un antiguo Código Penal), en su artículo 101, dispuso que “la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el Código Civil”, modificó tácitamente el artículo 2358, porque, a su entender, ya el Código Civil regulaba íntegramente la materia. Sin mencionarlo, parece apelar al artículo 3 de la Ley 153 de 1887, que señala que las disposiciones pueden derogarse expresamente, o tácitamente por incompatibilidad con las posteriores, o porque una ley nueva regula íntegramente la materia. Si bien presenta justificaciones interesantes, puede contraargumentarse al profesor Pérez Vives que el Código Civil, de forma expresa, remite al conjunto normativo que haga las veces de Código Penal para definir el término de prescripción (y exclusivamente el término). Por lo tanto, evidentemente, no regula la materia de forma íntegra, sino que hace una remisión. Que un Código de Procedimiento Penal haya dicho que esa extinción “se regirá por el Código Civil” no remite únicamente al término, dado que la prescripción extintiva es un fenómeno más complicado que simplemente el paso del tiempo, y esos otros factores se regulan exclusivamente en el Código Civil. El análisis de toda la figura nos lleva, precisamente, al artículo 2358, y obliga estudiar de nuevo el Código Penal sustancial y el Código de Procedimiento Penal para encontrar el cómputo adecuado del término de prescripción.

Una interpretación del artículo 3 de la Ley 153 de 1887 consiste en que se presenta derogación tácita cuando una “ley nueva” regula íntegramente una materia. La Corte Suprema de Justicia⁵¹, analizándolo, dijo que se aplicaba cuando aparecía la “*intención revelada* por el legislador de abarcar con la *nueva disposición* o disposiciones *toda una materia*” (los resaltos son propios). La propuesta de Pérez Vives reconoce que el Código Civil fue expedido con anterioridad al Código Penal vigente para la época, lo que derruiría su argumento. El Código Civil, al ser anterior, no podría considerarse una “ley nueva” que derogara la regulación de la prescripción del Código Penal. Esto para demostrar, al menos, que el asunto no es tan sencillo, y que la derogación tácita no es una figura que pueda tomarse a la ligera.

El segundo (Saray Botero) propone que como el artículo 80 de la Ley 906 de 2004 señala que la extinción de la acción penal produce cosa juzgada, pero que no se extiende a “la acción civil derivada del injusto”, entonces el artículo 2358 del Código Civil nunca es aplicable, sino que siempre se debe aplicar el término de 10

51 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 28 de marzo de 1984 (M.P. Humberto Murcia Ballén). Publicado en el Tomo CLXXVI de la Gaceta Judicial, 108 – 127.

años contenido en el artículo 2536 para la prescripción de las pretensiones civiles, sea en procesos ante Jueces Penales o Civiles. Sin hacerlo explícito, parece que considera que si se dice que la pretensión civil prescribió porque prescribió la penal, como dispone el artículo 2358, se contravendría lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.

Esa propuesta tampoco es de recibo. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁵² señala que existe “abundante jurisprudencia” de la Sala Penal (sin citar cuál) que ha defendido la independencia de los jueces civiles respecto a las decisiones de los Penales. El artículo 80 de la Ley 906 de 2004 es la consagración positiva de ello, porque establece que la extinción de la acción penal no implica que las pretensiones de reparación también lo hagan. Es decir que en principio la decisión del juez penal no implica que el civil no pueda luego condenar. Ahora bien, el artículo 2358 del Código Civil simplemente contiene un término especial de prescripción, remitiendo a otro cuerpo normativo para conocer cuál es. Eso no conlleva que el juez penal imponga una consecuencia jurídica a un juez civil, como considera el escritor, sino que el ordenamiento jurídico consagra que la prescripción civil se manifiesta al mismo tiempo que la penal.

De compartir los argumentos propuestos en contra de los doctrinantes, y considerar que el artículo 2358 sigue siendo una norma vigente que debe aplicarse, debemos analizar algunos asuntos problemáticos que de ellos se derivan. “*Lasciate ogni speranza voi ch’entrate*”. Es importante resaltar que los párrafos siguientes responden a conclusiones propias.

En casos en los que no se haya adelantado ningún tipo de investigación penal, es fácil que el juez civil alegue que el artículo no es aplicable al litigio, porque a él no corresponde decidir si un evento constituye o no un delito sancionable en los términos del Código Penal⁵³, sino si es un daño antijurídico que causó perjuicios, y que debe obligarse a alguien a indemnizarlos. Por el contrario, si un juez penal ya declaró prescrita la acción penal derivada de unos hechos (piénsese en un accidente de tránsito donde alguien resultó lesionado), y después quien fue indiciado en ese proceso penal es demandado en un proceso civil, buscando que se le obligue a resarcir los perjuicios derivados del mismo hecho, debería poder proponer, con éxito,

52 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Fallo del 30 de junio de 2016 (M.P. Ariel Salazar Ramírez). pp. 9 – 10. Es importante resaltar que el proceso penal del asunto se adelantó en vigencia de la Ley 600 de 2000, cuya regulación, como se explicará adelante, es sustancialmente distinta a la de la Ley 906 de 2004.

53 Arriba se resaltó que el artículo 2358 hace referencia a las conductas “punibles”. El artículo 9 de la Ley 599 de 2000 señala que la “conducta punible” es la típica, antijurídica y culpable, por lo que deben configurarse todos los supuestos de la responsabilidad penal.

la prescripción de la pretensión. No porque el Juez Penal dé una especie de orden al Civil, sino porque se configuró el supuesto de hecho del artículo 2358.

Ya la Sala Civil de la Corte Suprema, en la sentencia STC8885-2016⁵⁴, se pronunció al respecto. En ese caso, la Sala Penal de un Tribunal declaró extinta, por prescripción, la acción penal derivada de un accidente de tránsito en el que fallecieron 28 personas que se encontraban a bordo de un vehículo de transporte público, que presuntamente causó el accidente. El Tribunal dijo también que se extinguía la pretensión civil en contra del conductor, presunto homicida, y los terceros, como el dueño del vehículo y la compañía de transporte.

Los familiares de las víctimas interpusieron una acción de tutela en contra de esa decisión, que eventualmente correspondió conocer a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En el fallo la Sala dijo que esa prescripción solo beneficia al sindicado, y no a otros sujetos que, según las normas civiles, podrían ser llamados a responder. Es decir, aún se podría perseguir a personas que, sin haber sido procesadas penalmente, podrían ser civilmente responsables. La Sala no lo menciona, pero es posible considerar si, en atención a que la prescripción es una forma de extinguir obligaciones, debería descontarse de la condena la porción extinta del derecho, si todos los demandados son solidariamente responsables, en los términos del artículo 2344 del Código Civil.

3.1.3. Prescripción y trámite de la pretensión indemnizatoria en procesos penales

i. Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004

Una de las diferencias entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 es cómo estructuran la presentación de pretensiones civiles. En la primera Ley, las personas que sufrieron daños presentan una demanda de constitución en parte civil, y sus pretensiones indemnizatorias se estudian en paralelo con las pretensiones punitivas del Estado, resolviéndose en la misma providencia⁵⁵. Dicho esto, si no hay condena penal, tampoco puede haber condena civil. En la segunda los sujetos reconocidos como víctimas pueden, existiendo condena penal en firme, abrir un incidente de reparación integral. Las pretensiones civiles solo se presentan y estudian con posterioridad a la resolución (afirmativa y definitiva) de las pretensiones punitivas.

54 Ibid.

55 Lo mismo pasa en los casos en los que se tramita una “acción penal privada”, regulada en la Ley 1826 de 2017.

Tener clara la estructura de ambos procesos, y sus vicisitudes, es de suma importancia para comprender los debates siguientes, porque los argumentos que ha esbozado la Sala Penal en vigencia de la Ley 906 de 2004 están permeados por el tránsito legislativo. Explicaremos con más detalle cada uno, porque a pesar de que el objeto de la investigación es el incidente de reparación integral, figura que aparece en la Ley 906 de 2004, vale la pena profundizar en unos asuntos relativos a la Ley 600 de 2000 para explicarla mejor. En el camino se enunciará cómo algunos de esos aspectos son distintos en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Ya se explicó que las víctimas del evento dañoso presentan, en la Ley 600, sus pretensiones civiles durante el transcurso del proceso penal. Por eso es que el artículo 98 del Código Penal sustancial (Ley 599 de 2000), en lo relativo al sujeto que podría ser penalmente responsable, solo es aplicable a esos procesos. Veamos:

El artículo en mención dispone:

“ARTÍCULO 98. PRESCRIPCIÓN. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil” (Resalto propio).

Como señalamos, en la Ley 906 de 2004, las pretensiones civiles solo se ejercen una vez existe condena penal en firme, por lo que ya no puede prescribir la acción penal. En ese orden de ideas, el artículo solo tiene sentido en el contexto de la Ley 600, donde las pretensiones indemnizatorias se tramitaban a la par de las pretensiones punitivas, mientras aún era posible que la acción penal prescribiera.

Lo anterior se prestaba para un asunto problemático. Arriba estudiamos que la prescripción debería entenderse como la consecuencia jurídica negativa que se impone al acreedor que no hace valer sus derechos de manera oportuna. También estudiamos que es posible que la acción penal prescriba en el transcurso del proceso penal. En ese orden de ideas, era posible que a pesar de que las víctimas hubiesen presentado sus pretensiones oportunamente, encontraran que su derecho contra los penalmente responsables se extinguió por prescripción, porque los Fiscales o el Juez a los que correspondiera el proceso, sea por desidia, carga excesiva de trabajo, u otro similar, no lo llevaron a término en el tiempo preestablecido. Tamayo Jaramillo respalda esta conclusión, tildándola de una “serie de injusticias y contradicciones jurídicas de difícil solución”⁵⁶.

Es importante recordar que el artículo 52 de la Ley 600 impedía iniciar un proceso civil y hacerse parte civil dentro del proceso penal, por lo que la prescripción

56 Javier Tamayo Jaramillo, *La indemnización de perjuicios en el proceso penal*. 128

de la acción penal acabaría, de forma definitiva, con la posibilidad de que la víctima presentara demandas civiles en contra del sujeto indiciado⁵⁷. En la Ley 906, como no se presentan pretensiones civiles en el proceso penal hasta que haya una condena en firme, el artículo 98 del Código Penal no serviría para justificar que hayan prescrito las pretensiones indemnizatorias de haberlo hecho las punitivas. Debería entonces remitirse a la discusión sobre la vigencia del artículo 2358 del Código Civil, por lo que es al menos, discutible, si todavía pudiese condenarse civilmente al sujeto que fue procesado penalmente. En la siguiente sección estudiaremos cómo se resuelve este asunto relativo a la dualidad de procesos en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Otra importante diferencia es que en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, las personas distintas al indiciado, que se consideraba podrían ser llamadas a indemnizar los perjuicios causados, debían ser vinculadas al proceso, a más tardar, antes del cierre de la investigación, una fase relativamente preliminar dentro del proceso penal. Así lo dispone su artículo 69:

“La vinculación del tercero civilmente responsable podrá solicitarse con la demanda de constitución de parte civil o posteriormente, antes de que se profiera la providencia que ordena el cierre de la investigación (...).”

Por su parte, el artículo 141 señala que el tercero civilmente responsable “[t]iene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal (...)”. Es decir que esos sujetos tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa desde antes de que existiera una condena penal.

Al ser vinculados a un incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004, por el contrario, los terceros civilmente responsables y compañías aseguradoras encuentran un proceso en el que ya se acreditó un daño antijurídico imputable a un sujeto, y no les es permitido controvertir cualquier asunto relativo a la responsabilidad penal. Es claro que, comparado con la Ley anterior, se desmejora sustancialmente la situación procesal de los terceros, y las herramientas de defensa que aún pueden usar. Se evidencia allí una grave violación al debido proceso.

ii. La interrupción de la prescripción de las pretensiones civiles en la Ley 906 de 2004: análisis del auto AP573-2021

Recordemos que en la Ley 906 de 2004 los terceros civilmente responsables solo pueden ser vinculados al proceso cuando existe condena penal en firme. Podríamos preguntarnos si eso no conllevaría a que prescribieran muchas pretensiones

57 Arriba se señaló que STC8885-2016 permite que presente esas pretensiones en contra de terceros civilmente responsables, si los hay.

indemnizatorias en contra de ellos, dado que habría que esperar a que se adelantara todo un proceso penal para interrumpir la prescripción.

La Sala Penal, enfrentada a este interrogante, profirió el auto AP573-2021⁵⁸. Allí resolvía sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por una compañía aseguradora, que fue condenada a indemnizar los perjuicios derivados de un accidente de tránsito, en el que se condenó penalmente a uno de los involucrados por el delito de homicidio culposo. Entre otras cosas, la compañía alegó que había operado la prescripción en su favor, dado que el incidente de reparación integral se inició después de que pasara el término de prescripción de cinco años que contiene el artículo 1081 del Código de Comercio, y antes no se había interrumpido el término. Para resolver ese cargo, la Corte se limitó a transcribir un apartado del fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, libertad que también nos tomaremos aquí, para evitar que se considere que se tergiversó o caricaturizó el argumento. Señaló el Tribunal:

El legislador sólo (sic) facultó el inicio del trámite del incidente de reparación integral, cuando la sentencia condenatoria se encuentra debidamente ejecutoriada, por tanto mal podría imponerse una carga o una sanción que extinga derechos, a priori a suscitarse la obligación a la parte incidentalista.

De manera que, el término de la prescripción tanto para el principal obligado, como para los llamados en garantía, no puede iniciarse desde la fecha de la comisión de los hechos, como erradamanete (sic) lo exponen los recurrentes, sino desde que la víctima haya tenido la posibilidad de iniciar el trámite indemnizatorio en la mencionada etapa penal accesoria, esto es una vez la sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada.

(...)

Reitérese, el incidente de reparación integral en el proceso penal, es un trámite accesorio que requiere inexorablemente una sentencia condenatoria, por ende solo puede sancionarse a las partes por la pasividad para ejercer las postulaciones cuando dicho presupuesto se ha perfeccionado, no de otra manera se explica, que la solicitud para iniciar éste procedimiento especial, caduque 30 días hábiles después de haber quedado en firme el fallo condenatorio –artículo 106 Ley 906 de 2004–, y que una vez se interponga la acción integral los términos de prescripción se interrumpan –artículo 94 Código General del Proceso–.

De lo contrario, se volvería nugatorio el derecho que les asiste a las víctimas para la reclamación de perjuicios dentro de los procesos penales, pues además de

58 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto AP573-2021 del 24 de febrero de 2021. (M.P. Diego Eugenio Corredor).

imponérseles la carga de actuar exclusivamente como intervinientes especiales dentro del juicio de responsabilidad penal, tendrían que asumir el costo de la duración del proceso, y ver como (sic) se desvanece su derecho de reclamación por el paso de términos judiciales sobre los que no se ejerce control.

En ese entendido, se tiene que los términos de la prescripción para reclamar indemnización de perjuicios dentro del incidente de reparación en el ámbito penal, no puede tenerse en cuenta conforme lo contempla el periodo de prescripción de la acción penal, es decir desde la ocurrencia de los hechos, sino desde que nace el derecho, esto es, a partir de la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, la cual es fuente de obligaciones en materia civil.

Se reitera: la estructura de la Ley 906 de 2004, en principio, parece dificultar muchísimo el ejercicio oportuno de pretensiones civiles dentro del proceso penal, distinto a la Ley 600 (y por eso señalamos arriba que es posible que esta interpretación esté influenciada por el tránsito legislativo). Sin embargo, la argumentación del Tribunal, que la Corte suscribió en su integridad, presenta una interpretación que inclina la balanza en favor de las víctimas, pero en desmedro de la seguridad jurídica de terceros civilmente responsables y compañías aseguradoras, sin una adecuada fundamentación. El Tribunal olvida que, contrario a la Ley 600 de 2000, en la Ley 906 de 2004 las víctimas dentro del proceso penal pueden iniciar un proceso para reclamar la indemnización de sus perjuicios ante la jurisdicción civil, actuación que impedirá que luego de la condena inicien un incidente de reparación integral.

La argumentación del Tribunal parece fundamentarse en un concepto erróneo. Considera, equivocadamente, que el hecho de que el incidente de reparación integral solo pueda iniciarse una vez la condena queda en firme implica que solo en ese momento nace la obligación indemnizatoria. Dice que ese es el único momento en el que la víctima podría ejercer su derecho, porque, supuestamente, la condena ejecutoriada “es fuente de obligaciones en materia civil”, y que solo ahí “nace el derecho”.

En vista de que el Tribunal refirió las fuentes de las obligaciones como su primer argumento jurídico, una lectura conjunta de los artículos 1494 y 2302 del Código Civil nos permite interpretar que el “delito” que es fuente de obligaciones es el “hecho [que] es ilícito, y cometido con intención de dañar”, mientras que el “cuasidelito” es “el hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar”. En ningún caso se menciona una condena ejecutoriada. Por eso mismo, según se explicó arriba, los términos de prescripción en materia civil se deben computar desde que el daño se manifiesta o se consolida, porque el derecho a ser resarcido nace desde el daño.

El segundo argumento jurídico del Tribunal es que solo puede sancionarse a la parte que, pudiendo ejercer su derecho, no lo hace. Eso es cierto, como estudiamos antes. Continúa argumentando que, como las víctimas no pueden ejercer su derecho hasta que exista condena en firme, no se les puede aplicar esa sanción. Eso es falso, como pasamos a explicar.

En la sentencia SP8463-2017⁵⁹, al analizar si la entidad que inició un proceso de cobro coactivo contra una persona que eventualmente fue condenada penalmente por los mismos hechos, también podría solicitar que se abriera un incidente de reparación integral, la Sala Penal puntualizó que, fuera del incidente, existen “otras vías legales de que pueda hacer uso el perjudicado, a fin de conseguir el efectivo pago de la obligación”. La conclusión de la Sala fue que la víctima puede acudir a un proceso civil, u otro similar, para buscar las indemnizaciones que considera le correspondan por los daños, mientras que se adelanta el proceso penal. Eso no impide que actúe como víctima en el proceso, pero sí que abra un incidente de reparación integral⁶⁰.

Si el órgano de cierre de la jurisdicción penal acepta que las víctimas sí tienen posibilidad de ejercer esos derechos, tampoco puede compartirse el segundo argumento del Tribunal, porque no es cierto que la víctima no haya podido “iniciar el trámite indemnizatorio”. Es cierto que no puede hacerlo dentro del proceso penal, pero sí puede hacerlo en un proceso civil. Sabiendo que se está exigiendo el cumplimiento de la misma obligación, poco debería importar cuál es la vía para hacerlo, porque las víctimas siguen siendo acreedores, que sí pueden acudir a la jurisdicción buscando reparación de perjuicios.

Contrario a lo que afirma el Tribunal, consideramos que si la víctima dentro de un proceso penal encuentra que allí se presentan múltiples demoras que podrían llevar a la prescripción de sus derechos, sería, según la cita anterior del profesor Eudoro González, inerte e indolente al no acudir a la jurisdicción civil para reclamar el

59 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP8463-2017 del 14 de junio de 2017. (M.P. Fernando Alberto Castro), 24.

60 Esta conclusión parece ir en contravía del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que la solicitud de incidente de reparación integral debe rechazarse cuando “está acreditado el *pago efectivo de los perjuicios* y este fuere la única pretensión formulada”, contrario al artículo 52 de la Ley 600 de 2000, que consagraba la misma consecuencia contra la demanda de constitución en parte civil tanto si estaba “acreditado que se ha *promovido* independientemente la acción civil por el mismo demandante” como si se acreditaba “que se ha hecho efectivo el pago de los perjuicios (...)”. Si la Ley 600 consagraba dos supuestos distintos, no se puede considerar que en la Ley 906 el mismo supuesto engloba ambos.

crédito que ya es exigible. Saray Botero⁶¹, interpretando en conjunto el artículo 80 de la Ley 906 y el segundo inciso del artículo 2358 del Código Civil⁶², también considera que los terceros deberían poder alegar la prescripción, si el término, contado desde el momento del daño, ha precluido.

La justificación del Tribunal para proponer esa estructura, en aras de proteger a las víctimas, no solo es deficiente, sino que también afecta los derechos de los terceros civilmente responsables. Veamos:

Si los sujetos pasivos del incidente, distintos al indiciado, no van a ser vinculados al proceso penal en toda la fase de juzgamiento de las pretensiones punitivas, es probable que ni se den por enterados de la existencia de un proceso judicial. Las víctimas, por el contrario, pueden actuar en el proceso. Puede que, como expresa el Tribunal, solo como “intervinientes especiales”, pero al menos sí pueden hacerlo. No tendría sentido que el paso del tiempo no genere efecto alguno en contra de la víctima, quien sí conoce y está involucrada en el proceso penal, tendría la capacidad de prever cuánto podría demorar según el desarrollo, y puede ejercer sus derechos en un proceso civil, mientras que los terceros, que por ley ni siquiera pueden ser citados, sean sorprendidos años después, cuando las normas civiles señalarían que ya deberían ser inmunes a un reclamo, con que han sido vinculados a un incidente de reparación integral, y que la única defensa temporal que puedan esgrimir es que hayan pasado más de treinta días entre la sentencia penal y la solicitud de iniciar el incidente (artículo 106 de la Ley 906 de 2004).

iii. Implicaciones de la interrupción de la prescripción de la acción penal en los procesos civiles

Arriba explicamos que hay razones suficientes para considerar que el artículo 2358 del Código Civil conserva plena vigencia, y que dispone que el término de prescripción de las pretensiones de responsabilidad civil derivadas de un delito que se dirijan contra quien hubiese sido penalmente responsable, es accesorio al de la acción penal. También explicamos que la formulación de la imputación, en los términos del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, interrumpe, sin suspender, la prescripción de las pretensiones punitivas (se sigue, entonces, que también interrumpe la prescripción de las accesorias). Por su parte, el artículo 2344

61 Saray Botero, *Incidente de reparación integral*, 443.

62 “Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”.

señala que las distintas personas que sean civilmente responsables, por el mismo delito o culpa, serán deudores solidarios de la indemnización. El artículo 2540 del Código Civil dispone que la interrupción de la prescripción en contra de un deudor solidario es oponible a todos los deudores.

Al tomar todas las disposiciones en conjunto, podríamos decir que la interrupción de la prescripción de la acción penal, al formularse la imputación, también interrumpió, más no suspendió, la prescripción de las pretensiones indemnizatorias, en contra de todos los sujetos que sean civilmente responsables, como el procesado y su empleador, el guardián de la actividad peligrosa que pudo haber estado ejerciendo, etc. Concluiríamos, entonces, que desde la fecha en la que se formula la imputación debe volver a computarse el término de prescripción en contra de los distintos deudores solidarios.

A lo anterior se podría contraargumentar dos cosas:

Primero, que también genera inseguridad jurídica, porque los terceros pueden no saber que se inició el proceso penal, siendo ese uno de los argumentos usados para criticar la posición de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el auto AP573-2021.

Al respecto, es cierto que los terceros civilmente responsables pueden no conocer de la imputación formulada dentro del proceso penal. Sin embargo, el artículo 2540 del Código Civil no parte del supuesto de que todos conozcan de esa interrupción. La crítica no estaría dirigida al argumento, sino a lo que dispone el Código. Con todo, genera menos inseguridad jurídica que lo sostenido por la Sala Penal en el auto AP573-2021, porque aquí la fecha en la que se formula la imputación es clara, y se conoce plenamente el término para presentar las pretensiones, que correrá desde la interrupción. La única limitante en la posición de la Corte es la duración del proceso penal, que puede variar enormemente.

Segundo, que no es útil en contra de aseguradoras, porque la fuente de su obligación es un contrato, y no el “mismo delito o culpa” del artículo 2344.

Esto es cierto. En realidad no sería un contraargumento, sino una simple observación acertada, que no hace que la propuesta deje de tener sustento jurídico. También se recuerda que las víctimas podrían acudir a la jurisdicción civil para reclamar ese derecho, o al menos requerir extrajudicialmente a la aseguradora, en los términos del inciso final del artículo 94 de Código General del Proceso, para interrumpir la prescripción.

3.1.4. Conclusión

En asuntos relativos a las prescripciones de pretensiones civiles, el régimen de la Ley 600 de 2000, a pesar de que sometía a las víctimas a que prescribieran sus pretensiones civiles (al menos parcialmente, en lo relativo a los penalmente responsables) por hechos que no les eran imputables, como la demora judicial que genera la carga excesiva que tienen los juzgados penales, se prestaba para menos confusiones respecto de los terceros civilmente responsables y aseguradoras que eran vinculados al proceso penal, pues se les permitía ser parte del proceso penal desde el principio para defender sus intereses.

Por el contrario, la interpretación que la Sala Penal ha dado al asunto en vigencia de la Ley 906 de 2004 genera grave inseguridad jurídica para todo aquel que, eventualmente, podría considerarse civilmente responsable por los daños causados por un delito.

Primero, porque hoy esos terceros y aseguradoras solo son vinculados al incidente de reparación integral cuando existe una condena penal en firme, que ellos no pueden controvertir. Si ya se tiene por acreditado un daño antijurídico, uno de los elementos principales de la responsabilidad civil, se genera una notoria situación de desventaja para estos sujetos, que solo podrán controvertir su calidad de tercero civilmente responsable o el amparo del contrato de seguros, la existencia real de perjuicios, su cuantía, o el nexo de causalidad entre el daño y los perjuicios.

Segundo, porque no pueden contar con el régimen de prescripción extintiva que las normas civiles o comerciales consagren para ellos, sino que también es posible que, terminado un proceso penal en el que ellos no pueden participar, se “reviva” la oportunidad de la víctima para ejercer esos derechos, a pesar de que ya hubiese transcurrido el tiempo que le otorgarían las normas civiles.

En lo relativo a la prescripción dentro de procesos civiles, podemos considerar que el artículo 2358 del Código Civil sigue teniendo plena vigencia, y que uno de los efectos de esa afirmación es que la imputación de un delito interrumpe la prescripción de la pretensión civil que las víctimas tienen contra todos los sujetos que puedan ser solidariamente responsables de indemnizar los daños causados.

3.2. Intereses sobre la condena

Uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil es la reparación de los daños causados a otro. La cuantificación económica de esa indemnización es, entonces, uno de los aspectos que podrían ser más relevantes dentro del proceso.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que las condenas por perjuicios patrimoniales solo pueden causar intereses desde que existe una sentencia penal condenatoria en firme, lo que ha llevado a que algunas víctimas, en incidentes de reparación integral reciban indemnizaciones económicas mucho menores a las que recibirían en un proceso civil.

En este capítulo presentaremos lo que sostiene al respecto la Sala Civil y la doctrina. Luego estudiaremos a fondo un caso emblemático —la Sentencia SP13300-2017— con amplias consideraciones, para entender el razonamiento de la Sala Penal. Debe aclararse que apenas dos providencias encontradas en la investigación tenían como discusión principal los intereses⁶³. Concluiremos el análisis del fallo con el contraste entre ambas figuras, para mostrar, por último, que la Sala Penal no es constante en el tratamiento de las indemnizaciones de perjuicios extrapatrimoniales.

3.2.1. Jurisprudencia Civil y planteamientos doctrinales

La jurisprudencia actual de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es absolutamente pacífica a la hora de establecer que, en supuestos de responsabilidad civil extracontractual, no solo debe actualizarse la base del perjuicio a calcular, sino que esa base causará intereses del 6% efectivo anual, desde el día en que se materializó el daño, hasta el momento del pago⁶⁴.

Tamayo Jaramillo⁶⁵, por su parte, explica que debe garantizarse que la víctima del daño reciba un pago:

(...) de todos los perjuicios sufridos por la acción dañina del responsable. Y precisamente uno de esos perjuicios consiste en la privación del rendimiento del interés que sufre la víctima por no poner a producir las sumas que perdió por tanto el daño emergente como el lucro cesante. No hay razón válida, pues, para negar su indemnización⁶⁶

Luego, continúa:

63 En pie de página posterior se hace referencia al otro, SP39228-2012. Como ese caso se resolvió sencillamente con la aplicación sinalagmática de una disposición aplicable a un cuasicontrato en específico, sus consideraciones son menos extensibles a otros casos, y por eso no es el foco principal de análisis en este capítulo.

64 Para el efecto, las sentencias SC20950-2017 del 12 de diciembre de 2017. (M.P. Ariel Salazar Ramírez). Y SC4703-2021 del 22 de octubre de 2021. (M.P. Luis Armando Tolosa). Hacen el recuento extenso de reiterada y firme jurisprudencia.

65 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*, (Bogotá: Legis, 2007), 789-793.

66 Ibid., 789.

Así las cosas una tasa adecuada sería la de un interés que cubra no solamente la utilidad del dinero, sino también el valor de la depreciación de la moneda. Sobre la base de estos 2 componentes de los intereses anteriores al fallo podemos liquidar estos de 2 maneras (...)

Así, si se aplica la indexación monetaria a todo el perjuicio pasado, entonces bastará simplemente condenar adicionalmente a un interés compensatorio de 6% anual (...)

En cambio, si no se aplica por separado la indexación monetaria al daño pasado el interés que debe otorgarse es el comercial (...) En cierta forma, la cuantía de ese interés, tal como lo acabamos de ver, permite, por una parte, que la víctima se proteja del envilecimiento de su capital y, por otra, que obtenga una utilidad neta como colocación de su dinero⁶⁷.

La conclusión de que debe tanto actualizarse el dinero, como otorgarse intereses desde la fecha del daño, es apoyada por autores como Gaviria en publicaciones más recientes sobre cuantificación de perjuicios⁶⁸. Esos intereses no se cobran como “interés remuneratorio”, sino como perjuicio, porque la persona que no tiene a su disposición sus bienes, para hacerlos rendir y generar riqueza, se ve privado injustamente de ese beneficio. No es, en forma alguna, una remuneración o fuente de enriquecimiento de las víctimas.

La responsabilidad civil contractual, por su parte, sigue una lógica distinta. Allí se distingue entre dos tipos de intereses, los de plazo o remuneración y los de mora. Los primeros se pagan a título de remuneración, mientras la obligación no se ha hecho exigible, y los segundos a título de sanción, por el incumplimiento del pago⁶⁹. En materia comercial, Hernán Darío Velásquez, interpretando el artículo 884 del Código de Comercio, explica que “(...) si no se han pactado intereses [remuneratorios] sólo (sic) se deben en los casos expresamente señalados por el Código de Comercio”⁷⁰. En negocios civiles, señala Juan Carlos Varón que “[en] el campo civil, el interés remuneratorio debe pactarse, salvo en los casos en los cuales la ley dispone su reconocimiento y pago, ya sea como interés corriente o como

67 Ibid., 793.

68 Alejandro Gaviria Cardona, *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*, (Medellín: Fondo editorial universidad EAFIT, 2017).

69 Hernán Darío Velásquez Gómez, *Estudio sobre obligaciones*, (Bogotá: Temis, 2013), 889.

70 Ibid, 898

interés legal”. Vemos, entonces, que en la responsabilidad contractual, sea civil o comercial, eventualmente pueden cobrarse intereses de plazo, que tienen como finalidad recompensar al acreedor. Esa finalidad enriquecedora se excluye con la función reparadora que tiene la responsabilidad civil extracontractual. En palabras de Philippe Le Torneau⁷¹ se paga “todo el daño, pero nada más que el daño”⁷².

3.2.2. Posición de la Sala Penal - Análisis de la sentencia SP13300-2017

En la sentencia SP13300-2017⁷³, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia presentó varias consideraciones respecto a los intereses frente a las condenas pecuniarias del incidente de reparación integral, que son de gran interés para la investigación, y pueden ser un importante factor diferenciador con el trato que se le daría a una homóloga en un proceso de responsabilidad civil.

Para el análisis, explicaremos los hechos del caso y cómo se tramitó el proceso. Luego enunciaremos los puntos centrales del fallo, y se procederá con un análisis crítico del mismo.

En 2008 se presentó una demanda ejecutiva fraudulenta en contra de la Clínica General de la Costa S.A., que fue conocida por quien entonces fungía como Juez 22 Civil Municipal de Barranquilla, Abelardo Tercero Andrade. El Juez, involucrado en el entramado criminal, libró mandamiento de pago por cerca de \$200.000.000, decretó embargos de cuentas bancarias, y en febrero de 2009, luego de que las partes del proceso celebraran un contrato de transacción, ordenó que se entregara al apoderado del demandante un título judicial que representaba \$329.693.781, dinero que fue luego retirado de cuentas del Banco Agrario.

En 2013 se inició proceso penal contra el Juez, quien fue condenado por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, en junio de 2015. Esta sentencia fue emitida por el Tribunal Superior de Barranquilla en primera instancia, y fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de instancia, en noviembre del mismo año. Dentro de ese proceso se reconoció como víctima al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales (PARISS).

71 Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*, (Bogotá: Legis, 2003), 68.

72 Juan Carlos Varón Palomino, “De las obligaciones de dinero”. En *Derecho de las obligaciones. Tomo I*, ed. Marcela Castro de Cifuentes, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009), 88.

73 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP13300-2017 del 30 de agosto de 2017. (M.P. Fernando Alberto Castro).

En abril de 2016 se inició el incidente de reparación integral, donde se estableció que el condenado debía, además de cumplir la pena privativa de la libertad, indemnizar al PARISS por los perjuicios causados. Toda vez que la entidad ya había logrado recuperar \$157.899.932 de los \$329.693.781 que había pagado, solo se condenó al pago de \$171.793.849 a título de capital, con intereses del 6% efectivo anual según el artículo 1617 del Código Civil. Para el 6 de febrero de 2017, fecha del fallo, el Tribunal calculó que se adeudaba un total de \$251.741.340. Nunca se expresa desde cuándo se causaron los intereses.

La víctima presentó recurso de apelación (recuérdese que la Corte lo conoció como tribunal de instancia) contra el fallo del incidente de reparación integral, donde solicitaba que en lugar de condenarse al pago de intereses civiles, se condenara al pago de intereses comerciales, como ordenaba el artículo 177 del Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo, toda vez que ella es una entidad pública. También citó fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde se explica que la tasa de interés comercial contiene un componente que se encarga de actualizar o indexar el valor del dinero (tal como explica la doctrina arriba citada). Es claro que el recurso reprocha al Tribunal no haber tenido en cuenta la pérdida de poder adquisitivo del dinero durante los años en los que la víctima no lo tuvo en su poder.

La Sala Penal rechazó los argumentos del recurrente, considerando:

- a. Que en el caso se discutía una responsabilidad civil, no una comercial, por lo que son aplicables los intereses civiles.
- b. Que el artículo 177 del Decreto 01 de 1984 es aplicable cuando se interpone una condena en contra de una entidad pública, y no a su favor, como es el caso.
- c. Que los intereses de plazo o remuneratorios, que son los que se causan mientras la obligación no es exigible, solo proceden cuando hay estipulación legal o negocial expresa. Llega a esta conclusión de la lectura de la Sentencia SC084-2008⁷⁴, que, vale aclarar, estudia un caso de responsabilidad contractual de una aseguradora.

Consecuentemente, confirmó la decisión del Tribunal. En su decisión, la Corte tampoco aclaró desde cuando se causaron los intereses.

Miremos qué consideró la Sala Penal sobre la condena al pago de intereses y la indexación del valor económico, y cómo aplicó dichas consideraciones al caso concreto. Luego de distinguir los intereses de mora y los remuneratorios, y de acusar al recurrente por su “profundo estado de confusión” al respecto, expresa que:

74 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC084-2008 del 27 de agosto de 2008. (M.P. William Namén Vargas).

Dicha diferenciación es relevante en todos los casos, empero más aun este evento, pues sin importar si las obligaciones pecuniarias son civiles o comerciales debe de comprenderse que impera el principio de la no causación de intereses remuneratorios mientras penda la exigibilidad de la prestación, salvo estipulación negocial o legal expresa que los disponga (arts. 513, 1367, 1546, 1746, 2182, 2231, 2395 C.C), *por tanto, en línea de principio, no se presumen ni devengan aquellos [los remuneratorios] mientras se adelanta el proceso penal, pues la finalidad de éste precisamente es la de establecer si a quien se le acusa de haber adelantado una conducta tipificada como un delito, generó o no un daño a un bien jurídicamente tutelado y, consecuentemente, si es posible decláresele penal y civilmente responsable*⁷⁵ (Resalto propio).

Es decir, la Sala Penal consideró que en principio no se deben causar intereses mientras se adelanta el proceso penal⁷⁶, porque la obligación indemnizatoria no se ha hecho exigible, y justifica esta conclusión a partir de la sentencia SC084-2008, que estudiaba los intereses que podrían cobrarse a una aseguradora por el incumplimiento de un contrato de seguro, y no una responsabilidad extracontractual, confundiendo ambos regímenes.

La pregunta que debemos abordar ahora es, ¿desde cuándo sí se causan los intereses? ¿Desde el fallo penal de primera o segunda instancia? ¿Desde la sentencia que pone fin al incidente de reparación integral? La Corte no es clara. Para el efecto, podemos intentar encontrar cómo los liquidó el Tribunal, en atención a que la Sala confirmó su decisión.

Conocemos el valor del capital, el valor final de la condena de capital e intereses, las distintas fechas en las que se puede considerar que se causó el daño, y las fechas en las que se emitieron los tres fallos relevantes (penales de primera y segunda instancia y del incidente de reparación integral en primera). Podemos entonces hacer el ejercicio matemático para encontrar cómo se calculó la condena.

Debemos evaluar dos hipótesis. La primera es que el Tribunal no haya actualizado el valor del capital adeudado, como parece reprochar la víctima en su recurso. La segunda es que sí lo hubiese hecho. Recuérdese que el capital inicial era de \$171.793.849, y la sumatoria de capital e intereses del 6% anual para el 6 de febrero de 2017, \$251.741.340.

75 Op. Cit., 17

76 Una de las excepciones a este principio se aplicó en la Sentencia SP39228-2012 del 8 de octubre de 2012. (M.P. Luis Guillermo Salazar). Allí se condenó a que el autor de un delito de abuso de confianza restituyera el dinero del que se apropió con intereses, porque el dinero del que se apropió hacía parte de una comunidad. Dado que el artículo 2326 del Código Civil dice que los comuneros deben a la comunidad "(...) incluso los intereses corrientes (...)", la Sala estimó que debían causarse desde el momento en que se consumó el delito.

i. Hipótesis 1: no se indexó el valor del capital

En esta hipótesis partimos de que los intereses se calculan sobre \$171.793.849, el capital adeudado. De haber sido liquidados al 6% anual, desde el 1 de junio de 2015, fecha de la condena penal, hasta el 6 de febrero de 2017, fecha del fallo en el incidente de reparación integral, los intereses ascenderían apenas a \$16.851.934. Nótese que la diferencia entre el capital y a suma adeudada en la providencia del Tribunal ascendía a \$79.947.491, por lo que evidentemente esa no fue la operación que se llevó a cabo.

Para encontrar entonces, desde cuándo liquidó los intereses el Tribunal bajo este supuesto, podemos calcular que al 6% anual, los \$171.793.849 adeudados causaban a título de interés un total de \$834.254,18 mensuales. Si tomamos la suma adeudada a título de intereses total, de \$79.947.491, y la dividimos por ese valor mensual, aparentaría que se causaron intereses por 95 meses, o 7.98 años, lo que parece coincidir con la fecha en la que ordenó el pago del título judicial, febrero de 2009. No es descabellado considerar que esa fue la fecha en la que se materializó el daño.

Esto pareciera ser contrario a lo expresado por la Sala Penal, que dice que no se presumen ni devengan intereses mientras se adelanta el proceso penal.

ii. Hipótesis 2: se indexó el valor del capital

En la sentencia se expresa, citando su propia jurisprudencia, que:

La cuantía del interés depende del valor económico del daño causado al momento en que se profiere la sentencia de segunda instancia, pues es en este momento, no antes, cuando se concreta ese perjuicio⁷⁷.

Esto parece indicar que la Sala, acertadamente⁷⁸, considera que el valor económico de los perjuicios patrimoniales debe actualizarse, para prevenir que la víctima se vea afectada por la pérdida de poder adquisitivo del dinero.

Hagamos el ejercicio:

77 Op. Cit., 14

78 Es curioso, dado que citan, para justificar esta conclusión, providencias de la Sala Civil. Autos del 27 de junio de 2003. (M.P. José Fernando Ramírez). Expediente 118, y 8 de marzo de 1999, (M.P. Jorge Santos Ballesteros). Expediente 7.475. Que hacen referencia, específicamente, no a que la condena al pago de perjuicios deba actualizarse, sino a que los Tribunales, para admitir demandas de casación, deben indexar el monto de la condena a la hora de estudiar la admisión, para saber si el perjuicio causado genera interés para recurrir en casación. La Sala Penal llega a una conclusión acertada por el camino incorrecto.

El IPC de febrero de 2009 era de 70.8, y el de febrero de 2017 de 95.01⁷⁹. Si tenemos en cuenta que para actualizar el valor del dinero debemos dividir el “índice final” (95.01) por el “índice inicial” (70.8), y después multiplicar ese resultado por el valor del dinero a actualizar (\$171.793.849), sabremos que el daño emergente no recuperado del PARISS equivaldría para el 2017, sin intereses, a \$230.538.610.

Si a ese valor le aplicamos los intereses civiles del 6% anual, desde el 1 de junio de 2015 (fecha de la sentencia condenatoria, según la posición de la Sala Penal) hasta el 6 de febrero de 2017, fecha en la que el Tribunal liquidó la deuda, se hubiesen causado intereses equivalentes a \$22.301.358,16, para un total de intereses y capital de \$252.839.968. Este valor es diferente al que se condenó por el Tribunal, por muy poco.

Si, por el contrario, los intereses del 6% anual se calculan desde la sentencia condenatoria de segunda instancia (proferida por la misma Corte el 25 de noviembre de 2015), que parece ser el criterio que defiende la Sala Penal en la cita de arriba, hasta la fecha del fallo de primera instancia en el incidente de reparación integral, los intereses causados serían apenas de \$16.083.866,78, para un total de \$246.622.476. Ese valor también es distinto al que propone el Tribunal.

Esto nos lleva a una de dos conclusiones:

Primero, la Sala Penal se acogió a la primera hipótesis, desconociendo su criterio de “no se devengan intereses mientras se adelanta el proceso penal”, e incumpliendo lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1996, que señala que la valoración de los daños “(...) observará los criterios técnicos actuariales”.

Segundo, la Sala Penal se acogió a la segunda hipótesis, pero no verificó las cuentas del Tribunal en uno u otro caso.

Cualquiera de las dos opciones sería insatisfactoria, y en todo caso, pareciera desconocer la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema, la Ley 446 de 1996, y lo planteado por la doctrina especializada.

3.2.3. Conclusión sobre el fallo

A pesar de que la Sala Penal parece haber intentado hacer un estudio juicioso de la Jurisprudencia Civil, partió de planteamientos aplicables a obligaciones derivadas de contratos comerciales, para aplicarlas a la responsabilidad civil extracontractual.

En las obligaciones contractuales, si las leyes o los contratantes no señalan nada distinto, mientras pende la exigibilidad de la obligación no se causan intereses.

79 Estas estadísticas pueden consultarse en “Índice de precios al consumidor. IPC”, Banco de la República, abril 30, 2025 <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>

Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual, al causarse un perjuicio a la persona que se ve despojada de sus bienes injustamente, dado que no puede utilizarlos para producir más renta, se le debe reconocer el pago de intereses, a título de perjuicio.

La confusión de la Corte llevó a que la víctima recibiera una indemnización mucho menor a la que hubiese tenido derecho, violentando el principio de reparación integral. No es difícil imaginar que ese debería ser el pilar fundamental del incidente de reparación integral, no solo por su denominación, sino por su consagración expresa en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Más curioso aún es que la misma Sala Penal, en la sentencia SP2045-2017⁸⁰, proferida escasos meses antes que la providencia arriba analizada, en un proceso de Justicia y Paz, al liquidar perjuicios patrimoniales dentro de un incidente de reparación integral, incluyó una condena en intereses del 6% efectivo anual, causados desde el momento del daño, usando las mismas fórmulas que utiliza la Sección Tercera del Consejo de Estado. La fecha desde la que debían calcularse los intereses no fue objeto de discusión dentro de ese proceso. El apoderado de las víctimas apeló la sentencia del incidente porque consideraba que el Tribunal había partido de montos distintos a los probados para calcular el ingreso mensual de las familias víctimas de una masacre, o que había aplicado indebidamente las presunciones sobre cuánto de ese ingreso correspondía a los sobrevivientes. Como asistía razón al demandado, la Corte liquidó de nuevo las condenas, sin detenerse en el análisis de por qué debían incluirse intereses desde el daño.

En ninguno de los fallos hubo un salvamento de voto, y fue firmada por los mismos Magistrados (no hubo cambios en la Sala durante ese tiempo). Podemos entonces preguntarnos, ¿cómo se justifica este cambio de posición? Arriba señalamos que, en los procesos de Justicia y Paz, por alguna razón aún desconocida, la Sala Penal acude a la jurisprudencia del Consejo de Estado, y no a la de la Sala Civil, a pesar de estar juzgando a particulares.

¿Será posible que la Sala Penal no hubiese encontrado el fallo del 27 de agosto de 2008 de la Sala Civil, en el que basó su (equivocada) decisión en la sentencia SP13300-2017, para cuando profirió la sentencia SP2045-2017? ¿Considera la Sala Penal que hay un régimen especial para juzgar a los grupos armados?

80 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP2045-2017 del 8 de febrero de 2017. (M.P. Luis Guillermo Salazar).

Lastimosamente no pareciera haber una explicación racional, más allá de que la Sala Penal puede no haber sistematizado sus análisis sobre la liquidación de intereses en la responsabilidad civil, y que, en cada caso concreto llega a conclusiones aisladas.

3.3. Cuantía de las indemnizaciones de perjuicios extrapatrimoniales

Al abrir el apartado anterior explicamos que la cuantía de la condena es uno de los elementos más importantes dentro de los procesos que tramitan pretensiones indemnizatorias. Ya se estudió que la Sala Penal sostiene desafortunadas interpretaciones, que pueden llevar a que las víctimas que sufren perjuicios patrimoniales reciban una indemnización mucho menor a la que se les otorgaría en un proceso civil. Por el contrario, cuando se hace referencia a la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, es probable que los jueces penales otorguen a las víctimas un beneficio muy superior.

Dos cuestiones son relevantes en materia de perjuicios extrapatrimoniales. La primera tiene que ver con la forma en la que se denominan ciertos tipos de perjuicios por cada una de las Salas, diferencia en denominación que ha conducido a que la Sala Penal, en una aparente diferencia significativa con la Sala Civil, reconozca la indemnización de daños morales a favor de personas jurídicas. La segunda tiene que ver con el monto máximo que se reconoce por concepto de daños extrapatrimoniales por cada una de las Salas de la Corte y la forma como a partir de dichos máximos se determinan los montos a indemnizar en cada caso concreto.

Primero estudiaremos, para el efecto, la forma en la que la Sala Civil ha clasificado el daño extrapatrimonial, y qué ha considerado que recae bajo este concepto. Luego analizaremos el artículo 97 del Código Penal, y presentaremos algunas consideraciones respecto a la denominación de los perjuicios indemnizables en la jurisprudencia de la Sala Penal. Por último, a través del análisis comparado de dos sentencias, expondremos que ambas Salas razonan igual sobre la fijación del monto indemnizable, pero tienen puntos de partida distintos.

3.3.1. Los perjuicios extrapatrimoniales para la Sala Civil

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre los perjuicios extrapatrimoniales. En la sentencia SC5685-2018⁸¹ hizo un recorrido por las distintas categorizaciones que se le ha dado a esa especie

81 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC5685-2018 del 19 de diciembre de 2018. (M.P. Margarita Cabello Blanco), 397 – 412.

de daños en el mundo, para concluir que, en Colombia, existen en principio⁸² solo dos tipos de daños extrapatrimoniales. El “daño moral”, que engloba todas las afecciones psíquicas de la persona, como tristezas, depresiones y sustos, así como sus padecimientos físicos, dolores y sufrimientos. También existe el “daño a la vida en relación”, que comprende el cambio en la “actividad social” del sujeto, y se configura cuando quien sufre el daño debe vivir su vida de una manera distinta a como lo hacía antes. Por ejemplo, la persona que pierde un brazo en un accidente de tránsito sufrirá un grado importante de tristeza y de dolor por la pérdida de la extremidad (daño moral), pero también tendría que modificar sus comportamientos para adaptarse a su nueva situación física, abandonando en el peor de los casos (y haciéndolas de forma distinta en el mejor) las actividades que requieran ambas extremidades superiores, como nadar, conducir vehículos, escalar, u otras (daño a la vida en relación).

La Corte reconoce en el mismo fallo que es imposible cuantificar matemáticamente el valor de estos perjuicios, por lo que ha optado por el “establecimiento de una suma de dinero que la Corte, de tiempo en tiempo reajusta en cuantías que establece además como guías para las autoridades jurisdiccionales inferiores”. La solución que propone entonces la Sala Civil es que los Jueces y Magistrados deben partir de la suma de dinero que, para el momento del fallo, la Sala Civil haya considerado adecuada para indemnizar perjuicios similares, ajustando la cuantía según las particularidades del caso. No existe, por lo tanto, disposición normativa que indique cuánto debe indemnizarse a la víctima en caso de que haya sufrido algún perjuicio extrapatrimonial, al menos en materia civil.

3.3.2. El daño moral de las personas jurídicas

Juan Carlos Henao⁸³ explica que a principios del Siglo XX, la Corte Suprema de Justicia consideró que existían dos tipos de perjuicios morales, aunque esa distinción fue superada paulatinamente. Clasificaban esos perjuicios entre “subjetivos”, que corresponden a las afecciones anímicas, el sufrimiento, y la tristeza, que no pueden

82 En el discutido fallo SC10297-2014, del 5 de agosto de 2014, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, la Corte indemnizó un tercer tipo de daño extrapatrimonial, el “daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional”. Sostuvo que la vulneración a ciertos derechos fundamentales de la “víctima” podría ser razón suficiente para otorgarle una indemnización, sin que eso afecte la forma en la que vive, ni le genere preocupaciones o dolores, ni implique que gane menos dinero o deba incurrir en erogaciones injustas. El fallo no solo es aislado, sino que su contenido es supremamente difuso.

83 Juan Carlos Henao Pérez, *El daño*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998).

calcularse, y “objetivos”, que son las afectaciones al patrimonio derivadas de esa situación. Pensemos en un ejemplo:

Un joven fallece en un accidente de tránsito. Ese evento genera graves afectaciones psicológicas a sus padres, quienes, por una profunda depresión, dejan de trabajar por un par de meses. De sostener esa clasificación, se diría que el dinero que los padres dejaron de percibir a causa del cese de sus actividades laborales constituye un “daño moral objetivado”, porque ese valor puede calcularse con absoluta certeza. Parece ser claro que eso no es nada distinto a un perjuicio patrimonial, un típico lucro cesante, en los términos del artículo 1614 del Código Civil, solo que fue causado por una afectación psicológica. Al respecto, Tamayo Jaramillo señala que “[s]i se quiere, llámesele daño moral objetivado, pero no se le ponga a concurrir con el material, pues se trata de un mismo concepto bajo dos denominaciones diferentes excluyentes”⁸⁴.

Esa distinción fue abandonada, y desde hace décadas la Corte Suprema de Justicia⁸⁵ reconoce que los “daños morales objetivados” están comprendidos dentro de los daños patrimoniales, ora lucro cesante, ora daño emergente (lo reiteró en SC5685-2021, arriba citada). La Sala Penal⁸⁶, sin embargo, insiste en mantener la diferenciación, al menos para explicaciones teóricas.

Esa distinta denominación ha llevado a que la Sala Penal sostenga que las personas jurídicas pueden sufrir perjuicios morales. En el fallo del 11 de diciembre de 2013⁸⁷ consideró:

(...) la jurisprudencia de la Sala invariablemente ha sostenido que las personas jurídicas no son pasibles del perjuicio moral, pues sentimientos tales como dolor, sufrimiento, aflicción o tristeza -daño moral subjetivo- no surgen en aquellas por ser una ficción legal, excepto cuando a consecuencia del delito «se le ha causado sensible disminución de su capacidad productiva o se ha puesto en peligro su existencia -daño moral objetivado (...)».

84 Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. 534.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Fallo del 6 de diciembre de 1943 (M.P. Aníbal Cardoso Gaitán). Publicado en el tomo LVI Gaceta Judicial, 482 – 489.

86 Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP2295-2020 del 8 de julio de 2020. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar). Y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP13285-2014 del 1 de octubre de 2014. (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), que estudiaremos con detalle más adelante.

87 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 11 de diciembre de 2013 (M.P. Fernando Alberto Castro), 23.

Nótese que los perjuicios que sí puede reclamar la persona jurídica son aquellos que corresponden a la disminución de su capacidad productiva, es decir, precisamente, un lucro cesante. Un perjuicio patrimonial bajo la clasificación que hoy usa la Sala Civil y la academia. Respecto a los derivados de que se haya “puesto en peligro su existencia”, no ejemplifica la Corte cuáles podrían ser. Evidentemente no son tristezas o sufrimientos, porque ya se explicó que las personas jurídicas no son susceptibles de padecerlas. Tal vez haga referencia a los costos que tenga que sufragar la persona jurídica para reestablecer sus operaciones (un daño emergente), la disminución en las ventas (un lucro cesante), u otro similar. Todos son perjuicios patrimoniales. Entonces, no es cierto que las personas jurídicas puedan reclamar lo que la Sala Civil denomina perjuicios extrapatrimoniales. La Sala Penal afirma que pueden reclamar “daños morales objetivados”, que son perjuicios patrimoniales puros y duros.

3.3.3. Comportamientos similares, puntos de partida disímiles

Contrario a lo que encontraremos en otros apartados de esta investigación, la diferencia entre los montos que otorgan la Sala Civil y la Sala Penal para indemnizar perjuicios extrapatrimoniales tiene un fundamento legal, y no es el resultado de interpretaciones diversas de la jurisprudencia o disposiciones civiles. En lo tocante al daño moral, la diferencia tiene origen en una disposición penal.

El artículo 97 de la Ley 599 de 2000 dispone:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso.

La Corte Constitucional, en sentencia C-916/02⁸⁸, declaró que el primer inciso del artículo solo puede considerarse acorde a la constitución cuando “se aplica a los daños morales⁸⁹ que no pueden ser objetivamente estimados”⁹⁰. Como explicamos

88 Corte Constitucional. Sentencia C-916/02. (M.P. Manuel José Cepeda, octubre 29 de 2002).

89 Cabe resaltar que la Corte utilizaba la expresión “perjuicios morales” en oposición a “perjuicios materiales”, por lo que podríamos entender que su análisis no hace referencia exclusivamente al “daño moral”, sino que incluye también el “daño a la vida en relación”.

90 Corte Constitucional. Sentencia C-916/02. (M.P. Manuel José Cepeda, octubre 29 de 2002), 46.

arriba, la Sala Civil entiende que los “daños morales” que sí pueden ser objetivamente estimados son daños patrimoniales, por lo que esta disposición solo se aplica cuando el perjuicio reclamado es extrapatrimonial, pero ¿cómo funciona en la práctica?

Comparar dos casos en los que la Sala Penal y la Sala Civil hicieron consideraciones respecto a la indemnización de estos perjuicios nos muestra que el comportamiento de los Jueces Civiles y Penales parece seguir la misma lógica, y es que la indemnización más alta se otorga ante los mayores sufrimientos, y disminuye proporcionalmente ante la intensidad del daño. En vista de que el tope máximo para indemnizar perjuicios en el incidente de reparación integral es mucho mayor que el que existe para procesos civiles (lo veremos más adelante), la suma a la que condena el Juez Penal será, en la misma tónica, mayor. Primero estudiaremos una sentencia de la Sala Penal, y luego otra de la Sala Civil (simplemente a manera de ejemplo, pues no son los únicos fallos que condenan a indemnizar perjuicios extrapatrimoniales), para luego hacer el paralelo.

i. Sala Penal

En la sentencia SP13285-2014⁹¹, la Sala Penal conoció del recurso de casación que presentaron las víctimas dentro de un incidente de reparación integral, derivado de la condena impuesta a Juan Carlos Zabala, médico de urgencias, que administró a dos de sus pacientes sedantes para poder accederlas carnalmente. En firme el fallo que declaró al profesional de la salud como responsable del delito de “acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado”, se abrió el incidente de reparación integral, en el que el apoderado de las víctimas pretendió que se le indemnizara a cada una, a título de daño moral (no hubo pretensiones a título de daño a la vida en relación), el tope máximo de 1000 salarios mínimos mensuales.

Contrario a como fuera solicitado por el apoderado, el Juzgado y el Tribunal establecieron, en 2013, que el monto a indemnizar era de 100 salarios mínimos, es decir, una décima parte del límite. Esa decisión fue uno de los objetos del recurso de casación, donde se solicitaba que se ajustara la condena a lo solicitado en la apertura del incidente, aunque la Corte no explica cuáles (si existieron) fueron los argumentos esbozados en la demanda de casación.

Pues bien, la Sala Penal, al resolver ese interrogante, estableció que si bien la pretensión:

91 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP13285-2014 del 1 de octubre de 2014. (M.P. Fernando Alberto Castro).

(...) se hizo por el tope máximo contemplado en la ley (art. 97 de la Ley 599 de 2000), no se evidenciaron los motivos por los cuales se debía atender la pretensión que en ese sentido se formuló. Además, no se debe perder de vista que el extremo superior consagrado en la ley está previsto para el máximo dolor posible, sin que aquí los hechos ni los elementos de conocimiento señalen que fueron de esa entidad⁹² (Resalto propio).

Según señalamos arriba, la Sala considera que la indemnización máxima corresponde al dolor máximo, y que debe disminuirse en proporción a la entidad del sufrimiento. Al margen de preguntarse si la decisión de la Sala en el caso concreto fue adecuada o no⁹³, muestra cómo razona a la hora de establecer la cuantía de indemnizaciones de perjuicios extrapatrimoniales.

ii. Sala Civil

Por su parte, en la sentencia SC3728-2021⁹⁴, la Sala Civil también analizaba la cuantía de los perjuicios extrapatrimoniales que debían indemnizarse a los padres de un menor que, por complicaciones durante el parto, sufrió de “asfixia perinatal, insuficiencia respiratoria aguda, isquémica miocárdica y hemorragia subaracnoidea”. Las secuelas del accidente, graves e irreversibles, generaron dificultades físicas y mentales en el desarrollo del menor, que no falleció.

La Sala, a título de *obiter dictum*, señaló que el Tribunal, en su fallo proferido en 2016, que condenó a que los padres recibieran a título de indemnización por daño moral \$150.000.000 (para la madre) y \$80.000.000 (para el padre), actuó en:

(...) desbordamiento en la tasación de los daños moral y a la vida de relación de los demandantes, pues inobservó los valores prefijados por la Corporación como límites resarcitorios de los indicados conceptos.

En efecto, debió atender que para la época en que se elaboró la ponencia por el magistrado sustanciador, esta Sala había señalado la suma de \$55,000,000 como monto máximo de indemnización del daño moral para eventos de fallecimiento de un ser querido muy cercano, la cual debió servirle de pauta para fijar un importe un poco menor al recién indicado⁹⁵ (Resalto propio).

92 Ibid., 64.

93 Al considerar que la congoja y tristeza que pueden sufrir las víctimas de violencia sexual es apenas una décima parte de los peores sufrimientos imaginables, la Sala denota un grave desconocimiento de los efectos que se pueden generar en quien la padece.

94 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC3728-2021 del 26 de agosto de 2021. (M.P. Hilda González Neira).

95 Ibid., 49

Al igual que la Sala Penal, la Sala Civil parte de un tope máximo establecido —la suma arriba citada, aunque debe actualizarse, según la Corte—, y disminuye el monto a indemnizar en función de la intensidad del daño que padecieron los demandantes.

iii. Comparación

Vemos entonces que ambas Salas sugieren el mismo comportamiento a los Jueces que van a tasar una indemnización por perjuicios extrapatrimoniales, y es que, partiendo de un valor establecido para los perjuicios más graves, deben encontrar la intensidad del perjuicio en el caso concreto, y condenar en proporción.

La gran diferencia es que, mientras que la Sala Civil parte de los montos que establece su propia jurisprudencia, la Sala Penal parte de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal, 1.000 salarios mínimos mensuales. Vimos que la Sala Civil consideraba que, en 2016, el monto máximo de indemnización por daños morales era de \$55.000.000. Según establece el Código Penal, y teniendo en cuenta que el salario mínimo de entonces era de \$689.455, el límite al que podría condenar un Juez Penal sería de \$689.455.000, es decir, 12.5 veces más alto.

Es más, vimos que a las víctimas de Juan Carlos Zabala se les otorgó apenas la décima parte de la indemnización que se hubiese podido fallar. Teniendo en cuenta que el salario mínimo en el 2014 era de \$616.000, la condena de 100 salarios mínimos que se les otorgó hubiera sido, para entonces, de \$61.600.000, mayor que el valor que la Sala Civil concedería para daños más graves.

Es evidente que el estado actual de la jurisprudencia civil hace que los montos que el Juez de esa especialidad otorgue serán, por regla general, menores a los que condenaría un Juez Penal, porque deben seguir el mismo procedimiento desde puntos de partida abismalmente distintos. Mientras que la Sala Civil mantenga su doctrina probable en valores menores a los 1.000 salarios mínimos, o no se modifique el artículo 97 del Código Penal, esa diferencia será inevitable.

4. Aspectos en los que no se presentan variaciones

Aunque en el apartado anterior pusimos de presente aquellas situaciones en las cuales la Sala Penal ha desarrollado doctrinas en las que se aparta de las posturas de la Sala Civil, también debemos señalar que aquella no siempre ha llegado a conclusiones distintas a las que ha sostenido esta. Por el contrario, en varias de las providencias arriba estudiadas, y algunas que enunciaremos adelante, ha demostrado un estudio juicioso y comprensión de la normatividad, doctrina, y jurisprudencia civil, aplicándolas como lo haría la Sala Civil.

En este capítulo enunciaremos cómo la Sala Penal ha dado tratamiento adecuado a la figura de la responsabilidad extracontractual⁹⁶ de personas jurídicas, a la carga de la prueba del nexo causal y de los perjuicios, y a la actualización monetaria. No se profundizará en el contenido de cada una de las figuras, porque esta investigación no es un manual de responsabilidad civil. Sin embargo, en vista de que ese proyecto tiene como propósito principal identificar similitudes y diferencias entre las soluciones que ofrece la Sala Civil y la Sala Penal, debe enunciarse cuáles son los asuntos en los que sabemos las decisiones convergen.

4.1. La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes es una responsabilidad por el hecho propio.

Anteriormente analizamos la sentencia SP13258-2014, en lo relativo a los montos concedidos a título de indemnización de perjuicios extrapatrimoniales. Pues bien, en el fallo también se presentaron consideraciones importantes respecto a la responsabilidad civil de personas jurídicas. Se escoge este fallo para exponer el asunto, entre solo dos que lo analizaban⁹⁷, porque es el más reciente, y no solo recogió la fundamentación del otro al citarlo, sino que completó su estudio con más referencias doctrinales y jurisprudenciales.

Recordemos que el caso era el de un médico que fue condenado por el delito de “acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado”, porque, ejerciendo sus funciones en la Clínica San José de Cúcuta S.A., al servicio de Serviclínicos San José Limitada, administró a dos pacientes un sedante para accederlas carnalmente.

Pues bien, el Tribunal Superior de Cúcuta había absuelto a las sociedades arriba mencionadas, al parecer (no se hace un resumen detallado de la providencia, pero al analizar lo dicho sobre el recurso de casación se puede extraer la siguiente conclusión) porque aplicó indebidamente el artículo 2347 del Código Civil, que regula la responsabilidad civil por el hecho ajeno. La Sala Penal acudió a un conocido fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema⁹⁸, que consagró que la responsabilidad civil de las personas jurídicas, por hechos de sus agentes, se considera un “hecho propio”, conclusión que ha sido pacífica desde entonces.

96 Queda mucho por desear al hacer referencia a la responsabilidad contractual. Se explica con detalle adelante.

97 El otro es el fallo de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 2 de abril de 2008 (M.P. José Leónidas Bustos).

98 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 30 de junio de 1962 (M.P. José J. Gómez), publicado en el tomo XCIX de la Gaceta Judicial, 87-100.

El paradigma actual es que la responsabilidad extracontractual de las sociedades no se rige por los artículos 2347, 2349 y 2358 del Código Civil, que regulan algunos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, donde el actuar de una persona puede ser fuente de responsabilidad civil de la otra (como los hijos menores y sus padres). Hoy las personas jurídicas son juzgadas, por los daños que cometen sus dependientes en ejercicio de sus funciones, en virtud del artículo 2341, porque se entiende que el actuar de la persona natural a ellas vinculada es el de la persona jurídica misma.

Así, mientras que el padre (por los daños que cometen sus hijos) y los empleadores personas naturales (por los que cometen sus empleados) pueden probar que fueron diligentes y cuidadosos al momento de elegir o vigilar a la persona que causó el daño, las personas jurídicas no pueden valerse de esas defensas para buscar ser eximidas de responsabilidad⁹⁹.

En ese orden de ideas, la Sala Penal consideró que, como el médico, ejerciendo las funciones que le encomendaron las personas jurídicas demandadas, causó de forma ilícita y dolosa daños morales a las demandantes, ese dolo debe entenderse como dolo de las personas jurídicas, y, por tanto, las condenó a asumir solidariamente la indemnización de perjuicios. Hasta este punto, el fallo expresaba una adecuada comprensión de los precedentes civiles.

La Corte absolvió, por su parte, a las entidades promotoras de salud y entidades de medicina prepagada, que también habían sido demandadas, por considerar que ellas solo eran deudores contractuales de las pacientes, que no prestaron directamente el servicio, sino que lo subcontrataron. Nos preguntamos, ¿sí debía proceder así?

Puede reprochársele a la Sala sus consideraciones respecto al papel de la entidad promotora de salud y a la entidad de medicina prepagada, dado que ambas víctimas, en ejecución de contratos con ellas, acudieron a la clínica. Señaló lo siguiente en la página 37 del fallo:

En el caso de la especie, se evidencia que la Nueva EPS S.A. no utilizó una Institución Prestadora de Salud propia para suministrar el servicio de salud a la afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiaria Luz Karina Sandoval Cedás, sino que lo hizo a través de la IPS Clínica San José de Cúcuta S.A., conforme se desprende del contrato que suscribió con ésta última el 1º de agosto de 2008.

99 Esta es una mera enunciación del tema. Para profundizar en el asunto, Tamayo Jaramillo, Op. Cit., dedica las páginas 793 a 814 del Tomo I de su Tratado de Responsabilidad Civil al análisis del estado actual del Derecho colombiano.

Ese argumento se reiteró en la página 47 respecto a Colmédica Medicina Prepagada. Pues bien, esa fue toda la consideración necesaria para absolver a las entidades, que ellas no prestaron el servicio directamente, sino a través de un contratista. Esto constituye una omisión de aplicación por parte de La Sala del artículo 1738 del Código Civil, que señala que los deudores contractuales (y las EPS y entidades de medicina prepagada evidentemente son deudores contractuales de sus afiliados) responden por los actos de quienes subcontratan, como hechos propios. El actuar de la Clínica San José, entonces, debió ser imputable también a las entidades que la contrataron para prestar servicios por ellas.

La Sala Penal no solo podría haber llegado a esta conclusión aplicando el artículo 1738 del Código Civil, sino también la doctrina que la Sala Civil ya había sentado jurisprudencia al respecto. En SC13925-2016¹⁰⁰, providencia anterior al fallo reseñado, expuso:

(...) las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, *por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos* (...) (Resalto propio).

En los supuestos explicados en los capítulos 3.1 y 3.2 de este informe, veíamos que en distintos momentos las partes involucradas en los incidentes anunciaron a la Sala Penal cómo debería haber fallado, si siguiese los planteamientos de la Sala Civil. Por el contrario, no figura en la sentencia SP13259-2014 que nadie hubiese invocado el artículo 1738 del Código Civil, o los precedentes de la Sala Civil respecto a las EPS o entidades de medicina prepagada. A pesar de que, en teoría, el juez debería ser el quien conozca el derecho¹⁰¹, puede ser un poco menos reprochable a la Sala haber procedido como lo hizo, dado que nadie le señaló el camino correcto.

En conclusión, la Sala Penal comprendió que las sociedades responden por los hechos de sus dependientes, como si fueran hechos propios. Pero, a pesar de existir una disposición normativa expresa, la Sala no aplicó en el caso estudiado las disposiciones que responsabilizan al deudor contractual por los hechos de sus subcontratistas, y no parece haber proferido fallo alguno estudiando ese artículo.

100 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016 (M.P. Ariel Salazar Ramírez), 60.

101 Sobre el principio “iura novit curia”, expresó la Corte Constitucional. Sala Octava de revisión. Sentencia T-851/10. (M.P. Humberto Antonio Sierra, 28 de octubre de 2010), que “(...) corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes” (pp. 22).

4.2. Prueba del nexo causal y los perjuicios

El inicio de un incidente de reparación integral presupone una condena penal, para la que debe estar acreditada la lesión, o el peligro, que se causa a un bien jurídico tutelado, en los términos del artículo 11 de la Ley 599 de 2000. Entonces, en un proceso penal por homicidio procedería la condena si se prueba, entre otras cosas, la lesión a la vida, y en un proceso penal por acceso carnal violento, procede la condena si se prueba, como daño, la lesión a la libertad, integridad y formación sexuales de la víctima.

Esas condenas, por lo tanto, no presuponen necesariamente¹⁰² una afectación patrimonial o económica de las víctimas. Por el contrario, si nos preguntáramos por una condena civil, la respuesta es distinta, dado que la existencia de un perjuicio es uno de los elementos axiológicos de toda pretensión indemnizatoria, que corresponde probar al demandante. Al respecto, Juan Carlos Henao¹⁰³ explica que “[e]l daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización”. Por su parte, Fernando Velásquez¹⁰⁴ considera que en el incidente de reparación integral debe seguirse aplicando el principio de *in dubio pro reo*, y en ese orden de ideas, debe probarse el perjuicio que se reclama al procesado. ¿Qué ha considerado la Sala Penal al respecto?

En la sentencia SP6029-2017¹⁰⁵, por una solicitud expresa que hizo uno de los involucrados, de que explicara a quién corresponde la carga de la prueba de los daños y el nexo causal, señaló de forma elocuente y concisa:

En tratándose del incidente de reparación integral, es evidente que el demandante queda relevado de probar la fuente de la responsabilidad, es decir, que el demandado cometió un delito y las circunstancias de hecho que lo rodearon, puesto que ese elemento se encuentra acreditado a partir de la sentencia condenatoria en firme en la que ya se ha declarado una realidad fáctica indiscutible, abriéndose paso al incidente con fines resarcitorios.

De allí que *en este tipo de incidentes la carga probatoria del demandante se reduzca a demostrar que el delito cometido por el penalmente responsable le*

102 Cuando el bien jurídico tutelado es precisamente el patrimonio económico, como en los delitos de estafa, abigeato, defraudación de fluidos, entre otros, evidentemente sí debe probarse la lesión patrimonial.

103 Henao Pérez, *El daño*. 39.

104 Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*. 848.

105 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP6029-2017 del 3 de mayo de 2017. (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), 14 – 15.

ocasionó un daño, su naturaleza y cuantía. En manera alguna, como erradamente lo interpretara el apoderado de Moreno Villegas, la Corte ha pretendido relevar a quien reclama los perjuicios ante el juez penal, del deber de acreditar la ocurrencia de un daño proveniente del injusto, ninguna afirmación en tal sentido ha hecho la Sala.

(...)

Lo dicho para significar que *la acreditación del perjuicio lleva intrínseca la demostración de su causa (...)*” (Resalto propio).

Bien, parece ser claro que, para la Sala Penal, la carga de la prueba del daño y su cuantía¹⁰⁶, y el nexo de causalidad entre este y el delito cometido, corresponden a la víctima, tal y como señala la doctrina arriba citada. Hasta allí parece converger el concepto general que tienen ambas Salas.

Vale la pena mencionar que en la sentencia SP466-2020¹⁰⁷, se da a entender (sin ser muy claro) que cuando uno de los elementos axiológicos de la pretensión punitiva es del daño indemnizable, no es necesario volverlo a probar dentro del incidente de reparación integral.

En ese caso, la Sala estudió la apelación interpuesta por el Instituto Nacional de Vías en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo, que absolvió a Emiro Rafael Salgado de indemnizar a la entidad pública, en atención a que no figuraba en el proceso prueba del monto del daño emergente reclamado. El señor Salgado fue condenado por el delito de prevaricato por acción, porque, mientras fungía como Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos, permitió que se iniciase un proceso ejecutivo en contra del Instituto, sin que hubiese agotado el término que el Código Contencioso Administrativo ordenaba debía pasar entre el fallo del proceso de conocimiento y el inicio de su ejecución.

La Sala confirmó la absolución en el incidente de reparación integral, dado que en ninguna de las pruebas figuraba que la entidad hubiera efectivamente pagado alguna suma de dinero. Recordó que lo que se reprochó al juez fue su manifiesto desconocimiento del procedimiento contencioso administrativo, pero que si la entidad pagó o no el dinero nunca fue parte del tema de prueba en el proceso penal. Replicó al recurso de apelación señalando que

106 Evidentemente en los casos en los que el daño se pueda cuantificar. Arriba se hicieron consideraciones respecto a la cuantía de la indemnización de los daños morales.

107 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP466-2020 del 19 de febrero de 2020 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

(...) la conducta dolosa de EMIRO RAFAEL SALGADO ATENCIA, juzgada como prevaricato por acción, en su condición de Juez de San Marcos (Sucre), *no implicó per se que, a causa de esta, hubo daño patrimonial a la víctima* (Resalto propio), y que lo único que se probó en el proceso penal es que, ordenados algunos embargos por el señor Salgado, "(...) la entidad bancaria, simplemente, retuvo o congeló, tempranamente, los montos indicados en la certificación, *lo cual no demostró, por sí (sic) misma, que el ex funcionario ordenó el pago indebido de estos al ejecutante* (Resalto propio).

Nótese que los apartados resaltados parecen sugerir que, eventualmente, en un caso distinto, la acción típica, antijurídica, y culpable, sí puede implicar, "per se" y "por sí misma", una afectación al patrimonio constitutiva de daño civil, y que no sería adecuado exigir que se pruebe, dos veces, el mismo supuesto.

Lo anterior tiene sentido, desde una mera consideración de economía procesal (las reflexiones que proceden son más bien una propuesta sobre el trámite del proceso, y no un análisis del fallo). Piénsese en un proceso penal por hurto, o por daño en bien ajeno, donde la lesión patrimonial de la víctima es una condición necesaria para que exista una condena penal. ¿Tendría sentido que se debiera probar, de nuevo, ese daño? ¿Si alguien es condenado penalmente, por ejemplo, por incinerar el vehículo de su enemigo, debería la víctima probar en el incidente de reparación integral el incendio? La respuesta debería ser negativa.

Si la cuantía del daño no hace parte del tema de prueba del proceso penal, sí debería probarse la magnitud del daño dentro del incidente de reparación, pero sería contrario a los postulados de la lógica que deba probarse, dos veces, la sustracción y pérdida definitiva de un bien, su destrucción, o su daño, si el objeto del proceso penal sí implicaba el estudio y prueba de ese hecho. Por eso es acertada la posición de la Corte en la SP466-2020.

Las consideraciones anteriores no son de aplicación irreflexiva a disputas sobre perjuicios extrapatrimoniales, sino que debemos hacer algunas precisiones. Ambas Salas, en referencia al tema en específico, han sostenido, de manera similar, que la existencia del daño moral puede presumirse ante un evento que, según las reglas de la experiencia, usualmente genera en los afectados impresión y aflicciones anímicas. Lo anterior sin perjuicio de que la parte demandada logre desvirtuar la existencia de ese daño, por ejemplo, probando que la víctima no sufrió afectación psicológica alguna.

En el auto AP5406-2019¹⁰⁸, estableció la Sala Penal:

108 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto AP5406-2019 del 12 de diciembre de 2019 (M.P. Luis Antonio Hernández).

(...) existe una presunción de daño moral, en virtud de la cual el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con la muerte violenta de uno de sus integrantes. Presunción que no fue desvirtuada probatoriamente por el demandante.

La Sala Civil¹⁰⁹ señala que el Juez, de no haberse desvirtuado la presunción, deberá establecer según su arbitrio, la cuantía de esa indemnización (arriba estudiamos este aspecto con más detalle), y podrá apartarse de los valores que haya otorgado como indemnización en casos similares, si se le prueba una mayor intensidad de los daños.

Respecto al daño a la vida en relación, que la Sala Civil¹¹⁰ estima debe probarse, la Sala Penal ha sostenido lo mismo¹¹¹, pero en fallos proferidos en el marco de la Ley de Justicia y Paz, que como hemos venido mencionando, a veces siguen una “lógica” propia.

4.3. Actualización monetaria

Al analizar la sentencia SP13300-2017 y la condena en intereses, encontramos que la Sala Penal comprende que el valor nominal de la moneda, por el mero paso del tiempo y la inflación, ve disminuido su poder adquisitivo. Es decir, con \$1.000.000 en el año 2015 era posible adquirir más bienes y servicios que en el 2022, por ejemplo. Si un Juez condenara a una indemnización equivalente al mero valor nominal de los bienes para el momento del daño, no se repararía integralmente a la víctima. Basta estudiar el caso de la sentencia de la Sala Civil con expediente 3328¹¹², donde una finca vendida en 1971, por \$1.500.000, valía para la fecha del fallo (marzo de 1995) \$1.102.519.000. Nominalmente, en 24 años, el valor aumentó más de 700 veces (debe aclararse que la Corte establece que se invirtieron alrededor de 100.000.000 en mejoras).

En ese orden de ideas, igual que la Sala Civil y la doctrina arriba citada, la Sala Penal ha actualizado el valor de los perjuicios patrimoniales sobre los cuales ha de imponer condenas, utilizando el factor que resulta de dividir el índice de precios al consumidor al momento de la liquidación por el índice de precios al consumidor vigente al momento del daño, para que el monto por el que se imponga la condena

109 SC3728-2021, Op. Cit., SC5885-2016 del 6 de mayo de 2016. (M.P. Luis Armando Tolosa), SP13285-2017, Op. Cit.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014 (M.P. Ariel Salazar Ramírez). Reiterado en STC007-2021.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Fallo del 10 de abril de 2019 (M.P. José Francisco Acuña).

112 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Fallo del 21 de marzo de 1995. Expediente 3328. (M.P. Pedro Lafont Pianetta).

represente en realidad la magnitud del daño, logrando así que la reparación de las víctimas sea, verdaderamente, integral.

Tanto en la sentencia SP13300-2017 (cuyo análisis se adelantó arriba, donde puede el lector remitirse para complementar esta explicación), donde apenas mencionaron que el Tribunal Superior de Barranquilla hizo adecuadamente esa operación, como en la sentencia SP2045-2017, también citada arriba, donde la Sala mostró las operaciones matemáticas que la llevaron al resultado de la indemnización, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia da correcta aplicación, teórica y práctica, a la figura. Esto contribuye no solo a unificar los precedentes entre las Salas, sino a que las víctimas de los daños sean reparadas integralmente.

5. Aspectos no estudiados por la jurisprudencia

Por último, debemos señalar que hay algunos temas sobre los que no se encontraron fallos de la Sala Penal, sobre los que es interesante preguntarse si el tratamiento sería igual al de su homóloga Civil, o si podrían presentarse consideraciones distintas.

Por ejemplo, la Sala Penal no parece haber aplicado aún el artículo 2357 del Código Civil, que consagra que el monto a indemnizar puede reducirse si la víctima se expuso culposamente al daño. Tampoco parece haber proferido fallos en los que se estudie el concepto del guardián de la actividad peligrosa, para saber si al tercero civilmente responsable puede, o no, imputársele responsabilidad.

La Sala Penal, aunque hace consideraciones de paso al respecto, nunca ha tenido que detenerse en el concepto del daño civil, ni en teorías sobre el nexo causal en lo relativo los perjuicios. Tampoco se ha encontrado con casos de pérdida de la oportunidad.

Arriba se criticó la inaplicación del artículo 1738 del Código Civil en la sentencia SP13285-2014, pero la Sala no realizó consideración alguna al respecto. Puede que ninguna de las partes lo haya puesto de presente en el transcurso del proceso. La Sala, entonces, no se ha enfrentado al artículo, si bien sí a su supuesto de hecho, y es la subcontratación de un servicio.

También sería interesante estudiar si en fallos que no fueron proferidos en el marco de la Ley de Justicia y Paz, que según anunciamos arriba, siguen los planteamientos del Consejo de Estado, la Sala Penal estimaría que el daño a la vida en relación se presume o debe probarse. Esto porque el inciso final del artículo 97 del Código Penal dispone que “[l]os daños materiales deben probarse en el proceso”, y es posible que la Sala interpretara, *contrario sensu*, que todos los inmateriales se presumen. Habrá que averiguarlo más adelante.

6. Conclusiones

El proyecto que dio lugar a esta investigación se propuso determinar si al resolver los incidentes de reparación, la Sala Penal de la Corte Suprema había seguido los lineamientos y doctrinas de la Sala Civil o si, por el contrario, había creado un régimen paralelo en el que responsables y víctimas obtenían decisiones diferentes a las que habrían sido dictadas por fuera del proceso penal. La respuesta a este interrogante fue que en algunas ocasiones y frente a algunas cuestiones ocurría lo primero, mientras que en otras ocurría lo segundo.

Para obtener estos hallazgos, primero explicamos las relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, y nos preguntamos cómo habían tramitado los jueces penales los procesos de responsabilidad civil que a ellos corresponden dentro del incidente de reparación integral, cuestionando si es posible que los Jueces de distinta especialidad den un trato distinto a pretensiones que, en teoría, deberían resolverse de manera similar, porque la Sala Penal acepta que la jurisprudencia de la Civil le es vinculante. También explicamos que la pregunta solo es relevante cuando el hecho dañoso pueda catalogarse como un delito. Si algo no está tipificado como delito, las víctimas deben acudir al juez civil si quieren tener posibilidades de conseguir exitosamente una indemnización. Al ver que la doctrina no ha abordado este aspecto sustancial en sus escritos, recurrimos a la jurisprudencia de la Sala Penal. Allí encontramos que aunque hoy no lo hace, la Sala Penal podría eventualmente vincular a entidades públicas como sujetos pasivos del incidente de reparación integral. Hoy se abstiene basándose en argumentos de poco peso, meramente formalistas.

Encontramos múltiples diferencias entre las respuestas de las Salas. La solución que la Sala Penal ha dado a los problemas que pueden presentarse desde el punto de vista de la prescripción de acciones civiles en el incidente de reparación integral genera grave inseguridad jurídica para todo sujeto que pueda ser eventualmente condenado, porque el momento desde que se computa la prescripción, que es la ejecutoria de la sentencia penal, es absolutamente incierto¹¹³. La Sala Penal, por incomprensión del fallo del 27 de agosto de 2008 de la Sala Civil, no condena al pago de intereses desde la fecha del daño, sino desde la fecha de la condena penal, incluso en casos de responsabilidad extracontractual. Del análisis conjunto del auto AP573-2021 y la sentencia SP13300-2017, que exponen esos puntos, puede extraerse que

113 Esta inseguridad se agrava aún más al tener en cuenta que la Ley 600 de 2000 sigue aplicándose en procesos contra aforados, y por procesos que tramitan hechos anteriores al 2004.

la Sala Penal considera que la obligación indemnizatoria nace al momento de la condena, y no desde que se consolida el daño.

Encontramos otra diferencia entre los límites que la Sala Civil estipula para indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, y el límite que dispone para ello el artículo 97 del Código Penal. Como los Jueces Civiles y Penales hacen un mismo análisis, pero los primeros parten de un límite inferior, la condena que por ese rubro imponga un Juez Penal probablemente sea superior.

En las similitudes, vimos que la Sala Penal comprende adecuadamente el estado actual de la Jurisprudencia Civil respecto a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, pero se equivoca cuando no aplica el artículo 1738 del Código Civil a casos donde el subcontratista causa daños.

También vimos que ambas Salas presumen algunos perjuicios extrapatrimoniales, pero exigen prueba del otro (daño moral y daño a la vida en relación, respectivamente). Las dos asignan a la víctima que pretende una indemnización más elevada la prueba de la mayor aflicción en el caso concreto. También sabemos que ambas Salas comprenden de la misma manera que la depreciación de la moneda, con el paso del tiempo, hace que el valor nominal de un daño no sea suficiente para cubrir el perjuicio real de una persona, y en ese orden de ideas, actualizan monetariamente las condenas de perjuicios patrimoniales.

Es por todo lo anterior que concluimos que sí existe un régimen paralelo de responsabilidad civil en los incidentes de reparación integral, que no solo tiene un término especial de prescripción, sino que otorga indemnizaciones patrimoniales menores, pero extrapatrimoniales mayores. En los asuntos relativos a la declaración de responsabilidad, los jueces penales parecen tener una comprensión adecuada de los criterios (salvo la responsabilidad del subcontratista vinculando al contratista), pero aún existen muchos temas sobre los que la Sala Penal no ha tenido que pronunciarse.

Estos hallazgos podrán ser utilizados por litigantes, en particular por los representantes de las víctimas, para tomar decisiones respecto de cuál de las dos especialidades le resulta más favorable a sus intereses, y así optar por pretender la reparación dentro del proceso penal o iniciar un trámite civil. Pero más allá de estas implicaciones prácticas, el descubrir que existe un régimen paralelo de responsabilidad civil (por lo menos en algunos aspectos) nos debe conducir a reflexionar sobre los riesgos de otorgar competencia a dos especialidades diferentes sobre una misma cuestión, sobre la justicia o injusticia de que casos similares se resuelvan de forma distinta, y sobre si los beneficios que subyacen a la existencia del incidente de reparación pesan más que los problemas. Esperamos que lo aquí

presentado pueda servir de insumo para este tipo de reflexiones que tanto bien harían a la justicia.

7. Bibliografía

- AA.VV. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Bogotá: Editorial Temis, 2011. Tomos I y II. Coordinado por Castro Cuenca, Carlos.
- Arboleda Vallejo, Mario y José Armando Ruiz Salazar. *Manual de derecho penal general*. Editorial Leyer, 2016.
- Castro De Cifuentes, Marcela. “El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”, en *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, coord. Marcela Castro de Cifuentes. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2017.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto del 1999, Radicación No. 10865. (C.P Ricardo Hoyos Duque, agosto 31 de 1999).
- Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-851/10. (M.P. Humberto Antonio Sierra, octubre 28 de 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia C-516/07. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, julio 11 de 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia C-570/03. (M.P. Marco Gerardo Monroy, julio 16 de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia C-916/02. (M.P. Manuel José Cepeda, octubre 29 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (M.P. Ariel Salazar Ramírez, 30 de junio de 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 28 de marzo de 1984 (M.P. Humberto Murcia Ballén). Publicado en el Tomo CLXXVI de la Gaceta Judicial, 108 – 127.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 30 de junio de 1962 (M.P. José J. Gómez). Publicado en el tomo XCIX de la Gaceta Judicial. pp. 87-100.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 14 de marzo de 1938 (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza). Publicado en el Tomo XLVI de la Gaceta Judicial. pp. 211-223.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto 27 de junio de 2003. Expediente 118. (M.P. José Fernando Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 21 de marzo de 1995. Expediente 3328. (M.P. Pedro Lafont Pianetta).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Auto del 8 de marzo de 1999. Expediente 7.475. (M.P. Jorge Santos Ballesteros).

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Fallo del 18 de enero de 2021 (M.P. Luis Armando Tolosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC016-2018 del 24 de enero de 2018 (M.P. Álvaro Fernando García).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC084-2008 del 27 de agosto de 2008 (M.P. William Namén Vargas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC13925-2016 del 30 de Septiembre de 2016. (M.P. Ariel Salazar Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC20950-2017 12 de diciembre de 2017. (M.P. Ariel Salazar Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC3728-2021 del 26 de agosto de 2021. (M.P. Hilda González Neira).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC4703-2021 del 22 de octubre de 2021. (M.P. Luis Armando Tolosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC5685-2018 del 19 de diciembre de 2018 (M.P. Margarita Cabello Blanco).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia SC5885-2016 del 6 de mayo de 2016. (M.P. Luis Armando Tolosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP13285-2014 del 1 de octubre de 2014. (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP659-2021 del 3 de marzo de 2021. (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP8854-2016 del 29 de junio de 2016 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. (M.P. Aníbal Cardoso Gaitán, 6 de diciembre de 1943). Publicado en el tomo LVI Gaceta Judicial, 482 – 489.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 11 de diciembre de 2013 (M.P. Fernando Alberto Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 10 de abril de 2019 (M.P. José Francisco Acuña).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 2 de abril de 2008 (M.P. José Leónidas Bustos).

- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP1063-2021. Fallo del 24 de marzo de 2021 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020. (M.P. Luis Antonio Hernández).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP5406-2019 del 12 de diciembre de 2019. (M.P. Luis Antonio Hernández).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP573-2021 del 24 de febrero de 2021. (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP5799-2016 del 31 de agosto de 2016. (M.P. Fernando Alberto Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto AP7576-2016 del 2 de noviembre de 2016. (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Fallo del 30 de noviembre de 2006. Proceso 25312. (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP13300-2017 del 30 de agosto de 2017. (M.P. Fernando Alberto Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP2045-2017 del 8 de febrero de 2017. (M.P. Luis Guillermo Salazar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP2295-2020 del 8 de julio de 2020. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP39228-2012 del 8 de octubre de 2012. (M.P. Luis Guillermo Salazar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP4559-2016 del 13 de abril de 2016. (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP466-2020 del 19 de febrero de 2020 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP6029-2017 del 3 de mayo de 2017. (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP8463-2017 del 14 de junio de 2017.(M.P. Fernando Alberto Castro).
- Galain Palermo, Pablo. *La Reparación del Daño a la víctima del delito*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- Gaviria Cardona, Alejandro. *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2017.

- Gaviria Londoño, Vicente Emilio. "Consecuencias civiles del delito". En *Lecciones de derecho penal. Parte General*, 605-665. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2019.
- González, Eudoro. *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1981.
- Henao, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Le Torneau, Philippe. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Legis, 2003.
- León Mendoza, Víctor. *Derecho penal general*. Bogotá: Editorial Leyer, 2001.
- Lozano Y Lozano, Carlos. *Elementos de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Lerner, 1961.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2008.
- Montaña Plata, Alberto. "Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia". *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, n.º 36 (2005): 93-120.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1968. Volumen II.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. *Teoría General del Derecho Procesal*. Editorial Temis. Bogotá. 2008.
- Rozo Rozo, Julio. *Derecho penal general*. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1999.
- Saray Botero, Nelson. *Incidente de reparación integral de perjuicios*. Bogotá: Editorial Leyer, 2015.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La indemnización de perjuicios en el proceso penal*. Bogotá: Editorial Legis, 2003.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La Responsabilidad del Estado: el daño antijurídico (Const. Pol., Art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Bogotá: Editorial Legis, 2001.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Editorial Legis, 2007.
- Varón Palomino, Juan Carlos. "De las obligaciones de dinero". En *Derecho de las obligaciones. Tomo I*. Coordinado por Marcela Castro de Cifuentes, 69 – 132. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2009.
- Velásquez Gómez, Hernán Darío. *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014.



PÉREZ PELÁEZ, SEBASTIÁN, "Vicios del consentimiento y aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004: una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025).

Vicios del consentimiento y aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004: una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹

Defects of consent and acceptance of charges of Act 906 of 2004: a critical approach to judicial decisions of the Constitutional Court and the Criminal Cassation Section of the Supreme Court of Justice

Fecha de recibo: 28/10/2024. Fecha de aceptación: 09/01/2025.

DOI: 10.17230/nfp21.104.6

SEBASTIÁN PÉREZ PELÁEZ*

1 Este artículo fue realizado en el marco del proyecto de investigación "La terminación anticipada del proceso penal por aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004: un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre las condiciones de validez", en el marco del grupo de investigación Derecho y Sociedad de la Universidad de Antioquia y como parte de la "Convocatoria para apoyar proyectos de investigación desarrollados como trabajo de grado por los estudiantes de la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia-2022". El presente texto se deriva del trabajo de investigación "Los vicios del consentimiento en los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004: una crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia", presentado para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, el cual contó con la dirección y la asesoría del profesor Hernando Londoño Berrío.

* Abogado litigante, estudiante de la Maestría en Derecho y docente ocasional de tiempo completo de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: sebastian.perezp@udea.edu.co y sebastianperezpelaez@gmail.com

—He medido la condena con equidad.
 —¿La has medido con equidad?
 Y ¿dónde se halla, juez, la medida que aplicas?
 ¿Quién te ha azotado para que conozcas el azote?
 ¿Cómo puedes contar con tanta frivolidad los años con los dedos,
 como si fuesen iguales las horas pasadas a la luz
 y las que transcurren encerradas
 en las tinieblas de la tierra?
 ¿Has estado alguna vez en prisión,
 como para saber cuántas primaveras quitas de mis días?²

Resumen

En este artículo se presentan y analizan las interpretaciones dominantes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004. El principal objetivo es evaluar, a través de un ejercicio de dogmática procesal penal crítica, el grado de protección o de desprotección que les brindan esas interpretaciones a garantías constitucionales como el juicio previo y a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Abstract

This paper will analyze the mainstream interpretations in the judicial decisions of the Colombian Constitutional Court and the Criminal Section of the Supreme Court of Justice about the defect of consent in the mechanism of early termination by accepting the charges of the Act 906 of 2004. The main objective is to use the critical dogmatics of the criminal procedure to evaluate these judicial interpretations and the extent of protection or the neglecting of the constitutional guarantees of the due process and the right against self-incrimination.

Palabras clave

Aceptación de cargos; allanamiento a cargos; preacuerdos; vicios del consentimiento; debido proceso.

2 Stefan Zweig, *Los ojos del hermano eterno*, (Barcelona: Acantilado, 2002), 26-27.

Keywords

Acceptance of charges; admission of charges; plea bargaining; defect of consent; due process.

Sumario

Introducción – 1. La regulación del consentimiento del procesado frente a los mecanismos de aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004 – 2. La jurisprudencia sobre los vicios del consentimiento en los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004 – 2.1 De la Corte Constitucional – 2.2 De la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia - 3. La desconstitucionalización del problema – 4. Excurso: sobre la función ideológica de la jurisprudencia – Conclusiones.

Introducción

Desde finales del siglo XX, los regímenes procesales penales de muchos países europeos y latinoamericanos asisten a una verdadera catástrofe: la adopción de diversos mecanismos que, por el avenimiento del procesado con todo o parte del contenido de la imputación o de la acusación, permiten que se dicte sentencia (casi siempre condenatoria) sin el agotamiento de todas las etapas procesales. Todo ello, por lo general, a cambio de una compensación punitiva (como una rebaja de pena o la flexibilización de los cargos).

El estudio de estos mecanismos (que en adelante se denominarán simplemente “mecanismos de aceptación de cargos”) es una urgencia para el derecho procesal penal contemporáneo. En primer lugar, porque los regímenes que los contemplan suelen tener una marcada dependencia hacia ellos: por ejemplo, en Colombia el 75,6 % de las sentencias de primera instancia proferidas en 2022 en el marco del sistema de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) fueron el resultado de un allanamiento a cargos o de un preacuerdo³ y en otros regímenes procesales penales del mundo la situación es similar o, incluso, mucho peor⁴.

3 Corporación Excelencia en la Justicia. *Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2022*. (Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2023), 11.

4 Por ejemplo, en Argentina el 65 % de las condenas impuestas en 2013 y en Estados Unidos el 98 % de las condenas impuestas en 2014 fueron producto una negociación de culpabilidad (Langer, Máximo, “Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annual Review of Criminology* 4, (2021): 397).

En segundo lugar, porque, de acuerdo con un sector de la doctrina, estos mecanismos comprometen todo el sistema constitucional de garantías penales y procesales penales: por ejemplo, desconocen el principio de proporcionalidad de las penas (las cuales ya no sólo dependen de la gravedad del delito, sino también, y en gran medida, de la conducta procesal del perseguido), el principio de inocencia, la igualdad, el derecho de defensa y la garantía a un juicio previo (con lo cual, lógicamente, se desconocen muchas otras garantías que sólo se pueden realizar plenamente en el marco de un juicio –valga la aclaración, de un auténtico juicio–)⁵.

Sin embargo, entre todas las perversidades que caracterizan a los mecanismos de aceptación de cargos, la más terrible, sin lugar a dudas, es su carácter estructuralmente coercitivo: los procesados, independientemente de que se sepan culpables o inocentes, se ven sometidos a la disyuntiva de si “renunciar” a sus derechos a cambio de una pena presumiblemente indulgente, o, en cambio, ejercer sus derechos y, en la eventualidad de ser condenado, recibir una pena mucho más severa. De allí que, con razón, algunos autores y autoras comparen a estos mecanismos con la práctica judicial de la tortura⁶.

Al carácter estructuralmente coercitivo de los mecanismos de aceptación de cargos se le suman los vicios del sistema penal, por supuesto, en perjuicio del consentimiento del procesado al momento de someterse a este tipo de mecanismos: por ejemplo, el diseño y el funcionamiento altamente selectivo, discriminatorio y desigual del sistema penal (es consabido su malsano interés por las clases sociales desfavorecidas, las minorías raciales y los enfermos)⁷; las imputaciones y acusaciones “infladas”⁸; y el uso (siempre ilegítimo) de la detención preventiva⁹.

5 Cf. Raúl Castaño Vallejo, “El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 80, (2013), 170; Gabriela Córdoba, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en *El procedimiento abreviado*, comp. Julio Maier y Alberto Bovino, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), 246; Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 1995), 749; Julio González Zapata, “¿Qué pasa con la pena hoy en día?”, *Diálogos de Derecho y Política*, año IX, n.º3 (2012): 5.

6 Cf. John Langbein, “Tortura y plea bargaining”, *El procedimiento abreviado*, comp. Julio Maier y Alberto Bovino, 12-13; Gabriela Córdoba, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, 240.

7 Cf. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2004); Julio González Zapata, *Manual de Criminología*, (Bogotá: Tirant lo Blanch-Universidad de Antioquia, 2021), 139.

8 Cf. Juan Antonio Lascraín, Juan Antonio y Fernando Gascón Inchausti, “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *InDret*, n.º3, (2018): 8.

9 Cf. Gabriel Ignacio Anitua, “El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración

De allí el interés de este artículo (y en general de la investigación y del informe de investigación del que se deriva este artículo) en el consentimiento del perseguido en los mecanismos de aceptación de cargos. Sin embargo, el estudio de un tema tan amplio, sin las debidas acotaciones, resulta inviable. Por lo tanto, fue necesario que el artículo, y en general la investigación, se concentraran en un objeto concreto, a saber: la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento (o vicios en la voluntad, como también se les llama) en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004.

Aunque se tuvieron en cuenta otros mecanismos de aceptación de cargos tanto del derecho nacional como extranjero, el estudio se circunscribió al allanamiento a cargos y a los preacuerdos del sistema de la Ley 906 de 2004. La razón es muy sencilla: éste es el régimen de persecución penal aplicable por regla general en Colombia. Si bien existen otros regímenes procesales penales vigentes en el derecho nacional, y que en ellos se encuentran algunos ejemplos de aceptación de cargos, éstos tienen un ámbito de aplicación mucho más limitado que el sistema de la Ley 906 de 2004¹⁰.

Ahora bien, este artículo se concentra en la jurisprudencia porque, como se verá más adelante, la regulación de los mecanismos de aceptación de cargos en la Ley 906 de 2004 (así como en las leyes que la modifican) es precaria, desordenada y confusa, y la regulación del consentimiento en el marco de estos mecanismos no es la excepción. En ese orden de ideas, es previsible que la insuficiencia normativa se solventa por la vía de la jurisprudencia tanto constitucional (en ejercicio de los controles de constitucionalidad difuso y concentrado) como penal¹¹.

estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en *El procedimiento abreviado*, comp. Julio Maier y Alberto Bovino (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), 150; Alberto Binder, *Justicia penal y Estado de derecho*, (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004), 275; Alberto Bovino, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en *El procedimiento abreviado*, comp. Julio Maier y Alberto Bovino (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), 75.

10 El Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) sigue vigente para las hipótesis de delitos ocurridos antes del 1º de enero de 2005 o por miembros del Congreso de la República (Ley 906 de 2004, artículo 533). El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) para las hipótesis de delitos cometidos por adolescentes entre 14 y 18 años (artículo 139). Y el Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) para las hipótesis de delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en relación con el servicio (artículo 1º).

11 Existen muchas definiciones de jurisprudencia. Aquí se la entiende en un sentido amplio, como el conjunto de decisiones proferidas por las autoridades judiciales en ejercicio de su función jurisdiccional. En el mismo sentido, la Corte Constitucional la define como “el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial”. Corte

Sin embargo, ante la imposibilidad obvia de abarcar la jurisprudencia de todas las autoridades judiciales del país, se decidió limitar el estudio a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal, principalmente, por tres razones: (i) la acción de inconstitucionalidad contra las leyes (entre ellas la Ley 906 de 2004 y sus modificaciones) sólo puede ser conocida por la Corte Constitucional¹², (ii) ambas corporaciones conocen de casos de todo el territorio nacional (la Corte Constitucional como juez de tutela, y la Sala de Casación Penal como juez de tutela y como órgano de cierre de la justicia penal) y (iii), la jurisprudencia de las “altas cortes” tiene una vinculatoriedad relativa sobre las decisiones de las autoridades judiciales de menor categoría¹³.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal relacionada con el consentimiento del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004 seguía siendo un objeto de estudio muy amplio. Por lo tanto, se decidió circunscribirlo a una categoría que fuera recurrente en las decisiones de ambas corporaciones al momento de analizar dicho consentimiento. La categoría seleccionada fue la de “los vicios del consentimiento”.

Ahora bien, con este estudio se pretenden principalmente dos cosas. En primer lugar, identificar las interpretaciones dominantes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal sobre el significado y el alcance de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004. Y, en segundo lugar, establecer los efectos de esas interpretaciones en la efectividad del sistema constitucional de garantías penales y procesales penales vigente¹⁴.

Constitucional, Sentencia C-284 de 2015, (M.P. Mauricio González Cuervo, 13 de mayo de 2015) criterio reiterado por esa misma corporación en el Auto A-178 de 2022, (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 16 de febrero de 2022).

12 Cf. Constitución Política, artículo 241.

13 Cf. Corte Constitucional, Sentencia SU-380 del 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera, 3 de noviembre de 2021); Sala de Casación Penal, Sentencias SP3883 del 26 de octubre de 2022, Rad. 55.897 (M.P. Hugo Quintero Bernate) y SP1901 del 17 de julio de 2024, Rad. 64.214 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

14 De acuerdo con Ferrajoli, la vigencia (o, si se quiere, la validez formal) de las normas remite al respeto por las condiciones formales (orgánicas y procedimentales) para su producción; en cambio, la validez propiamente dicha (entiéndase en el sentido de validez sustancial) remite a la coherencia de las normas de menor categoría con el contenido de las normas de mayor categoría. Mientras tanto, la efectividad no remite al plano del derecho que “debe ser”, sino al que “es”, en términos de la realización de los principios y de las normas de nivel superior tanto en el escenario de la normatividad de nivel inferior como en la práctica jurídica (esto es, por ejemplo, en el escenario de la jurisprudencia). Cf. Luigi

En resumen, se trata de establecer el grado de protección (o de desprotección) que le ofrecen las interpretaciones dominantes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, a las garantías constitucionales de los ciudadanos frente al poder punitivo, en especial a las dos garantías más sensiblemente comprometidas con este tipo de mecanismos, que son el juicio previo y la garantía a la no autoincriminación (en su dimensión de no ser obligado a declarar contra sí mismo).

En relación con la estructura del artículo, el lector encontrará tres grandes partes. La primera parte es una brevísima presentación de la regulación del consentimiento del procesado en los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, con lo cual se evidencia la precariedad y la falta de claridad de la legislación sobre el tema, lo cual, se anticipa, ha sido aprovechado por la jurisdicción para limitar el alcance de los derechos fundamentales de los procesados en el marco de los mecanismos aludidos.

La segunda parte es una presentación de las providencias más relevantes de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento en el marco los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004 (e incluso, algunas en relación con los mecanismos de aceptación de cargos de estatutos anteriores). Aunque en la investigación se encontró una cantidad significativamente mayor de providencias a las que se presentan en este artículo, y que el informe final del cual éste se deriva da cuenta de todas ellas, por razones de espacio fue necesario escoger las más relevantes. A fin de cuentas, este artículo apunta precisamente a presentar los hallazgos y las reflexiones consignadas en el informe de investigación en un formato más amable y accesible, sin perjuicio de algunas ideas adicionales que ahora se agregan.

Para establecer el grado de relevancia de las providencias escogidas, y en general para orientar su búsqueda, análisis y clasificación, se acudió a la estrategia de la “línea jurisprudencial”, aunque sólo como un apoyo metodológico, sin que este trabajo pueda considerarse como una auténtica “línea jurisprudencial”. Por ejemplo, se intentó identificar y clasificar a las sentencias en las distintas categorías de sentencias hito, esto es, en providencias fundadoras de línea, consolidadoras de línea y dominantes. Sin embargo, el carácter asistemático y superficial de la jurisprudencia

Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 357-362, 698; Marina Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli ‘Derecho y razón’”, en *Garantismo y Derecho Penal*, coord. Juan Oberto Sotomayor (Bogotá: Temis, 2006), 21.

trabajada impidió hallar, por lo menos, una providencia reconceptualizadora de línea. Así mismo, se recurrió a las técnicas de la identificación del punto arquimédico de apoyo, la ingeniería reversa y el análisis del nicho citacional, las cuales facilitaron el procesamiento de todos los materiales jurisprudenciales¹⁵.

La tercera parte contiene un análisis de las providencias recogidas en la segunda parte con el fin de establecer los efectos de las interpretaciones contenidas en ellas para la efectividad de las garantías de los procesados, en especial para la garantía a un juicio previo y a no ser obligado a declarar contra sí mismo. No se trata de un análisis de la vigencia ni de la validez de las normas que regulan a los mecanismos de aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004 (pese a que existen buenas razones para discutir tanto su vigencia como su validez¹⁶), sino, como se dijo, de un análisis en clave de la efectividad de las normas de nivel superior (para el caso, las normas constitucionales que contienen y desarrollan las garantías referidas) en el escenario de las normas de nivel inferior y, en especial, de la práctica judicial representada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal.

Por último, se incorpora un apartado, a modo de excurso, en el que se hace una breve reflexión acerca de la función ideológica de la jurisprudencia trabajada. Para decirlo con Althusser, se hace una digresión acerca de cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en especial, de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004, contribuye a “la reproducción de las relaciones de producción, es decir, las relaciones capitalistas de explotación”¹⁷, esto sin perjuicio de la función fundamentalmente represiva que cumple la jurisprudencia penal.

En cuanto al tipo de investigación que se consigna en este artículo, es obvio que se trata de una investigación de carácter cualitativo, en la que se acudió a fuentes exclusivamente documentales (normas, jurisprudencia y doctrina) y en la

15 Para una presentación de la estrategia de la línea jurisprudencial, de sus categorías y técnicas, cf. Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, (Bogotá: Legis, 2006), 139-192.

16 Pese al criterio expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-193 del 3 de marzo de 2005, todas las normas penales, procesales penales y de ejecución penal deben ser leyes estatutarias, en sintonía con lo dispuesto en el literal A del artículo 152 de la Constitución Política; entonces, comoquiera que las normas que regulan a los mecanismos de aceptación de cargos, y en general la Ley 906 de 2004, son leyes ordinarias, se debe reafirmar su invalidez formal. Y, en relación con la validez sustancial de dichas normas, basta con reiterar las críticas formuladas por un sector de la doctrina en las que se denuncia la inconstitucionalidad de este tipo de mecanismos (cf. nota pie 6 de este artículo).

17 Louis Althusser, *Ideología y apartados ideológicos de Estado*, (Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2003), 35.

que se empleó el método dogmático-jurídico, porque este es un estudio orientado a la interpretación, sistematización y crítica del derecho vigente¹⁸, sin que por ello pueda excluirse del derecho vigente y, por consiguiente, de la dogmática jurídica, a la jurisprudencia y a los estudios que se ocupan de ella. En palabras de Cristian Courtis, “la actividad dogmática no se limita al ‘trato directo’ con normas jurídicas: parte de su labor consiste también en la sistematización, comentario y crítica de las sentencias judiciales”¹⁹.

Cabe agregar, en sintonía con lo dicho por Sandoval Fernández y Del Villar Delgado, que “la dogmática no puede ser neutra, sino que asume posiciones críticas para no convertirse en legitimadora del poder estatal”²⁰. En este orden de ideas, este trabajo, pese a su carácter marcadamente dogmático, no sólo expresa un claro compromiso con la defensa de los derechos del individuo frente a la violencia (siempre irracional) del poder penal, sino también con la denuncia de su profunda e insalvable ilegitimidad.

De acuerdo con el profesor Armando Calle, el derecho penal es “una realidad de hecho, un poder que existe, frente al cual el único acercamiento esencial y plausible tendría que ser en función de la reafirmación de su ilegitimidad y de la reducción de su violencia”²¹. Así las cosas, el estudio crítico de la jurisprudencia sobre los mecanismos de aceptación de cargos en general, y sobre el consentimiento del procesado en el marco de estos mecanismos en particular, no sólo busca construir interpretaciones que ofrezcan un cierto grado de protección para la voluntad del procesado (y de este modo reducir la violencia del poder punitivo), sino también poner en evidencia la disonancia entre la jurisprudencia y el contenido de las garantías fundamentales.

18 Sobre el sentido interpretativo, sistematizador y crítico de la dogmática jurídica, cf. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, tomo I (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2004), 62-68; Fernando Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020), 12-13.

19 Courtis, Cristian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación jurídica”. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, ed. Cristian Courtis (Madrid: Trotta, 2006), 117.

20 Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo Del Villar Delgado, *Responsabilidad penal y detención preventiva: el proceso penal en Colombia—Ley 906 de 2004* (Barranquilla: Editorial Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibáñez), 10.

21 Armando Luis Calle Calderón, “Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 67, (2005): 17

1. La regulación del consentimiento del procesado frente a los mecanismos de aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004

Al margen de las distintas posiciones que han prevalecido en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el sistema de la Ley 906 de 2004 contempla dos mecanismos de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos claramente diferenciables entre sí: el allanamiento a cargos y los preacuerdos²². Ambos mecanismos permiten que se dicte sentencia (en principio condenatoria²³) sin el agotamiento de todas las etapas procesales (por lo menos sin el agotamiento del juicio oral), en aquellos casos en los que el procesado acepta uno o varios de los cargos formulados en la imputación o en la acusación.

De un lado, el allanamiento a cargos procede por la sola manifestación del procesado: el imputado o acusado acepta los cargos y consiente que se le dicte sentencia de manera anticipada, a cambio de que el juez de conocimiento le reconozca una rebaja de pena que, según las características de cada caso, puede ser de hasta el 50% de la pena a imponer (con la aclaración de que el legislador prohibió expresamente el reconocimiento de una rebaja o de cualquier otro beneficio cuando se trata de cierto tipo de delitos)²⁴.

22 La Sala de Casación Penal ha ido de una posición a otra, una y otra vez. En algunos momentos ha sostenido el criterio según el cual el allanamiento a cargos es una forma de acuerdo (entre otras, Sentencia del 23 de agosto de 2005, Rad. 21.954 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés); Sentencia del 14 de diciembre de 2005, Rad. 21.347, (M.P. Yesid Ramírez Bastidas); Sentencia del 14 de noviembre de 2007, Rad. 26.190, (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez); Sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39.831 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya); Auto AP3046 del 22 de mayo de 2024, Rad. 59.441, (M.P. Hugo Quintero Bernate)), mientras que en otros momentos ha reconocido la autonomía de ambas instituciones (Sentencia del 8 de abril de 2008, Rad. 25.306, (M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán); Sentencia SP1901 del 17 de julio de 2024, Rad. 64.214 (M.P. Gerson Chaverra Castro)). En este trabajo se suscribe el criterio según el cual el allanamiento a cargos y los preacuerdos son dos instituciones claramente diferenciables entre sí, por un lado, porque así lo indica una lectura sistemática de las normas que lo regulan, y, por otro lado, por los efectos prácticos que se derivan en favor de los derechos y las libertades de los procesados, por ejemplo, en relación con la exigencia del reintegro del incremento patrimonial derivado del delito (Ley 906 de 2004, artículo 349) y con el reconocimiento de las rebajas de pena del sistema de la Ley 906 de 2004 a casos tramitados conforme a las reglas de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 por la vía de la favorabilidad.

23 Si bien el allanamiento a cargos y los preacuerdos tienen vocación de condena, si no están dadas las condiciones para que se dicte sentencia condenatoria, el juez debe rechazar la aceptación, declarar la nulidad o, incluso, dictar sentencia absolutoria, según corresponda en cada caso. Cf. Sala de Casación Penal, Sentencia SP5400 del 10 de diciembre de 2019, Rad. 50.748 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

24 El numeral 7º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe el reconocimiento de rebajas de pena en los procesos que se adelanten por los delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosas, secuestro o cualquiera de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en los que

De otro lado, los preacuerdos requieren el consentimiento del procesado y del acusador (la Fiscalía General de la Nación, el acusador privado o la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda en cada caso²⁵), en el sentido de que aquél acepta los cargos y consiente que se le dicte sentencia de manera anticipada, a cambio de que éste le reconozca una compensación punitiva, verbigracia, una rebaja de pena (que también puede ser de hasta el 50 % de la pena a imponer) o la flexibilización de los cargos (por ejemplo, la eliminación de un cargo o de una agravante, el reconocimiento de una atenuante o un cambio en el título de participación)²⁶.

En resumidas cuentas, se trata de la renuncia del procesado a sus derechos constitucionales a un juicio previo (con todas las garantías asociadas a él) y a no declarar contra sí mismo, por lo general, a cambio de una condena presumiblemente menos severa a la que le correspondería en caso de ser condenado luego del agotamiento de todas las etapas procesales. Allí está la coerción a la que se alude en la introducción, en términos de que, bien pensadas las cosas, no se está premiando a quien renuncia a sus derechos, sino castigando (o por lo menos amenazando gravemente) de modo más severo a quien no lo hace.

Pero, como bien dice Foucault, el poder “quiere forzar a ser libres a aquellos a quienes somete”²⁷. Por eso el Código de Procedimiento Penal define unas condiciones bajo las cuales entiende que la decisión del procesado de aceptar cargos (y, con ella, de terminar anticipadamente el proceso) es válida. En dicho código se repite

además el sujeto pasivo de la conducta sea un niño, niña o adolescente. En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 prohíbe el reconocimiento de rebajas de pena en los procesos que se adelanten por los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y demás delitos conexos. Por su parte, el parágrafo único del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 (adicionado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011) y el artículo 5º de la Ley 1761 de 2015 reducen considerablemente los montos de las rebajas (y en el caso de la Ley 1761 de 2015 incluso otro tipo de beneficios) en los procesos en los que se produzca la captura en flagrancia o en los que se discuta una hipótesis de feminicidio, respectivamente.

25 Cf. Constitución Política, artículos 186 (modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2018) y 250 (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 06 de 2011); Ley 906 de 2004, artículos 549-564 (adicionados por los artículos 27-42 de la Ley 1826 de 2017).

26 Según el estado actual de la jurisprudencia, la flexibilización de los cargos sólo es una ficción de cara a la determinación de la pena a imponer, comoquiera que la condena se debe proferir por el delito originalmente imputado o acusado, aun cuando con la pena del delito finalmente preacordado. Cf., entre otras providencias, Sala de Casación Penal, Sentencias SP359 del 16 de febrero de 2022, Rad. 54.535 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y Gerson Chaverra Castro) y SP517 del 6 de marzo de 2024, Rad. 58.886 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).

27 Michel Foucault, *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 25.

en forma insistente que la aceptación de los cargos debe ser una manifestación libre, consciente, espontánea, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa técnica²⁸, pese a que no aclara en lo más mínimo en qué consiste y cuál es el alcance de cada una de esas condiciones.

Para la comprobación de dichas condiciones, el Código de Procedimiento Penal le ordena al juez (de control de garantías o de conocimiento, según corresponda en cada caso) que interroge personalmente al procesado, aunque tampoco especifica los asuntos (materias, o elementos) concretos que debe comprender dicho interrogatorio. Incluso, como lo reconoce la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en la práctica este trámite “se suele resolver con una superficial pregunta genérica sobre tales ítems”²⁹.

Sin embargo, de todas las disposiciones que integran la regulación del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, hay una particularmente relevante para este artículo, en tanto introduce la categoría en la que se concentró la investigación: los vicios del consentimiento. La única norma del Código de Procedimiento Penal en la que se mencionan los vicios del consentimiento es en el párrafo único del artículo 293, según el cual “la retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició (sic) su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales”³⁰.

28 Cf. artículos 8 (literal L), 131, 283, 293, 368, 539 y 542 (numeral 1º).

29 Tribunal Superior de Antioquia. Sala de Decisión Penal. Auto del 16 de octubre de 2020. Rad. 050016000715201701193 (M. P. René Molina Cárdenas).

30 Esta norma incurre en un defecto manifiesto, a saber, que trata como retractación un supuesto evidente de invalidez de la aceptación de cargos. Si la aceptación de cargos está mediada por un vicio del consentimiento (sea de ello lo que fuere) o por la violación de garantías fundamentales (más adelante se problematizará la distinción entre vicios del consentimiento y violación de garantías fundamentales), lo que se impone es su rechazo o, en su defecto, la nulidad, pero no la retractación. Retractarse significa desdecirse de algo, y ese algo, jurídicamente hablando, no podría ser sino algo válido. Así lo ha dicho la Sala de Casación Penal, entre otras providencias, en la Sentencia del 30 de mayo de 2012, Rad. 37.668 (M.P. María del Rosario González Muñoz), en el Auto del 21 de marzo de 2012, Rad. 38.500 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez) y en la Sentencia STP15494 del 16 de noviembre de 2022, Rad. 127.164 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios). En el mismo sentido se han expresado Nelson Saray Botero y Sonia Uribe Ramírez, para quienes “si lo que se advierte es la contaminación o vicio del consentimiento, la frustración del acuerdo viene dada por ministerio de la ley, una vez comprobada la irregularidad, y de ninguna forma puede obedecer, por mucho que se apele a la retórica, a esa simple manifestación de la voluntad que por naturaleza integra la retractación” (Nelson Saray Botero y Sonia Uribe Ramírez, *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. (Bogotá: Leyer, 2017), 532-533).

Cabe señalar que dicho parágrafo no le pertenece a la redacción original de la Ley 906 de 2004, sino que fue adicionado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011 (uno de los tantos estatutos de “seguridad ciudadana” que se han expedido en Colombia), lo cual no significa que antes no se hablara de vicios del consentimiento a la hora de analizar la voluntad del procesado frente a la aceptación de cargos. Como se detallará en el siguiente apartado, desde la década de los noventa del siglo XX la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal han acudido a los vicios del consentimiento para examinar la voluntad del procesado dentro de los mecanismos de aceptación de cargos contemplados en los Códigos de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700), de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 9016).

2. La jurisprudencia sobre los vicios del consentimiento en los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004

Como se dijo, desde la década de los noventa del siglo XX la jurisprudencia nacional ha acudido a los vicios del consentimiento para explicar la voluntad del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos. Sin embargo, el tiempo transcurrido no ha servido para conseguir niveles siquiera aceptables de conceptualización y análisis. Como se detallará a continuación, la jurisprudencia nacional sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos, tanto en la vigencia del sistema de la Ley 906 de 2004 como en los sistemas de persecución penal anteriores, se ha caracterizado por su superficialidad, desorden y lo más preocupante, por su insensibilidad para captar el problema ético, político y jurídico que subyace al consentimiento del procesado en el marco de los mecanismos referidos.

2.1. De la Corte Constitucional

Las providencias de la Corte Constitucional en las que tan siquiera se mencionan los vicios del consentimiento en el contexto de los mecanismos de aceptación de cargos son muy escasas; incluso, la mayoría de las menciones a dicha categoría han ocurrido a través de citas de otras providencias. De hecho, la única providencia en la que la Corte Constitucional se refirió directamente a los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos ni siquiera fue proferida durante la vigencia de la Ley 906 de 2004, sino del Código de 1991: la Sentencia *C-425 del 12 de septiembre de 1996*.

En esta sentencia, que tuvo como ponente al magistrado Carlos Gaviria Díaz ("a veces el buen Homero duerme"³¹), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 3º de la Ley 81 de 1993 (mediante el cual se modificó el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 y en virtud del cual se creó la figura de la sentencia anticipada). Los argumentos del demandante se centraron en denunciar que la regulación de la sentencia anticipada era violatoria del debido proceso, de un lado, porque este mecanismo impedía que el procesado aportara pruebas y controvirtiera los cargos formulados en su contra, y, de otro lado, porque el juez no contaba con la oportunidad de escuchar al procesado, ni disponía de un mecanismo que le permitiera verificar que su decisión efectivamente fuera voluntaria.

La Corte desestimó las pretensiones del actor por considerar, entre otras cosas, que la aceptación de cargos hacía innecesario el agotamiento de todas las etapas procesales; que el procesado era el único sujeto autorizado para pedir que se dictara sentencia anticipada; que, al igual que ocurre con la confesión, era necesario que existiera prueba que corroborara la aceptación de los cargos; que el juez, al momento de dictar sentencia, debía verificar la satisfacción de las condiciones de validez de la terminación anticipada; y que la sentencia era susceptible de recursos, aunque con las limitaciones establecidas en el numeral 4º del artículo 37B del Decreto 2700 de 1991 (adicionado por el artículo 5º de la Ley 81 de 1993).

Concretamente, en relación con la voluntad del procesado de someterse a la sentencia anticipada, la Corte Constitucional hizo una comparación entre esta figura y la confesión, en el sentido de que ambas instituciones debían provenir de una decisión completamente voluntaria del procesado:

Resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.³²

31 Horacio. *Arte poética* (Gredos: Madrid, 2008), 404.

32 Este fragmento se reproduce, entre muchas otras decisiones, en la Sentencia C-1260 de 2005, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de diciembre de 2005) de la Corte Constitucional y en las Sentencias del 27 de octubre de 2008, Rad. 29.979 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), del 6 de mayo de 2009, Rad. 24.055 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), SP931 del 3 de febrero de 2016, Rad. 43.356 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez), SP19629 del 23 de noviembre de 2017, Rad. 50.718 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios) y SP436 del 28 de febrero de 2018, Rad. 51.833 (M.P. José Luis Barceló Camacho) de la Sala de Casación Penal.

En el resto de la providencia no se vuelven a mencionar los vicios del consentimiento. Sin embargo, pese a la superficialidad de la decisión, al menos en ese tema, es posible extraer dos grandes conclusiones: primero, que, ante la presencia de un vicio en el consentimiento, el juez no tiene alternativa que desestimar la aceptación de los cargos; segundo, que para la Corte Constitucional, tanto la confesión como la aceptación de cargos, no pueden estar antecedidas de presiones, amenazas o contraprestaciones (lógicamente, diferentes a las ofrecidas por la propia norma procesal penal), lo cual contrasta con una decisión de la Sala de Casación Penal (la Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Rad. 39.834), en la que esta corporación validó un allanamiento a cargos producto del pago de una suma de dinero al procesado por parte de un tercero.

Ahora bien, durante la vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional ha tenido muchas oportunidades de estudiar la constitucionalidad de las normas que regulan a los mecanismos de aceptación contemplados en dicho estatuto, y entre las cuestiones recurrentes en dichos análisis ha surgido, previsiblemente, el problema del consentimiento del procesado. Sin embargo, la Corte ha llevado la discusión por caminos distintos al de los vicios del consentimiento (y, en cambio, ha acudido al uso de otras categorías, como las de libertad, voluntad, espontaneidad, debida información y consciencia), o sencillamente ha rehuido el problema.

Por ejemplo, en la Sentencia *C-1195 del 22 de noviembre de 2005*, la Corte Constitucional se ocupó de una demanda en contra del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, según el cual, una vez que el juez verifica la satisfacción de las condiciones de validez de la aceptación de cargos (esto es, que sea una decisión libre, consciente, espontánea, voluntaria y debidamente informada), no se admite la retractación. En esta providencia la Corte defendió la constitucionalidad de la disposición demandada, según se puede leer, porque el Código de Procedimiento Penal “consagra amplias garantías para que la aceptación de los cargos por propia iniciativa y los acuerdos celebrados con la Fiscalía, por parte del imputado o acusado, sean voluntarios, libres, espontáneos, informados y con la asistencia del defensor”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en esta sentencia no se acercó a la voluntad del procesado desde los vicios del consentimiento, por lo cual es una decisión que no reviste una importancia significativa para los intereses de este trabajo, aun cuando se resalta el optimismo de la Corte al valorar la eficacia de los controles judiciales para la protección de la voluntad del procesado, lo cual, como se verá más adelante a partir de la presentación de otras providencias, contrasta con la práctica judicial, en la que los controles judiciales muchas veces resultan inútiles para la protección

de los derechos fundamentales de los procesados sometidos a los mecanismos de aceptación de cargos.

En la Sentencia *C-1260 del 5 de diciembre de 2005* la Corte Constitucional se tuvo que ocupar nuevamente de una demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas de las normas que regulan a los mecanismos de aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004. Para lo que aquí interesa, el demandante reclamó la inexequibilidad del literal L del artículo 8º de la ley en mención³³, entre otros argumentos, por la atinada consideración de que el juicio es una garantía irrenunciable en un Estado Social de Derecho, aun cuando sea una decisión aparentemente libre y voluntaria.

No obstante, la Corte defendió la constitucionalidad de esta disposición por considerar que la garantía a la no autoincriminación y a un juicio público sí son derechos renunciables, renuncia que cuenta con suficientes controles en el sistema procesal penal colombiano, como la asesoría de un defensor, el control judicial (incluyendo el interrogatorio personal al procesado) y el deber del juez de rechazar la aceptación de cargos en el evento de que se presente la violación de garantías fundamentales. En toda la providencia no se habla ni una sola vez de vicios del consentimiento, salvo por la cita directa que se hace a la Sentencia C-425 del 12 de septiembre de 1996.

En la Sentencia *C-330 del 5 de junio de 2013* la Corte desaprovechó una gran oportunidad para ocuparse del consentimiento del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004, en tanto el demandante le propuso una discusión acerca de la posible inconstitucionalidad de las normas que regulan la aceptación de cargos por omitir un tratamiento diferenciado entre imputables e inimputables. Pese a que la inimputabilidad no es una condición que se pueda predicar en abstracto de una persona, y que una cosa es la imputabilidad y otra la capacidad de aceptar cargos –y en general de acudir al proceso–, y que es posible que se presente una condición sin la otra, la demanda le permitía a la Corte pronunciarse sobre cuáles son las condiciones de consciencia y libertad que se demandan en relación con un acto tan trascendental y definitivo como la aceptación de cargos. Sin embargo, la Corte se inhibió de pronunciarse por ineptitud de la demanda, sin que en la decisión haya aspectos destacables para lo que le importa a este trabajo.

33 Según el cual el procesado tiene derecho a “renunciar a los derechos contemplados en los literales (b) [a no autoincriminarse] y (k) [a un juicio público] siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”.

Otra providencia que merece ser recreada es la Sentencia *T-668 del 24 de septiembre de 2013*. En ella no se encuentra ninguna conceptualización sobre los vicios del consentimiento, aun cuando la Corte Constitucional los menciona varias veces cuando se refiere a la decisión del procesado de aceptar cargos. Sin embargo, lo que más llama la atención de esta providencia no tiene que ver con el significado y el alcance de los vicios del consentimiento, en lo que aporta muy poco, sino con el dramatismo del caso que allí se trata, en especial por la inoperancia del sistema de administración de justicia para responder satisfactoriamente a situaciones francamente injustas.

Se trató de una persona con problemas mentales procesada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En la audiencia de formulación de imputación, en la cual estuvo asistida por un defensor público, se allanó a los cargos. Sin embargo, antes de la audiencia de individualización de la pena y sentencia, el procesado le otorgó poder a una abogada de confianza, quien le comunicó esta circunstancia a la fiscal encargada del caso y al juzgado de conocimiento, quien omitió citar al procesado y a su nueva apoderada, pese a lo cual llevó a cabo la diligencia en presencia del defensor público y profirió sentencia, la cual quedó en firme comoquiera que no fue recurrida.

El ciudadano condenado acudió a la acción de tutela a fin de que se le protegiera su derecho fundamental al debido proceso. El Tribunal Superior de Medellín negó el amparo al considerar que la acción era improcedente en tanto, si bien era cierto que había ocurrido un error en el trámite, éste carecía de trascendencia ius-fundamental. El fallo de tutela no fue recurrido, por lo que llegó directamente a la revisión de la Corte Constitucional, la cual tuteló los derechos del accionante, entre otras razones, porque la aceptación de cargos:

Contiene como requisitos explícitos la aceptación libre, es decir, el reconocimiento exento de coacción o intimidación. Además, debe ser consciente, lo que conlleva el pleno uso de los sentidos y facultades de quien se allana. Adicionalmente, debe ser producto de la voluntariedad del imputado, sin que medie una obligación o un deber, en pocas palabras que emerja de la espontaneidad. Finalmente, la persona debe ser informada sobre las consecuencias que dicha aceptación entraña.

Ahora bien, en contraste con el optimismo expresado por la Corte Constitucional en otras decisiones (Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005), se rescata este fallo de tutela con el fin de relieves la inoperancia de los controles judiciales sobre los mecanismos de aceptación de cargos. En medio de una justicia tan mecanizada y burocratizada, es razonable suponer que la perversidad de este tipo de mecanismos difícilmente puede ser contenida mediante los controles judiciales ordinarios. En este caso un ciudadano fue

sometido a una condena por el camino de la aceptación de cargos, a pesar de padecer una condición médica que al menos hacía dudar de su capacidad para someterse a este tipo de soluciones procesales (y hasta de la tipicidad de la conducta) y que, por si fuera poco, no tuvo garantizada la defensa técnica; pero eso no le importó al juez de conocimiento ni al Tribunal Superior de Medellín como juez de tutela.

Alguien podría decir, y con algo de razón, que los controles judiciales no fueron tan ineficaces, puesto que la Corte Constitucional logró advertir la irregularidad y corregirla. Sin embargo, habría que contestarle que los controles judiciales llamados a atajar este tipo de irregularidades son los controles ordinarios, no una acción constitucional subsidiaria y residual como la tutela, y mucho menos en sede de revisión. Parece necio decir que no todas las personas tienen las condiciones para atacar por la vía de la tutela a una decisión judicial, y mucho menos tienen la fortuna de que la Corte escoja su caso para revisión.

Resta por mencionar dos providencias relativamente recientes de la Corte Constitucional, pero más por su importancia para el estudio de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, que porque traten sobre los vicios del consentimiento en el contexto de dichos mecanismos. Por un lado, se tiene la *Sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019*, en la que la Corte abordó la aceptación de cargos en la perspectiva de la víctima y no del procesado, en el sentido de que, para la supuesta protección de aquellas, era necesario que la negociación de los cargos en el marco de los preacuerdos consultara la realidad fáctica del caso para evitar la concesión de beneficios aparentemente excesivos. En relación con el consentimiento del procesado tan sólo recordó, de manera incidental, que la decisión de aceptar cargos debe ser el resultado de una decisión libre, consciente, espontánea, voluntaria y debidamente informada.

Por último, se tiene la *Sentencia C-014 del 2 de febrero de 2023*, en la cual la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 2197 de 2022 (una ley de seguridad ciudadana más). Dicho sea de paso, esta ley es una de las tantas formas que adoptó la represión emprendida por el gobierno nacional de la época, así como de los sectores parlamentarios cercanos a él, frente a las reivindicaciones formuladas en 2021 (con importantes antecedentes desde 2019) por amplios sectores de la población, en lo que se denominó el “Paro Nacional” y en el marco del cual se registraron graves violaciones a los derechos humanos de los manifestantes, tal como lo consignó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe de su visita especial³⁴.

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo*

Entre las disposiciones demandadas se encuentra el artículo 21 (mediante el cual se adicionó un numeral al artículo 310 de la Ley 906 de 2004), por virtud del cual el juez de control de garantías, al momento de decidir sobre la imposición de una medida de aseguramiento, debe tener como criterio para determinar el peligro para la comunidad (fin que por cierto también resulta contrario a los compromisos adquiridos por Colombia en el marco del sistema interamericano de derechos humanos³⁵) el hecho de que la persona hubiera aceptado cargos por otro delito dentro de los tres años anteriores. La Corte Constitucional en la sentencia referida declaró la exequibilidad condicionada de la norma acusada en el entendido “de que el juez de conocimiento haya aprobado el preacuerdo o la aceptación de cargos”.

En la decisión no se habla de los vicios del consentimiento (apenas se los menciona a través de una cita del artículo 293 de la Ley 906 de 2004), y, en relación con la voluntad del procesado frente a los mecanismos de aceptación de cargos, la Corte tan sólo recuerda el compromiso de la jurisdicción en la verificación de las condiciones de validez de la aceptación de cargos, esto es, que sea una decisión libre, consciente, espontánea, voluntaria y debidamente informada.

Pues bien, el recuento jurisprudencial hecho hasta ahora ratifica la consideración anticipada al comienzo de este apartado, en el sentido de que la jurisprudencia sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos es superficial y, concretamente en el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, escasa. También es posible concluir que la Corte Constitucional no se ha desentendido del problema del consentimiento del procesado en el marco de dichos mecanismos (aun cuando no haya llegado a las soluciones que esperaríamos quienes creemos en la necesidad de prescindir de estas formas de terminación del proceso), aunque no lo ha hecho principalmente por la vía de los vicios del consentimiento, sino, por ejemplo, de otras categorías contenidas en la Ley 906 de 2004, como las de libertad, consciencia, espontaneidad, voluntariedad, información y defensa.

2.1. De la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Si bien aquí se trata de presentar la jurisprudencia sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema

a Colombia. ([s.l.] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021), 2.

35 Pese a que la Corte Constitucional validó las normas que regulan este fin de la medida de aseguramiento, éste resulta contrario a la Carta Americana de Derechos Humanos, tal como lo ha dicho la Corte Interamericana, por ejemplo, en la Sentencia del 7 de septiembre de 2004 (caso Tibi contra Ecuador) y en la Sentencia del 29 de mayo de 2014 (caso Norín Catrimán y otros contra Chile).

de la Ley 906 de 2004, no se pueden obviar los antecedentes más inmediatos y relevantes de esa jurisprudencia, los cuales se hallan precisamente en las providencias producidas durante la vigencia de los dos estatutos procesales penales anteriores (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000). En este orden de ideas, es preciso reservar un espacio para el *Auto del 8 de marzo de 1996 (Rad. 11.362)* de la Sala de Casación Penal.

Como se dijo, este trabajo se apoya con ciertas licencias en la estrategia de la “línea jurisprudencial”, principalmente en punto a la clasificación de las providencias y a las técnicas para el procesamiento de las decisiones estudiadas. Sin embargo, en la investigación de la que se da cuenta en este trabajo no se hizo una línea jurisprudencial propiamente dicha (al menos no en los términos en los que lo propone Diego Eduardo López Medina), entre otras razones, por el nivel de abstracción del problema que aquí se trata (es una indagación fundamentalmente conceptual), así como por la superficialidad y la falta de sistematicidad de las providencias estudiadas. De allí que sea difícil hablar de las distintas modalidades de sentencias hito, esto es, de providencias fundadoras de línea, consolidadoras de línea, reconceptualizadoras de línea y dominantes.

Sin embargo, si alguna providencia se acerca al concepto de fundadora de línea en el uso de la categoría de vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del derecho colombiano, es el *Auto del 8 de marzo de 1996 (Rad. 11.362)*, en tanto es la primera decisión de la que se tuvo noticia en la investigación en la que se hubiera acudido a esa categoría en el marco de dichos mecanismos. No obstante, es importante advertir que allí no se encuentra una conceptualización de los vicios del consentimiento en general, o de alguno de los que tradicionalmente se ha tenido como tales en particular (error, fuerza y dolo).

En esta decisión la Sala de Casación Penal desestimó una demanda de casación, para lo cual analizó principalmente el problema del interés para recurrir en los casos en los que se produce la aceptación de cargos (para el caso, por la vía de la sentencia anticipada). Allí se sostuvo que el sistema de recursos no se puede convertir en una forma de retractación³⁶, lo que no descarta que en los mecanismos de aceptación de cargos se puedan presentar irregularidades, de tal suerte que:

El mismo instituto prevé la posibilidad de no dictar sentencia cuando el juez advierta violación de garantías fundamentales. Si ellas son desconocidas, inmediatamente surge el interés para recurrir. Por ejemplo: por inasistencia del defensor a la diligencia de formulación de cargos, incompetencia del Juez,

36 Entre otras, Sentencia STP7096 del 2 de junio de 2015 (Rad. 79.917).

vicios en el consentimiento del procesado (error, fuerza), incongruencia entre la sentencia y los cargos admitidos.

Pues bien, este fragmento, que ha sido reproducido en providencias posteriores de la Sala de Casación Penal (no sólo durante la vigencia del Decreto 2700 de 1991, sino también de la Ley 600 de 2000 y de la Ley 906 de 2004)³⁷, resulta relevante para los fines de este artículo, principalmente, por dos razones: (i) como se ha dicho insistentemente, es la primera providencia que se tiene documentada en la que se habla de vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del derecho nacional; y (ii) porque clasifica a los vicios del consentimiento en la aceptación de cargos como un supuesto de violación de garantías fundamentales de los procesados, conclusión que, aunque parece obvia, parece ponerse en duda en otras providencias de la misma corporación³⁸.

En contraste, el *Auto del 29 de agosto de 2002 (Rad. 11.702)* da a entender que una cosa son los vicios del consentimiento y otra la vulneración de garantías fundamentales. En su argumentación, la Sala desestimó la demanda de casación presentada por la defensa por considerar que a ésta no le estaba dado discutir la responsabilidad penal al haber sido previamente declarada como resultado del sometimiento del procesado a la sentencia anticipada, a lo cual agregó que:

La manifestación del sindicado fue libre y voluntaria, sin que se aprecie desde ningún punto de vista vicios del consentimiento o vulneración de las garantías fundamentales de aquél, luego, pretender modificar el contenido sustancial de la imputación ya aceptada y consolidados sus efectos en un fallo condenatorio, no es más, como ya lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia de la Sala, que una indebida y tardía retractación de los mismos, que, por supuesto, no es admisible.

De la cita y del auto en general no se extrae una propuesta sobre el significado y el alcance de los vicios del consentimiento en el marco de la sentencia anticipada. Sin embargo, hay una expresión (o mejor, una letra) a la que vale la pena ponerle atención: entre las expresiones “vicios del consentimiento” y “vulneración de las garantías fundamentales” hay una “o” disyuntiva, lo cual parece sugerir, como se dijo, que la Sala entiende que una y otra cosa son distintas, esto es, dicho de otro

37 Entre otras, Sentencia del 2 de diciembre de 1998, Rad. 11.741 (M.P. Edgar Lombana Trujillo), Auto del 28 de febrero de 2002, Rad. 10.517 (M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda), Auto del 19 de junio de 2003, Rad. 14.632 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés), Auto del 22 de junio de 2005, Rad. 20.010 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés) y Auto AP8274 del 30 de noviembre de 2016, Rad. 45.959 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

38 Entre otras, Auto del 29 de agosto de 2002, Rad. 11.702 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote) y Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Rad. 25.108 (M.P. Mauro Solarte Portilla).

modo, que la Sala no entiende que los vicios del consentimiento son, en el contexto de la aceptación de cargos, una forma de vulneración de garantías fundamentales.

Alguien podría decir que esta es una conclusión apresurada y exagerada, sobre todo si se tiene en cuenta la costumbre de la Sala de Casación Penal de redactar deficientemente sus providencias, con lo cual la expresión puede ser, en el mejor de los casos, equívoca (y ni siquiera equivocada). Una objeción como esta tendría sentido si no es porque la expresión se reproduce en muchas providencias de la misma corporación³⁹ y, como se verá más adelante, el contenido de las decisiones no parece indicar lo contrario, esto es, no parece dar cuenta de la sensibilidad constitucional de la Sala en el entendimiento de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos.

Incluso, hay providencias de la Sala de Casación Penal, ya en vigencia de la Ley 906 de 2004, que denotan claramente la distinción entre los vicios del consentimiento y la vulneración de derechos fundamentales. Tal es el caso de la *Sentencia de casación del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25.108)*. En este caso, la defensa reclamó en sede de casación la absolución del procesado por el delito de concusión, al considerar que no se había probado la calidad de servidor público. No obstante, la Sala no casó por considerar que ésta no era una objeción que pudiera alegarse, en consideración a que el proceso había terminado por la vía del allanamiento a cargos.

En lo que le importa específicamente a este artículo, la Sala describió en los siguientes términos los controles que debe ejercer el juez en relación con la aceptación de cargos, sea que ésta se produzca por la vía del allanamiento o sea que se produzca por la vía de los preacuerdos:

Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento, en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe

39 Entre muchas otras, Auto del 10 de mayo de 2006, Rad. 25.248 (M.P. Mauro Solarte Portilla), Auto del 18 de abril de 2007, Rad. 27.159 (M.P. Mauro Solarte Portilla), Auto del 15 de septiembre de 2008, Rad. 30.006 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca), Auto del 17 de octubre de 2012, Rad. 33.100 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez), Sentencia del 13 de febrero de 2013, Rad. 40.053 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández), Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Rad. 39.834 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), Auto AP4294 del 30 de julio de 2014, Rad. 36.219 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez), Sentencia SP11726 del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33.409 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez), Auto AP932 del 25 de febrero de 2015, Rad. 43.019 (M.P. Eugenio Fernández Carlier), Sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39.831 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), Auto AP1049 del 17 de marzo de 2021, Rad. 53.622 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Sentencia STP3434 del 22 de febrero de 2022, Rad. 121.739 (M.P. Fabio Ospitia Garzón) y Sentencia STP15494 del 16 de noviembre de 2022, Rad. 127.164 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).

realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento [sic], (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad.

De este fragmento, reproducido en muchas otras providencias de la misma Sala⁴⁰, es posible extraer al menos dos conclusiones relevantes: primero, que la Sala asimila las condiciones de validez de la aceptación (esto es, que sea una decisión voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada) a los vicios del consentimiento, como si aquéllas fueran lo mismo que éstos, o, dicho de otro modo, que descartada la ocurrencia de vicios del consentimiento es posible afirmar la validez de la aceptación.

Y, segundo, como se dijo, es posible concluir que la Sala entiende efectivamente que la ocurrencia de vicios del consentimiento y la violación de derechos fundamentales son dos fenómenos distintos. Ya no se trata de una simple conjetura a partir de una expresión que, siendo bondadosos con la Corte, podría tomarse por confusa. En la providencia descrita es clara la distinción entre una cosa y otra, incluso, mediante el uso una numeración independiente. Pero, si quedara alguna duda, hay que mencionar que en esta decisión la Sala entiende que el fundamento normativo para el control judicial de la aceptación en punto a verificar que ésta esté exenta de vicios en el consentimiento es distinto al fundamento normativo del control que debe ejercer el juez para verificar que con la aceptación no se desconozcan derechos fundamentales:

La facultad de verificar que el allanamiento a cargos esté exento de vicios, se infiere del contenido de los artículos 8º literal i), 131, 293 y 268 inciso primero.

(...)

La potestad del Juez de examinar que la aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, no desconozca los derechos fundamentales, surge del contenido de los artículos 10º, 351 y 368 inciso segundo.

40 Entre muchas otras, Auto del 22 de mayo de 2008, Rad. 29.476 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas), Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32.865 (M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán), Sentencia del 30 de mayo de 2012, Rad. 37.668 (M.P. María del Rosario González Muñoz), Sentencia del 13 de febrero de 2013, Rad. 39.707 (M.P. María del Rosario González Muñoz), Sentencia del 13 de febrero de 2013, Rad. 40.053 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández), Auto del 11 de diciembre de 2013, Rad. 39.726 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), Sentencia SP215 del 18 de enero de 2017, Rad. 46.519 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), Sentencia SP14985 del 20 de septiembre de 2017, Rad. 50.366 (M.P. José Luis Barceló Camacho), Sentencia SP5634 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 51.142 (M.P. Fabio Ospitia Garzón), Auto AP2419 del 1 de junio de 2022, Rad. 57.974 (M.P. Fabio Ospitia Garzón) y Auto AP2489 del 15 de junio de 2022, Rad. 57.214, (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

Ahora bien, las providencias que se presentan a continuación corresponden a un periodo en el que la Sala de Casación Penal fue un poco más detallada en cuanto a los vicios del consentimiento, por lo menos de cara a dar algunos ejemplos de situaciones en las que éstos se podían presentar e, incluso, de las fuentes normativas a las que se debía acudir para darles significado. Por ejemplo, en la *Sentencia de casación del 8 de julio de 2009 (Rad. 31.280)*, la Sala destacó que el juez, al momento de dictar sentencia, debe verificar la verosimilitud de la manifestación del procesado en el sentido de aceptar cargos (en el caso del que se ocupó la Sala, mediante el allanamiento a cargos):

De esta forma se evita incluso la asunción de responsabilidad por terceros ora que el imputado haya sido compelido a aceptar los cargos, medie acuerdo fraudulento para dicho allanamiento o se trate de pactos ilegales, o bien cuando el vicio de su consentimiento obedece a no haber comprendido con suficiencia las consecuencias de su admisión y de la renuncia a las garantías que le son propias.

Se destaca de esta decisión que la Sala entiende que son circunstancias invalidantes de la aceptación de cargos, a la manera de vicios, que el procesado hubiera sido obligado a aceptar los cargos, que lo hubiera hecho como resultado de una colusión (lo que contrasta con una decisión de la misma Sala que será presentada más adelante, en la que se validó una aceptación de cargos que fue producto de un pago por parte de un tercero) y a la incomprensión de las implicaciones de este acto.

Ahora es necesario concederle un espacio generoso a la *Sentencia de casación del 15 de mayo de 2013 (Rad. 39.025)*, comoquiera que ésta es la providencia más importante encontrada en esta investigación, no tanto por la suficiencia de sus contenidos, sino más bien por la precariedad del resto de los materiales disponibles. Pese a todo, esta providencia es la que más se acerca a lo que en la línea jurisprudencial se denomina “sentencia consolidadora de línea”, y, al mismo tiempo, cumple la función de “sentencia dominante”, esto en la medida en que trata con alguna profundidad (o, mejor dicho, con menos superficialidad) el problema de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos en el sistema de la Ley 906 de 2004 y que, además, refleja el estado actual de la jurisprudencia sobre la materia, lo cual explica, además, el hecho de que sea una providencia tan citada en providencias posteriores de la misma corporación⁴¹.

41 Entre muchas otras, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Rad. 39.834 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), Auto AP3263 del 10 de junio de 2015, Rad. 44.993 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), Sentencia SP9379 del 28 de junio de 2017, Rad. 45.495 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Auto AP7161 del 25 de octubre de 2017, Rad. 50.752 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), Auto AP1247 del 4 de abril de 2018, Rad. 52.053 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), Auto AP3641 del 27 de agosto de 2019,

La demanda de casación fue interpuesta por la defensa para reclamar en contra de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia en la que se condenó a un ciudadano por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Pese a que el ciudadano fue capturado en flagrancia y que, por disposición del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 (que modificó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004), la rebaja de pena procedente era sustancialmente menor, la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación le ofreció una rebaja plena, a lo que el procesado accedió, sin ningún tipo de aclaración por parte de la defensa técnica o el juez de control de garantías.

No obstante, el juez de conocimiento condenó con el reconocimiento de una rebaja de pena menor a la ofrecida (de una cuarta parte, bajo la interpretación dominante en ese momento, porque actualmente la interpretación dominante es incluso más restrictiva) por la captura en flagrancia, decisión que a la postre fue validada por el Tribunal y por la Sala de Casación Penal, la cual se abstuvo de casar por no encontrar acreditado un vicio en el consentimiento o la violación de garantías fundamentales. Para la Sala, la fiscal fue clara en indicarle al procesado que si aceptaba cargos tendría derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena, no necesariamente de la mitad de la pena, y que el porcentaje finalmente reconocido estaba dentro de lo prometido; así mismo, resaltó que el procesado estuvo acompañado de su defensora y que la juez hizo las verificaciones pertinentes en punto a la validez de la aceptación.

Dentro de su argumentación, la Sala formuló una definición del consentimiento y de las circunstancias en las que se encuentra viciado. Así pues, en la Sentencia se puede leer que el consentimiento es “la voluntad de las personas libres y capaces con el ánimo de hacer nacer una obligación”, voluntad que puede verse afectada por el error, la fuerza o el dolo, tal como lo establece el artículo 1508 del Código Civil

Rad. 55.718 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), Sentencia STP9325 del 27 de julio de 2021, Rad. 117.851 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Sentencia STP9833 del 3 de agosto de 2021, Rad. 117.992 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Auto AP4296 del 15 de septiembre de 2021, Rad. 55.272 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Sentencia SP5634 del 9 de diciembre de 2021 Rad. 51.142 (M.P. Fabio Ospitia Garzón), Sentencia STP270 del 20 de enero de 2022, Rad. 121.280 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Sentencia STP3720 del 1 de febrero de 2022, Rad. 121.287 (M.P. Hugo Quintero Bernate), Sentencia STP2176 del 1 de marzo de 2022, Rad. 122.055 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Sentencia STP3015 del 15 de marzo de 2022, Rad. 122.615 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Auto AP2489 del 15 de junio de 2022, Rad. 57.214 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán), Sentencia SP031 del 25 de enero de 2023, Rad. 58.720 (M.P. Gerson Chaverra Castro), Auto AP680 del 8 de marzo de 2023, Rad. 55.998 (M.P. Hugo Quintero Bernate), Auto AP1280 del 17 de mayo de 2023, Rad. 59.037 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán), Auto AP1645 del 31 de mayo de 2023, Rad. 59.302 (M.P. Hugo Quintero Bernate), Auto AP3536 del 17 de noviembre de 2023, Rad. 57.078 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).

colombiano (Ley 84 de 1873), referencia que se repite en otras providencias de la misma corporación a propósito de la aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004⁴².

En relación con la fuerza, en la Sentencia se la describe como aquella circunstancia en la cual “el juicio valorativo sobre el alcance de la declaración de voluntad y las respectivas consecuencias es interferido por la coacción o presión externa, física o psicológica”. Pero la misma decisión aclara que no toda fuerza tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, sino sólo aquella que sea “de tal entidad que se genera un estado psicológico de temor que conduce al sujeto a hacer una manifestación contraria a su querer”. Respecto del dolo la Sala comenta brevemente que “equivale a todas aquellas maniobras fraudulentas orientadas a engañar a quien debe emitir su consentimiento para que lo exprese en un sentido determinado”.

Del vicio en el consentimiento del que se ocupa más detenidamente la providencia es del error, lógicamente, porque es el que guarda mayor relación con el caso bajo análisis. Pues bien, la Sala define el error como el “producto de una falsa idea que se forma la persona acerca de los términos del acto jurídico respecto al cual brinda su aprobación”. Luego se encarga específicamente del error respecto de un aspecto de derecho (supuesto de que trata el artículo 1509 del Código Civil colombiano, en el sentido de que un error de esta naturaleza no vicia el consentimiento) para decir que:

Tradicionalmente se ha sostenido con apoyo en los postulados generales de la ciencia jurídica que aquél no comporta ningún vicio de consentimiento porque de acuerdo con el artículo 9º del Código Civil, la ley se presume conocida por todos y por lo tanto, no sería viable alegar ignorancia de la misma para sustraerse de sus consecuencias jurídicas.

No obstante, la Sala reconoce que una disposición como esta tiene que ponerse en sintonía con las particularidades del proceso penal en general, y de la aceptación de cargos en particular, en el entendido de que no resulta tolerable que “se admita ninguna manifestación de autoría o participación en un ilícito si el procesado no conoce a ciencia cierta las consecuencias jurídicas –punitivas– a que se somete”. Consciente de esto, en la misma providencia la Sala define una serie de condiciones que se deben garantizar con el fin de evitar un error invalidante de la aceptación de cargos, entre ellas, que el defensor técnico informe al procesado el sentido y alcance de las normas aplicables al caso, que la Fiscalía sea clara a la hora de formular cargos, y que el juez verifique que el

42 Por ejemplo, en la Sentencia del 20 de noviembre de 2013, Rad. 39.834 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), en el Auto AP2646 del 22 de junio de 2022, Rad. 61.368 (M.P. Gerson Chaverra Castro) y en el Auto AP3046 del 22 de mayo de 2024, Rad. 59.441 (M.P. Hugo Quintero Bernate).

procesado efectivamente entienda los cargos y, por supuesto, las posibilidades y consecuencias de la aceptación.

Sin embargo, como bien lo advirtió Ciro Angarita Barón en su salvamento de voto en la Sentencia T-438 del 1 de julio de 1992, hay una práctica bastante común y peligrosa en la jurisprudencia colombiana, en la cual los jueces motivan sus decisiones con invocaciones grandilocuentes de valores democráticos, pero deciden finalmente de formas profundamente autoritarias, de tal suerte que “lo dicho no se hace y lo hecho no se dice. El pudor de no comentar las sanciones que se establecen conduce al establecimiento de sentencias infundadas, sin pudor”.

La motivación de la Sentencia de casación del 15 de mayo de 2013 (Rad. 39.025) apunta a una de dos soluciones: al reconocimiento de la rebaja de pena plena, según el ofrecimiento hecho por la Fiscalía (solución claramente garantista), o, en su defecto, a la nulidad de la aceptación de cargos por la ocurrencia de un error insalvable del procesado respecto de las consecuencias de su decisión. No obstante, la Sala de Casación Penal optó por la peor decisión para los derechos del procesado: consintió en una condena producto de una aceptación de cargos en la que el procesado tomó su decisión con base en información equivocada respecto de los beneficios que se derivarían de ella.

Otra decisión de la Sala de Casación Penal francamente escandalosa es la *Sentencia de casación del 20 de noviembre de 2013 (Rad. 39.834)*. Esta decisión, que también ha sido citada en varias decisiones de la misma corporación⁴³, trata de un supuesto muy diferente al relatado en la providencia anterior, pero en el que la Sala de Casación Penal decide de un modo alarmante. La demanda fue interpuesta por la defensa con el propósito de que se declarara la nulidad del allanamiento a cargos por virtud del cual se condenó al procesado, comoquiera que la aceptación había sido resultado del pago de una suma de dinero por parte de un tercero con el fin de que la investigación no continuara y así evitar que se extendiera a otras personas supuestamente implicadas (se trataba de un proceso por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público).

Pese a que la Sala dio por probado que el pago existió y que éste se hizo para que el procesado aceptara los cargos, consideró que esa circunstancia no constituía un vicio en el consentimiento y que, en cambio, sí constituía una maniobra orientada a

43 Sentencia SP9379 del 28 de junio de 2017, Rad. 45.495, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), Auto AP5624 del 30 de agosto de 2017, Rad. 48.590 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), Auto AP1247 del 4 de abril de 2018, Rad. 52.053 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), Auto AP1700 del 25 de abril de 2018, Rad. 47.681 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar) y Auto AP1510 del 30 de abril de 2019, Rad. 53.950 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

defraudar el sistema de persecución penal. La Sala descartó la existencia de un vicio en el consentimiento porque la motivación que tuvo el procesado para aceptar los cargos no significó el uso de la fuerza física o moral, de tal suerte que se aniquilara su voluntad:

Ni el pago de una suma de dinero, ni el presunto desconocimiento de las consecuencias que acarrearía la declaración de culpabilidad, estructuran un vicio en el consentimiento por parte el aquí acusado, en primer lugar, porque el ofrecimiento del dinero que finalmente recibió, no estuvo acompañado de violencia física o moral que le infundiera temor, al extremo que no tuviera otra salida que la de inculparse de los hechos para evitar responsabilizar de los mismos al alcalde local, sino que fue el resultado de la aceptación de una propuesta que le hizo el mandatario municipal por conducto de uno de sus asesores.

En el marco de su argumentación, la Sala de Casación Penal acudió a una cita de la Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 1509 del Código Civil colombiano (que, como se dijo, trata sobre el error respecto de un aspecto de derecho). La cita contiene una breve definición de la Corte Constitucional acerca de los vicios del consentimiento, según como están regulados en el Código Civil:

La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él.

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.

El problema que deja en evidencia esta providencia es que la Sala de Casación Penal reduce las condiciones de validez de la aceptación de cargos a la inexistencia de vicios del consentimiento, vicios que, por cierto, son leídos, no en clave del debido proceso penal, sino principalmente en clave privatista, con lo cual situaciones como el pago de una suma de dinero no resultan irregulares (incluso el pago hace parte de la “esencia” de muchos negocios jurídicos). Sin embargo, esto parece sustraer al juez de análisis obligados, por ejemplo, en términos de espontaneidad (tal como lo ordena la Ley 906 de 2004 en sus artículos 283 y 293) o de la ausencia de contraprestaciones (según lo dispuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-425 del 12 de septiembre de 1996).

Ahora es el turno para el *Auto AP8274 del 30 de noviembre de 2016 (Rad. 45.959)*. Como se dijo, en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal se insinúan dos tendencias que representan o deberían representar dos formas muy distintas de acercarse al problema del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos. De un lado, las decisiones en las que se da a entender que los vicios en el consentimiento y la violación de garantías fundamentales son dos fenómenos distintos, que es el caso, por ejemplo, del *Auto del 29 de agosto de 2002 (Rad. 11.702)* y de la *Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25.108)*. Y, de otro lado, las providencias en las que se clasifica a los vicios del consentimiento como una especie de la vulneración de garantías fundamentales, que es el caso, por ejemplo, del *Auto del 8 de marzo de 1996 (Rad. 11.362)* y del auto que ahora se describe.

En este auto se desestimó la demanda de casación con la que la defensa pretendía discutir los fundamentos de la responsabilidad luego de que el procesado hubiera sido condenado como consecuencia de un allanamiento a cargos. La Sala le opuso al demandante la irretractabilidad de la aceptación, “salvo que ese proceso se haya efectuado con transgresión de sus garantías fundamentales, caso en la (sic) cual corresponde al acusado la demostración de alguna irregularidad que haya viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos”. Este fragmento, que, dicho sea de paso, ha sido reiterado en muchas otras providencias de la misma corporación⁴⁴, contrasta con la idea expresada por la Sala en otras decisiones en las que hace transitar a los vicios del consentimiento y a la vulneración de garantías fundamentales por caminos distintos.

Para seguir con el orden cronológico en el que se quieren presentar las providencias, a continuación, se hace una breve reseña del *Auto AP3990 del 21 de junio de 2017 (Rad. 50.229)*. Mediante esta decisión la Sala de Casación Penal inadmitió una demanda de casación con la que la defensa pretendía discutir la condena derivada de un allanamiento a cargos, por un lado, por una supuesta falta de defensa técnica, y, por otro lado, por un supuesto vicio en el consentimiento: al decir del recurrente, la procesada aceptó los cargos con la creencia equivocada de que así podría acceder a la prisión domiciliaria, cosa que no sucedió por la naturaleza

44 Entre otras, *Auto AP3158 del 5 de agosto de 2019, Rad. 52.145 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar)*, *Auto AP3345 del 4 de agosto de 2021, Rad. 57.113 (M.P. Fabio Ospitia Garzón)*, *Sentencia SP5634 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 51.142 (M.P. Fabio Ospitia Garzón)*, *Auto AP1873 del 11 de mayo de 2022, Rad. 58.969 (M.P. Gerson Chaverra Castro)*, *Auto AP1917 del 11 de mayo de 2022, Rad. 52.079 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya)* y *Auto AP2489 del 15 de junio de 2022, Rad. 57.214 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán)*.

del delito (tenencia de armas de fuego) y la pena finalmente impuesta. En su argumentación, la Sala dijo expresamente que:

El error alegado no puede ser cualquiera, sino ciertamente trascendente, puesto que, por ejemplo, deviene, en extremo, cuestionable pensar que una persona acepte su responsabilidad penal, sabiendo que va a ser condenada a una cantidad importante de pena, solamente porque existe la posibilidad del reconocimiento de la prisión domiciliaria, promesa u oferta esta que, en el caso concreto, no aparece manifiesta en la audiencia de formulación de imputación, pues, como recién se reseñó, no hay evidencia de un tal ofrecimiento por parte de la fiscalía.

Sobre la trascendencia del error, así como de cualquier otra circunstancia que apunte a la nulidad, no hay mucho por decir, en tanto es un requisito que parece razonable. Lo llamativo del fragmento citado, y en general de la decisión, es que demuestra la desconexión de los magistrados de la Sala de Casación Penal con el drama del que se ocupan todos los días. Para decirlo en buen romance probatorio, las máximas de la experiencia enseñan que muchas personas están dispuestas a aceptar cargos, y efectivamente lo hacen, aunque les sea impuesta una pena alta, impulsados por la ilusión de evitar caer en alguno de los sitios en los que amontonan a las personas privadas de la libertad en Colombia (o al menos para salir en el menor tiempo posible de ellos)⁴⁵. Decir lo contrario es desconocer por completo, voluntaria o involuntariamente, la magnitud de las tragedias que juzgan.

Ahora el turno le corresponde a la *Sentencia SP5634 del 9 de diciembre de 2021 (Rad. 51.142)*, mediante la cual la Sala de Casación Penal resolvió la impugnación interpuesta por la defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por la misma Sala, aunque por otros magistrados (todo ello en consideración a la fecha de la ocurrencia de los hechos y a que el procesado ostentaba la calidad de magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta). La defensa alegó, entre otras cosas, que el allanamiento a cargos por el cual se llegó a la condena se produjo como resultado de un vicio en el consentimiento “pues, por su avanzada edad y temor a la cárcel, ante la manifestación que realizó el delegado fiscal de apoyar la petición de un subrogado penal, decidió aceptar responsabilidad por unos hechos atípicos”. Sin embargo, la Sala desestimó el argumento del impugnante porque:

45 El profesor Hernando Londoño Berrío describe la situación carcelaria en Colombia como “(...) una violación grave, masiva, estructural y generalizada de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, que, por su magnitud, conduce al desconocimiento de los principios fundantes de la Constitución” (Hernando Londoño Berrío, “Poder punitivo, penas ilegales y democracia”, en *Poderes, Constitución y Derecho*, eds. David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas (Madrid: Dykinson, 2024), 109).

Como bien lo adujo el representante de víctimas en su intervención, de admitirse el argumento del recurrente, esto es, que el allanamiento de su defendido se produjo por el temor de ir a la cárcel, daría lugar a que todo procesado alegara vicio en el consentimiento, pues, el solo hecho de asumir la contingencia de afrontar el cumplimiento de una pena intramural, de suyo produce tribulación y desasosiego.

Esta cita es de una insensibilidad sorprendente, pero al mismo tiempo muy rica para los intereses de este trabajo. La investigación de la que se da cuenta en este artículo, aunque es esencialmente jurídica, responde a la preocupación por la manera en la que los jueces enfrentan el problema ético y político que subyace a unas instituciones jurídicas que estimulan a los procesados a renunciar a sus derechos a cambio de reducirles la dosis de dolor aplicada. Esta cita permite suponer que muchas veces el dilema no es resuelto en favor de los mecanismos referidos, sino que sencillamente no hay dilema, o por lo menos no se lo aborda; se da por descontado que los instrumentos de aceptación de cargos existen, sin que la amenaza que llevan consigo genere alguna inquietud.

¿Por qué, con el uso de las mismas categorías jurídicas con las que se trabaja, no se llega a conclusiones diferentes? Lógicamente porque son categorías abiertas y maleables, que se llenan de contenido con la ideología de los jueces. La redacción del artículo 1513 del Código Civil colombiano, que contempla a la fuerza como vicio del consentimiento⁴⁶, debería ser suficiente para que, en una lectura con la más mínima sensibilidad constitucional, se concluyera la inadmisibilidad de un “negocio” en el que una de las partes es abordada con la amenaza de más o menos dolor, de más o menos pena. ¿Acaso la prisión no nos parece un “mal irreparable y grave” de los que habla el Código Civil? ¿Por qué nos parece lícito un acuerdo en estos términos? Seguramente por muchas razones, y probablemente una de ellas sea querer evitar el dilema ético y político que hay detrás de los mecanismos procesales que aquí se estudian.

Por su parte, la *Sentencia de casación SP3520 del 5 de octubre de 2022 (Rad. 60.553)* da cuenta de un caso no sólo muy doloroso, sino también vergonzoso para el sistema de justicia penal (y se hace referencia no sólo a la jurisdicción, sino también a la Fiscalía y al sistema de defensa). En esta ocasión la Sala resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público en favor de los intereses de un adolescente condenado a veinte meses de prisión (medida que cínicamente

46 “La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”.

llamamos “privación de la libertad en centro de atención especializado”) por el delito de hurto calificado y agravado, como consecuencia de un allanamiento a cargos.

Cuando el juez de conocimiento interrogó personalmente al adolescente con el fin de establecer el cumplimiento de los requisitos de validez de la aceptación, éste le informó que padecía trastorno bipolar y que, además, había aceptado cargos pese a no haberlos entendido. Ante estas manifestaciones, el juez decretó un receso para que la defensa dialogara con el adolescente, luego de lo cual se reanudó la diligencia, la defensora señaló que había asesorado en debida forma al joven, de tal suerte que el juez lo interrogó nuevamente. El adolescente insistió en que no había sido asesorado adecuadamente y que seguía sin entender.

Pese a la oposición de la defensora de familia y de la procuradora, el juez validó el allanamiento con el pretendido argumento de que no se había acreditado que el adolescente padeciera una enfermedad mental y que, en cambio, lo que éste pretendía era retractarse de su aceptación. La procuradora promovió el recurso de apelación, mismo que fue resuelto en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia. La Sala de Casación Penal casó para anular la actuación desde la audiencia de verificación del allanamiento porque:

El vicio de la voluntad que habría determinado el allanamiento del menor imputado estaría referido a que —según lo manifestó éste en la audiencia de verificación—, no entendió los cargos que se le formularon y tampoco recibió asesoría suficiente de su defensora para tomar esa decisión.

De esta sentencia no es relevante su análisis conceptual sobre los vicios del consentimiento, ni tampoco el sentido de la decisión, que era el desenlace necesario en el marco de un Estado Social de Derecho. Lo que conviene destacar de la providencia es la falibilidad de los controles judiciales en punto a la verificación del consentimiento del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos, falibilidad que, en gran medida, obedece a la desidia y al menosprecio de algunos jueces (y magistrados) por las garantías más elementales de cualquier ciudadano, lo cual se torna aún más dramático cuando se trata de sujetos de especial protección (en esta ocasión, no sólo por la edad del procesado, sino también por sus condiciones de salud). El resultado en este caso fue satisfactorio (en la medida de lo posible), en tanto el Ministerio Público insistió y la Sala de Casación Penal finalmente atajó la injusticia que se venía cometiendo, cosa que no fueron capaces de hacer en las instancias. No obstante, cabe preguntar cuántos casos más en los que se presentan injusticias similares ni siquiera llegan a apelación.

Por último, se presenta la *Sentencia de casación SP031 del 25 de enero de 2023 (Rad. 58.720)*, la cual cumplió la función de “punto arquimédico de apoyo”⁴⁷, es decir, que fue la decisión más reciente que se encontró en la que se abordara con alguna suficiencia el problema de los vicios en el consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004 y en la que, además, se relacionaran otras decisiones sobre el tema, lo cual ayudó a orientar el trabajo posterior.

El procesado fue condenado en primera instancia a doscientos veinticuatro meses de prisión como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. La condena se consiguió por la vía del allanamiento a cargos luego de que en la audiencia de formulación de imputación la Fiscalía le ofreciera al procesado una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer. Sin embargo, las sentencias de primera y de segunda instancia sólo reconocieron una rebaja de una octava parte de la pena a imponer.

Los falladores de primera y de segunda instancia negaron el reconocimiento de la rebaja plena porque el procesado fue capturado en flagrancia, por lo que le dieron aplicación al parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 (adicionado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011), de tal suerte que sólo le reconocieron una rebaja del 12,5 % de la pena imponer. Sin embargo, cuando la Fiscalía le hizo el ofrecimiento al procesado de una rebaja de hasta la mitad de la pena, la tesis dominante en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal lo permitía, incluso, aunque hubiera habido captura en flagrancia.

La Ley 1826 de 2017, que trata sobre el acusador privado y el procedimiento especial abreviado, contempló para este trámite especial que, aunque el procesado fuera capturado en flagrancia, se le debía reconocer la rebaja plena dispuesta para cada etapa procesal (artículo 16). Durante un tiempo, la Sala de Casación Penal reconoció la aplicación de esta disposición a procesos tramitados no sólo por la vía del procedimiento especial abreviado, sino también del procedimiento ordinario, como reconocimiento de los principios de igualdad y favorabilidad⁴⁸. Sin embargo, en el momento en el que se dictaron las sentencias de primera y de segunda instancia, la Sala de Casación Penal ya había cambiado su criterio, para afirmar que la norma aludida de la Ley 1826 de 2017 no era aplicable a supuestos tramitados conforme a las reglas del procedimiento ordinario⁴⁹.

47 Cf. Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, 168-170.

48 Sala de Casación Penal, Sentencia SP1763 del 23 de mayo de 2018, Rad. 51.989 (M.P. José Luis Barceló Camacho) y Sentencia STP14140 del 31 de octubre de 2018, Rad. 101.256 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

49 Sala de Casación Penal, Auto AP5266 del 5 de diciembre de 2018, Rad. 52.535 (M.P. Fernando

La conclusión de la Sala de Casación Penal fue que en este caso se presentó un vicio en el consentimiento, concretamente un error, que, aunque en principio debía derivar en la nulidad, en este caso concluyó en el reajuste de la pena para reconocerle al procesado la rebaja de pena prometida por la Fiscal. La solución de la Sala es correcta, en el sentido de reajustar la pena en lugar de declarar la nulidad, comoquiera que esta última solución le supondría al procesado un riesgo de recibir una pena incluso mayor a la impuesta originalmente. Sin embargo, es una solución correcta por una razón equivocada, toda vez que el procesado no aceptó cargos bajo un error, esto es, bajo un convencimiento equivocado sobre la realidad jurídica, porque él aceptó los cargos bajo las “reglas de juego” aplicables en ese momento, sin perjuicio de que el criterio jurisprudencial hubiera cambiado con posterioridad.

Aun así, vale la pena rescatar lo que se dice en esta sentencia sobre los vicios en el consentimiento. La sentencia acude a la Sentencia del 15 de mayo de 2013 (Rad. 39.025), presentada con anterioridad, para afirmar que los vicios en el consentimiento son los enlistados en el artículo 1508 del Código Civil, errores que deben ser leídos según lo que se indicó en el cuerpo de dicha providencia. Agrega la Sala que el error debe ser transcendental, de tal suerte que debe generar “una deformación de la realidad con tal capacidad de dirigir su voluntad hacía (sic) un resultado que no es el esperado”.

Esta providencia llama la atención porque si bien la decisión finalmente adoptada por la Sala protege los intereses del procesado, contrasta con el sentido de otras providencias de la misma corporación, incluso citadas en esta providencia (el caso de la Sentencia del 15 de mayo de 2013, Rad. 39.025) en las que, en supuestos similares, se negó la existencia de un vicio del consentimiento para mantener condenas injustamente altas o negar la retractación del procesado.

3. La desconstitucionalización del problema

Los mecanismos de aceptación de cargos suponen renunciaciones para el procesado y de manera alguna para el Estado, porque un día de prisión que se deja de aplicar no es una pérdida para éste ni para nadie, sino, tan sólo, y, por si fuera poco, menos dolor sobre la tierra. Bien lo indica el literal L del artículo 8º de la Ley 906 de 2004 cuando reconoce que a través de estos mecanismos el procesado renuncia al derecho a un juicio previo (con todas las características que éste adopte en cada régimen procesal penal) y al derecho a no ser obligado a autoincriminarse, en concreto, en cuanto a la garantía a no ser obligado a declarar contra sí mismo. Sin embargo, la renuncia a

estas dos garantías conlleva la renuncia a muchas otras, como a la proporcionalidad de las penas, a la contradicción, a la publicidad y a la presunción de inocencia⁵⁰.

En palabras de Gabriela Córdoba, “la supresión del juicio implica, en verdad, la aniquilación de todo el modelo garantista del sistema penal”⁵¹. A fin de cuentas, el sistema constitucional de garantías (y no se hace mención exclusivamente a las garantías penales y procesales penales) es eso, un sistema, entendido como una compleja red de asociaciones, en la que la efectividad de una garantía depende de la realización de otras. Por eso, cuando aquí se dice que el juicio previo y la no autoincriminación son las dos garantías más sensiblemente comprometidas con los mecanismos de aceptación de cargos, se dice exactamente eso, que son las garantías más directamente amenazadas o conculcadas con este tipo de mecanismos, aun cuando ello también supone una amenaza y vulneración de otras garantías que integran el sistema constitucional de garantías: ¿o acaso, para poner tan sólo un ejemplo, una indebida limitación a la garantía a no ser obligado a declarar contra sí mismo no es, al mismo tiempo, el desconocimiento de la dignidad humana?

Ahora bien, este texto no se ocupa de la cuestión acerca de si el juicio es o no renunciable, aunque se tiene la idea de que no lo es, porque el juicio es, entre otras cosas, una condición de racionalidad y legitimidad de la intervención penal (en todo caso irracional e ilegítima), de tal suerte que, para decirlo con Ferrajoli, “ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales”⁵². Otra cosa sucede con la garantía de la no autoincriminación (y con ella a no ser obligado declarar contra sí mismo), que es esencialmente renunciable, porque no protege al ciudadano de que haga o diga cosas que le puedan generar consecuencias jurídico-penales negativas, sino de no ser obligado a ello.

Supóngase en gracia de discusión que el juicio es un derecho renunciable; así mismo, que los mecanismos de aceptación de cargos pueden ir acompañados de la voluntad del perseguido, y que la compensación punitiva con la que se promueve

50 Piénsese, por ejemplo, en lo dicho por la Sala de Casación Penal en la Sentencia SP2491 del 11 de septiembre de 2024, Rad. 62.354 (M.P. Myriam Ávila Roldán), en sentido de que “(...) el estándar de conocimiento para proferir sentencia condenatoria en los casos de terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos en allanamientos y preacuerdos corresponde a la inferencia razonable de autoría o participación (imputación), o probabilidad de verdad (acusación), según el caso, en el marco de un mínimo de elementos materiales probatorios, y no al conocimiento más allá de toda duda (producto de la práctica probatoria en el juicio oral)”. En definitiva, la Sala “derogó” el contenido del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 7º de la Ley 906 de 2004 para autorizar, ni más ni menos, que se condene a un ciudadano a pesar de la duda.

51 Gabriela Córdoba, *El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación*, 246.

52 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 861.

su sujeción a este tipo de mecanismos es legítima y que no es, por sí misma, un instrumento de coacción. Suponiendo todo eso, hay que decir que la renuncia al juicio y a la no autoincriminación no puede ser sino voluntaria, porque nadie renuncia bajo coacción, porque no hay elección posible.

Así las cosas, los dispositivos jurídicos para la protección del consentimiento del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos están al servicio de la protección de las garantías a un juicio previo y a no ser obligado a autoincriminarse, y con ellas, de todo el sistema constitucional de garantías. Es una verdad de Perogrullo, pero hay que decir que los niveles de rigurosidad en la comprobación del consentimiento del procesado guardan una relación directa con el grado de protección del sistema constitucional de garantías en su conjunto.

En este orden de ideas, se trata de analizar la jurisprudencia presentada con anterioridad para intentar establecer si las interpretaciones de la Corte Constitucional y, en especial, de la Sala de Casación Penal (porque, como se vio, a pesar de la precariedad conceptual, es en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal donde se alcanzan mayores desarrollos del tema de investigación) sobre los vicios del consentimiento en el contexto de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, ofrecen o no algún grado de protección para las garantías de los procesados.

En el marco de ese análisis se identificó un fenómeno que aquí se llamó “la desconstitucionalización del problema”, porque refleja muy bien a lo que se quiere hacer referencia: la negación más o menos expresa que se hace en algunas providencias (alarmantemente en muchas) de la Sala de Casación Penal (es un fenómeno identificado principalmente en la jurisprudencia de esta corporación) de la dimensión constitucional (ius-fundamental para ser más exactos) del problema del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos.

Esta desconstitucionalización se expresa principalmente de dos maneras. En primer lugar, sustrayéndole el contenido ius-fundamental al análisis de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos. Y, en segundo lugar, privilegiando la categoría de vicios del consentimiento (además, en una interpretación marcadamente ius-privatista), sobre otras categorías (como las de consciencia, libertad, voluntad, espontaneidad, información y defensa) también contenidas en la norma procesal penal e, incluso, en la jurisprudencia constitucional.

Sobre la primera expresión de la desconstitucionalización del problema, esto es, de la negación de la dimensión constitucional de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos, cabe comentar que se

trata de una tendencia que si bien no define a toda la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, y que incluso contrasta con algunas decisiones de esa misma corporación en las que se reivindica la dimensión ius-fundamental del problema, sí está constituida por un número significativo de providencias, al menos las suficientes para preocuparse.

Según lo encontrado en la investigación, esa tendencia se instaló en la Sala de Casación Penal con el Auto del 29 de agosto de 2002 (Rad. 11.702), en el que aparentemente se distinguió entre vicios del consentimiento y la violación de garantías fundamentales, cuando en el estudio de un caso en el que el procesado se acogió a la sentencia anticipada, comentó que la decisión del procesado había sido “libre y voluntaria, sin que se aprecie desde ningún punto de vista vicios del consentimiento o vulneración de las garantías fundamentales de aquél”, expresión que, como se dijo, es reproducida, casi en su literalidad, en muchas decisiones posteriores de la misma corporación.

Sin embargo, esta sola expresión podría ser insuficiente para concluir que la Sala de Casación Penal entiende que los vicios del consentimiento no implican una vulneración de garantías fundamentales de los procesados. Fundar una conclusión a partir de un dato gramatical respecto de una corporación judicial descuidada con la composición formal de sus textos parece inadecuado⁵³. Alguien podría alegar que la expresión transcrita es equivocada o sólo equívoca. Sin embargo, no parece ser un simple error, o el uso desprevenido de una expresión, por tres razones. Primero, porque se repite en muchas decisiones posteriores de la Sala de Casación Penal (y muchísimo más cuando el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 introdujo el parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004), algunas de ellas incluso muy recientes⁵⁴.

Segundo, porque la Sala ha proferido muchas otras providencias donde la distinción entre violación de garantías fundamentales se hace mucho más evidente, como es el caso de la Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25.108), en la que en un párrafo en el que se hace un listado de las constataciones que debe realizar el juez en caso de aceptación de los cargos, se los identifica con numerales

53 El caso más reciente que pone en evidencia la mala confección de las providencias de la Sala de Casación Penal es la Sentencia STP13121 del 4 de octubre de 2024, Rad. 139.685 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo), en el que aparentemente se consignaron párrafos enteros elaborados con la llamada “inteligencia artificial”.

54 Como los Autos AP3287 del 27 de octubre de 2023, Rad. 63.329 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP2223 del 24 de abril de 2024, Rad. 56.201 y AP3046 del 22 de mayo de 2024, Rad. 59.441 (M.P. Hugo Quintero Bernate).

independientes, lo cual se reproduce en muchas decisiones posteriores, algunas de ellas también relativamente recientes⁵⁵.

Y tercero, porque rara vez el contenido de las decisiones de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento en el marco de la aceptación de cargos se compadece con una lectura constitucional de aquellos. La generalidad es que se acuda a los vicios del consentimiento sin explicar su significado y alcance, y que, en las pocas ocasiones en las que sucede, la Sala lo haga de una manera muy superficial mediante la invocación de las normas del Código Civil colombiano (artículos 1508 y siguientes). Mejor dicho, existe una comprensión marcadamente ius-privatista de los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

La única providencia en la que la Sala hace expresa la necesidad de leer los vicios del consentimiento (se refiere específicamente al error sobre un aspecto de derecho) en clave del proceso penal y no del derecho privado, es la Sentencia del 15 de mayo de 2013 (Rad. 39.025) y en ninguna otra de las que se hallaron y trabajaron. En esta providencia, como se dijo, la Sala de Casación Penal concluyó que el artículo 1509 del Código Civil, según el cual “el error sobre un punto derecho no vicia el consentimiento”, debía morigerarse porque no resulta admisible que en el proceso penal se valide una aceptación de cargos cuando el procesado no comprende las implicaciones jurídicas de su decisión. Aun así, el resultado fue contrario a los intereses del procesado.

Y no habría ningún problema con que se acudiera al derecho privado para encontrar elementos de análisis del consentimiento (que, a fin de cuentas, es una categoría general del derecho) en el contexto del proceso penal, si esa no fuera la única perspectiva que se adopta. Pero someter las relaciones jurídico-penales de las que se ocupa la persecución penal a la lógica del derecho privado, y en especial a las lógicas negociales, es tremendamente peligroso, porque es someter a las garantías a la lógica de los intercambios y representarse al sujeto capaz de obligarse en el proceso penal en las mismas condiciones que el sujeto capaz de obligarse civilmente, cuando el contexto psicológico y jurídico es radicalmente distinto.

El derecho privado (incluso en las tendencias recientes que apuntan a su constitucionalización) no conoce algunas categorías esenciales del derecho penal (al menos del derecho penal liberal, como se supone que debería ser según el pacto

55 Entre otras, Sentencia SP5634 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 51.142 (M.P. Fabio Ospitia Garzón), Auto AP2419 del 1 de junio de 2022, Rad. 57.974 (M.P. Fabio Ospitia Garzón) y Auto AP2489 del 15 de junio de 2022, Rad. 57.214, (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos), y si las conoce no es con el mismo significado que en el contexto del derecho penal, como es el caso de los conceptos de culpabilidad, debido proceso, principio acusatorio, presunción de inocencia, derecho de defensa y no autoincriminación. Incluso, hay una hipótesis que no se logró explorar de forma suficiente en la investigación, y que bien podría perfilarse como un tema de investigación posterior, según la cual las concepciones ius-privatistas sobre los vicios del consentimiento que caracterizan a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004, ni siquiera se compadecen con las tendencias actuales del derecho privado, que, como se dijo, intentan imprimirle una cierta sensibilidad constitucional a los conceptos y a los problemas de los que se ocupa.

Finalmente, el segundo escenario de desconstitucionalización del consentimiento de la voluntad del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, ocurre cuando la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (porque en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se advierte el fenómeno contrario) limita su análisis a las categorías de vicios del consentimiento, en perjuicio de otras categorías que también se encuentran contempladas en dicha ley y en la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Si bien es cierto que el parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 (que, como se dijo, no le pertenece a la redacción original del Código de Procedimiento Penal, sino a la modificación que introdujo el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011), es igualmente cierto que la misma ley condiciona expresamente la aceptación de cargos a que sea una manifestación libre, consciente, espontánea, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa técnica (artículos 8º, 131, 283, 293, 368, 539 y 542).

Sin embargo, en muchas providencias de la Sala de Casación Penal se advirtió cómo las demás categorías eran absorbidas, desplazadas o invisibilizadas por la categoría de vicios del consentimiento, con lo cual se limitan las posibilidades de análisis y de respuesta de la Sala en perjuicio de las garantías de los procesados. Por ejemplo, en la Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Rad. 25.108), la Sala recordó que el juez debe verificar "que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento (sic)".

Este fragmento, que, como se dijo, ha sido reproducido en muchas otras providencias posteriores de la misma corporación, ciñe la voluntariedad, la libertad, la espontaneidad y la información a los vicios del consentimiento, como si esas condiciones estuvieran garantizadas con la sola ausencia de vicios del

consentimiento. Un fragmento similar se encuentra en la Sentencia SP436 del 28 de febrero de 2018 (Rad. 51.833), en la cual la Sala de Casación Penal dijo que “se respetaron las garantías fundamentales que le asisten al procesado y que éste manifestó su consentimiento de manera libre, voluntaria, asesorada y debidamente informada. Es decir, que aquél se encuentra exento de vicios”.

Sin embargo, más allá de las razones gramaticales, es posible ver cómo algunas providencias de la Sala de Casación Penal invisibilizan algunas de las condiciones de validez establecidas en la Ley 906 de 2004 en favor de la categoría de vicios en el consentimiento. Tal es el caso de lo sucedido en la Sentencia del 20 de noviembre de 2013 (Rad. 39.834), en la que, como ya se mencionó, la Sala validó un allanamiento a cargos que estuvo impulsado por el pago de una suma de dinero.

En esta providencia la Sala descartó la ocurrencia de un vicio en el consentimiento, lo cual es apenas lógico si se parte de una comprensión de dichos vicios limitada al contexto de los negocios privados, porque en ellos el precio es, muchas veces, de la “esencia” del contrato. Pero la Sala no se permitió un análisis a partir de la “espontaneidad” establecida en los artículos 283 y 293 de la Ley 906 de 2004. Tampoco tuvo en cuenta que la Corte Constitucional en la Sentencia C-425 del 12 de septiembre de 1996 dijo que la sentencia anticipada (institución equivalente al allanamiento a cargos) debía producirse sin contraprestaciones.

Aquí el problema es que la Sala de Casación Penal pareciera entender que el análisis de los vicios del consentimiento la dispensa de analizar otras categorías fundamentales para la validez de la aceptación de cargos, casi como si las derogara. Desde luego que la solución debe pasar por analizar todas las categorías como complementarias y, en todo caso, con suficiente sensibilidad constitucional para reducir los niveles de violencia e irracionalidad del sistema penal.

En resumen, las interpretaciones dominantes al interior de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal no ofrecen, ni siquiera en teoría, suficientes garantías de que el procesado se someta al allanamiento a cargos y a los preacuerdos del sistema de la Ley 906 de 2004 de manera voluntaria, comoquiera que lo deja vulnerable ante toda suerte de interferencias, que van desde la promesa de remuneraciones, pasando por promesas imposibles de cumplir, hasta la ignorancia comprobada de las consecuencias de su decisión.

De esta manera también quedan expuestas las garantías a un juicio previo y a no ser obligado a autoincriminarse, en tanto éstas sólo son renunciables (si acaso el juicio lo fuera) en el entendido de que el procesado sea consciente y libre en su decisión, pero las interpretaciones judiciales referidas no son efectivas en su verificación. Por

esta vía quedan expuestas todas las demás garantías constitucionales directa o indirectamente relacionadas con la persecución penal. Todo lo anterior, con particular dramatismo cuando se trata de sujetos especialmente vulnerables, que además son la “clientela” predilecta del sistema penal (por ejemplo, población empobrecida, racializada y enferma).

Entonces, mientras el sistema penal exista, y con él los mecanismos de aceptación de cargos (porque la tendencia político-criminal global y nacional apunta al fortalecimiento de estos mecanismos con el pretendido propósito de aliviar las condiciones tan tremendamente calamitosas que padece la administración de justicia), no se puede más que reclamar la constitucionalización del problema del consentimiento del procesado.

Para el caso del allanamiento a cargos y de los preacuerdos de la Ley 906 de 2004, esto se puede lograr por lo menos a través de dos vías: (i) involucrando en el análisis de la voluntad del procesado en cada caso concreto de aceptación de cargos, a todas las categorías dispuestas constitucional, legal y jurisprudencialmente para la validez de dicha aceptación, esto es, no sólo la categoría de vicios del consentimiento, sino también las de espontaneidad, consciencia, voluntariedad, libertad, defensa e información; y (ii) vinculando el significado y el alcance de cada una de estas condiciones (también de los vicios del consentimiento) a la efectividad de la garantía a un juicio previo, a no ser obligado a autoincriminarse y a todas las demás garantías a las que renuncia el procesado al momento de aceptar los cargos.

4. Excurso: sobre la función ideológica de la jurisprudencia

Para Nietzsche la idea de la equivalencia entre el perjuicio y el dolor (que es la equivalencia misma entre el delito y la pena) obedece a “la relación contractual entre acreedor y deudor, que es tan antigua como la existencia de ‘sujetos de derechos’, y que, por su parte, remite a las formas básicas de compra, venta, cambio, comercio y tráfico”⁵⁶. En este mismo sentido, Pashukanis sostiene que “la idea del equivalente, esta primera idea puramente jurídica, encuentra de nuevo su origen en la forma de mercancía. La proporción entre el delito y la reparación se reduce igualmente a una proporción de cambio”⁵⁷.

Esta idea, que es muy evidente en el plano del derecho penal sustantivo (por ejemplo, el principio de proporcionalidad de la pena tiene en su centralidad la idea

56 Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral*. (Buenos Aires: Alianza Editorial, 2014), 92.

57 Yevgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*. ([s.l.]: Irrecuperables-Ediciones Extáticas, 2022), 155.

de la equivalencia), puede extrapolarse al plano del derecho procesal penal para intentar entender muchas instituciones, como los mecanismos de aceptación de cargos, en los que la lógica del cambio salta a la vista: los derechos del perseguido y la pena (que en últimas es una porción más o menos grande de libertad, de dignidad, de vida...) son los “bienes” con los que se comercia en estos mecanismos. Sin embargo, todo mercado requiere sujetos capaces de obligarse, sujetos que en las relaciones capitalistas se representan como poseedores de mercancías que están impulsados por su egoísmo⁵⁸.

La representación del sujeto en estos términos es una mera ficción, aceptada y reclamada para posibilitar la circulación de bienes bajo un modelo de mercado, pero finalmente es una ficción sin representación en la realidad. En la mayoría de las ocasiones las personas no actúan en el mercado como sujetos racionales y egoístas, sino, más bien, como sujetos determinados por condiciones de terrible necesidad, al punto de que su voluntad es materialmente inexistente. Sólo es libre quien puede elegir, y la necesidad no permite elegir, ya sea en el intercambio de bienes, en el mercado laboral o en el proceso penal.

El procesado siempre estará en condiciones de extrema necesidad frente al sistema penal, porque está tratando de proteger su libertad y su vida: difícilmente algo podría ser más apremiante que eso. Pero, como se dijo, los mecanismos de aceptación de cargos llevan la persecución penal a niveles aún más intensos de coerción, en el entendido de que el procesado se ve obligado a decidir (permítase el oxímoron) entre renunciar a sus derechos, o reclamarlos y someterse a una pena más severa en la eventualidad de una condena. Allí no hay sujeto capaz sino porque el sistema penal supone que lo es, pero no porque lo sea. Para decirlo nuevamente con Foucault, es la “conocida pretensión del poder que quiere forzar a ser libres a aquellos a quienes somete”⁵⁹.

Y, dado el carácter estructuralmente discriminador y selectivo del sistema penal, la mayoría de las veces la persecución penal se concentra en las personas empobrecidas, racializadas y enfermas, lo cual hace aún más dramática la decisión del procesado frente a la aceptación de cargos. Así lo han denunciado Garapon y Papadopoulos, en el sentido de que el derecho procesal penal contemporáneo ofrece una justicia de “dos velocidades”, según lo que pueda y esté dispuesto a pagar el procesado: una justicia reservada para los pocos que pueden permitirse una adecuada defensa técnica, “y otra para los pobres, las minorías raciales y los discapacitados mentales —la gran mayoría

58 Ibid., 140.

59 Michel Foucault, *Obrar mal decir la verdad*, 25.

de asuntos—, cuya suerte es frecuentemente fijada por una discusión informal tras bambalinas del palacio, sin ningún medio de defensa de su parte”⁶⁰.

Bajo estas condiciones es inconcebible que el perseguido brinde su consentimiento, y, aun así, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia insisten en la posibilidad de que el procesado decida bajo condiciones de elección racional: “la teoría muestra que el inculcado debidamente asesorado está en capacidad de ponderar las ventajas y desventajas que acarrea su sometimiento a la administración de justicia”⁶¹. Por supuesto, una creencia como ésta demanda la construcción de un sujeto ideal y abstractamente capaz, que se ve reforzada por la jurisprudencia cuando examina esa capacidad a la luz de interpretaciones superficialmente privatistas y “desconstitucionalizadas”, arrastrando consigo las injusticias del modelo económico, y, de paso, legitimando unas interacciones económicas y jurídicas donde todo puede ser vendido y comprado (incluso la dignidad, la libertad y la vida), porque, a fin de cuentas, todo tiene un equivalente (un precio).

Pero ese efecto legitimador no es accidental, sino que, más bien, y como se dijo desde la introducción de este artículo, obedece a la función ideológica que cumple la jurisprudencia para “la reproducción de las relaciones de producción, es decir, las relaciones capitalistas de explotación”⁶². De acuerdo con Althusser, el derecho no sólo pertenece a los “aparatos represivos del Estado” (que es su función más evidente), sino que también pertenece al “sistema de los aparatos ideológicos de Estado”⁶³. Concretamente frente al derecho penal (y dentro de él la jurisprudencia penal), cabe indicar que, aunque en éste prevalece su dimensión represiva (el derecho penal es, por definición, un sistema represivo), también cumple una función ideológica:

El sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos.⁶⁴

Y esa función ideológica se despliega, entre muchas otras formas, mediante

60 Antonine Garapon e Ioannis Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law* (Bogotá: Legis, 2006), 56.

61 Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Estructura y garantías procesales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 865.

62 Louis Althusser, *Ideología y apartados ideológicos de Estado*, 35.

63 Ibid., 25.

64 Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*. (Montevideo: B de F Editores, 2004), 301.

las interpretaciones judiciales que aquí se analizaron. En la jurisprudencia estudiada prevalece la idea del procesado como sujeto capaz de obligarse en el negocio que se le presenta con los mecanismos de aceptación de cargos, y su capacidad es evaluada casi como si estuviera participando del tráfico ordinario de bienes y servicios que acontece en el mercado.

En otras palabras, la mercantilización del proceso penal por la vía de los mecanismos de aceptación de cargos, así como de las interpretaciones judiciales sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004, afianzan la idea de que todo (incluso la libertad y las garantías constitucionales) pueden ser negociadas (todo a partir de un complejo sistema de regulación de “precios”, esto es, de concesión de rebajas y otras compensaciones punitivas), en tanto es el resultado de la voluntad de sujetos abstractamente capaces, sin la más mínima atención por sus condiciones materiales de decisión, todo ello con el propósito de la circulación de la mercancía o, para el caso concreto, del adecuado funcionamiento del sistema de administración de justicia penal.

Conclusiones

Si los hallazgos y las reflexiones que se hicieron en este artículo, en el informe final de investigación y, en general, en la investigación que aquí se recoge, tuvieran que resumirse en una única conclusión, ésta podría formularse en términos de que las posiciones dominantes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en especial, de la Sala de Casación Penal sobre los vicios del consentimiento en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos de la Ley 906 de 2004, no brindan suficientes garantías para evitar que los perseguidos se sometan a este tipo de mecanismos obligados, engañados o sin la debida información.

Que así sean las cosas supone, en primer lugar, una seria amenaza para la efectividad del sistema constitucional de garantías penales y procesales penales, comoquiera que deja expuestas, por ejemplo, la garantía a un juicio previo y a no ser obligado a declarar contra sí mismo (y de paso a todas las demás garantías que se relacionen o que dependan de la efectividad de las dos garantías mencionadas) a presiones (de por sí indebidas), a la ignorancia o, sencillamente, a la inercia del sistema de persecución penal que, debido a su mecanización y burocratización, no suele ver sino radicados y frías estadísticas, pero no dramas humanos particulares, dolores que carcomen almas, cuerpos, familias y comunidades.

Sin embargo, para mayor especificidad en las conclusiones de este artículo, conviene resaltar que las disposiciones de la Ley 906 de 2004 (y las leyes que

la modifican) sobre el allanamiento a cargos y los preacuerdos son confusas, desordenadas y en muchos aspectos insuficientes. Eso es exactamente lo que sucede con las disposiciones relativas al consentimiento del procesado en el marco de estos mecanismos, las cuales apenas mencionan que la manifestación de procesado debe ser libre, consciente, espontánea, voluntaria y debidamente informada, condiciones que tienen que ser verificadas por la jurisdicción en el interrogatorio personal del procesado, sin que se detalle en qué consisten dichas condiciones ni cómo debe hacerse ese interrogatorio.

Bajo estas condiciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en especial, de la Sala de Casación Penal, han suplido las deficiencias de la legislación. Para ello han acudido a la categoría de vicios del consentimiento (o vicios de la voluntad, como también les llaman) para intentar explicar cuándo no es válida la aceptación. No obstante, es preciso aclarar que el uso de dicha categoría para explicar la voluntad del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación no emergió durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906), sino de 1991 (Decreto 2700 de 1991).

Las primeras providencias que se documentaron en este sentido fueron el Auto del 8 de marzo de 1996 (Rad. 11.362) de la Sala de Casación Penal y la Sentencia C-425 del 12 de septiembre de 1996. No obstante, el uso de la categoría de los vicios del consentimiento para explicar la voluntad del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación por parte de la Corte Constitucional ha sido muy ocasional y, cuando lo ha hecho, no ha profundizado en el significado de dichos vicios en abstracto, ni del error, la fuerza o el dolo en concreto. Sin embargo, la Corte Constitucional ha abordado el consentimiento del procesado en el contexto de dichos mecanismos principalmente a partir de otras categorías, verbigracia, la libertad, la consciencia, la espontaneidad, la información y la defensa técnica.

En cambio, la Sala de Casación Penal sí ha acudido permanentemente a los vicios en el consentimiento para examinar la voluntad del procesado en el marco de los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004, práctica que se intensificó a partir de la expedición de la Ley 1453 de 2011. Sin embargo, a pesar de que la Sala de Casación Penal recurre permanentemente a los vicios del consentimiento en el contexto referido, rara vez se da a la tarea de fijar el contenido y el alcance de dichos vicios, y, cuando lo hace, por lo general es de manera superficial mediante la remisión a las normas del Código Civil que se encargan de su regulación en el campo privado (artículo 1508 y siguientes).

No obstante, salvedad hecha de lo acontecido en algunas providencias muy puntuales, la Sala de Casación Penal ha sido incapaz de construir una teoría de los vicios del consentimiento en la que se resalte su dimensión ius-fundamental en el contexto de los mecanismos de aceptación de cargos y del proceso penal en general. En cambio, se ha instalado una tendencia en la que asume que la ocurrencia de vicios del consentimiento y la vulneración de garantías fundamentales son dos fenómenos distintos, como si aquéllos, en el marco de la persecución penal y concretamente de la aceptación de cargos, no conllevaran, por sí mismos, una amenaza para todo el sistema constitucional de garantías (y no sólo de las garantías penales y procesales penales).

Así mismo, se identificó una tendencia al desplazamiento de algunas categorías fijadas por el legislador para el análisis de la voluntad del procesado en los mecanismos de aceptación de cargos del sistema de la Ley 906 de 2004 (como la espontaneidad, la defensa y la debida información) en favor de los vicios del consentimiento. Dicho de otro modo, es como si analizar los vicios del consentimiento dispensara al juez de analizar todas las demás condiciones establecidas en la norma procesal penal de cara a la verificación del consentimiento del procesado, cuando lo que debería suceder es que todas estas condiciones (incluyendo a los vicios del consentimiento) se leyeran conjunta y sistemáticamente para una comprobación más rigurosa de la voluntad del perseguido y, por esta vía, lograr una mayor efectividad del sistema constitucional de garantías.

Referencias

- Althusser, Louis. *Ideología y apartados ideológicos de Estado*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2003.
- Anitua, Gabriel Ignacio. "El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva". En *El procedimiento abreviado*, compilado por Julio Maier y Alberto Bovino, 137-160. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 13 de junio). *Constitución Política de 1991*. Gaceta Constitucional n.º 114.
- Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo: B de F Editores, 2004.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Estructura y garantías procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Binder, Alberto. *Justicia penal y Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- Bovino, Alberto. "Procedimiento abreviado y juicio por jurados". En *El procedimiento*

abreviado, compilado por Julio Maier y Alberto Bovino, 53-95. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F Editores, 2004.

Calle Calderón, Armando Luis. "Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación". *Nuevo Foro Penal*, n.º67, (2005): 84-99.

Castaño Vallejo, Raúl. "El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional". *Nuevo Foro Penal*, n.º80, (2013): 165-185.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia*. s.l. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 2 de noviembre). Ley 81 de 1993. *Por la cual se introducen modificaciones al Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n.º 41.098.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 600 de 2000. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n.º44.097.

Congreso de la República de Colombia. (2004, 1 de septiembre). Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n.º45.648.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Diario Oficial n.º46.446.

Congreso de la República de Colombia. (2006, 29 de diciembre). Ley 1121 de 2006. *Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones*. Diario Oficial n.º46.497.

Congreso de la República de Colombia. (2010, 17 de agosto). Ley 1407 de 2010. *Por la cual se expide el Código Penal Militar*. Diario Oficial n.º47.804.

Congreso de la República de Colombia. (2011, 24 de junio). Ley 1453 de 2011. *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*. Diario Oficial n.º48.110.

Congreso de la República. (2011, 24 de noviembre). Acto Legislativo 06 de 2011. *Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política*. Diario Oficial n.º48.263.

Congreso de la República de Colombia. (2015, 6 de julio). Ley 1761 de 2015. *Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones*. (Rosa Elvira Cely). Diario Oficial n.º49.565.

- Congreso de la República de Colombia. (2017, 12 de enero). Ley 1826 de 2017. *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*. Diario Oficial n.º50.114.
- Congreso de la República de Colombia. (2018, 18 de enero). Acto Legislativo 01 de 2018. *Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia t a impugnar la primera sentencia condenatoria*. Diario Oficial n.º50.480.
- Congreso de la República de Colombia. (2022, 25 de enero). Ley 2197 de 2022. *Por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º51.928.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Diario Oficial n.º2.867.
- Córdoba, Gabriela. "El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación". En *El procedimiento abreviado*, compilado por Julio Maier y Alberto Bovino, 229-250. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2022*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2023.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-438/1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1 de julio de 1992).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-425/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 12 de septiembre de 1996).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-193/05 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 3 de marzo de 2005).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-1195/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería, 22 de noviembre de 2005).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-1260/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 5 de diciembre de 2005).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-993/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería, 29 de noviembre de 2006).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-330/13 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 5 de junio de 2013).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-668/13 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 24 de septiembre de 2013).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-284/15 (M.P. Mauricio González Cuervo, 13 de mayo de 2015).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-479/19 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 15 de octubre de 2019).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-380/21 (M.P. Diana Fajardo Rivera, 3 de noviembre de 2021).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Auto A-178/22 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 16 de febrero de 2022).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-014/23 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, 2 de febrero de 2023).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 7 de septiembre). Sentencia. Caso Tibi contra Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 29 de mayo). Sentencia. Caso Norín Catrimán y otros contra Chile.

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 8 de marzo de 1996. Rad. 11.362 (M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 1998. Rad. 11.741 (M.P. Edgar Lombana Trujillo).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 28 de febrero de 2002. Rad. 10.517 (M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 29 de agosto de 2002. Rad. 11.702 (vCarlos Augusto Gálvez Argote)

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 19 de junio de 2003. Rad. 14.632 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de junio de 2005. Rad. 20.010 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 2005. Rad. 21.954 (M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de diciembre de 2005. Rad. 21.347 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de mayo de 2006. Rad. 25.248 (M.P. Mauro Solarte Portilla).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Rad. 25.108 (M.P. Mauro Solarte Portilla).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 18 de abril de 2007. Rad. 27.159 (M.P. Mauro Solarte Portilla).

- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de noviembre de 2007. Rad. 26.190 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de abril de 2008. Rad. 25.306 (M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de mayo de 2008. Rad. 29.476 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 15 de septiembre de 2008. Rad. 30.006 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2008. Rad. 29.979 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009. Rad. 24.055 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2009. Rad. 31.280 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de agosto de 2010. Rad. 32.865 (M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad. 38.500 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de mayo de 2012. Rad. 37.668 (M.P. María del Rosario González Muñoz).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 17 de octubre de 2012. Rad. 33.100 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Rad. 39.707 (M.P. María del Rosario González Muñoz).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Rad. 40.053 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2013. Rad. 39.025 (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Rad. 39.834 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 2013. Rad. 39.726 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. AP4294-2014 del 30 de julio de 2014. Rad. 36.219 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP11726-2014 del 3 de septiembre de 2014. Rad. 33.409 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP932-2015 del 25 de febrero de 2015. Rad. 43.019 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3263-2015 del 10 de junio de 2015. Rad. 44.993 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP931-2016 del 3 de febrero de 2016. Rad. 43.356 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP8274-2016 del 30 de noviembre de 2016. Rad. 45.959 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP215-2017 del 18 de enero de 2017. Rad. 46.519 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3990-2017 del 21 de junio del 2017. Rad. 50.229 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP9379-2017 del 28 de junio de 2017. Rad. 45.495 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP5624-2017 del 30 de agosto de 2017. Rad. 48.590 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14985-2017 del 20 de septiembre de 2017. Rad. 50.366 (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017. Rad. 39.831 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP7161-2017 del 25 de octubre de 2017. Rad. 50.752 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP19629-2017 del 23 de noviembre de 2017. Rad. 50.718 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP436-2018 del 28 de febrero de 2018. Rad. 51.833 (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1247-2018 del 4 de abril de 2018. Rad. 52.053 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1700-2018 del 25 de abril de 2018. Rad. 47.681 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1763-2018 del 23 de mayo de 2018. Rad. 51.989 (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. STP14140-2018 del 31 de octubre de 2018. Rad. 101.256 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP5266-2018 del 5 de diciembre de 2018. Rad. 52.535 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. (Auto AP1510-2019 del 30 de abril de 2019. Rad. 53.950 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3158-2019 del 5 de agosto de 2019. Rad. 52.145 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3641-2019 del 27 de agosto de 2019. Rad. 55.718 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5400-2019 del 10 de diciembre de 2019. Rad. 50.748 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1049-2021 del 17 de marzo de 2021. Rad. 53.622 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP9325-2021 del 27 de julio de 2021. Rad. 117.851 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
STP9833-2021 del 3 de agosto de 2021. Rad. 117.992 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Auto AP3345-2021 del 4 de agosto de 2021. Rad. 57.113 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Auto AP4296-2021 del 5 de septiembre de 2021. Rad. 55.272 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia SP5634-2021 del 9 de diciembre de 2021. Rad. 51.142 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP270-2022 del 20 de enero de 2022. Rad. 121.280 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP3720-2022 del 1 de febrero de 2022. Rad. 121.287 (M.P. Hugo Quintero Bernate).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia SP359-2022 del 16 de febrero de 2022. Rad. 54.535 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya y Gerson Chaverra Castro).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP3434-2022 del 22 de febrero de 2022. Rad. 121.739 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP2176-2022 del 1 de marzo de 2022. Rad. 122.055 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal.
Sentencia STP3015-2022 del 15 de marzo de 2022. Rad. 122.615 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1873-2022 del 11 de mayo de 2022. Rad. 58.969 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1917-2022 del 11 de mayo de 2022. Rad. 52.079 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2419-2022 del 1 de junio de 2022. Rad. 57.974 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2489-2022 del 15 de junio de 2022. Rad. 57.214 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2646-2022 del 22 de junio de 2022. Rad. 61.368 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3520-2022 del 5 de octubre de 2022. Rad. 60.553 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3883-2022 del 26 de octubre de 2022. Rad. 55.897 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP15494-2022 del 16 de noviembre de 2022. Rad. 127.164 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP031-2023 del 25 de enero de 2023. Rad. 58.720 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP680-2023 del 8 de marzo de 2023. Rad. 55.998 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1280-2023 del 17 de mayo de 2023. Rad. 59.037 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1645-2023 del 31 de mayo de 2023. Rad. 59.302 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3536-2023 del 17 de noviembre de 2023. Rad. 57.078 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3287-2023 del 27 de octubre de 2023. Rad. 63.329 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP517-2024 del 6 de marzo de 2024. Rad. 58.886 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2223-2024 del 24 de abril de 2024. Rad. 56.201. (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3046-2021 del 22 de mayo de 2024. Rad. 59.441 (M.P. Hugo Quintero Bernate).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1901-2024 del 17 de julio de 2024. Rad. 64.214 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2491-2024 del 11 de septiembre de 2024. Rad. 62.354. (M.P. Myriam Ávila Roldán).

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP13121-2024 del 4 de octubre de 2024. Rad. 139.685. (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).

Courtis, Cristian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación jurídica”. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, editado por Cristian Courtis, 105-156. Madrid: Trotta, 2006.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2004.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

Foucault, Michel. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Garapon, Antonine e Ioannis Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*. Bogotá: Legis, 2006.

Gascón Abellán, Marina. “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli ‘Derecho y razón’”. En *Garantismo y Derecho Penal*, coordinado por Juan Oberto Sotomayor, 13-36. Bogotá: Temis, 2006.

González Zapata, Julio. “¿Qué pasa con la pena hoy en día?”. *Diálogos de Derecho y Política*, año IX, n.º3 (2012): 1-13.

- González Zapata, Julio. *Manual de Criminología*. Bogotá: Tirant lo Blanch-Universidad de Antioquia, 2021.
- Horacio. *Arte poética*. Gredos: Madrid, 2008.
- Langbein, John. "Tortura y plea bargaining". En *El procedimiento abreviado*, compiladores Julio Maier y Alberto Bovino. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. 3-29.
- Langer, Máximo. "Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions". *Annual Review of Criminology* 4 (2021): 377-411.
- Londoño Berrío, Hernando. "Poder punitivo, penas ilegales y democracia". En *Poderes, Constitución y Derecho*, editado por David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas, 105-134. Madrid: Dykinson, 2024.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006.
- Nietzsche, Friedrich. *La genealogía de la moral*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 2014.
- Pashukanis, Yevgeny. *Teoría general del derecho y marxismo*. s.l. Irrecuperables-Ediciones Extáticas, 2022.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991, 20 de noviembre). Decreto 2700 de 1991. *Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal*. Diario Oficial n.º 40.190.
- Sandoval Fernández, Jaime y Donaldo Danilo Del Villar Delgado. *Responsabilidad penal y detención preventiva: el proceso penal en Colombia—Ley 906 de 2004*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Saray Botero, Nelson y Sonia Uribe Ramírez. *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. Bogotá: Leyer, 2017.
- Tribunal Superior de Antioquia. Sala de Decisión Penal. Auto del 16 de octubre de 2020. Rad. 050016000715201701193 (M. P. René Molina Cárdenas).
- Velásquez, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020.
- Zweig, Stefan. *Los ojos del hermano eterno*. Barcelona: Acantilado, 2002.



HOYOS DUQUE, TOMÁS, "¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, *nemo tenetur* y *compliance*", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025).

¿De qué se acusa a la persona jurídica? Relaciones entre responsabilidad penal corporativa, *nemo tenetur* y *compliance*¹

What Are Corporations Accused Of?

Interrelations Between Corporate Criminal Liability, Nemo Tenetur, and Compliance

Fecha de recibo: 07/02/2025. Fecha de aceptación: 10/04/2025.

DOI: 10.17230/nfp21.104.7

TOMÁS HOYOS DUQUE*

Resumen

El fundamento material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas condiciona el objeto de su incriminación. Puede que se entienda que el fundamento de la responsabilidad descansa en la ausencia o ineficacia de un programa de *compliance*, o puede ser que sea en la comisión de delitos al tenor literal del art. 31 bis 1 y 2 del Código Penal español. Por tanto, la propia concepción de ese fundamento influirá en el tratamiento del derecho al *nemo tenetur* dentro del proceso penal.

1 Este trabajo, con algunas adiciones y correcciones, corresponde a la tesis de maestría presentada para la obtención del título de Máster en Derecho penal y procesal penal de la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo la máxima calificación con mención honorífica. Un agradecimiento especial merece el Prof. Dr. D. Jacobo Dopico Gómez-Aller por su dirección e indispensables críticas y observaciones.

* Abogado, especialista en Derecho penal (Universidad EAFIT); estudios en Compliance (Universidad de los Andes) y Máster en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Carlos III de Madrid). Socio en Hoyos Simoné. Contacto: thoyos@simone.legal

La investigación examina los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas analizando los enfoques teóricos más relevantes para interpretar el artículo 31 bis del Código Penal, y evalúa las consecuencias prácticas del reconocimiento del principio *nemo tenetur* como garantía procesal reconocida a las personas jurídicas, buscando el necesario equilibrio entre las necesidades de la persecución penal y los derechos fundamentales de estas.

Abstract

The substantive grounds for corporate criminal liability shape the very scope of what can be criminally charged. On one view, liability is based on the absence or ineffectiveness of a compliance program; on another, it depends strictly on the commission of offences as set out in Article 31 bis (1) and (2) of the Spanish Criminal Code. That underlying conception will, in turn, determine how the *nemo tenetur* principle—the right against self-incrimination—is handled in criminal proceedings.

This study explores the foundations of corporate criminal liability by critically reviewing the leading theoretical approaches to Article 31 bis. It then evaluates the practical implications of extending *nemo tenetur* as a procedural right to corporations, seeking to strike the necessary balance between effective criminal enforcement and the fundamental rights of corporations.

Palabras clave

Nemo tenetur, responsabilidad penal de la persona jurídica, defecto de organización, derecho a no inculparse, carga de la prueba, *compliance*, requerimiento, orden de entrada y registro.

Keywords

Nemo tenetur; corporate criminal liability; organizational defect; right against self-incrimination; burden of proof; compliance; formal request; search and entry warrant

Sumario

1.Introducción. 2. Modelos de responsabilidad penal para personas jurídicas. a. Teoría de la responsabilidad vicarial: breve referencia al modelo anglosajón y a las doctrinas del *respondeat superior* e *identification*. b. Teoría de la responsabilidad por el defecto de organización y los modelos interpretativos de Silva Sánchez y Mongillo. c. El modelo sistémico-constructivista: incumplimiento de la legalidad. 3. El modelo positivo de responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal. a. Primera vía de imputación: el delito de administradores y sujetos asimilados. b. Segunda vía de imputación: el delito de empleados. 5.Balance. 6. *Nemo tenetur* y responsabilidad penal de la persona

jurídica. a. *Nemo tenetur se ipsum accusare* ¿acusarse de qué? b. Contenido del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas. c. Luces y sombras en el reconocimiento en el derecho a la persona jurídica. 7. Requerimiento de los programas de *compliance* a la persona jurídica. A propósito del Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid. 8. La discusión de la carga probatoria ¿perspectiva de solución al hilo de la STS 298/24? 9. Toma de postura. 10. Conclusiones.

1. Introducción

Hace algo más de diez años, la Ley Orgánica 1/2010 introdujo por primera vez penas para las personas jurídicas en el derecho penal español, rompiendo con el clásico principio *societas delinquere non potest*. Desde entonces se las ha concebido como sujetos capaces —si se quiere— de acción y culpabilidad, bien como auténticos destinatarios de normas penales o, como una “ficción útil”². Sin embargo, si se pretende seguir tratando a las personas jurídicas como cuerpos extraños dentro del derecho penal es simplemente nadar contra la corriente. Solo en la medida en que se entienda a la persona jurídica como sujeto del derecho penal, sea como destinataria o de valoración de normas penales, los fundamentos de imputación o atribución para la sanción adquieren sentido y con ello las garantías procesales, que, aunque no se trata de *humanizarla*, lo es de ajustar su naturaleza al sistema penal. Sin duda, la peculiar naturaleza o personificación de las personas jurídicas ha obligado a adaptar el contenido de los presupuestos de la responsabilidad a efectos de imponer sanciones para así conseguir la mejor protección de los intereses del derecho³, pudiendo afirmarse que en el contexto actual de la teoría del delito coexisten dos subsistemas relativamente diferenciados, uno de imputación y otro —si se quiere— de atribución del hecho: uno de personas físicas y otro de personas jurídicas.

Ahora bien, es indudable que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha alcanzado niveles de hipersaturación académica, es tanto lo que se ha escrito sobre la materia que este trabajo posiblemente tiene la virtualidad de ser reiterativo y perderá vigencia, máxime de la alta calidad de aportaciones que ya han perfilado

2 Cfr. Jesús María Silva Sánchez, “Lo real y lo ficticio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º1. (2023): 3 y 9.

3 Cfr. José Manuel Gómez-Benítez, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal* (Editorial Colex: Madrid. 2001), 66.

la interpretación del derecho positivo⁴. No obstante, existe una aproximación teórico-práctica que pudiera ser interesante y a la vez conveniente. Aún persiste incertidumbre sobre el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, la naturaleza del hecho por el que habrá de penársele. Y habiendo convenido —en parte— sobre el sustrato en el que se ancla la responsabilidad, surgen cuestiones en torno a la ubicación sistemática que se le otorga a los programas de cumplimiento, pues podrá ser que este se conciba como un elemento del injusto, de la culpabilidad o, si se acepta, de la punibilidad. No obstante, este trabajo no pretende abarcar las intensas discusiones en el foro. La propuesta es más modesta, y propende por articular las interpretaciones legislativa y jurisprudenciales sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y proveer una u otra conclusión plausible, fundamentalmente, de cara a la correcta aplicación del art. 31 bis del Código Penal.

Así resueltas las cuestiones de naturaleza eminentemente dogmática, puede darse una conclusión necesaria —aunque provisional— en el aspecto procesal: el alcance del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica, especialmente, frente al deber de colaboración que podrá conducir a la entrega del programa de *compliance*, bien por requerimiento o por virtud de una orden de entrada y registro. Como advierte Goena Vives, la interpretación sustantiva del modelo de atribución condiciona el modo en el que deba comprenderse el *nemo tenetur* de la empresa⁵.

Hasta donde se ha llegado, se ha notado cierto grado de perplejidad entre los operadores jurídicos sobre el núcleo esencial del reproche jurídico penal a personas jurídicas (el hecho de conexión). Y es que si no se aprehende materialmente el fundamento (sea la perspectiva teórica que se siga), ello naturalmente conduce a antinomias y posturas jurisprudenciales contradictorias. Las aproximaciones desde fundamentos distintos al fundamento material del art. 31 bis y ss. conduce a resultados diferentes porque el orden de los factores en este caso sí altera el resultado.

Así las cosas, las condiciones están dadas para afrontar las dificultades dogmáticas y procesales, si bien no se pretende hallar —ni mucho menos— novedosas formulaciones o realizar juegos de lenguaje, más bien, visitar un estado

4 Sin ánimo de exhaustividad, Miguel Bajo Fernández et al., *Tratado de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur menor: Civitas, 2016). Beatriz Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2017); Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005); Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo* (Iustel: Madrid, 2008). Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos de Derecho penal de la empresa* (Madrid: Edisofer, 2016).

5 Beatriz Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-22, (2021): 27.

de cosas que, con suerte, puede contribuir a un mejor entendimiento del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, permitiendo —en el plano ideal— una aplicación más segura y racional del Derecho penal⁶.

El trabajo se encuentra dividido en dos partes: la primera aborda los enfoques teóricos más relevantes sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, iniciando con la discusión en el *Common Law* que, cuanto menos, constituye un punto de partida metodológico imprescindible, para pasar luego a esbozar —sintéticamente— los modelos de la responsabilidad vicarial y autorresponsabilidad, de cara a aterrizarlos al modelo introducido en la reforma de la LO 1/2010. La segunda parte examina las relaciones entre el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la operatividad del *nemo tenetur se ipso accusare* dentro del denominado Derecho penal de personas jurídicas.

2. Modelos de responsabilidad penal para personas jurídicas

El estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas es actualmente inagotable y humanamente inabarcable⁷, por lo que se procurara delimitar un conjunto de enfoques relevantes a partir de los cuales se ha desarrollado la discusión dogmática y jurisprudencial, incluso corriendo el riesgo de ser reiterativo y asistemático. Este apartado inicial es el punto de partida metodológico como herramienta conceptual para examinar más adelante el *nemo tenetur* de la persona jurídica como núcleo de la investigación, es decir, aclarando “la cuestión sobre qué tipo de imputación determina el pensamiento del legislador en el contexto de la punición de la persona jurídica”⁸.

Los problemas fundamentales de responsabilidad de las personas jurídicas han sido divididos tradicionalmente en dos modelos discursivos: (i) la heterorresponsabilidad y; (ii) la autorresponsabilidad. No se trata, sin embargo, de una

6 Enrique Gimbernat Ordeig “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*. (Madrid: Tecnos, 1990), 159. “...conocido el alcance de la teoría y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta —por hallarse comprendido realmente dentro del sector que aquélla abarca— o incorrecta —cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo”.

7 Una exposición detallada en Jesús María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”, *Derecho penal y criminología* 29, n.º86-87 (2008): 129-148.

8 Wolfgang Frisch, “Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121 (2017): 391.

división formal, existiendo construcciones o criterios correctivos dentro de cada uno de los enfoques en procura de un mayor rendimiento teórico-práctico. Por ejemplo, no sería correcto afirmar que quien sigue un sistema de heterorresponsabilidad mixto niega la culpabilidad penal o que quien construye el fundamento material de la responsabilidad desde la autopoiesis la afirma. Lo cierto es que ya la cuestión no se limita exclusivamente a contrastar visiones contrapuestas (una de modernización y otra de resistencia) sino a develar la interpretación más plausible del modelo impuesto en el art. 31 bis y ss. del Código Penal, que en su momento respondió a una necesidad de política criminal global que hoy es mayoritariamente aceptada. En cualquier caso, la interpretación jurídica del modelo debe propender por la mayor utilidad dentro del contexto en que este opera evitando discusiones estériles en procura de justicia. El fin último es la mejor aplicación de un régimen de responsabilidad que, con más o menos acierto y claridad, está establecido en el Código Penal y lo aplican los tribunales⁹.

a. Teoría de la responsabilidad vicarial: breve referencia al modelo anglosajón y a las doctrina del respondeat superior e identification

En el ámbito del *Common Law* se ha reavivado toda una discusión entre los defensores y contradictores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentalmente desde tres perspectivas familiares: el fundamento material de la responsabilidad (*corporate criminal liability*), la ineficacia disuasiva de la sanción (*non deterrence*) y el reconocimiento de derechos constitucionales (especialmente los contenidos en la cuarta y quinta enmienda la Constitución de EE. UU). Baste con señalar por ahora, que el fundamento de la responsabilidad se limita a razones eminentemente disuasivas y pragmáticas¹⁰, al margen de consideraciones sobre la capacidad moral (y no jurídica) de las corporaciones. Si las personas jurídicas son una realidad social que en variedad de contextos se les reconoce el derecho de propiedad, capacidad para celebrar contratos, cometer agravios, demandar y ser demandadas¹¹, nada obsta para afirmar que en ejercicio de estas prerrogativas

9 Miguel Díaz y García Conlledo, "Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos", *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, nº 2. (2023): 34.

10 Vid. Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2016), 206.

11 Sara Sun Beale, "A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, 46 (2009): 1482-1483.

también pueden cometer delitos y ser sancionadas. No obstante, desde alguna perspectiva, lo anterior entraña una contradicción lógica que repercute en el reconocimiento de derechos como acusada dentro del proceso penal continental, algo que habrá de examinarse más adelante de cara a la no autoincriminación.

De cualquier modo, “*No soul to damn, no body to kick*” es un expresivo título de un viejo y famoso artículo del profesor de Columbia, John C. Coffee, bien sugestivo sobre el estado de frustración que evoca el tratamiento penal de las personas jurídicas, las que evidentemente no tienen alma que condenar o cuerpo que golpear: sufrir una pena –en sentido corporal–.

Es posible que cuando se adscribe el significado de lo penal a un modelo de responsabilidad, este adquiere un sentido comunicativo distinto. Garrett con referencia a Buell, señala que la persecución penal a las empresas –desde cierto punto de vista– sirve para avergonzarlas, perjudicar su reputación y colocarlas en el escarnio. La responsabilidad penal corporativa tiene una importante función de inculpación:

*la vergüenza puede hacer maravillas para hacer que una corporación se ponga en forma después de sus malas acciones”, aunque ello dependerá de la dimensión de la empresa y la clase de delito, porque no siempre se logra ese efecto*¹².

Así lo explica el mismo Buell:

*No es controvertido que (1) la divulgación de delitos puede hacer que los observadores reduzcan su apreciación sobre el valor de una empresa y tomen decisiones para reducir o alterar las relaciones con una empresa; (2) los procesos legales pueden afectar el grado en que los observadores revelan y comprenden los delitos; y (3) algunos aspectos de las sanciones legales pueden ser manipulables en función de la variable de cómo impactan la reputación de una empresa, aunque sea de manera aproximada*¹³.

Es cierto que la amenaza del castigo penal pretende incentivar el cumplimiento de la ley por parte de la empresa, acorde con un modelo disuasorio imperante de costo-beneficio como sustituto a la amenaza de castigo individual cuando el sistema

12 Cfr. Brandon Garrett, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), 168.

13 Cfr. Samuel Buell, “A Restatement of Corporate Criminal Liability’s Theory and Research Agenda”. *The Journal of Corporation Law* 47:4 (2022): 942. “La pena es también, y en primer plano, reproche social, y con ello daño al honor”. Vid. Juan Antonio Lascuráin Sánchez, “Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Un modelo integral de Derecho penal”, en *Libro Homenaje a la Profesora Mirenxtu Corcoy Bidasolo*, coord. Vicente Valiente Ivañez y Guillermo Ramírez Martín, dir. Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardón, José Ignacio Gallego Soler, Juan Carlos Hortal Ibarra y Ujala Joshi Jubert (Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022), 202.

de justicia no logra imponer sanciones directamente al personal responsable¹⁴. Sin embargo, si al castigo se le añade esta lógica retributiva de dudosos límites constitucionales, como si tal consistiese en el “*suplicio de un Damiens corporativo*”, se corre el riesgo de instrumentalizar arbitrariamente a la empresa, convirtiéndola en un mero centro de imputación donde se descarga la complejidad social. Además, difícilmente puede afirmarse que la sanción penal afecte estrictamente a quienes la merecen, por tanto la cosificación es un efecto a evitar principalmente respecto de sus integrantes¹⁵.

Al margen de las anteriores consideraciones, en el sistema estadounidense impera el modelo de atribución *agency/respondeat superior*. Bajo esta doctrina la persona jurídica podrá ser considerada penalmente responsable por actos de cualquiera de sus agentes cuando aquellos por cuenta (*within the scope*) de su empleo y con la intención de beneficiar a la persona jurídica cometan un delito¹⁶. De lo anterior, se infieren dos presupuestos o requisitos fundamentales para atribuir responsabilidad: (i) actuación en función del empleo y, (ii) la intención de beneficio para la empresa.

El primero de los presupuestos consiste en que la persona jurídica podrá ser imputada cuando conociendo (*knowingly*) y queriendo (*willfully*) ha autorizado a un administrador o incluso a cualquiera de sus empleados actuar en beneficio de ella dentro de un ámbito que ha sido autorizado por esta, bien de manera explícita o implícita. El segundo presupuesto es la actuación en beneficio, que requiere que el comportamiento desplegado por el agente sea beneficioso para la persona jurídica, y, por supuesto, no es necesario que tal beneficio sea alcanzado sino que se actúe con la intención de conseguirlo¹⁷.

Todo lo anterior coincidiría con un auténtico modelo vicarial o de transferencia, en donde el injusto (*actus rea*) y culpabilidad (*mens rea*) de la persona física se transmite —automáticamente— a la persona jurídica. Así, el *compliance* —eficaz— juega un papel exclusivamente político criminal a efectos de incentivar a la persona jurídica a evitar la comisión de delitos en su seno. De acuerdo con las *Guidelines for*

14 Brent Fisse y John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability* (New York: Cambridge University Press, 1993), 32-33.

15 Javier Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 370-372.

16 Celia Wells, *Corporations and criminal responsibility* (New York: Oxford University Press, 2001), 134.

17 Carlos Gómez-Jara Díez, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010), 238-242.

Sentencing Organizations, el *compliance* es en realidad una recompensa –que solo incide en la determinación de la sanción– por lo que las personas jurídicas prefieren cooperar con la justicia para obtener sugerentes rebajas de pena o acuerdos que cesan o suspenden la acción penal.

Como en EE.UU prevalece una visión próxima al *respondeat superior*, el *compliance* no constituye el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para condenar a la empresa lo que debe demostrarse judicialmente es la infracción cometida por otro acusado, sea empleado o representante y no la “ausencia de *compliance*”. En este contexto, no se ven obligadas a proporcionar evidencia sobre su presunta falta de cumplimiento con los estándares regulatorios y, siendo esto así, el *nemo tenetur* carece de toda relevancia y no se reconoce a las empresas.

De otro lado, en el derecho de Inglaterra (y en general en el *Common Law*) se utiliza la *identification doctrine* que contrastada con el modelo acogido por España presenta características comunes, máxime de su empleo en los fundamentos de alguna jurisprudencia del TS¹⁸, pero especialmente en la Circular 1/2016 de la FGE¹⁹.

La doctrina de la identificación –en su corriente restrictiva– traslada la culpabilidad de la persona física a la jurídica, esencialmente a la empresa se le hace responsable del delito cuando uno de sus funcionarios de mayor rango ha actuado con la culpabilidad requerida²⁰. Haciendo uso de la célebre metáfora antropomórfica se equipara a la persona física con la persona jurídica, afirmándose que la persona física actúa en realidad como la propia empresa y es la mente que dirige sus actos –*the directing mind*–, siendo el representante una encarnación de la empresa²¹. En este contexto, de cara a la carga probatoria, a la persona jurídica le compete probar la debida diligencia a través de la adopción de medidas tendientes a evitar las circunstancias que rodearon la comisión del delito por aquellos con poder de decisión²².

18 Por todas, Tribunal Supremo español, STS 279/ 2019 (Ponente Excmo. D. Luciano Varela Castro).

19 Vid. Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo* (Madrid: Iustel, 2008), 94.

20 Cfr. Wells, *Corporations and criminal responsibility*, 101.

21 Crítica acertada la ofrece Mongillo cuando señala que esta teoría vulnera el principio de personalidad de las penas porque “el órgano sería castigado dos veces por el *idem factum*: una vez como persona física, otra vez como (coincidiendo con la) entidad”. Vincenzo Mongillo, “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, Vol. I., ed. Rosario de Vicente Martínez, Diego Gómez Iniesta, Teresa Martín López, Marta Muñoz de Morales Romero y Adán Nieto Martín, (Madrid: BOE, 2021), 445.

22 Cfr. Mark Dzsouza, “The Corporate Agent in Criminal Law. An argument for comprehensive identification”, *UCL Working Paper Series*, n.º6 (2019): 6-8.

Nieto Martín, señalaba para la época en que se tramitaba el proyecto de reforma del CP español, que a su vez inspirado en las Decisiones Marco de la Unión Europea, se acogía una versión intermedia de la doctrina de la identificación para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ello, no es de extrañar que el actual art. 31 bis mantenga un sistema de doble vía en donde:

(...) los agentes pueden ser quienes tienen el poder de representación y autoridad para tomar decisiones, esto es, los controlling officers en sentido estricto, pero también quienes tienen autoridad para ejercer controles, y donde los delitos imputados a la persona jurídica pueden ser tanto los realizados de propia mano por estos sujetos, como los cometidos por personas sujetas a su supervisión²³.

Con todo lo anterior, es suficiente con afirmar que al modelo norteamericano no le preocupa mucho la relación entre el programa de cumplimiento y el delito concreto cometido, lo importante radica en la eficacia del *compliance* para prevenir los delitos como política criminal²⁴. En realidad, el escenario más conveniente siempre será un *DPA* (*deferred prosecution agreement*) o *NPA* (*non prosecution agreement*); o conformidad en España.

b. Teoría de la responsabilidad por el defecto de organización y los modelos interpretativos de Silva Sánchez y Mongillo

La idea precursora del defecto organizativo o culpa por organización (*Organizationsverschulden*) como base de legitimación para responsabilizar a personas jurídicas en el derecho continental surge con Tiedemann, quien sostuvo que la culpabilidad de la empresa residiría en la conducción –defectuosa– de la actividad empresarial hacia fines delictivos, porque la organización correcta es un deber de la persona jurídica misma, y no únicamente de las personas físicas. Entonces, como la empresa puede realizar un contrato, y es ella el sujeto de las obligaciones que se originan, también puede violarlas (fraudulentamente). Por tanto, las acciones de las personas físicas que actúan en beneficio de la empresa deben considerarse como propias de ésta²⁵.

23 Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 95.

24 Cfr. Adán Nieto Martín, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, dir. Adán Nieto Martín (Tirant lo Blanch: Valencia, 2015), 73.

25 Klaus Tiedemann, “Nuevas tendencias en la responsabilidad de personas jurídicas”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (Lima: Griley, 2007), 102.

Del mismo modo, como ya lo han dicho otros autores, la culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos²⁶. Así las cosas, el defecto organizativo constituye un doble fundamento, de un lado como injusto material y, del otro, culpabilidad propia de la persona jurídica en cuanto a exigencia de actuación conforme a derecho.

Es cierto que ese estado de cosas antijurídico (o irresponsabilidad organizada) solo es posible construirlo sobre la base de las acciones de los órganos o representantes que vinculan a la persona jurídica²⁷. De allí que, esta teoría se muestre como un modelo de heteroresponsabilidad mixto, pues para proceder a la atribución debe definirse un hecho de conexión derivado de un comportamiento ajeno (del administrador, representante o autorizado), debiéndose probar no solo la acción o la omisión de la persona natural, sino también su culpabilidad²⁸. En consecuencia, para trabajar con este modelo y comprobar el déficit organizativo, primero habrá que evaluar el comportamiento individual, cumpliendo con todos los criterios de imputación de responsabilidad y, segundo, transponer a la empresa la responsabilidad por el hecho del autor²⁹. En esta línea de pensamiento, aunque con matices, advierte Dannecker:

*La conexión de la antijuricidad sólo existirá cuando se pueda averiguar respecto al hecho concreto que la lesión del bien jurídico se posibilitó a través de una deficiente estructura organizativa o de una filosofía de la empresa no correspondiente a los requisitos ético-sociales y que la lesión del bien jurídico era evitable mediante aportaciones posibles y razonables de la empresa*³⁰.

26 María Ángeles Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario* (Barcelona: Bosch, 1998), 102.

27 En referencia al sistema vicarial, Yesid Reyes Alvarado, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas." *Derecho penal contemporáneo*, n.º 25 (2008): 45. "En realidad corresponde a acciones que han desarrollado una o varias personas naturales y porque quienes tienen la libertad de decidir conscientemente si se comportan conforme o contra las normas no es la persona jurídica sino las personas naturales que la conforman".

28 Tiedemann, "Nuevas tendencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 105.

29 Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas* (Cizur Menor: Aranzadi, 2009), 311-312. También con referencias. José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 215-226.

30 Si bien este autor defiende un círculo amplio de personas (no solo administradores) que pueden actuar por la persona jurídica. Gerhard Dannecker, "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Penal*, n.º 7 (2001): 47-51; Vid. también Klaus Tiedemann, "Corporate

Tiedemann aporta una nota distintiva afirmando que el hecho delictivo de la empresa, en tanto destinatarias —pudiendo aportar lo que es jurídicamente debido— de normas jurídicas revestidas de un carácter ético, se daría a través de la *cultura corporativa* a la cual se podría atribuir la infracción y, esa *cultura corporativa* es una expresión del concepto de culpabilidad colectiva de la organización, que no solamente constituye un criterio legitimador de la punibilidad de la agrupación sino que reemplaza a la culpabilidad o constituye por sí misma una culpabilidad³¹.

Para otros como Frister, aun acogiendo el anterior razonamiento, lo hace con escepticismo, sosteniendo que, aunque se suela hacer referencia a cultura o filosofía de una empresa esta es una metáfora, porque lo que se entiende por cultura corporativa es el producto de una interacción de las personas naturales que actúan en la empresa, de modo que las empresas son vividas como “realidad social” independiente, pero en nada modifica que su vivencia y obrar está transmitida necesariamente por la vivencia y el obrar de las personas naturales que actúan para ella³².

Por su lado, Silva Sánchez, quien pese a rechazar la imposición de penas —en estricto sentido jurídico penal—, ha dicho que las personas jurídicas no son destinatarias de normas de determinación (aunque sí de valoración), ofreciendo una vía de solución intermedia en línea con lo expuesto hasta ahora. Este autor —siguiendo a Lampe— afirma que a las personas jurídicas no se les imputa un injusto personal, sino que se atribuye un estado de injusto (*Systemunrecht*) a partir de las complejas dinámicas de grupo que progresivamente pueden llegar a conformar una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que integran la organización. Esa realidad criminógena, entonces, viene a constituir el déficit de organización suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales³³, siendo innecesaria la construcción de una culpabilidad.

Criminal Liability as a Third Track”, en *Regulating Corporate Criminal Liability*, ed. Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann y Joachim Vogel (Springer, 2014), 16.

31 Cfr. Tiedemann, “Nuevas tendencias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 105-106.

32 Helmut Frister y Sara Brinkmann, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Buenos Aires: Hammurabi, 2018), 29-30. Similar, Bernardo Feijoo Sánchez, “El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: Un debate interminable”, en *Orden socioeconómico y delito*, (Buenos Aires-Montevideo, 2016), 192. “La cultura empresarial o el “clima ético” de una organización son el fruto o la consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional”.

33 Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos de Derecho penal de la empresa* (Madrid: Edisofer, 2016), 358-360.

Tampoco muy convencido del papel de un derecho penal de personas jurídicas, Frisch argumenta que no se trata de un castigo a la persona jurídica por un injusto propio y culpable, sino de una obligación de responsabilizarse por el injusto culpable de otros³⁴:

*Lo que se podría cargar a la persona jurídica, como mucho, es que ella, por medio de su existencia, de determinadas estructuras (inclusive ciertos déficits) y por la falta de precauciones, posibilita o facilita la comisión de delitos por la(s) persona(s) natural(es). Tal vez también que ella (por déficits estructurales) ha incentivado esas conductas. El aporte de la persona jurídica se limita así –en categorías clásicas del injusto penal– al injusto de la participación (con lo cual evidentemente no está dicho que los demás requisitos del injusto se hayan cumplido)*³⁵.

Un refinamiento e interesante desarrollo de este enfoque teórico lo presenta Mongillo, quien, en clave de la dogmática germánica ha sostenido una teoría bipartita donde el elemento objetivo de la infracción de la persona jurídica lo integra un hecho de desorganización; un defecto sistémico compuesto por decisiones erróneas o fallidas, de acciones y omisiones disfuncionales a cargo de las personas físicas encargadas de la adopción, gestión y aplicación efectiva del cumplimiento penal, que han favorecido significativamente el hecho individual de cara a la esfera de intereses de la persona jurídica. De su lado, la culpabilidad como exigencia subjetiva vendría dada como la capacidad concreta de una entidad para cumplir con los estándares de diligencia organizativa debida, con arreglo a unos parámetros de exigibilidad subjetiva (v.gr. cognoscibilidad del precepto regulatorio para conjurar el riesgo, previsibilidad de los riesgos penales concretos y operatividad del *compliance*; tamaño y capacidad de la empresa para organizarse y tipo de jurisdicción)³⁶.

Mongillo entiende el hecho de desorganización como una infracción estructuralmente culposa y normativa, pero que no se reduce a la omisión de control y vigilancia por el directivo sino a una carencia de prevención del delito que conduciría a un defecto organizativo sistémico como aquella interacción disfuncional

34 Idéntico con referencia a von Liszt, Mir Puig, *Derecho penal. Parte General*, 208.

35 Frisch, “Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación”, 393. Similar, José Luis Díez-Ripollés, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret*, n.º1 (2012): 15. “La responsabilidad de la persona jurídica se vincula así a un concepto similar al de accesoriadad limitada de la participación”.

36 Cfr. Vincenzo Mongillo, “El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana”, *La Ley Compliance Penal*, n.º14 (2023): 27-28. Con ulterior desarrollo sobre la categoría de exigibilidad subjetiva, vid. Mongillo, “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 452-454.

entre los individuos que operan dentro de la persona jurídica. En consecuencia, esa disfuncionalidad o defecto facilita (o incluso fomenta) la comisión de delitos beneficiosos para la organización³⁷.

En definitiva, esta idea iniciada por Tiedemann (y aún en desarrollo) presenta un notable esfuerzo por compatibilizar las exigencias político-criminales con arreglo a la dogmática penal continental, a partir de la construcción de un injusto y culpabilidad propios para la persona jurídica deslindado —parcialmente— de la persona natural, y legitimando constitucionalmente la pena a partir de los fines preventivos y retributivos. Para esta teoría conviene combinar las dos soluciones imponiendo sanciones tanto a la persona física como a la persona jurídica³⁸. En últimas, si a la persona humana en uso defectuoso de su libertad puede ser castigada limitándole ese derecho, a la persona jurídica también puede castigarse con su patrimonio cuando en ejercicio de su actividad económica —por quien o quienes tienen la capacidad decisoria— ha realizado o no ha evitado en su seno la comisión de delitos estando en condiciones de hacerlo.

c. El modelo sistémico-constructivista: incumplimiento de la legalidad

El modelo constructivista es, posiblemente, el sistema de autorresponsabilidad más acabado —teóricamente— por la coherencia entre su punto de partida metodológico y las reglas de imputación que se desprenden de este³⁹; cualidad propia de las teorías funcionalistas sistémicas⁴⁰. Este modelo, contrario al del defecto de organización primigenio de Tiedemann, separa el fundamento de injusto y de la culpabilidad elaborando una teoría del delito de la persona jurídica autónoma

37 Mongillo, “Estructura y función”, 446-449.

38 Tiedemann, “Nuevas tendencias de la responsabilidad penal”, 110.

39 Dicho de manera muy simplista, se trata de la reducción de los fines del Derecho penal a uno solo: a la imposición de una pena. Si los fines de la pena son reestablecer la vigencia del ordenamiento jurídico, de ello se sigue que, si la persona jurídica ha configurado defectuosamente su libertad empresarial debe entonces imponerse una pena con el fin de que ajuste su fidelidad al Derecho a través de la sanción.

40 Gómez-Jara es el mayor exponente e impulsor de las anteriores ideas, proponiéndose a desarrollar y afinar un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio desde las bases y experiencia del sistema norteamericano pero anclado a su visión sistémico-constructivista. Carlos Gómez-Jara, *La culpabilidad penal de la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005); Carlos Gómez-Jara, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2010); Miguel Bajo Fernandez et al. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Cizur Menor: Aranzadi, 2016).

o diferenciada de la persona física. Esta concepción —minoritaria en la doctrina— se basa fundamentalmente en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de la que, lógicamente, presupone una capacidad de las personas jurídicas para cuestionar la vigencia de determinadas normas fundamentales de la sociedad⁴¹, empleándose para ello un método de equivalencia funcional en el orden de categorías dogmáticas normativizadas (v.gr. acción, imputación, dolo y culpabilidad), y así construir una culpabilidad propia de la persona jurídica con referencia ya no en un hecho de conexión (la persona física es apenas un presupuesto), sino en un injusto propio desde una perspectiva sociológica a la manera de Jakobs y Luhmann, fundamentalmente así:

*la cuestión, en última instancia, radicaré en determinar si la ejecución por parte de la persona física es una expresión de sentido únicamente individual (expresión de sentido individual), o si por el contrario está expresando también una falta de fidelidad al Derecho por parte de la empresa (expresión de sentido empresarial)*⁴².

En el planteamiento constructivista, el defecto de organización, aunque es el núcleo del injusto penal, desde el punto de vista de la culpabilidad lo relevante es constatar la existencia de una cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad (*non compliance*)⁴³. El reproche a la persona jurídica será la infracción del rol de buen ciudadano corporativo (*Good corporate citizen*) fiel al Derecho que ostenta plena capacidad para cuestionar la vigencia de la norma⁴⁴.

Para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no debería operarse con las instituciones tradicionales de la teoría del delito o al menos deben reformularse en su alcance y significado, de este modo, se plantean equivalentes funcionales para otorgar a la persona jurídica el *estatus* de sujeto para el Derecho penal, mediante un cotejo de las categorías dogmáticas del delito entre persona física y jurídica, concluyendo palabras más, palabras menos, que operan funcionalmente de igual forma.

41 Gómez-Jara, *Tratado sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 165.

42 Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 85.

43 En otras palabras, Reyes Alvarado, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 61-62 “como la acción de las personas jurídicas no es equivalente a la conducta individual de cada uno de sus integrantes u órganos, sino que corresponde a una “acción compleja” que socialmente tiene un significado diverso del que posee el comportamiento desplegado por cada uno de sus miembros, la culpabilidad de la persona jurídica no es la culpabilidad derivada de los defectos de organización propios de quienes la componen o representan, sino que es una culpabilidad por la inadecuada organización de esa “acción compleja” de la persona jurídica”.

44 Gómez-Jara, *Tratado sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 165.

Es en virtud de la complejidad interna suficiente que las organizaciones poseen caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación⁴⁵. Por tanto, es en esa medida que serían capaces para organizar su ámbito de competencia y responsabilizarse por las consecuencias devenidas de su actuación delictiva. Es decir, en un primer momento de la imputación objetiva se parte de una posición de garantía que ostentan las personas jurídicas y les obliga a configurar su ámbito de organización dentro de los niveles tolerables del riesgo permitido, por lo que un rebasamiento de tales niveles vendría conformar el defecto de organización. Segundo, de cara la imputación subjetiva se entiende que toda vez que las personas jurídicas participan en el proceso de creación y definición de las normas sociales (*corporate free speech*) les permite expresar un sentido comunicativo bien de fidelidad al derecho o bien de incumplimiento. El incumplimiento de una cultura de la legalidad (la no institucionalización de un programa de *compliance*) supone el quebranto del rol de ciudadano corporativo, y esto último sería la manifestación más propia de la culpabilidad jurídico-penal empresarial⁴⁶.

Así, un concepto que es consustancial a este modelo y define materialmente la culpabilidad de la persona jurídica, se halla en el *compliance* o modelos de gestión y organización –en la terminología del art. 31 bis 5 del CP–. Para este modelo, la cultura de cumplimiento de la legalidad de la persona jurídica es inherente a la existencia o eficiencia de un programa de cumplimiento y acreditaría su fidelidad al Derecho o disposición jurídica, y ello precisamente permitiría afirmar o no su culpabilidad: *“la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad equivale a una cultura de incumplimiento de la legalidad. Precisamente por ello, la carencia de una adecuada cultura de compliance equivale a una defectuosa cultura de compliance”*⁴⁷

Reyes Alvarado ha expresado razones ulteriores dentro de esta postura para fundamentar tanto la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica como su culpabilidad, arguyendo que si el programa de cumplimiento no se implementa o la empresa tiene una filosofía delictiva que facilita la comisión de delitos constituye su culpabilidad:

Por eso, en el evento de que como consecuencia de la inexistencia de ese programa interno de cumplimiento o de esa filosofía delictiva se posibilite una

45 Una explicación pedagógica sobre estos conceptos vid. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 77-79.

46 Gómez-Jara *Tratado*, 103-107. Sobre los equivalentes funcionales entre persona jurídica y física, vid. más adelante en la misma obra, 165-168.

47 *Ibid.*, 177.

indebida forma de ataque a un bien jurídico (por ejemplo la contaminación de aguas con desechos tóxicos), el desconocimiento de esa obligación puede verse como una acción de la empresa que no solo sería contraria a la norma, sino que demostraría una conducta que no ha sido organizada en el sentido de fidelidad a la norma, lo cual hace posible que respecto de esa empresa pueda predicarse un juicio de culpabilidad⁴⁸.

Como se mencionó al principio, si bien se trata de una postura minoritaria en la doctrina, no lo es en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo a partir de la STS 154/2016 ha mantenido una línea argumental relativamente homogénea en la que la ausencia del programa de *compliance* se erige como el fundamento mismo de la responsabilidad penal de la empresa, tanto para los apartados a) y b) del art. 31 bis. Al respecto, por citar una relevante y reciente jurisprudencia:

La responsabilidad penal de los entes corporativos, introducida en nuestro ordenamiento penal por la LO 5/2010 y matizada por la ulterior LO 1/2015, tiene su fundamento en un defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión sobre sus administradores y empleados en relación con los delitos susceptibles de ser cometidos por aquellos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica⁴⁹.

Al hilo de lo anterior, este modelo de responsabilidad adopta el criterio del defecto de organización ubicándolo dentro del injusto, por lo que la carga probatoria en cabeza de la acusación supone —naturalmente— demostrar la ausencia de idoneidad de las medidas en relación con el delito concreto *atendidas las concretas circunstancias del caso* ex art. 31 bis. 1 b) para con ello acreditar un riesgo jurídico penalmente relevante. El punto neurálgico en la culpabilidad entendida como infidelidad al Derecho donde el programa de *compliance* se transforma en eximente, implica que la defensa deberá probar que —al momento de los hechos— gozaba de una adecuada cultura de cumplimiento⁵⁰.

Reformulado lo anterior de otro modo, el injusto de la persona jurídica se comprueba si, efectivamente, no existen unos procesos decisorios internos dotados de debidas pautas de supervisión y vigilancia, mientras que el programa de cumplimiento es una cuestión de culpabilidad jurídico penal. En estricto sentido, el injusto de la persona jurídica no viene integrado por ausencia o existencia del programa.

48 Cfr. Reyes Alvarado, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 62.

49 Un ejemplo reciente del grado de ambivalencia en el fundamento de la responsabilidad vid. Tribunal Supremo español, STS 710/2021 (Ponente: Excm. Dña. Ana María Ferrer García).

50 Cfr. Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo*, 103.

Todo lo anterior obedece a la búsqueda de la coherencia intrasistémica que caracteriza a los modelos sistémicos. Bajo esta construcción teórica el primer párrafo del art. 31 bis ofrecería un escaso margen⁵¹ para derivar un modelo de autorresponsabilidad, por lo que, para fundamentar un auténtico sistema constitucionalmente ajustado, debe leerse en concordancia con el apartado b), en tanto este sí especifica un deber jurídico exigible:

(...) y que no por el hecho de que la falta del debido control sólo resulte mencionada de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero, habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al “ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado”, por ser el desplegado “al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos”⁵².

Una cuestión singular que genera cierta distorsión de cara a la ley positiva es afirmar que el fundamento de toda la responsabilidad de la persona jurídica descansa en la infracción de las obligaciones de *compliance*: “falta de medidas de control más falta de cultura de cumplimiento de la legalidad”⁵³. Pareciera ser que este enfoque, unifica o fusiona el complejo y extenso art. 31 bis y lo torna en una cláusula de comisión por omisión genérica a la manera del art. 11 del CP y §13 StGB alemán, derivando una posición de garantía que se reconduciría a un deber de control de la persona jurídica sobre sus dirigentes y sus empleados⁵⁴.

4. El modelo positivo de responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal

Habiendo esbozado sintéticamente los modelos teóricos de atribución o responsabilidad de las personas jurídicas quizá más relevantes, conviene analizar

51 José Luis de la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal* (2011): 14

52 Ibid., 16.

53 Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo*, 84.

54 Críticamente, Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, por Norberto J. de la Mata Barranco, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Adán Nieto Martín (Madrid: Dykinson, 2018), 146. afirmando frente a la primera vía que, “establecer este modelo organizativo de “control del controlador” no es en sentido estricto un deber jurídico de la persona jurídica. No existe una obligación legal de implementar este tipo de modelo de organización”. En definitiva, sería una herramienta optativa.

el art. 31 bis del CP, toda vez que los enfoques o aproximaciones anteriores han contribuido a perfilar la interpretación positiva y, sobre todo la de la jurisprudencia. Sin embargo, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas del Derecho vigente no se decanta propiamente por un planteamiento sistémico-constructivista o de autorresponsabilidad, sobre todo porque mantiene la mirada bien puesta en la acción u omisión de una persona física⁵⁵, sin que de ello se desprenda una responsabilidad objetiva por el hecho ajeno o vicarial pura. De hecho, se trata de una autentica responsabilidad penal, pero eso sí, como afirma Dopico Gómez-Aller con acierto "*a la italiana*"⁵⁶, con tradiciones algo alejadas de las sistémicas y mucho más cercanas —si se quiere— a las individualistas metodológicas⁵⁷.

Debe ser puesto de relieve que, Bacigalupo Zapater ha considerado que del art. 31 bis no se desprende un modelo de imputación (o atribución) de doble vía, sino un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica, tratándose —en su opinión— de una distinción desacertada e innecesaria. Así, en la norma se contemplarían dos categorías de autores individuales: (1) los administradores y empleados con facultades para obligar a la persona jurídica y, (2) los que estén sometidos a la autoridad de estos, por cuyos hechos también responderá la persona jurídica. Para este autor, lo que sucede es que el déficit de organización solo ha sido establecido como presupuesto de punibilidad para los casos de la infracción de los deberes de vigilancia y control sobre los subordinados (art. 31 bis. b), mientras que en el apartado a) referido a la responsabilidad de los administradores se ha renunciado al déficit organizacional como requisito, cuando en realidad el fundamento para ambos presupuestos de responsabilidad debiera ser el mismo en ambos casos⁵⁸.

Estese de acuerdo o no, a fin de cuentas, el art. 31 bis y ss. contiene un modelo de doble vía de imputación a la persona jurídica, por tanto, los requisitos para atribuirle responsabilidad según el catálogo cerrado de delitos como para eximirla

55 Cfr. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico", en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, dir. Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares (Madrid: La Ley, 2011), 468.

56 Con ulteriores referencias vid. Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)", *Revista Logos Guardia Civil*, (febrero, 2023): 205-207.

57 No se refiere al ordenamiento italiano, pero es una lectura que puede hacerse a partir de los planteamientos de Ortiz de Urbina Gimeno, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 491 y ss. Sin embargo, expresamente, Mongillo, "Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 442.

58 Cfr. Enrique Bacigalupo, *Compliance y Derecho penal* (Cizur Menor: Aranzadi, 2011), 98-99.

de ella, son distintos por una y otra vía⁵⁹. Dos son las reglas de imputación para tener en cuenta: (i) que el delito ha sido cometido por un directivo o (ii) por un subordinado con infracción de los deberes de supervisión y vigilancia del directivo. El canon gramatical de los numerales a) y b) del art. 31 bis.1 señala en uno y otro apartado que el delito es cometido “*por los*”, “*por sus*” y “*por quienes*”. O bien como apuntala Silva Sánchez, de la literalidad del texto del art. 31 bis 1. CP se desprende con cierta claridad que el delito lo cometen otros (a saber, personas físicas). Y que sobre la persona jurídica recae una responsabilidad que surge de dicha comisión del hecho por terceros⁶⁰.

Ahora bien, la distinción entre las dos vías de imputación es solo por ahora cualitativa dado que a efectos penológicos la consecuencia es la misma. Pero en realidad de *lege ferenda*, si debiera tener una consecuencia más grave el supuesto de directivos que el de los empleados⁶¹, en la medida en que son estos los que expresan la “soberanía delictiva” de la persona jurídica, de acuerdo con lo que dice Del Rosal Blasco:

*El por qué sea eso así, probablemente viene explicado, como en el caso italiano, porque, en el caso de los directivos, su conducta expresa la propia voluntad de la sociedad en todas sus relaciones externas, mientras que, en el caso de los empleados, la empresa solo tiene, sobre ellos, un deber de control, que, además, se habrá de demostrar que se ha incumplido gravemente, presumiéndose su cumplimiento en otro caso*⁶².

Naturalmente, de este modelo de doble vía también se desprenden consecuencias procesales importantes, porque no será lo mismo hacerle frente a una acusación que afirma la comisión de un delito por un directivo, que ha actuado en beneficio de la persona jurídica eludiendo fraudulentamente las medidas de control dispuestas para su evitación, que defenderse cuando se argumenta la no adopción de medidas de control frente a la actuación ilícita de subordinados

59 También será distinto lo que deberá probarse en uno y otro supuesto. Jacobo Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Memento Penal* (Francis Lefebvre, 2023), n. 3114; El mismo, “Dos interpretaciones contra legem”, 207.

60 Jesús María Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa y Compliance*. (Barcelona: Atelier, 2013), 24.

61 Ello contribuiría, sin duda, a despejar dudas sobre lo que se debe exigir en cada supuesto de hecho, si se entiende que la gravedad del dolo no es la misma que la de la culpa. De otra opinión, la STS 1932/2024: “en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas no existe esa correlación ajustada entre gravedad del delito y gravedad de la pena. Un delito muy grave puede quedar sancionado solo con multa; y un delito de escaso relieve acarrear la disolución de la persona jurídica”.

62 Bernardo del Rosal Blasco, *Derecho penal de sociedades mercantiles*. (Cizur Menor: Aranzadi, 2022), 49.

sometidos al control del directivo. Así las cosas, la ubicación sistemática y exigencia probatoria del programa de cumplimiento variará según la primera o la segunda vía. En la primera podría ser una cuestión de culpabilidad (defensa) y en la segunda una cuestión de injusto (acusación) como es apenas habitual en la dinámica procesal penal. Ya veremos.

a. Primera vía de imputación: el delito de administradores y sujetos asimilados

El primer supuesto del art. 31 bis a) recoge un círculo de sujetos que podría reconducirse a la figura del administrador de hecho o de derecho, o dicho de más manera gráfica, aquellos con poder de mando o capacidad de dirigir la persona jurídica⁶³ y vincularla materialmente. En este sentido, Dopico Gómez-Aller afirma que:

*la conducta de un administrador actuando en nombre o por cuenta de una persona jurídica, o que omite un deber que ostenta precisamente en tanto que administrador, no puede ser considerado un hecho ajeno a ésta, sino, por el contrario, el hecho paradigmáticamente más propio del ente colectivo*⁶⁴.

La responsabilidad del directivo se ve reflejada en dos situaciones paradigmáticas pero diferenciadas: (i) cometer el delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica o (ii) incumplir los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados. No obstante, frente al primer supuesto lo que se exige es que el administrador o representante realice su conducta en tanto que administrador o representante, si bien desviándose del legítimo ejercicio de sus funciones⁶⁵.

Esta primera vía se muestra muchísimo más exigente⁶⁶ en torno a la carga de la prueba para la defensa que la segunda como más adelante se podrá reparar, toda vez que para eximir de responsabilidad a la persona jurídica habrá de probarse la presencia de cuatro hechos o condiciones de acuerdo con el art.31 bis. 2, a saber: (i) la adopción y ejecución de un programa de cumplimiento *ex ante* eficaz para la prevención o mitigación de los delitos, (ii) un *compliance officer* o auditoría autónomos encargados de monitorear el programa (órgano de vigilancia), (iii) la elusión fraudulenta de las medidas de prevención, vigilancia y control por parte de los directivos y, (iv) una omisión eminentemente dolosa que

63 Dopico Gómez-Aller, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", 140.

64 Ibid., 137.

65 Ibid., 142.

66 Dopico Gómez-Aller: "Dos interpretaciones contra legem", 209.

genere una posición de garantía en cabeza del *compliance officer* o de la auditoría encargados del *compliance*⁶⁷.

Se observa con cierta claridad que el artículo 31 bis. 2 cataloga cuatro cargas que contribuyen a perfilar el comportamiento típico de los sujetos del apartado 1. Aunque el artículo 31 bis 2 especifica conductas con un marcado acento omisivo, no son el fundamento de la responsabilidad, es decir, no es propiamente un deber tener un *compliance*. En realidad, en lo que respecta a los delitos de directivos, en el debate procesal lo que realmente interesa es demostrar cómo, cuándo y de qué modo estos se desviaron concretamente de los deberes fiduciarios que les competían para con la persona jurídica cometiendo un delito de los que puede responder la persona jurídica. La existencia de *compliance* idóneo sería apenas un instrumento auxiliar no para exteriorizar una cultura de legalidad sino, para determinar el umbral del riesgo permitido y con ello la tipicidad del hecho atribuible a la persona jurídica que cometen las personas físicas⁶⁸.

Por su parte, si el directivo actuando en nombre por cuenta y en beneficio de la persona jurídica ha cometido un delito, para declarar la ausencia de responsabilidad el CP exige que se hubiesen adoptado medidas especialmente incisivas: unas de un carácter tal que, para poder cometer el delito, el dirigente hubiese debido actuar mediante una elusión fraudulenta para soslayar el control o engañar al controlador⁶⁹. Sin embargo, las razones de este modelo pueden ser —aparentemente— más sencillas; se imputa responsabilidad a la persona jurídica, por cuanto uno o varios de sus directivos como máximos gobernantes de la entidad cometieron los delitos dolosamente en beneficio de aquella.

Lo anterior —aunque paradójico— exige acreditar además del delito de la persona física, el injusto propio de la persona jurídica: el defecto de organización consistente *en una interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de la multiplicidad difusa de personas físicas que conforman los órganos de la empresa*, que va más allá de la mera transferencia de un hecho ajeno. Si se parte de una concepción de la

67 Cfr. Juan Antonio Lascaraín Sánchez, *Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*, en Responsabilidad de la empresa y compliance, dir. Santiago Mir, Mirentxu Corcoy y Víctor Gómez Martín (Montevideo: Editorial B de F, 2014), 15-19, Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tónica", en *Derecho penal económico en la era Compliance*, dir. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 181-184.

68 Cfr. Beatriz Goena Vives: *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 345.

69 Con cita de Nieto Martín, Dopico Gómez-Aller, J, "Dos interpretaciones contra legem", 215.

empresa como riesgo permitido, esta deja de serlo cuando las acciones u omisiones de sus dirigentes la convierten en un riesgo desvalorado por el Derecho penal⁷⁰.

A mayor abundamiento, y con base en la doctrina de la identificación orgánica esbozada en el apartado *supra* 3.a, Nieto Martín explica —según esta concepción— que la comisión del hecho por parte de un directivo representaría la transferencia de un injusto y una culpabilidad mayor, que la realización del hecho por un empleado como consecuencia de la infracción de deberes de vigilancia por parte del directivo. No es que se transfiera el delito en sí —v.gr. la corrupción entre particulares—, sino un injusto y culpabilidad distintos. Entonces, si para la segunda vía será la infracción grave del deber de vigilancia⁷¹, en esta primera vía la imputación consistirá en la actuación ilícita de la persona física en tanto que órgano de la persona jurídica, por lo que se ha de justificar que el delito no es expresión exclusivamente de una conducta individual, sino del “*nosotros colectivo*”⁷².

Lo anterior supone que en la primera de las vías no se exija para castigar a la persona jurídica prueba de que haya habido una falta de supervisión, vigilancia y control. Basta con que se pruebe que el administrador o representante cometió el delito en beneficio de la persona jurídica. Así, al hilo del FJ tercero de la STS 279/2019 —empero, jurisprudencia minoritaria— se excluiría la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control; por el contrario, lo que legitima la imputación o atribución del hecho típico a la persona jurídica en esta primera vía es el propio comportamiento del administrador o directivo quien, por su especial posición jurídica (poder de mando, *leading position* o *brain area*) realiza dentro de la organización (por cuenta y en beneficio) un delito por los que habrá de responder la empresa de acuerdo con el sistema *numerus clausus* previsto en el CP. Ni más, ni menos.

Otra cuestión es que en el actual sistema español los directivos están sometidos al control y vigilancia de una instancia *ad hoc* que tiene poderes autónomos de control sobre ellos (el “órgano de vigilancia” *ex art. 31 bis 2 b*), es decir, un mecanismo optativo —no obligatorio— de la persona jurídica para desplegar una diligencia cualificada en ejecución del programa de cumplimiento, monitoreando las amplias facultades de organización y control de los administradores. La justificación de ello estriba en que,

70 Con referencia a Jesús María Silva Sánchez y Beatriz Goena Vives, “Culpabilidad ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa”, en *Delito y empresa*, dir. Ramón Ragués I Vallés y Ricardo Robles Planas (Barcelona: Atelier, 2018), 268.

71 Cfr. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 97.

72 Cfr. Cigüela Sola, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 334.

la empresa que ha situado por encima de sus propios administradores una instancia supervisora —donde la capacidad de control no culmina en los administradores, existiendo controles sobre ellos— debe ser exonerada, siendo consecuentes con un modelo que reivindica el hecho propio de la persona jurídica. No obstante, esta circunstancia deberá ser alegada por la defensa según *infra* apartado 8.

Es bien sabido que la reforma de LO 1/2015 propició el debate sobre la naturaleza exoneratoria de los programas de cumplimiento, discutiéndose especialmente entre los operadores jurídicos si aquellos constituían una causa de atipicidad o una eximente vinculada con la antijuridicidad y culpabilidad⁷³. Pero, al margen de la intrincada discusión dogmática que le subyace a esto, basta con poner de relieve que de la lectura más elemental del art. 31 bis 2 se desprende que: *si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a)* la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen acumulativamente las condiciones allí listadas. Y, por si fuera poco, el marco tradicional de las eximentes del art. 20 del CP emplea la misma terminología⁷⁴, siendo lo más razonable admitir que el legislador dispuso el programa de cumplimiento como eximente.

Todo lo anterior, no es sino una razón más para afirmar que el legislador decidió distinguir dos reglas de atribución de responsabilidad y, con ello, distintas exigencias para su exención en caso de delitos de los dirigentes y en el de delitos de sus subordinados. Ese elevado nivel de exigencia lo es únicamente para la cláusula de exoneración en relación con delitos de los máximos dirigentes⁷⁵.

Que ello sea así, se debe no solo a la fuente de inspiración legislativa sino también a una cuestión político criminal interesada en la prevención de los grandes delitos corporativos —generalmente realizados por la alta dirigencia—. En consecuencia, suponen mayor exigibilidad, en el entendido que disponer de un órgano de vigilancia especialmente encargado de monitorear —eficazmente— la actuación de los cerebros de la organización podría fundamentar su ausencia de responsabilidad, cuando pese a la existencia del comportamiento desviado del máximo dirigente, la persona jurídica se ha esforzado *controlando al controlador*⁷⁶.

73 Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes*, 347.

74 Antonio del Moral García, “Aspectos procesales de la responsabilidad penal corporativa”, en *Defensa corporativa y compliance*, coord. Antonio Alcolea Cantos y Juana María Pardo Pardo (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 219

75 Vid. Dopico Gómez-Aller, “Dos interpretaciones contra legem”, 209 y 213

76 Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 139.

b. Segunda vía de imputación: el delito de empleados

El denominado delito de empleado o de subordinado suele confundirse o solaparse con el delito del directivo. Sucede que usualmente los déficits de organización comienzan a intuirse a partir de la confluencia de actividades delictivas desarrolladas por los niveles bajos y medios de la estructura jerárquica, pero claro, estas situaciones vienen precedidas por decisiones empresariales del *top management*, de manera que debe reconducirse a la aplicación del art. 31 bis 1.a). Con razón expresa Feijoo Sánchez, cuando afirma que en caso de que alguna de las personas a las que se refiere la letra a) actúe dolosamente pasaría a ser directamente aplicable la primera modalidad. Si el subordinado actúa en provecho de la persona jurídica y el superior no lo evita, éste estará también actuando en provecho de la persona jurídica⁷⁷.

Con lo anterior, quiere decirse que el art 31 bis. b) contiene un fundamento diametralmente distinto, máxime que prevé la imprudencia grave como título de imputación subjetiva paradigmático. Como sistema de imputación prevé una responsabilidad por culpa *in vigilando*, de tal manera que la infracción a los deberes de supervisión, vigilancia y control se erige como el núcleo típico de la infracción de la persona jurídica; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre, como ya se vio, en la primera vía, no se exige un organismo de vigilancia especial pues naturalmente bastan los resortes habituales del poder de dirección⁷⁸.

El apartado b) del art 31 bis. 1 indica que a la persona jurídica le será imputado el hecho cuando aquellos que en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, estando sometidos a la autoridad de los directivos, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente *por aquellos* los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. Estos deberes constituyen una auténtica posición de garantía reflejados en el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado y, ii) mecanismos de corrección de tal comportamiento, si es que se prevé o se debe prever como delictivo⁷⁹.

77 Bernardo Feijoo Sánchez, "Los requisitos del art. 31 bis 1", en *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*, coord. Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 87-88.

78 Dopico Gómez-Aller. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", 146.

79 Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa*, 22; Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch. 2017), 174-175. Vid. también, José Luis González Cussac: *Responsabilidad penal de personas*

En cuanto a la carga probatoria, posee el tratamiento de cualquier otro elemento típico; hecho negativo que le corresponde a la acusación probar: ausencia de medidas efectivas de control idóneas para cuya elusión sea necesario un mínimo de energía por parte del empleado⁸⁰. Así, la persona jurídica podrá verse eximida de responsabilidad cuando pueda afirmarse que pese a haberse omitido el debido control, en las circunstancias del caso, su cumplimiento no habría logrado evitar el hecho del subordinado⁸¹. Este estándar, conocido como prueba del comportamiento alternativo conforme a derecho emplea un enfoque más flexible, pues bastará demostrar la implementación de medidas razonables de prevención, por tanto, no es requerida la elevada exigencia del art. 31 *bis* 2.

5. Balance

La cuestión no es encapsular un modelo teórico en la prescripción normativa sino dotarla —*lege lata*— de plausibilidad y razonabilidad atendiendo al principio de legalidad. Es cierto, como expresa Del Moral, que la aplicación judicial en lo sustantivo probablemente no variará en la mayoría de los casos —aunque no en todos— sea cual sea la concepción teórica que se adopte⁸²; no tan cierto es que según la lectura *ex lege* que se realice, el *onus probandi* se mantendrá igual, sobre todo en lo atinente al programa de cumplimiento porque claramente no se ha alcanzado consenso sobre su alcance probatorio; su naturaleza o ubicación sistemática, basta con contrastar la primigenia STS 154/2016 y la reciente STS 1932 de 2024 de las que nos ocuparemos más adelante.

Si afirmamos que existen dos vías diferenciadas de imputación, la distinción debe significar algo a efectos de prueba, pues en uno y otro caso el estándar probatorio de la acusación aumentara o disminuirá, pero paradójicamente la exigencia probatoria no es que vuelva las cosas más sencillas. Probar la segunda vía es constatar un hecho en comisión por omisión, una acción compleja por parte de subordinados sin la supervisión de los directivos: un auténtico defecto de organización. En la primera, una voluntad societaria criminógena que se compadecería con una doctrina de la identificación orgánica en la que el programa de cumplimiento juega exclusivamente un instrumento de exención.

jurídicas y programas de cumplimiento (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 200

80 Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad”, en *Memento Penal*, n. 3134.

81 Silva Sánchez, *Criminalidad de empresa*, 22

82 Cfr. Antonio del Moral, prólogo a la segunda edición de *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, por Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 35

Dopico Gómez-Aller ofrece una explicación más precisa cuando se refiere a que el Derecho positivo español no ha optado por un sistema de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad puro, sino por uno de naturaleza dual o mixta. Un sistema que se aproximaría a la doctrina de la identificación orgánica restrictiva o intermedia, estableciendo regímenes de responsabilidad claramente diferenciados:

*En el caso de los delitos «de directivos», pues, la simple comisión del delito por parte del administrador o directivo por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica; y sólo se deberá entrar a analizar si hubo una adecuada supervisión y control en el caso de que se alegue la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el CP art.31 bis 2. Por el contrario, en el caso de los delitos «de empleados» sólo cabe atribuir la responsabilidad a la persona jurídica si se demuestra ese incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control*⁸³.

Con todo, pueden extraerse provisionalmente dos consecuencias al tenor de la ley:

- i. En la primera vía la interpretación del art. 31 bis (a) sugiere que la responsabilidad penal se corrobora a partir de la actuación ilícita de la persona física como órgano de la persona jurídica, requiriéndose justificar que la acción no es puramente individual sino la manifestación de un "nosotros colectivo". Este enfoque permite distinguir entre una responsabilidad por las acciones de los altos cargos y la que surge en la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre sus empleados.
- ii. En la segunda vía según art 31 bis (b), corresponde es verificar que el subordinado actuó delictivamente con ocasión de la infracción grave de los deberes propios del directivo de supervisión, vigilancia y control, de manera que, en sede de tipicidad debe verificarse la naturaleza de infracción con arreglo a la idoneidad *ex ante* de las medidas para la prevención del delito. Para exonerarse de responsabilidad, la persona jurídica habrá de demostrar que antes de la comisión del delito gozaba de un programa de cumplimiento para la prevención de los delitos de su misma naturaleza.

83 Dopico Gómez-Aller, "Responsabilidad", en *Memento Penal*, n.º3148.

6. Nemo tenetur y responsabilidad penal de la persona jurídica

a. *Nemo tenetur se ipsum accusare* ¿acusarse de qué?

Una de las cuestiones más problemáticas en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el derecho a la no autoincriminación⁸⁴. Como se ha podido ver, si el fundamento material de tal responsabilidad no está del todo claro, mucho menos será el tratamiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal.

Históricamente, el *nemo tenetur* se ha ligado al proceso justo y al derecho de defensa con el avance hacia el derecho penal post-ilustrado, en especial frente a la prohibición de sufrir tratos inhumanos, degradantes y de tortura. Es pues, una garantía procesal vinculada estrechamente a la dignidad humana⁸⁵ y presunción de inocencia. No es de extrañar que la mera alusión a un derecho de no autoincriminación para las personas jurídicas causa desconcierto en algunos dada su esencia personalísima, máxime de la escasa casuística.

Podría decirse que una vez vinculada la persona jurídica como acusada al proceso penal, puede anclarse el contenido objetivo del derecho en la presunción de inocencia, por lo que la cuestión nuclear reside en establecer su alcance y realización desde una perspectiva que permita garantizar el equilibrio entre las partes dentro de un proceso acusatorio y contradictorio, que instituye el derecho del acusado a no colaborar en su propia acusación y en su condena, exigiendo que sean los poderes públicos los que aporten los medios de prueba que desvirtúen tal presunción⁸⁶.

Pero desde luego que reconocer el derecho a la no autoincriminación a la persona jurídica plantea una contradicción del sistema, no tanto por la dificultad de dotar de contenido al derecho fundamental, sino porque riñe con su fundamento político criminal, teniendo en cuenta que sus raíces —sistema estadounidense actual— se basan en la colaboración de las empresas con las autoridades estatales.

Si de las ideas de autorresponsabilidad organizada y de autorregulación regulada se sigue por un lado que las personas jurídicas tienen un derecho a organizarse autónomamente —libertad empresarial—, y del otro, un deber de colaborar con el Estado en la prevención y reacción contra la corrupción y el delito —deber de colaboración—, la

84 Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos", *Diario La Ley*, n.º 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012, p. 8.

85 Adán Nieto Martín y Axel Blumenberg, "*Nemo tenetur se ipsum accusare*", en *Derecho penal económico europeo. Curso en Derecho penal económico* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2008), 294.

86 Juan José González López, "Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa", *Revista Jurídica de Castilla y León*. n.º40 (2016): 46.

tensión es evidente. El reconocimiento del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica implicaría justamente el derecho a negarse en colaborar con la justicia sin que se vean mermadas sus garantías luego dentro del proceso⁸⁷. Pero también, el reconocimiento absoluto del derecho al *nemo tenetur* de la persona jurídica puede ser visto como una obstrucción a la justicia torpedeando su administración y funcionamiento.

Más complejo se muestra lo que ocurre con los programas de cumplimiento, siendo estos el rasgo más claro de la política criminal en materia de responsabilidad penal corporativa. El legislador ha buscado *premiar* exonerando o atenuando la responsabilidad a las empresas que implementan un *tailored compliance* ex art. 31 bis 5, pero también es cierto que, la justicia en el afán de acusar y someter a enjuiciamiento a las personas jurídicas se les requiere a través del juez de instrucción o de las ordenes de entrada y registro estos programas para edificar la acusación —“el dilema de los programas de cumplimiento interno”—. Goldsmith y King han dicho que:

(...) tales programas han producido un dilema inesperado para muchas empresas: cuando una empresa responde a incentivos regulatorios implementando un programa de cumplimiento integral que promueve una conducta legal, corre el riesgo de generar información incriminatoria que puede generar responsabilidad penal o civil”⁸⁸.

En este escenario, una extendida línea jurisprudencial entiende que en la ausencia de los programas de cumplimiento descansa la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para esta opinión, la carga de la prueba de la acusación se referirá a la demostración de la ineficacia o inexistencia del modelo de cumplimiento.

Se pretende entonces indagar si es plausible reconocer el derecho a no inculparse en el contexto de la persona jurídica imputada, y examinar si aquella goza de la prerrogativa de negarse a entregar o aportar el modelo de *compliance*, porque según la interpretación que se siga sobre el fundamento material de la responsabilidad penal de personas jurídicas el derecho al *nemo tenetur* tiene un alcance distinto.

Si se sostiene como hasta ahora que, la acusación no debe probar —genéricamente— la ausencia de una cultura de cumplimiento o fidelidad al derecho sino algo distinto según una u otra vía de atribución: un delito de directivos —art. 31 bis. letra (a)— o un delito de empleados —art. 31 bis letra (b)—, podría encaminarse la materia a un plano donde la incriminación consiste en la comisión de delitos en su seno y no en la ausencia o ineficacia de un programa de cumplimiento como núcleo de la responsabilidad.

87 Cfr. Nieto Martín y Blumenberg, “*Nemo tenetur se ipsum accusare*”, 281-282.

88 Michael Goldsmith y Chad W. King, “Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance programs”, 50 *Vanderbilt Law Review* XV (1997): 4.

b. Contenido del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas

Se da por hecho que la persona jurídica es titular del derecho fundamental a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁸⁹. No obstante, la cuestión práctica que más incertidumbre suscita es las ordenes de entrada y registro para obtener la documentación que pueda servir de prueba para acusarlas (apartado 7 *infra*). Lo usual sería decir que esto es plenamente válido, pues también se ordenan esta clase de diligencias para recabar el arma en el domicilio de una persona investigada de un homicidio o el uso de las pruebas de alcoholemia para averiguar el grado de intoxicación etílica. En ultimas, se trata de investigar hechos de apariencia delictiva, pero al menos, en el proceso penal moderno el fin no justifica los medios y desde la apertura de la investigación debe saberse qué se investiga específicamente.

Sin perjuicio del margen limitado respecto de las personas que pueden ejercer el derecho, la reforma de la Ley 37/2011 reconoce el *nemo tenetur* de la persona jurídica en los art. 409 bis y 786 bis de la LECrim⁹⁰; y con el art. 24.2 de la Constitución española se extrae el fundamento más preciso del derecho de la persona jurídica a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia con todas las implicaciones que se desprenden. Las razones más elementales —o principalísticas— de su reconocimiento son por la intensidad de los efectos del derecho penal como señala Echarri Casi:

La aplicación a la persona jurídica de derechos y garantías procesales como la presunción de inocencia, no autoincriminación, defensa real y efectiva, deben serlo sin condicionamiento alguno, y no sólo por la reconocida capacidad positiva de sufrir penas, sino porque la naturaleza de aquellas es esencialmente idéntica a las de las personas físicas, y arrastra un componente estigmatizador y de daño reputacional evidente⁹¹.

89 “En cuanto imputado o acusado en un proceso penal, lo es a todos los efectos y con todas las consecuencias. Cosa distinta, en cambio, es que resulte posible y/o conveniente trasladarle en bloque y de forma mimética y acrítica el estatuto jurídico procesal configurado para el imputado, persona física”. Coral Arangüena Fanego, “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de compliance”, en *Tratado Sobre Compliance Penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 441.

90 “Parece que la remisión a la LECrim habría de entenderse una LECrim debidamente interpretada a la luz de los preceptos constitucionales correspondientes, entre ellos el art. 24.2”. Vid. Guillermo Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015), 233.

91 Fermín Echarri Casi, “Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas ¿Ficción o realidad?” *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance I*, (Primavera, 2023): 5.

Ormazábal Sánchez desde una perspectiva particular, sostiene que para cobijar a las personas jurídicas con el *nemo tenetur* y el derecho a no colaborar activamente, debe tenerse en cuenta que en su trasfondo están las personas físicas que la integran, quienes podrían verse afectadas en sus propios intereses por las consecuencias adversas que pueda correr la persona jurídica en el proceso penal. Según esta opinión, compeler con sanciones u otro tipo de consecuencias perjudiciales al representante de una sociedad para que declare o aporte información incriminatoria en contra de la persona jurídica equivaldría a perjudicar a la entidad de cuya buena marcha depende su propia subsistencia económica, personal y familiar, su reputación social y profesional⁹². Por lo tanto, la interpretación del canon constitucional recogido en el art. 24.2 sugeriría que la persona jurídica ha de quedar eximida de cualquier tipo de cooperación activa sin padecer consecuencias adversas o ser compelida a entregar documentos, revelar ciertos datos o cooperar en cualquier otro modo⁹³.

A la inversa, esta postura obedece más a razones de filosofía moral o de la ética que sin duda merecen un tratamiento más profundo. Sin embargo, en el proceso penal de las personas jurídicas la afectación de los intereses de los socios por posibles sanciones o responsabilidades económicas es un riesgo y costo implícito de la inversión que están obligados a soportar (tanto como lo es asumir las pérdidas de una mala inversión). El proceso y la amenaza de la pena contra la persona jurídica constituyen externalidades negativas para los socios, pero ello caería en una categoría similar al perjuicio que experimenta la familia de una persona condenada o enjuiciada⁹⁴. A este respecto, Fisse y Braithwaite aportan razones convincentes para rechazar esta propuesta:

*En primer lugar, los socios que asumen costos no están sujetos al estigma del proceso y castigo penal: no son acusados sino beneficiarios corporativos. En segundo lugar, los empleados y accionistas acceden a un esquema distributivo en que las ganancias y pérdidas de las actividades corporativas se distribuyen sobre la base de su posición en la empresa o tipo de inversión más que grado de merecido elogio o reproche. Los participantes en este tipo de esquema no pueden negar que el flujo de pérdidas corporativas es justo, porque han optado por derechos sujetos a riesgo corporativo, no solo merecimientos. En tercer lugar, y sobre todo, no castigar a una empresa culpable sería permitir que las corporaciones acumularan y distribuyeran a los socios un conjunto de recursos que no reflejan el costo social de la producción*⁹⁵.

92 Cfr. Ormazabal Sánchez, *El derecho a no inculparse*, 234.

93 Ibid., 273.

94 Fisse y Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability*, 50

95 Ibid., 50.

En otro orden de ideas, los derechos a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a no colaborar activamente son, desde luego, garantías que avalan que el acusado guarde silencio sobre aquellos hechos que podrían suponer su incriminación o agravamiento de su situación procesal. A efectos prácticos, cabe entender que las vertientes del *nemo tenetur* se reconducen a un único derecho fundamental: el derecho a no autoincriminarse, cuyo contenido básico consiste en no realizar declaraciones perjudiciales, para decidir por sí mismo la forma y el modo en que sus declaraciones pueden convertirse en prueba, pudiendo optar como estrategia defensiva una actitud pasiva o no colaborativa⁹⁶. Es por esto último que en el contexto del proceso penal contra personas jurídicas resulta más adecuado referirse a un derecho a la no colaboración o cooperación, porque las declaraciones del investigado —en estricto sentido— no constituyen el único anclaje del *nemo tenetur*. Gascón Inchausti señala que también se proyecta sobre: (i) la negativa de la persona jurídica a suministrar la información y los documentos que le sean reclamados y posean carácter incriminatorio, (ii) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a suministrar esa misma información y documentos, (iii) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a responder preguntas de contenido incriminatorio para la persona jurídica en el contexto de una investigación o proceso penal⁹⁷.

Quizá todo lo anterior pueda ser una aproximación apriorística, porque el problema es más intrincado y requiere de formulaciones pragmáticas, y es que ya la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011 advertía que: “*desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el ius puniendi estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación*”. Pero también es cierto que, “*pocos elementos probatorios hay más rentables para una acusación, procesalmente hablando, que un informe de investigación interna, o informe de autoevaluación, que concluya que los mecanismos de prevención no funcionaron*”⁹⁸.

96 Arangüena Fanego, “El derecho al silencio”, 463; Echarrí Casi, “Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas”, 4.

97 Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal y persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 121. También, él mismo, *Memento Penal Francis Lefebvre* (Lefebvre: 2023), n.º3203.

98 Carlos Aguilar Fernández y Alfredo Liñán Lafuente, “El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del “compliance officer””, en *Persuadir y Razonar. Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo II, coord. Carlos Gómez-Jara Díez (Cizur Menor: Aranzadi), 2018, 805.

El canal de denuncias y los informes sobre investigaciones internas proyectan, naturalmente, la imagen más nítida sobre la operatividad y eficacia del programa de *compliance* de una organización empresarial, y nada se hace con un programa de prevención de riesgos penales plasmado en papeles. Las investigaciones internas permiten construir una versión objetiva de los hechos que pueden perjudicar los intereses de la persona jurídica, pues es apenas natural que dentro de la organización confluyan diversas versiones sobre los acontecimientos y los intereses se contrapongan de cara a que prevalezca una u otra versión. De manera que, en el curso de una investigación penal la empresa puede verse incentivada a revelar la información que procede de las investigaciones internas; sin embargo, no tiene en absoluto la obligación de denunciar hechos que puedan perjudicarle, toda vez que le asiste ese derecho a no colaborar en su propia incriminación y guardar silencio⁹⁹. Además, el *compliance* o las investigaciones internas pueden contener datos sobre el hecho de conexión y/o sobre un eventual efecto beneficioso para la persona jurídica¹⁰⁰. Nada será más atractivo para la acusación que conocer los resultados de las investigaciones para hallar indicios o pruebas suficientes para vincular al proceso a la persona jurídica, al menos en línea con la jurisprudencia mayoritaria que aboca por un estándar de prueba consistente en demostrar la inexistencia de *compliance* para condenar a la empresa.

Sin embargo, si se es consecuente con la responsabilidad por el hecho propio deberá entonces propenderse por un equilibrio entre la protección del derecho de las personas jurídicas y la urgencia de obtener información relevante para la investigación. Es pues, una cuestión de límites y distribución de competencias procesales.

Como reglas generales, el representante de una persona jurídica tendrá derecho a no colaborar con la investigación siempre que actúa en nombre y representación de esta, porque en todo los demás el representante posee el tratamiento de un tercero, y ciertamente como tercero está sujeto al régimen general aplicable a terceros del proceso penal que implica el deber de colaborar en todo lo que pueda ser útil para la investigación y el enjuiciamiento. Si posee información relevante, es un testigo sometido al deber de veracidad, al igual que si tiene en su poder documentos u otros objetos relevantes, estaría obligado —en principio— a entregarlos¹⁰¹. Incluso, si un socio es llamado a declarar como testigo está obligado a hacerlo, otra cosa es que

99 Cfr. Nieto Martín, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, 264-265.

100 Goena Vives, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*", 37.

101 Cfr. Héctor Hernández Basualto, "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLI, (1er semestre, 2015): 248.

como estrategia de defensa pudiera añadir información que pueda favorecer a sus intereses frente a lo que le pueda ser preguntado.

En definitiva, se trata de distinguir entre un *nemo tenetur* individual (en beneficio propio) de uno colectivo (en beneficio de la persona jurídica). González López explica con acierto que:

*(...) la persona jurídica no puede exonerarse de colaborar cuando la información se solicita en relación con la investigación que se sigue contra una persona física, aunque esté vinculada a ella. No cabe realizar una confusión de persona natural y jurídica a efectos de la aplicación del derecho*¹⁰².

c. Luces y sombras en el reconocimiento en el derecho a la persona jurídica

Es una obviedad que las personas jurídicas no tienen voz propia y su voz es la de las personas físicas que la integran —*the hands and those who represent the brains*¹⁰³—, por lo que la LECrim mantiene para el caso de las personas jurídicas una cláusula de reconocimiento relativo o condicionado frente a la prerrogativa a guardar silencio. El art. 409 *bis* expresa literalmente que esta será aplicable en *lo que no sea incompatible con su especial naturaleza*, de manera que *de lege lata*, no cabe identificar el derecho de forma absoluta con el de la persona física. Adicionalmente, el art. 709 *bis* establece que solo la persona especialmente designada será la habilitada para guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Lo anterior, por supuesto, no deja de ser problemático.

Si se trata de concretar ese derecho al silencio del que son titulares —en su extensión objetiva y subjetiva—, conviene destacar algunas cuestiones merecedoras de atención, como quien debe ser la parte y en qué condiciones exterioriza el derecho a la no incriminación de la persona jurídica y puede hacerlo efectivo.

Dopico Gómez-Aller señalaba tiempo atrás que el silencio al que tiene derecho el imputado —persona física o jurídica— supone cierto obstáculo a la investigación, pero un Estado que permitiese a los mecanismos de represión penal obligar al imputado a hablar en su contra sería inaceptable¹⁰⁴, además porque ello constituye una ruptura de la igualdad de armas y ventajas desproporcionadas para la acusación.

102 González López, "Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa", 62-63.

103 Wells, *Corporations*, 101.

104 Dopico Gómez-Aller, "Proceso penal contra personas jurídicas", 9.

Goena Vives¹⁰⁵ en su original trabajo sobre la funcionalidad o compatibilidad en el reconocimiento absoluto al *nemo tenetur* de la persona jurídica, examina las vicisitudes de la cuestión construyendo tres subcategorías que la autora divide en: (i) problemas de factibilidad ontológica, (ii) problemas de legitimidad y (iii) problemas de coherencia sistémica.

El problema de factibilidad ontológica se halla en que la defensa de la persona jurídica depende de sus miembros que son personas físicas, y en esa medida, garantizar el silencio de la organización se dificulta cuando con frecuencia los intereses entre sus agentes y la corporación son contrapuestos.

Por tal motivo, el derecho a la no autoincriminación debe ser reconocido en función de un criterio material-institucional del representante que se designa por la empresa; aquellos con el suficiente conocimiento y poder de decisión que faculte el ejercicio o no del derecho en el plano de las posibilidades e intereses defensivos de la persona jurídica. Es indudable que no cualquier persona dentro de la organización tiene la capacidad para vincular jurídica y materialmente a la persona jurídica:

La materialidad del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo no puede depender del formalismo de la designación como representante. Así, en los supuestos de administración plural, sería absurdo concluir que solo un administrador estaría amparado por dicho derecho y los demás no. El círculo de personas que pueden ejercer este derecho debe determinarse con base en consideraciones materiales¹⁰⁶.

El derecho a la no colaboración activa de las personas jurídicas entendido como *nemo tenetur corporativo* puede aprehenderse materialmente con una interpretación que limite su extensión a las personas físicas que actúan como órganos de la persona jurídica y conlleve una actuación propia de dichos órganos¹⁰⁷. Desde esta perspectiva: “

(...) la única vulneración posible del derecho se daría cuando se obligara al representante a colaborar con la investigación y el enjuiciamiento de la persona jurídica en esa precisa calidad de representante, es decir, representándola¹⁰⁸.

La LECrim limita la representación a una persona pero el efectivo reconocimiento de esta garantía a la persona jurídica requeriría que se extendiese más allá del

105 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 30.

106 Dopico Gómez-Aller, “Proceso penal contra personas jurídicas”, 10.

107 González López, “Imputación de personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa”, 64.

108 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 248

representante procesal¹⁰⁹. Tal vez es deseable de *lege ferenda* ajustarse a las disposiciones suizas sobre esta materia, que extienden el derecho al silencio a todas aquellas personas físicas que ostentan facultades de representación de la persona jurídica en el tráfico aunque no sean quienes la representen en el proceso penal¹¹⁰. Lo anterior, es lo ideal para evitar conflictos de intereses y fraudes de ley (v.gr. llamarlos como testigos), así como el establecimiento de una línea o directriz sobre la actuación judicial para evitar las contradicciones procesales que plantearía una eventual sucesión de representantes¹¹¹:

La persecución penal de las personas jurídicas se resentiría enormemente si los individuos que se desempeñan en ellas y que poseen información relevante sobre los hechos pudieran abstenerse de declarar o, sobre todo, de entregar documentación u otros objetos en virtud de este derecho, tanto más si el círculo de sujetos con esa prerrogativa se define extensivamente o si la prerrogativa se extiende hasta alcanzar el ocultamiento o la destrucción de información, todo lo cual es conceptualmente posible una vez que se reconoce el derecho¹¹².

Pero también surgen problemas de justificación o legitimidad, porque aun reconociendo tal derecho podría blindar a aquellos sujetos con la máxima capacidad decisoria con riesgo de *infra* protección para los subordinados, que sometidos a los superiores jerárquicos han decidido colaborar (*scapegoating*). Es cierto y no es nada ingenuo que el ejercicio del derecho por parte de aquellos con poder de decisión—en los momentos de investigación y enjuiciamiento— sea la verdadera voluntad corporativa. Además, si se tiene en cuenta que la persona jurídica no puede ser responsable por delito de desobediencia, pero si lo pueden ser las personas físicas¹¹³. Dicho de otro modo: “si quien puede aportar la información no lo hace, la entregará quien se encuentre en la premura de hacerlo”. A este respecto aclara, Hernández Basualto:

109 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur”, 37.

110 Con referencia a Gascón Inchausti vid. Ormazabal Sánchez, *El derecho a no inculparse*, 236.

111 Una lectura armónica de los art. 309 LEC y 786 bis LECrim, permitiría que la persona física que ejerce la función de representante *ad-hoc* pueda cambiarse a lo largo de la sustanciación del proceso penal, o por lo menos durante la fase de instrucción. Con las diligencias de investigación y sus resultados la persona jurídica puede advertir la necesidad de designar como portador de sus derechos y garantías procesales durante el juicio oral a un representante distinto del que ha intervenido en su nombre en la fase de instrucción. Cfr. Mercedes Serrano Massip, “El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de *compliance*” en *Tratado sobre compliance penal*, coord. Juan Luis Gómez Colomer y Christa María Madrid Boquín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1208-1209.

112 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 245.

113 Cfr. Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur”, 32-33 y 37.

Sin embargo, se pasa por alto que en tal caso se trata de una situación del todo diferente, pues el representante no corre el riesgo de incriminarse a sí mismo, sino que al ente que representa (sin que exista a su respecto, obviamente, un vínculo familiar como el que justifica la ampliación del derecho a ciertos parientes cercanos), en tanto que si eventualmente corriera riesgo, podría hacer valer su propio derecho contra la autoincriminación¹¹⁴.

Los subordinados de rango inferior siempre tienen derecho a guardar silencio en lo que respecta a sus posibles responsabilidades penales personales, independientemente de la implicación de la persona jurídica. Sin embargo, a estos subordinados no se les permitirá guardar silencio cuando su testimonio pueda afectar a la persona jurídica. En otras palabras, no pueden abstenerse de declarar si ello pudiera perjudicar a la entidad, pues adquieren la condición de testigos sometidos al deber de veracidad.

Ahora bien, no se trata de ampliar el contenido del *nemo tenetur* para mutarlo en algo que pueda ser calificado como obstrucción, pero si cabe una matización importante a efectos de garantizar el derecho a la no autoincriminación y sea este operativo. Puede entenderse que el derecho a guardar silencio –en su sentido más literal– es garantizado únicamente al representante *ad hoc* de acuerdo con el art. 786 bis, por ser quien conoce y posee información potencialmente incriminatoria para la persona jurídica. Sin embargo, en cuanto a la variante del derecho a no colaborar que puede ser manifestado en la negativa a entregar documentación por directivos y empleados, debe señalarse que aquellos son, en realidad, servidores de la posesión ajena que la detentan en nombre y por cuenta de la persona jurídica, es decir, el director financiero o de desarrollo del negocio no puede disponer de una información de la que no es titular. Al hilo del Auto AN 391/2021, con referencia a *Saunders v Reino Unido*, para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos, es preciso que la medida coactiva se dirija a la obtención de documentos o fuentes de prueba, cuya existencia dependa de la voluntad del investigado. Por tanto, es razonable entender que el derecho de la empresa a negarse a la entrega de documentos no puede burlarse por la vía de solicitárselos a título personal a quienes trabajan en ella, estos sujetos pueden negarse legítimamente a entregarlos, sin temor a las consecuencias del art.575 de la LECrim¹¹⁵. La forma correcta de proceder será requerir a la empresa que, no obstante, podrá negarse a suministrar dicha información, si así lo considera, o autorizar la entrega a quien se le solicita.

114 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 243.

115 Fernando Gascón Inchausti, *Memento Penal Francis Lefebvre* (Lefebvre, 2023), n.º3205.

Mas a fondo, no puede obviarse el dato sobre la intensidad penal o el grado de aflicción que soporta la persona física en comparación con el de la persona jurídica investigada o acusada, máxime de la práctica existente de deslizamientos de responsabilidad desde los niveles altos hacia los medios y bajos¹¹⁶. De ello se deduce que no puede considerarse adecuada una construcción conceptual del derecho a no autoincriminarse que omita el conflicto mencionado y deje de valorarlo como intolerable desde la perspectiva de la experiencia sensible de las personas¹¹⁷.

El reconocimiento del derecho a la no incriminación de la persona jurídica – en todas sus vertientes –, no se construye desde el fundamento para las personas físicas vinculado a la dignidad humana. Debe entonces, propenderse por un ejercicio diferenciado del *nemo tenetur* buscando así el mejor aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica como acusada en un proceso penal. Inclusive, para garantizar dicho equilibrio de intereses se ha propuesto que en los eventos en que la empresa decida no guardar silencio o colaborar, aquello deberá tener el mismo tratamiento que el de un coimputado, debiendo ser valorado escrupulosamente por el juez¹¹⁸, aunque esto sea ya una cuestión propia del campo de la motivación judicial.

Una última cuestión que es quizás la más problemática tiene que ver con los problemas de coherencia sistémica, por cuanto el reconocimiento de un derecho a la no incriminación a la persona jurídica sería incompatible con los fines del régimen penal para las personas jurídicas. Y es que, si el fin político criminal del sistema tiene que ver con la idea de la autorregulación regulada, donde se descargan funciones estatales en la empresa con miras a que sea vigilante de su propia actividad y coopere con los órganos de persecución penal en la prevención y reacción al delito, sería un contrasentido que un proceso penal orientado a promover la colaboración de la entidad procesada avale una estrategia que, además de hacer impracticables sus propios incentivos, se pueda volver en contra del sujeto al que supuestamente protege¹¹⁹. Es por esto que, Hernández Basualto¹²⁰ propone que en lugar de invocar un derecho subjetivo de la persona jurídica frente a la compulsión estatal ha de apelarse a ciertos deberes básicos de corrección procesal que el Estado debe respetar, incluso en ausencia de un derecho correlativo, además porque la renuncia

116 El denominado *whistleblowing* a la inversa o *risk shifting*. Vid. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 207-208.

117 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 241.

118 Cfr. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 212.

119 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 34-35.

120 Hernández Basualto, “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?”, 243-244.

a la colaboración de la persona jurídica imputada viene impuesta por la lógica de un proceso penal de carácter acusatorio y contradictorio, especialmente en lo concerniente a la formación de la prueba.

Por lo pronto, atendiendo a la actual dinámica y realidad del proceso penal, la defensa de la persona jurídica contaría con dos alternativas: “la acreditación con “preponderancia de evidencia” de que la persona jurídica contaba con un programa de *compliance* adecuado, o a través de la aportación proactiva de información en el proceso”¹²¹.

7. Requerimiento de los programas de compliance a la persona jurídica. A propósito del Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid

Una de las cuestiones más acuciantes en la práctica desde el aterrizaje de las personas jurídicas en el Derecho penal español han sido los programas de cumplimiento y su función probatoria (e incriminatoria) en el proceso, según la lectura que se haga de los arts. 31 bis 2-4 y *quater* del CP. En consecuencia, determinando qué es lo que debe probarse en cada una de las vías de imputación, el *nemo tenetur* podría tener dos aplicaciones diferenciadas en la medida en que también existen dos vías de atribución diferenciadas, valga la redundancia. No obstante, a partir de la interpretación de ese conjunto de normas se ha inferido por la jurisprudencia mayoritaria que los programas de cumplimiento son la razón de ser del sistema, de tal manera que a la acusación le corresponde probar la ausencia o ineficacia de tal modelo o de las medidas de gestión y control para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Cabría delimitar en qué medida la información que integra el programa de cumplimiento puede ser accesible para la acusación, puesto que la acusación la podría requerir a través de solicitud al juez de instrucción u obtenerla través de una orden de entrada y registro en el domicilio de la empresa o locales de sus directivos y asesores externos¹²².

Con mayor o menor cierto según se opine, el Auto 394/2021 de la Audiencia Nacional de Madrid se pronunció —quizá por primera vez— sobre el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica, y su relación con la expresa facultad

121 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 35.

122 Adán Nieto Martín propone una solución práctica y plausible para limitar el acceso del Estado a la información generada mediante investigaciones internas a través del derecho de defensa, el secreto profesional y la dispensa a no declarar. Este mecanismo blindaría a la empresa frente a una orden de entrada y registro en el despacho de abogados externo que prepara la estrategia de defensa a la luz del art. 24 de la CE. Vid. Adán Nieto Martín, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, 266-267.

de negarse a aportar las copias certificadas de los programas de cumplimiento normativo, así como la totalidad de las denuncias internas recibidas a través del canal de denuncias junto con los expedientes de tramitación de estas.

La Audiencia Nacional destaca el pleno reconocimiento del derecho a no inculparse de las personas jurídicas con arreglo al art. 24.2 de la CE, toda vez que no se puede exigir a una persona física o jurídica investigada la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su atribución mediante el requerimiento de aportar elementos probatorios de contenido inculpativo *v.gr.* el programa de *compliance*, además porque no son obligatorios *ex lege* como sí son los datos de naturaleza económica y contable.

Considera la Audiencia Nacional que el medio lícito para obtener tal documentación podría ser a través de la orden de entrada y registro, porque por lógica los programas de cumplimiento normativo deben ser recabados de una entidad mercantil a través de esta clase de diligencia, en el sentido que expresa Goena Vives: “por mucho que la entidad acusada se acogiera al derecho al silencio legalmente reconocido, las autoridades podrían obtener la misma —o más— información, mediante otras medidas “paralelas” mucho más invasivas. Es el caso, por ejemplo, de las entradas y registros”¹²³.

Que lo anterior sea lo habitual —y justificado— no llama la atención porque lo mismo ocurre con la persona física investigada por un homicidio u otro delito. Según esta decisión, por la vía de la cooperación voluntaria no es dable requerir el programa de *compliance* a la persona jurídica si esta se niega. La vía idónea para obtenerlo, si es lo que desea la acusación, es a través de la orden de entrada y registro de naturaleza eminentemente coactiva y excepcional, por tanto, sujeta a las exigencias del triple juicio de ponderación (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta). Aunque, curiosamente, también se afirma que el momento procesal oportuno de su aportación formaría parte de la estrategia defensiva interna.

A lo anterior subyace el fundamento que jurisprudencialmente ha sido mantenido desde la STS 154/2016, que afirma que *el thema decidendi* en el proceso penal contra personas jurídicas es el injusto típico conformado por una organización defectuosa y una culpabilidad de cultura de cumplimiento inexistente, insuficiente o meramente complaciente con las exigencias legales. Desde esa aproximación la decisión es absolutamente coherente entre su premisa y su conclusión aunque no precisamente correcta.

123 Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 32.

Cabe entonces plantear dos interrogantes: ¿Qué ocurre si la orden de entrada y registro se ordena en la etapa inicial de la instrucción sin imputación concreta? ¿El derecho a lo no autoincriminación o *nemo tenetur* tiene alcances distintos según se trate del supuesto art. 31 bis (a) o (b)?

Frente a lo primero, es poco probable que una entrada y registro se ordene sin una imputación previa o del conjunto de indicios suficientemente graves para vincular a la persona jurídica al procedimiento. En cambio, lo segundo puede ser visto desde dos perspectivas diferentes según como se entienda el art. 31 bis:

- i. Si el tema de prueba en el proceso consiste en demostrar la falta de medidas de control y organización para estructurar el delito corporativo y la persona jurídica se niega a aportar la información ante el requerimiento, nada obsta para avalar –legal y proporcionalmente– el registro para su obtención, pues es una actividad investigativa que contribuye a verificar el hecho constitutivo o impeditivo del delito, cualquiera sea la vía de atribución.
- ii. De acuerdo con el apartado (a), ni el juez de instrucción requiere ni la acusación debe pedir el programa de cumplimiento para estructurar el cargo contra la persona jurídica porque no forma del núcleo de la responsabilidad y materia de cargo. Por añadidura, la teleología de los arts. 552 y 573 de la LECrim indicarían que no se trata de un elemento relevante para la investigación. El art 31 bis (a) no establece un deber en estricto sentido –tener un programa de cumplimiento–, mucho menos puede ser fuente de prueba para la incriminación su ausencia o presencia defectuosa.

Considérese que en un caso de corrupción donde se encuentra implicado un administrador, lo que realmente interesa a la causa es recabar documentación sobre la entrega de una dádiva a un funcionario público que fue destinada a favorecer la contratación de productos o servicios de la persona jurídica (la comisión de un delito por el directivo).

En realidad, en la primera de las vías la virtualidad del derecho a la no incriminación o no colaboración pierde relevancia cuando la solución recae en la corrección de facultades jurisdiccionales, controlando el mérito y validez de la entrada y registro. Si un *compliance* no es idóneo para probar el delito en esta vía, tampoco es necesario invocar el *nemo tenetur* cuando la incriminación ni siquiera consiste en la falta de medidas de control y supervisión. No se trata de requerir el *compliance* de manera automática, sino saber para qué.

Por el contrario, en el apartado (b) puede ser necesario eventualmente –según las circunstancias del caso– probar la falta de supervisión vigilancia y control sobre determinados empleados como autores materiales del delito de un hecho concreto. Si los mecanismos de control y supervisión se encuentran dentro del programa de cumplimiento, en ese caso, sí que se podrían requerir razonadamente, pero también la empresa puede negarse a proporcionar la información sobre la falta de supervisión, vigilancia y control haciendo uso del derecho en ese aspecto concreto, porque esto ya pasaría a integrar el delito por el que se le investiga.

8. La discusión de la carga probatoria ¿perspectiva de solución al hilo de la STS 298/24?

En el apartado 6.b *supra* se utilizó la analogía al uso de la orden de entrada y registro en un delito de homicidio para recabar el arma. Parece claro que en estos supuestos el arma constituye una pieza probatoria de indudable relevancia toda vez que seguramente será el medio comisivo; sin embargo, de cara al art. 31 bis literal a) el *compliance* no es fundamento, medio, u objeto del delito corporativo y para el b) lo es en una medida circunstancial. Como ya se advirtió, los esfuerzos de la acusación no deberían enfocarse hacia su obtención coactiva o siquiera ser materia de requerimiento, al menos de forma automática. Es pues, una decisión exclusiva de la defensa de la persona jurídica aportarlo o proponerlo como prueba, máxime que su ausencia (o presencia) según el CP no es elemento integrador de ningún tipo penal. Es una opción voluntaria por la que se podrá optar para excluir la responsabilidad penal.

En cualquier caso, la discrecionalidad del máximo interprete jurisdiccional ha distorsionado el sistema al punto de exigir a quién concretar lo que no requiere ser demostrado. A estos efectos, basta con analizar brevemente las STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, y la reciente STS 298/24 de 8 de abril. No cabe, por supuesto, detenerse mucho en ello, la STS 154/2016 ha sido ya comentada y objeto de férreas críticas por la doctrina más cualificada¹²⁴, además de lo argumentado en el voto particular por los magistrados discrepantes. En lo que aquí importa, basta con señalar que esta decisión interpreta el art. 31 bis como un tipo penal autónomo diferente al que se imputa a la persona física, consistente en la ausencia de adecuados mecanismos de control. Entonces, si la presencia de adecuados mecanismos de control supone la inexistencia misma de la infracción esta ha de

124 Recientemente vid. por todos Dopico Gómez-Aller, “Dos interpretaciones contra legem”, 210 y ss.

consistir en la omisión de su implantación¹²⁵.

Esta interpretación jurisprudencial –mayoritaria– ha traído consigo escollos probatorios que han hecho cuestionar la operatividad del sistema o hablar de la *huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*¹²⁶, porque según el F.J 8 de la STS 154/2016:

(...) la determinación del actuar de la persona jurídica ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran (...).

En consecuencia, el núcleo de su responsabilidad:

no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento", exigidos para la aplicación de la eximente (...).

La dinámica procesal y probatoria que se desprende de esta interpretación presenta una paradoja que parece vaciar de contenido el *nemo tenetur* de la persona jurídica frente al requerimiento del programa de cumplimiento manifestándose en lo siguiente: si el fundamento material de la responsabilidad de la persona jurídica reside en la inexistencia de un programa de cumplimiento, la respuesta defensiva más lógica será aportarlo porque para qué negarse si con ello es suficiente para exonerarse de responsabilidad. Y al reverso, si la persona jurídica decide no colaborar bien porque no quiere aportar la información o porque no la tiene, lo usual es que la acusación o el juez instructor se abstengan de requerir el programa para no vulnerar el derecho a no autoincriminarse, como señala González Cussac:

*(...) porque si corresponde a la acusación solicitar a la empresa su programa de cumplimiento junto al resto de documentación necesaria para probar su eficacia e idoneidad, la defensa bien podría alegar su negativa amparada en el derecho a no incriminarse. De modo que esta construcción también desde este prisma aboca a un bucle sin salida*¹²⁷.

125 Bernardo Feijoo Sánchez, *El delito corporativo en el código penal español* (Cizur Menor: Civitas, 2016), 100-101.

126 José Luis González Cussac, "La huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º4, (2024): 9.

127 *Ibid.*, 16-17.

Bajo la línea argumental de la STS 154/2016 y el Auto de la AN 394/2021, abarcado el juicio de ponderación adecuado —especialmente considerando los criterios de idoneidad y necesidad—, es lógico que deba ser autorizada la entrada y registro en el domicilio de la persona jurídica para recabar el programa de cumplimiento. Así las cosas, la persona jurídica que carezca —para ese momento— de *compliance* tiene altas probabilidades de recibir una condena, y en el mejor de los casos, deberá inclinarse por la atenuante del art. 31 *quater* d)¹²⁸.

En contraste con todo lo anterior, la STS 298/24 vino a paliar —en cierta medida— este *entuerto* afirmando en su FJ 4 que:

Sea cual sea el modelo que atraiga las simpatías en el plano teórico de uno u otro intérprete, en la práctica lo que es exigible para unos y otros es que se constate la presencia de todos y cada uno de los elementos que a tenor del art. 31 bis CP arrastran la imposición de una pena a una persona jurídica. Entre ellos está también ese elemento negativo -carencia de unos protocolos eficaces de prevención referidos al concreto delito perpetrado-, que, por ser negativo, implica unas mecánicas probatorias diferentes y específicas, lo que no significa que en ese ámbito no opere el principio in dubio.

(...)la carga de la alegación de ese factor excluyente de la responsabilidad recae, en principio, en la defensa. Si ésta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento; como, sin que se quiera extremar la analogía que, deliberadamente, es un tanto hiperbólica, tampoco se detecta inconveniente alguno en, a pesar de no contar con ninguna prueba o informe ad hoc, considerar imputable al acusado de un delito, cuando no existe el más mínimo indicio de un padecimiento psíquico, ni su defensa ha alegado nada al respecto.

9. Toma de postura

Según la interpretación aquí sostenida, los programas de *compliance* en la fórmula del art. 31 bis 1 no incidirían en la dimensión objetiva de las infracciones de las letras

¹²⁸ Por ejemplo, el conductor que imprudentemente arrolla a un peatón, pero porta la licencia de conducción no sería responsable, mientras que, si el mismo conductor realiza la misma infracción y además no posee la licencia, sí lo sería. Además, podría ver atenuada su pena si antes del enjuiciamiento obtiene la licencia de conducción.

a) y b)¹²⁹. Entrarían en el campo de las eximentes de ser alegadas con mayor o menor exigencia según se trate de un directivo o de un subordinado¹³⁰, porque en el delito de empleados el programa si podrá ser objeto de prueba según corresponda.

En el supuesto del literal a) bastará con que la acusación pruebe un injusto típico en el que el administrador o representante —como órgano societario o *as the directing mind*— ha cometido el delito en beneficio de la persona jurídica en tanto aquellos portan la capacidad de decisión y dirección de la persona jurídica¹³¹. Una cuestión diferente es que, si pese a la existencia de medidas específicas según el artículo 31 bis 2, el controlador no pudo ser controlado por la empresa¹³², correspondería a la defensa alegar a modo de eximente la supervisión cualificada y efectiva sobre los administradores orientada —específicamente— a evitar la clase de delitos que han cometido. Por tanto, la carga de la prueba de la defensa no será demostrar un mecanismo de prevención de riesgos penales (y tampoco a la acusación como hecho negativo), sino más bien la eficacia de un órgano supervisor pese a cuya diligencia el delito fue cometido por los directivos¹³³.

Desde la línea argumental que se ha pretendido seguir, el defecto de organización solo es relevante considerarlo en los supuestos de empleados. Las medidas de *compliance* tampoco son algo que puedan perfilar la infracción, ni mucho menos expresar un juicio valorativo de culpabilidad, porque *su inexistencia en la organización empresarial no equivale necesariamente a la infracción de un deber de supervisión, vigilancia y control con capacidad de activar la regla de atribución de responsabilidad del art. 31 bis.1 b)*¹³⁴.

129 Su aplicación sirve de pauta instrumental para delimitar el riesgo permitido de la infracción que se le imputa a la persona jurídica y, por ello, su contenido podría llegar a ser incriminatorio.

130 Julio Pérez Gil, “Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*”, en *Tratado Sobre Compliance Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1080.

131 “Ello lo hará sobre la base de cuantos indicios pueda ser capaz de aglutinar, argumentándolos y poniéndolos en contraste con los debidos medios de prueba (testifical, pericial, documental). A partir de ese momento la pelota estará en el tejado de la defensa, quien habrá de rebatir tales afirmaciones”. *Ibid.* p. 1081.

132 Cfr. Dopico Gómez-Aller, *Derecho penal económico y de la empresa*, 139 y 146.

133 Según los apartados 2 y 4 del art. 31 bis 2, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si prueba que: “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Y adicionalmente, no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano”.

134 Beatriz Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 38.

Luego, lo que sí deberá probar la acusación es un incumplimiento –cualitativamente– *grave* de unos deberes específicos¹³⁵ de supervisión, vigilancia y control de los directivos sobre la actividad de sus empleados, ello es justamente lo que vendría a conformar un defecto estructural de la organización. Sin embargo, esta culpa *in instruendo*, *in vigilando* e *in eligendo* no coincide ni se circunscribe a un programa de cumplimiento, sino que guarda su origen en la infracción del deber del directivo en evitar la realización de riesgos penalmente relevantes, por quienes están a su cargo en el desarrollo de la actividad mercantil.

Algo bien distinto es que se deba revisar la idoneidad del *compliance* en un supuesto concreto según el art 31 bis 4, por ejemplo, cuando la empresa ya lo había adoptado y la defensa a través de una prueba pericial pretenda alegar la exención. Pero, en la generalidad de los casos, será suficiente con determinar la infracción del deber y su gravedad –atendiendo en concreto al delito imputado– que ha desencadenado un estado de cosas lesivo para bienes jurídicos. Con acierto argumenta Fernández Teruelo que:

*(...) no parece racional que una previsión que tiene carácter voluntario, y cuyo objeto es que las empresas puedan ver reducido su riesgo de ser condenadas mediante la adopción de determinadas medidas de control, pueda tener el efecto inverso, incorporando nuevas obligaciones, que incrementen el riesgo de condena penal*¹³⁶.

10. Conclusiones

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema penal español, dada su relativamente temprana edad, ha planteado numerosos desafíos y dudas: un recorrido extenso y fructífero, aunque no con la velocidad deseable. Doctrina¹³⁷ y jurisprudencia han seguido caminos distintos; pero el principal desafío, a mediano plazo, no será la imposición de la teoría más coherente sino la más practicable atendiendo el tenor literal de la ley. El derecho debe ser práctico y operativo, y la dogmática debe emplear criterios teleológicos y de eficacia práctica. En efecto, las prolongadas disquisiciones teóricas sobre la materia han retrasado respuestas

135 “Tendrán que determinarse normativamente las obligaciones cuyo incumplimiento grave ocasiona la atribución a la persona jurídica”. González Cussac, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 147 y ss.

136 Javier Fernández Teruelo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º21 (2019): 5.

137 En realidad, en lo que respecta a la opinión aquí sostenida.

necesarias —que no explican el cómo y el porqué de sancionar penalmente a las personas jurídicas—. Y es que, cuando el derecho penal se pierde en los conceptos, la aplicación práctica del derecho se vuelve evanescente:

*(...) como son verdades absolutas, en ellos mismos, y tampoco hay razón que dar. Lo único es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra*¹³⁸.

En definitiva, luego de haber analizado la doctrina más relevante en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas caben las siguientes conclusiones:

1. La responsabilidad penal de los entes colectivos se compadece más con una teoría de la identificación según *supra* apartado 3.a para el delito de directivos, y con una teoría del defecto de organización para los de los subordinados (apartado 3.b *supra*).

Difícilmente puede comprenderse la capacidad de acción de la persona jurídica sin su principal sustrato óntico que son las personas físicas que la integran. Cuestión distinta es que desde una perspectiva valorativa puedan tener una responsabilidad autónoma y ser destinatarias de auténticas penas de acuerdo con su naturaleza. No se trata de un fraude de etiquetas. La práctica ha demostrado que muchas empresas vienen ajustando su actividad mercantil a los estándares de cumplimiento normativo, no tanto por su capacidad probatoria dentro del proceso, sino simple y llanamente por la prevención general negativa que genera el Derecho penal.

2. Si se sostiene que la acusación no necesita probar de manera genérica la ausencia de una cultura de cumplimiento o fidelidad al derecho, sino que debe probar elementos específicos según se trate de una vía u otra de atribución de responsabilidad (ya sea por delitos de directivos o de empleados), esto podría conducir a un enfoque donde el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se diferencia. En la primera vía, se centraría en la comisión por parte de quienes ocupan los órganos de la empresa (siendo razón suficiente para castigar a la persona jurídica). En la segunda vía, el injusto consiste en el comportamiento del empleado sumado a la falta de control. La ausencia o ineficacia de un programa de cumplimiento no es *per se* el elemento central de la responsabilidad. En la primera vía, es un hecho obstativo o impeditivo de la responsabilidad, mientras que, en la segunda,

138 Me refiero al cuento satírico de Rudolph von Ihering en Gustavo Carreño (comp.) *La Picaresca Jurídica Universal* (Bogotá: Ibáñez, 1993), 94

aunque pueda ser elemento integrador del tipo, la eximente tiene una naturaleza distinta desligada a la existencia de un organismo de vigilancia.

3. El vínculo en la primera vía se halla en que el autor del delito ha actuado desde un órgano de la persona jurídica (administrador o alto directivo) siendo este extremo lo que debe probar la acusación. Según lo expuesto *supra* en el apartado 7, esto supondría que una orden de entrada y registro para la obtención de documentos que no sean de carácter obligatorio (como un programa de *compliance*), deberían ser *–prima facie–* rechazados por el juez por carencia de motivación suficiente a la luz del *thema probandi* que es: el hecho de que los máximos responsables de la persona jurídica, actuando en tanto que tales, han cometido un delito de aquellos por los que debe responder la organización según el sistema *numerus clausus* del Código Penal.
4. La segunda vía de atribución de la persona jurídica entraña el dilema de la prueba de los delitos de comisión por omisión –el juicio hipotético de deber de evitación más capacidad de evitabilidad–; sin embargo, ello no es óbice para un tratamiento adecuado en donde el ejercicio del *nemo tenetur* de la persona jurídica pueda limitar también el acceso a determinada información incriminatoria (*v.gr.* proveer una evaluación de riesgos del departamento dirigido por un alto directivo)¹³⁹. La acusación debe probar el incumplimiento de deberes específicos del directivo sobre sus subordinados, y como la supervisión, vigilancia y control se implantan con mucha frecuencia como mecanismos de cumplimiento regulatorio o a través de pautas de *compliance*, es posible entonces –aunque no necesario– que el sistema de cumplimiento sea el cauce por el que se haya prestado (o se haya dejado de prestar) la supervisión, la vigilancia o el control.
5. Esta interpretación sugiere un cambio en el enfoque de la responsabilidad penal corporativa, alejándose de la mera evaluación de los programas de cumplimiento y centrándose más en los actos delictivos concretos cometidos o tolerados por quienes ocupan órganos de la organización. Este planteamiento podría tener implicaciones significativas en cómo se abordan los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, posiblemente haciendo más directo el vínculo entre los delitos específicos y la responsabilidad de la empresa.

139 Cfr. Beatriz Goena Vives, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *nemo tenetur*”, 38

10. Bibliografía

- Aguilar Fernández, Carlos y Alfredo Liñán Lafuente. "El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del *"compliance officer"*" en *Persuadir y Razonar. Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II*. Coordinado por Carlos Gómez-Jara Díez. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- Arangüena Fanego, Coral. "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*". En *Tratado Sobre Compliance Penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christa María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Bajo Fernández, Miguel, Carlos Gómez-Jara y Bernardo Feijoo. *Tratado de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur menor: Civitas, 2016.
- Bacigalupo, Enrique. *Compliance y Derecho penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- Beale, Sara Sun. *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*, 46, Am. Crim. L. Rev. (2009): 1481.
- Gustavo Carreño (comp.) *La Picaresca Jurídica Universal* (Bogotá: Ibáñez, 1993)
- Cigüela Sola, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Cuadrado Ruiz, María Ángeles. *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona: Bosch, 1998.
- Dannecker, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Penal*, n.º7 (2001): 40-54.
- De la Cuesta, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español". *Revista electrónica de la AIDP* (2011).
- De la Mata Barranco, Norberto J. , Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez y Adán Nieto Martín. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. *Derecho penal de sociedades mercantiles*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos". *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º2. (2023): 2-33.

- Díez Ripollés, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española". *Indret*, n.º1 (2012): 1-32.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos". *Diario La Ley*, n.º 7796, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2012.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del "deber de control": una aproximación tópica". En *Derecho penal económico en la era Compliance*. Dirigido por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)". *Revista Logos Guardia Civil*, (febrero, 2023).
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Memento Penal. Francis Lefebvre* (Lefebvre, 2023).
- Dzsouza, Mark. The Corporate Agent in Criminal Law. An argument for comprehensive identification. (UCL Working Paper Series 6/2019). UCL Faculty of Laws, London, UK , 2019. Recuperado en: https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10082690/1/Corporate_Agents_in_Criminal_Law_An_Argu.pdf
- Echarri Casi, Fermín. "Derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas: ¿Ficción o realidad?". *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*. Volumen I. (abril, 2023): 2-48.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. "El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: Un debate interminable". En *Orden socioeconómico y delito*. Buenos Aires-Montevideo. 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Cizur Menor: Civitas, 2016.
- Bernardo Feijoo Sánchez, "Los requisitos del art. 31 bis 1". En *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*. Coordinado por Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez y Carlos Gómez-Jara Díez, 87-88 (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016).
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. n.º21 (2019): 1-25.

- Fisse, Brent. Braithwaite, John. *Corporations, Crime and Accountability*. New York: Cambridge University Press, 1993.
- Frisch, Wolfgang. "Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación". *CPC*, n.º121, (2017): 385-412.
- Frister, Helmut y Sara Brinkmann. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.
- Garrett, Brandon. *Too big to jail*. Harvard University Press, 2014.
- Gascón Inchausti, Fernando. *Memento Penal Francis Lefebvre*. Lefebvre, 2023.
- Gascón Inchausti, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Gimeno Beviá, Jordi. *Compliance y Proceso Penal. El Proceso Penal de las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, 2017.
- Gimbernat Ordeig, Enrique "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?" En *Estudios de Derecho penal*. Tecnos: Madrid, 1990
- González Cussac, José Luis. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- González Cussac, José Luis. "La huida de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*", n.º4, (2024): 2-19.
- González López, Juan José. "Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa". *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º40. (2016): 20-60.
- Goena Vives, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Goena Vives, Beatriz. "Culpabilidad ¿Juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa". En *Delito y empresa*. Dirigido por Ramón Ragués I Vallés y Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2018.
- Goena Vives, Beatriz. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º23-22 (2021): 1-52.
- Goldsmith, Michael King. Chad W, King. "Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance programs", *Vanderbilt Law Review* 50, n.º1, (1997): 2-46.
- Gómez-Benítez, José Manuel. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Editorial Colex: Madrid. 2001.

- Gómez-Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- Hernández Basualto, Héctor “¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º44 (2015): 2017-263.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”. En *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Dirigido por Santiago Mir, Mirentxu Corcoy y Víctor Gómez Martín, 15-19 (Montevideo: Editorial B de F, 2014).
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. “Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Un modelo integral de Derecho penal”. En *Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Madrid: Agencia Boletín Oficial del Estado, 2022.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Mongillo, Vincenzo. “Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*. Vol. I. Editado por ed. Rosario de Vicente Martínez, Diego Gómez Iniesta, Teresa Martín López, Marta Muñoz de Morales Romero y Adán Nieto Martín. Madrid: BOE, 2021.
- Mongillo, Vincenzo. “El defecto de organización: enigma y esencia de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana”. *La Ley Compliance Penal*, n.º14, julio de 2023.
- Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*. Iustel: Madrid, 2008.
- Nieto Martín, Adán. *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015.
- Nieto Martín, Adán y Axel Blumenberg. “*Nemo tenetur se ipsum accusare*”. En *El Derecho penal económico europeo. Curso en Derecho penal económico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- Ormazabal Sánchez, Guillermo. *El derecho a no incriminarse*. Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, 2015.
- Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico”. En *La teoría del delito en la*

- práctica penal económica*. Dirigido por Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró Llinares. Madrid: La Ley, 2011.
- Pérez Gil, Julio. "Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*". En *Tratado Sobre Compliance Penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christina María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Reyes Alvarado, Yesid. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Derecho penal contemporáneo*, n.º 25 (2008): 43-66.
- Serrano Massip, Mercedes. "El interrogatorio de la persona jurídica y la admisión de hechos objeto de *compliance*". En *Tratado sobre compliance penal*. Coordinado por Juan Luis Gómez Colomer y Christina María Madrid Boquín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Silva Sánchez, Jesús María. "La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas". *Derecho penal y criminología* 29, N.º 86-87 (2008): 129-148.
- Silva Sánchez, Jesús María. "Lo real y lo ficticio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, n.º 1 (2023): 1-21.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.
- Tiedemann, Klaus. *Nuevas tendencias en la responsabilidad de personas jurídicas en Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Griley, 2007.
- Tiedemann, Klaus. *Corporate Criminal Liability as a Third Track*. AAVV. Regulating Corporate Criminal Liability. Springer, 2014.
- Klaus Tiedemann, "Corporate Criminal Liability as a Third Track". En *Regulating Corporate Criminal Liability*. Editado por Dominik Brodowski, Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann y Joachim Vogel. Springer, 2014.
- Wells, Celia. *Corporations and criminal responsibility*. Oxford University Press, New York, 2001.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.



Jurisprudencia

Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP-801 de 16 de marzo de 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa.

JUAN DAVID PORRAS CHIBLY

Comentario a los Autos AP4975-2024 y AEP080-2024. Procedencia de la libertad condicional, por más 'Malo' que haya sido el sujeto

NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ Y ALEXA LILIANA RODRÍGUEZ-PADILLA

Comentario a la sentencia SP022-2025. Crítica a la adecuación típica de la conducta (en cuanto a los fines terroristas) y propuesta (lege ferenda) de alternatividad penal para 'Epa Colombia'

JOSÉ MARÍA PELÁEZ-MEJÍA Y NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ

PORRAS CHIBLY, JUAN DAVID, "Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de marzo de 2022 SP-801 de 2022, (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP-801 de 16 de marzo de 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa.¹

Analysis of the position of guarantor, coupled with the nature of the rights of minors. Commentary on the judgment of the Supreme Court of Justice SP-801, March 16, 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernandez Barbosa

JUAN DAVID PORRAS CHIBLY*

1. Hechos jurídicamente relevantes en el caso

El 18 de noviembre de 2006, directivas y personal docente del Instituto Pedagógico Domingo Sabio de Floridablanca (Santander), incluida su propietaria AYDEE LAMUS QUINTERO, se dirigieron al balneario *La Playa*, ubicado en la vereda El Llanito de Piedecuesta, como parte de las actividades lúdicas de culminación del año escolar, en compañía de 19 menores de edad, entre los que se encontraban 15 estudiantes de 4º y 5º grado de primaria, además de 4 hijos de sus empleadas. La única atracción del mencionado centro recreacional era un lago de 4.8 metros de profundidad.

1 El presente comentario jurisprudencial se enmarca en la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el año 2023, bajo la dirección de María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Téllez Dávila

* Abogado de la Universidad del Rosario, perteneciente al Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" correo: juanda.porras@urosario.edu.co

Alrededor de las 10:30 a. m., 12 de los alumnos asistentes abordaron dos balsas con el propósito de navegar, sin la compañía de algún adulto ni elementos de seguridad. Una embarcación fue ocupada por las niñas y otra, por los varones. Cerca de finalizar el recorrido, el menor A.F.S.M., de 11 años, se lanzó al agua para remolcar aquella en la que se desplazaban sus compañeras. Sin embargo, debido a la profundidad del lago y a su incapacidad de flotar, el menor terminó por hundirse. Al percatarse de la situación, el menor Y.A.C.P., de 10 años, acudió en su rescate, pero no sabía nadar y falleció también.

2. Resumen de la actuación procesal

En audiencia realizada el 15 de julio de 2014 ante el Juzgado 11 Penal Municipal de Bucaramanga con Función de Control de Garantías, la Fiscalía 13 Seccional de esa ciudad le imputó a AYDEE LAMUS QUINTERO la comisión del delito de homicidio culposo en concurso homogéneo y sucesivo —Art. 109 de la Ley 599 de 2000—. La procesada no aceptó el cargo.

El 8 de septiembre de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación por el referido punible contra Aydee Lamus Quintero y César Augusto Uribe Hernández —representante legal del balneario—, la audiencia de verbalización de acusación tuvo lugar el 3 de marzo siguiente ante el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga con Función de Conocimiento. Por virtud del preacuerdo suscrito entre Uribe Hernández y la Fiscalía General de la Nación, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, prosiguiendo el mencionado despacho judicial con el trámite, únicamente respecto de Lamus Quintero.

La audiencia preparatoria se realizó el 27 de mayo de 2016 y la del juicio oral, en sesiones del 4 de abril y 18 de agosto de 2017; 10 de julio, 5 y 28 de septiembre y 3 de octubre de 2018. En esta última, el Juzgado de primera instancia anunció el sentido condenatorio del fallo, corrió el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y profirió sentencia contra Aydee Lamus Quintero, condenándola a 38 meses de prisión, multa de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autora de las conductas objeto de acusación. El Despacho le concedió la condena de ejecución condicional.

Impugnada la sentencia por la defensa, mediante fallo del 11 de diciembre de 2018, recurrido en casación, el Tribunal Superior de Bucaramanga lo confirmó.

3. Exposición de la demanda de casación

La defensora recurrente fundamentó la demanda en un único cargo: La violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio por desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba. Con fundamento en la presunta mendacidad de algunos testigos y la falencia e inseguridad de algunos medios probatorios. La defensora arguye que el tribunal admitió, de manera errada, la posición de garante que se adjudicó en cabeza de su defendida. Inicia diciendo que las reglas de la experiencia indican que no hay un testimonio lineal y sin contradicciones, y, que de darse este, corresponde a una versión *amañada*; además, alude a que no se presentaban testigos directos que puedan corroborar la presunta posición de garante.

Por otra parte, controvertió el testimonio de Beyanid Moreno Murillo, madre de A.F.S.M., en razón a que, si bien aseguró que Lamus Quintero ejercía funciones de directora, administradora y propietaria, durante el juicio se probó que al momento de los hechos la rectoría era ejercida por Fabiola Díaz Serrano, como bien lo estableció el Tribunal. No obstante, cuestionó que, para hacer frente a tal escenario, la Corporación judicial de segunda instancia optó por invertir la carga de la prueba y considerar que la defensa no desvirtuó la *«titularidad del dominio o las funciones administrativas»*, cuando era la Fiscalía la llamada a demostrar esas circunstancias.

En lo tocante a la trascendencia del error descrito, argumentó que, por recaer sobre la prueba principal de la declaratoria de responsabilidad, tiene la virtualidad de afectar los resultados del trámite, por cuanto *«al incluir tales medios probatorios como instrumentos idóneos, la actuación procesal, antes que certeza, sembró duda en sede de su responsabilidad»*. Por otra parte, alude que existe una circular expedida por la institución educativa donde se acredita que la rectora era la mencionada señora Fabiola Díaz y hace una enunciación sobre la inexistencia de una prueba que determine que fue la procesada quien contrató el lugar donde se iba a llevar tal actividad; también destacó que en la formulación de acusación se hizo una referencia genérica a los encargados de la organización del evento, aspecto tal que no fue individualizado. Argumenta, además, que los fundamentos de la condena son negligencia de la procesada al no ir previamente al lugar de la actividad a verificar la seguridad, no permitir a los padres acompañar a los menores y consentir que las dos víctimas entraran al lago solos, sin seguridad y sin saber nadar.

Razonó que la ausencia de pruebas sobre esos aspectos *«afecta la congruencia entre lo afirmado en la facticidad de la acusación, lo probado en el juicio y la condena impuesta»*. Y adujo, nuevamente, que el tribunal no se esforzó en determinar en qué función actuaba su defendida. Reiteró, además, que esta no era la rectora al

momento de la ocurrencia de los hechos y que su presencia en el evento respondió a una invitación, excluyéndola de las obligaciones contempladas en el numeral 4, artículo 44 de la ley 1098 de 2006 el cual enuncia las obligaciones de los centros educativos para con la vida de los menores.

En síntesis, discutió que la presunta responsabilidad de la recurrente se derivó de su condición de garante, pese a que esta no fue demostrada, en tanto no se probó que fuera la propietaria, administradora o directora del plantel. Tampoco se ratificó que estuvo a cargo de la organización o *«que envió nota en calidad de directora del colegio para la actividad (...), pues la defensa incorporó prueba documental de quien fungía como rectora era Fabiola Díaz Serrano, y aquí los testigos mintieron buscando responsabilidad en Aydee Lamus Quintero»*.

4. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

4.1. Fundamento del fallo condenatorio

Inició este aparte refiriéndose a la tarea del Tribunal, cimentada sobre el análisis que este hizo respecto de los delitos culposos y sus presupuestos: a saber, la inobservancia de un deber legal, su materialización en un posterior resultado típico y la acreditación del nexo de causalidad; en este sentido, expuso que el fundamento de la responsabilidad atribuida a Lamus Quintero fue su omisión respecto de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios educativos y que tal descuido constituye el nexo de causalidad entre la inobservancia de las referidas obligaciones impuestas por su condición de garante y el trágico desenlace.

Para lo anterior, se trae a colación el testimonio de *Beyanid Moreno Murillo, madre del menor fallecido A.F.S.M, la cual dijo conocer a la procesada como rectora del colegio, que a ella se le pagaba la pensión y que ella figuraba en las actas y circulares; además del testimonio de Yaneth Pinto aludió, quien conocía a Lamus por aproximadamente 24 años y que fue quien le sugirió matricular a su hijo Cristhian Johan Mejía Pinto en el instituto pedagógico santo domingo del cual era directora y propietaria, además de los testimonio de Ingrid Paola Becerra Hoyos y del citado Cristhian Johan Mejía Pinto quienes fueron alumnos para la época de los sucesos que aseveraron, sin asomo de duda, que la procesada actuaba como directora.*

Por otra parte, destacó que el tipo penal de homicidio culposo no reclama del sujeto activo ninguna calidad especial, en tanto la posición de garantía no depende

del cargo que este ocupe *«sino del deber y la posición concreta que como garante tuvo en los trágicos acontecimientos»*.

El *deber* lo estructuró a partir del contrato de prestación de servicios educativos celebrado entre los padres de las víctimas y la recurrente y *la posición de garante* desde la visibilidad de Lamus Quintero entre los padres de familia y su participación en los acontecimientos previos, concomitantes y posteriores a la ocurrencia del siniestro. Adicionalmente, tuvo en cuenta que el debate probatorio evidenció que ninguno de los docentes participantes conocía las instalaciones del centro recreacional, ni verificaron que contara con el mínimo de seguridad para garantizar la integridad de los asistentes, al punto que la persona que cumplía la función de salvavidas no se encontraba presente y tuvieron que esperar que llegara para proceder al rescate de los afectados.

Para finalizar, el Tribunal precisó que por *«ser conocedora de las minucias de la actividad lúdica e intervenir en la misma dada su concurrencia al establecimiento La Playa el 18 de noviembre de 2006 (...) se adjudicó la posición de garante respecto de los menores víctimas, de tal manera que al asumir finalmente una actividad omisiva cuando arribaron al sitio, así como en general respecto de los distintos ejercicios realizados por los menores en aquella locación, habida cuenta que le asistía el deber jurídico de impedir aquel resultado típico, además, se encontraba en la posibilidad de hacerlo debido a su propia participación en la actividad lúdica (...)»*.

4.2. Tema objeto de debate

4.2.1. Posición de garante

La Sala tiene establecido que ostenta *posición de garante* quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado respecto de un bien jurídico protegido (CSJ SP1291-2018).

Además, se hace referencia a que está contemplada en el artículo 25 del estatuto penal, alude, entre otras cosas, los presupuestos que deben probarse, a saber, i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción, su condición de garante y su capacidad de acción (CSJ SP5333-2018).

Hace unas breves menciones de los delitos culposos o imprudentes y su infracción al deber objetivo de cuidado en cuanto se presentó un actuar negligente por parte del agente.

4.2.2. Principio de libertad probatoria

Aquí La Corte hace referencia al mencionado principio de libertad probatoria, entendido esto y, en consonancia con la sentencia SP907-2021, que no se goza de una plena libertad, pues la demostración de un hecho debe ser acorde a la pertinencia y conducencia, exigidos por el operador judicial. Por ello, el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 prevé que en todo caso los medios de convicción deben referirse de manera directa o indirecta *«a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias»*, a la atribución de responsabilidad, a hacer más o menos probables los supuestos fácticos que rodearon el acaecimiento del ilícito o a la credibilidad de un testigo.

4.2.3. Del caso concreto

Inicia La Corte analizando lo concerniente al cargo de la acusada, dado que en el presente asunto no se debate si AYDEE LAMUS QUINTERO ocupaba el cargo de rectora del Instituto Pedagógico Santo Domingo Sabio para el momento en que fallecieron los menores A.F.S.M. y Y.A.C.P., sino su participación en el evento extracurricular en el que tuvo lugar el deceso. Recuérdese que dentro del juicio se probó que dicho cargo era desempeñado por Fabiola Díaz Serrano

Acreditado lo antedicho, el Tribunal centró la discusión, no en torno a la posición de garante que surge de la competencia institucional de la procesada, sino de las obligaciones que le eran exigibles a partir de *las pautas de comportamiento social del hombre promedio*.

Posteriormente La Corte y, en consonancia con los testimonios mencionados anteriormente, alude que la señora Lamus desplegó actos de administradora, que, además, se realizó una reunión para discutir los aspectos tocantes con la salida lúdica, reunión que fue precedida por ella, que además la confianza y seguridad que la procesada plasmaba en los padres de familia fue una de las razones cruciales para que estos accedieran a otorgar permiso para que sus hijos asistieran a la actividad y que la recurrente denegó el acompañamiento de los padres con sus menores hijos por resultarle innecesario puesto que iban varias personas.

Aunado lo anterior al testimonio de Aleida María Hoyos Montoya, quien relata que en varias oportunidades fue la misma señora Aydee Lamus quien le solicitó que dejara ir a su menor hija a dicho paseo pues era ella quien estaba organizando todo.

También se aludió, por parte de los que en ese momento eran estudiantes, que nunca supieron en qué condiciones de seguridad se encontraba el lugar que acogería tal evento hasta que arribaron a él, y se encontraron con que la señalización y las medidas de seguridad eran precarias.

Lo cierto, entonces, es que las revelaciones de los testigos permiten afirmar que Aydee Lamus Quintero asumió, desde esa reunión, la posición de garantía que ahora pretende repudiar, posición que ratificó con su asistencia al evento

Sumado a lo anterior, conforme lo narrado por los asistentes, ni LAMUS QUINTERO ni los otros 5 adultos que acompañaban a los 19 menores de edad notaron que dos de éstos se apartaron del grupo hasta la hora del almuerzo. Sólo en este instante repararon en que A.F.S.M. y Y.A.C.P. habían desaparecido. Descuido que, no obstante, los enormes esfuerzos de la defensa, resulta injustificable. Nada explica que los presentes hayan inadvertido la ausencia de dos alumnos que estaban bajo su cuidado y custodia.

Ante ese panorama, está acreditado que *i)* AYDEE LAMUS QUINTERO asumió el deber de cuidado de los infantes, pues los padres de familia, *ii)* amparados en la trayectoria profesional de la procesada, consintieron que acudieran a la despedida del año escolar sin el acompañamiento de alguno de ellos. Pese a lo anterior, *iii)* la procesada omitió adoptar medidas eficaces de cuidado y vigilancia de los niños, *iv)* lo que facilitó que A.F.S.M. y Y.A.C.P. se apartaran del grupo y fallecieran ahogados, *v)* sin que los adultos presentes notaran su ausencia.

Ante esta situación, se puede concluir que, contrario a lo sostenido por la defensa, la Fiscalía General de la Nación logró demostrar que AYDEE LAMUS QUINTERO se encontraba en posición de garantía frente a los 19 menores de edad que asistieron al paseo y que, como resultado de la desatención de los deberes que le eran exigibles en su condición de organizadora y asistente, dos de éstos fallecieron.

En consecuencia, al no haber incurrido las decisiones de instancia en el yerro atribuido por la casacionista, la Sala no casará el fallo.

5. Desarrollo del comentario jurisprudencial

5.1. Introducción

Desde nuestra posición, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adopta una decisión que resulta compatible con los postulados de la teoría

del delito, los principios del derecho penal y los principios consagrados en la Constitución Política y que, aunque desarrolla más unos aspectos que otros, lleva a una solución que resulta apropiada.

De igual manera, hay aspectos neurálgicos de la teoría del delito y de la aplicada posición de garante en los delitos de omisión impropia que no fueron detallados a profundidad por el máximo tribunal que, en nuestra opinión, podría haber dado un poco más de claridad respecto del tema que se debatía, su desarrollo y su posterior resolución; tales como la viabilidad de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, el fundamento directo de la aplicación de la posición de garante, no solo aludiendo que es la procesada quien incentiva y promueve la actividad lúdica, también la incidencia de la participación y asistencia de los demás directivos de la institución académica, incluso los demás adultos que se encontraban en el recinto; y, de la misma forma, se evidencia la transgresión de algunos principios del derecho penal y por esto repercutiría en su imposibilidad de aplicación como el principio de confianza y el principio de seguridad.

Para los mencionados aspectos se propondrá una alternativa a lo largo de este trabajo desde una visión doctrinal, legal, jurisprudencial y constitucional, en aras de ofrecer una perspectiva que ahonde en el caso concreto y pueda darle una resolución con un mayor número de aristas. Lo anterior se hará de una manera holística, pero diferenciado en dos partes, a saber, la discusión dogmática, con las instituciones penales antes descritas y con otras que resultan de especial relevancia y otro aparte analizando el sustrato fáctico; reiterando, de igual forma, que en su integridad se considera que La Corte ha efectuado un análisis que concluye en un fallo acertado por las razones preliminarmente expuestas.

Para concluir, se analizarán dos propuestas que, desde esta perspectiva, podría ser de utilidad a la hora de analizar este tipo de fenómenos, que no son eventos aislados u ocasionales, dada la frecuencia con que se realizan este tipo de actividades; lo anterior tiene su principal fundamento en la naturaleza de los sujetos pasivos del injusto, dado que al ser menores de edad requieren una enfoque diferencial por las características propias de su edad, es por esto que se ruega al lector no dejar de lado dicha naturaleza de los infantes a la hora de analizar esta propuesta, pues es, desde esta óptica, el aspecto neurálgico del caso.

6. Discusión dogmática

6.1. Concepto de acción y omisión como formas de conducta

Para abordar de manera correcta este análisis sobre los delitos de naturaleza omisiva, sus alcances y, lo más importante en este trabajo, su fundamento para ser imputado, hay que elaborar un concepto sobre esta tipología de conducta.

Sobre este aspecto se sabe que *“Solo puede ser imputado aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío”*², aunado a lo anterior, se puede aludir a que, aun cuando en derecho penal son denominados comportamientos omisivos en el plano natural incluso lo que se conoce dogmáticamente como omisión, responde a las acciones voluntarias del agente, la cuestión estriba en cuanto dicho agente actuó contrariando lo que la norma esperaba de él, por lo anterior, *“La imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad”*³

Toda esta explicación teórica cobra importancia para poder determinar si la omisión en la que incurrió la procesada en el caso que nos ocupa resulta reprochable desde un punto de vista penal y que aun cuando ella, intencionalmente, no buscara un resultado típico este resultaba previsible; en consonancia con lo anterior y procurando darle un sentido objetivo a la definición propuesta por Hegel, Larenz afirma que esta imputación de un hecho a un sujeto es de carácter objetivo dado que no solo contempla los hechos queridos y que son conocidos, sino también los que pudieron haberse querido, es decir los que pudieron haber sido objeto de la voluntad del agente, aludiendo a los hechos imprudentes o culposos, en tratándose de conductas típicas; también se dice *“Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito sino, obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible”*⁴

Por último, Honig, procurando complementar la teoría esbozada por Larenz, propone lo que es denominado como *“susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad”*⁵ es decir ostentar un control sobre el curso causal.

Para aunar las descripciones doctrinales con los pronunciamientos de nuestras altas cortes, se tiene que, *“La causalidad por sí sola no basta para la imputación*

2 Hegel, 1820 como se citó en Reyes Alvarado. *Teoría de la imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 2005), 4

3 Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 94

4 Ibid.

5 Honig, 1930 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 94

jurídica del resultado” (Artículo 9, Ley 599 de 2000, Congreso de la República de Colombia, 2000) y, por tanto, es preciso acreditar que la consecuencia lesiva es” obra suya, es decir, que depende de su comportamiento como ser humano, en últimas, que le es atribuible” Radicado: 39023 (16-10-2013.)

Como se dijo precedentemente, con estas aproximaciones solo se busca darle un fundamento naturalístico y dogmático al actuar desplegado por la procesada en el caso objeto de estudio; es por esto por lo que se puede concluir válidamente que la procesada exteriorizó una conducta, fruto de su voluntad y de su libertad, que le puede ser reprochable como será analizado íntegramente en este trabajo.

6.2. Principios de confianza, de autorresponsabilidad y de seguridad

Como se ha pretendido desde el inicio del trabajo, lo que se procura es dar una propuesta integral desde diferentes perspectivas al caso que está siendo estudiado junto con sus particularidades. Lo que ahora nos ocupa es el análisis de los principios de autorresponsabilidad, principio de confianza, principio de seguridad y su interrelación entre ellos.

Para abordar el principio de autorresponsabilidad es necesario hacer una aproximación teórica a sus dos connotaciones, una primera que alude al comportamiento de la víctima respecto del suceso ilícito, su capacidad de haberlo previsto y, de alguna forma, haber evitado que este se materializara en un resultado típico. Y así lo que se pretende dogmáticamente es trasladar la responsabilidad sobre la ocurrencia del suceso a la víctima⁶

Por otro lado, tiene una acepción desde el punto de vista del sujeto activo, y es que, según la Corte Suprema de Justicia, “El principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, en la medida en que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta”. Sentencia SP153-2017 (2017, 18 de enero). Es por lo precedente que se procurará explicar, de manera sucinta, los dos significados del principio de autorresponsabilidad relacionado con el caso concreto; como ya se ha dicho lo que busca el principio de autorresponsabilidad es poder desconcentrar la responsabilidad de un solo agente, lo cual en este escenario es inviable, toda vez que si Lamus Quintero hubiera intervenido para evitar el resultado típico, cumpliendo con su rol de garante, no se hubiera analizado la conducta de los otros asistentes al lugar donde se llevó a cabo el evento, es por esto que la responsabilidad de Lamus sería “indivisible” y debería responder por lo que implicó su actuar omisivo.

6 Cancio, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 94

Por otra parte, aludiendo a la otra connotación del principio de responsabilidad, resulta práctica y dogmáticamente inviable siquiera sugerir que el actuar de los menores podría restarle responsabilidad a la omisión de la procesada, puesto que por su condición de infantes requieren de la atención y vigilancia que fundamenta la posición de garante.

De la misma forma, la procesada no podría ser acreedora del principio de confianza según el cual la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera *"Ahora, el principio de confianza que consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario"*. Radicado 36422 (2012, 6 de mayo).

Posteriormente esa misma corporación se pronunció al respecto en los siguientes términos: *"Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, pues por su propia definición «no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario"* Radicación 61464 (2022, 2 de noviembre).

Después de la descripción teórica se hace necesario aludir a cuando no procede el principio de confianza y como se aterriza al caso concreto, del cual se ha dicho que: *"En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás"* Radicación 61464 (2022, 2 de noviembre). Por lo anterior, es necesario decir que, en contraposición al principio de confianza, el principio de seguridad presenta un límite para los eventos en que se hace necesaria una conducta con un mayor grado de diligencia, el cual ha sido desarrollado por la misma Corte así *"Por otra parte, como no todo principio absoluto se tiene que el de confianza se exceptúa por el también conocido como principio de seguridad. Éste postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien su comportamiento puede, en general, sujetarse al principio de confianza y así tener una cierta seguridad en cuanto a que aquel con quien interactúa también cumplirá su función, de todos modos existen circunstancias excepcionales en las que, con el fin de evitar el riesgo y el consiguiente daño antijurídico, debe actuar conforme al principio de defensa y así adecuar su comportamiento a una excepcional situación en la que no tiene vigencia el principio de confianza. Si así no lo hiciere, el agente*

creará un riesgo no permitido y le será imputable el resultado dañoso que se produzca como consecuencia de no obrar conforme el principio de confianza". Radicado: 39023 (2013, 16 de octubre.)

Para concluir con este aparte se puede determinar que la recurrente no podría alegar el citado principio de confianza toda vez que: (i) La procesada no actuó conforme a lo que las disposiciones legales le exigían, (ii) No tuvo en cuenta el ya mencionado principio de seguridad, que le exigía prever un resultado dañoso, (iii) Poseía un deber especial de vigilancia, (iv) No podría valerse del ya analizado principio de autorresponsabilidad puesto que no puede trasladar su responsabilidad para que sean los menores quien se hagan cargo totalmente por el actuar desplegado, esto por su condición particular.

Por lo ya expuesto, el análisis de estos principios brinda una herramienta adicional a la hora de analizar el caso bajo estudio y permite concluir válidamente que le era exigible otro actuar a Lamus en aras de impedir que dicho riesgo se concrete en un resultado típico.

6.3. ¿A qué título responderían los presuntos responsables?

Resulta pertinente analizar el hecho de que en la sentencia bajo análisis se cuestiona respecto al título al que responderían las personas imputadas, es decir, todas las que estaban presentes el día de la ocurrencia del suceso. En principio, cabe resaltar las teorías de la participación en las que no hay un concepto unitario de la autoría que nos distinga entre autores y partícipes, y los trata indistintamente aludiendo que todo el que tenga una incidencia en el resultado típico debe ser tratado como autor.

En sentido contrario el concepto restrictivo de la autoría alude que solo quien ejecuta el tipo penal y su verbo rector tendrá el tratamiento de autor, el resto de las personas que tengan incidencia en el resultado típico serán tratados como meros partícipes⁷, concepto por el cual parece decantarse nuestra legislación según lo consagrado en los artículos 28, 29 y 30 de nuestro estatuto penal⁸.

7 Sara Gonzales Cifuentes. "Autoría y participación en delitos de omisión impropia". Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT, 2021.

8 **ARTÍCULO 28.** *Concurso de personas en la conducta punible.* Concurrén en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes

ARTÍCULO 29. *Autores.* Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin

Lo cual suscita una gran discusión doctrinal dado que, como lo ha dicho Reyes Alvarado, la clasificación de autor y partícipe es exclusiva de los injustos dolosos y esta no cabe en los delitos de índole imprudente, puesto que los agentes no estarían concertados para la comisión del ilícito, en consecuencia, no se podría colegir que uno sea partícipe y otro sea el autor.⁹ En consonancia con lo anterior, y como lo ha determinado también Robles Planas tampoco habría cabida para esa distinción hablando de delitos culposos y que cada persona, compatible con el principio de autorresponsabilidad, respondería por su grado de participación en el ilícito, y propone que, si se presenta un homicidio imprudente, en el supuesto de que haya intervención de varias personas, todos responderían como autores de homicidio imprudente.¹⁰

Por otra parte, hay que afirmar que nuestra normativa penal, al referirse a las formas de intervención en el punible, no distingue si estas se llevan a cabo a través de acciones o de omisiones, es por eso, aunque no para el caso concreto, se podría colegir que nuestra legislación admite el fenómeno de la participación en la conducta omisiva.¹¹

Como ya se había comentado, la imputación de responsabilidad penal, en el caso concreto, se fundamenta en la posición de garante y la desatención de un deber, teniendo en consideración que todas las personas allí presentes tenían un deber especial de cuidado por su posibilidad de evitar el resultado típico y que dicho deber fue desentendido; desde este trabajo se propone concluir a este respecto que todos deberían tener el tratamiento de autores, puesto que no se concertaron para la realización de un delito y todos tenían en su cabeza, de manera individual, el mismo deber de cuidado, es por lo anterior que todas las personas imputadas deberían ser vistas como autores del delito de homicidio culposo por omisión, dado que si se pensara de forma contraria se llegaría al absurdo de pensar que, trayéndolo al caso bajo estudio, los profesores,

tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero si en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible. **ARTÍCULO 30. Participes.** Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

9 Reyes, *Teoría de la imputación objetiva*. 36

10 Ricardo Robles Planas. *Garantes y cómplices la intervención por omisión en los delitos especiales*, (Madrid: Atelier, 2006) 30

11 Juan Carlos Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal* (Bogotá: Ediciones Rosaristas legis, 2002) 58

directivos y demás personas presentes en dicho evento no querían el resultado (muerte de los menores) pero se concertaron para que ello ocurriera.

6.4. Inexistencia de calidades especiales en el sujeto activo para el delito de homicidio

En consonancia con nuestros principios constitucionales, la posición de garante deviene de nuestro estado social de derecho, en el cual es viable imponer a los asociados deberes sobre los otros, carga que sería impensada en un estado liberal¹², es por esto por lo que, debido a una base funcional, es posible imponer deberes a ciertas personas por la posición que ostentan en la sociedad, lo que es denominado por Forero como “omisiones puras de garante”. Es por esto por lo que a quien ostenta ese ‘deber puro’ se le hace exigible un mayor grado de diligencia y cuidado en atención a que han sido dotados de una obligación concreta en una situación concreta; por lo anterior es que los sujetos que tienen esa posición específica de garante solo responden por este deber de cuidado mientras estén en estricto cumplimiento de ese rol. (radicado 28017, 2007, 14 de noviembre)

Como bien se determina en la sentencia del caso , el argumento de que la procesada no fungía como rectora de la institución educativa es inocuo, dado a que el delito atribuido, a saber, el homicidio, no prevé un sujeto activo calificado, y no es por ser rectora o directora de la institución que se predica su posición de garante, sino porque con su actuar consintió y asumió este rol de garante, además porque concurren los requisitos de la posición de garante analizados en la providencia los cuales son, ‘ i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción, su condición de garante y su capacidad de acción’. Sentencia SP5333 (2018, 5 de diciembre).

Para ahondar en lo precisado, resulta de especial relevancia aludir a que no solo se puede imponer el rol de garantía por algún tipo de relación contractual o por disposición expresa de la ley (Conocido como teoría formal del deber jurídico), sino que se procura ampliar este concepto para que pueda atribuirse tal condición de garante a relaciones que respondan más a los roles intrínsecos de las sociedad en la que nos desenvolvemos

12 Forero, El delito de omisión en el nuevo código penal, 41

(Conocido esto como la teoría material).¹³ En estricto apego al caso que nos ocupa se podría aludir que por el actuar y el papel desempeñado por la condenada se le podría atribuir, desde las dos teorías descritas, la posición de garante.

Por lo expuesto se puede concluir que en el marco de nuestro estado social de derecho es inherente que ciertas personas tengan deberes de conducta respecto de una persona o un grupo poblacional por su posición en la sociedad y su capacidad de crear, disminuir o prever riesgos, el ejemplo por antonomasia de esta situación es quien tiene a su cuidado menores de edad.

6.5. Causalidad en delitos de omisión

Como ya se ha expuesto, ontológicamente solo existen acciones, la connotación de las omisiones tiene un alcance meramente jurídico, dada esta precisión, se concluye que, aun cuando estemos en presencia de omisiones en el ámbito penal, existe un nexo causal entre el comportamiento omisivo del agente y el resultado dañoso.¹⁴

Lo que resulta importante analizar a profundidad, es la conexión directa que hay entre el actuar omisivo y que dicho actuar haya desencadenado un resultado lesivo, lo que propone Yesid Reyes Alvarado es que la probabilidad de consumación del hecho debe ser rallante con la certeza, es por esto que también afirma que 'La probabilidad de causalidad se encuentra casi demostrada cuando se pueda determinar que de haberse presentado el comportamiento que se omitió el resultado y la posterior afectación al bien jurídico no habría sucedido'¹⁵ Para afianzar esta propuesta se pretende aproximar al contenido de la *conditio sine qua non*, afirmando que sería la causa de la omisión la cual no se puede sustraer del nexo causal sin que el resultado desaparezca.¹⁶

Por lo anterior, se podría colegir que el actuar omisivo de la rectora Lamus constituye la condición sin la cual el resultado no se habría presentado, puesto que si la actora hubiera cumplido con el deber que le había sido encomendado con fundamento en la posición de garante el resultado lesivo para los bienes jurídicos de los menores no se habría presentado, cumpliendo con el requisito propuesto doctrinalmente asegurando que el resultado pudo haberse evitado casi con certeza.

13 Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, 45

14 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 41

15 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 49

16 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 45

El anterior análisis de causalidad en el delito de omisión serviría como fundamento para la imputación al tipo objetivo, tema que será analizado a continuación.

6.6. Análisis de la teoría de la imputación objetiva

Como ya se adujo con anterioridad, el actuar desplegado por la recurrente en casación resulta reprochable, es por esto por lo que se procurará analizar, con algunas referencias doctrinarias y jurisprudenciales, la posibilidad de aplicar la institución de la imputación objetiva, determinando si hubo un descuido y, como consecuencia, la elevación de un riesgo socialmente permitido.

Para zanjar la discusión de la imputación objetiva en el marco de la posición de garante, La Corte ha dicho que resulta irrelevante la existencia del curso causal, tampoco resulta de gran importancia analizar si fue quien ostentaba la posición de garante, lo que resulta imprescindible a la hora de este análisis es el actuar del agente respecto de sus deberes como garante, le será imputable si este, ostentando una posición de garantía, no actúa conforme a ellos o no actúa en aras de impedir la materialización de un resultado si estamos en el supuesto de los delitos de índole omisiva.. Sentencia SU 1184 (2001, 13 de noviembre)

De la misma forma, en los delitos imprudentes, para que se pueda hablar de una imputación, se requiere de la creación de un riesgo desaprobado por parte del autor y, posteriormente, la materialización de este riesgo en un resultado antijurídico. Además de esto, Roxin añade un tercer aspecto especial: Que la concreción del resultado este dentro del ámbito de responsabilidad del autor¹⁷. Por otra parte, Larenz introduce el concepto de juicio de imputación para develar el fundamento de la imputación de un hecho a un sujeto, y afirma que la relación de causalidad debe verse fundamentada en la intención real de este ¹⁸(Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Melia, 2022). Lo cual suscita varios problemas doctrinales, dado que siempre se afirmó que resultaba imposible entrar en la cabeza del autor para saber cuál era su verdadera intención, es por ello que Larenz intenta superar esta problemática asumiendo que el actuar del agente responde directamente a la expresión de su voluntad y de su libertad, desde una concepción filosofía nos encontramos ante un término teleológico, es decir que prioriza la finalidad y siempre es el autor quien actúa conforme a lo que realmente quiere.

17 Claus Roxin. *Injerencia e imputación objetiva*. (Munich: Doctrina, 2001) 151

18 Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 96

En el caso concreto, la procesada Lamus, estando en el lugar donde se llevaba a cabo el evento, desplegó ciertas actuaciones que respondían a su voluntad y su ámbito de libertad, decidió disfrutar de la actividad, ir a comer, estar pendiente de los demás menores, todas situaciones hipotéticas al no poder ser contrastables con la realidad por ser aspectos que escapan al análisis que realizó La Corte, pero, fruto de su voluntad, desplegó actos diferentes a los exigidos por su rol de garante; es de esta forma que, Larenz, si hubiera estado en presencia de este caso, aseguraría que la conducta omisiva podría ser atribuida a Lamus, pues siempre estuvo en la libertad de elegir que conductas llevaba a cabo.

Siguiendo con lo expuesto por Roxin, Engisch, aludía que la teoría de la imputación objetiva cuenta con dos presupuestos, la creación o elevación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su materialización en un resultado, este último no solo en un sentido naturalístico sino como un quebrantamiento de la normativa.¹⁹

Siguiendo la idea de imputación objetiva de Hegel, en la cual esboza que la imputación objetiva no es solo una herramienta de imputación jurídica, sino la asignación de un resultado a un agente²⁰, se puede concluir que el resultado (muerte de los estudiantes) puede ser atribuido objetivamente a la procesada Lamus por concurrir los dos requisitos, la elevación de un riesgo, al no cumplir con los deberes que su posición de garante le imponía, y la materialización de este en el desenlace antes expuesto.

7. Discusión fáctica

7.1. La confianza como criterio fundamental para asignar la posición de garante

Como se puede abstraer de la sentencia de casación, La Corte le da una gran preponderancia al sentimiento de confianza que emerge de los padres de familia respecto de la procesada Lamus y que este es un factor de relevancia, por lo enfática que es en dicho aspecto, para atribuir el rol de garante que le fue finalmente asignado a la procesada.

Es menester analizar si el sentimiento de confianza que tiene la víctima, o en este caso su tutor, con el presunto sujeto activo de la conducta resulta suficiente para, en efecto, imponer dicha condición de garantía. Si bien es notorio que en nuestra

19 Engisch, 1930 como se citó en Yesid Reyes Alvarado. *Teoría de la imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 2005) 91

20 Hegel, 1820 como se citó en Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*. 4

legislación no hay una estandarización clara, unívoca y suficiente de que personas y con que fundamento ostentan un rol de garantía y la norma denota cierta amplitud y, si se quiere, cierta vaguedad por no definirlo, se puede afirmar que esto responde a la necesidad de la ley de ser general e impersonal y, en particular, a la legislación penal dada la imposibilidad de regular cada aspecto concreto²¹, es entonces necesario aludir que debe haber ciertos parámetros para respetar el principio de legalidad y que no termine siendo una facultad absolutamente discrecional, e incluso arbitraria, por parte del operador judicial el imponer o no una posición de garante.

También se ha estipulado que no cualquier situación puede fundamentar una posición de garante (Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo hay ciertos requisitos que se deben cumplir) pero, además de lo atinente a la creación o elevación del riesgo²², al igual que La Corte Suprema, también alude que son merecedoras de posiciones de garantía las personas que siembran un sentimiento de confianza de tal entidad que los hace correr riesgos que en otras situaciones no correría. Y es que, siguiendo esta idea, para nuestro caso, sería perfectamente posible aludir que el solo sentimiento de confianza que los padres de familia depositaron en la rectora del colegio fundamentaría la aludida posición de garante sin tener que revisar ninguno de los otros presupuestos que en este trabajo se han analizado.

Nuestra posición es que claramente hay un reproche hacía la institución educativa e incluso respaldamos la posición de La Corte respecto del rol de garantía atribuido, en lo que resulta necesario discrepar es con el hecho de que la confianza, un aspecto meramente subjetivo, pueda ser constitutivo de una posición de garantía; desde esta perspectiva, la confianza es un aspecto que puede devenir de los actos y funciones que ostenta el agente, pero de ninguna manera se puede aludir que es ese el aspecto fundamental.

Nos resulta pertinente cuestionar que hubiera pasado si entonces los padres no hubieran aludido tal confianza y que solo acceden a que sus menores hijos asistan a la actividad por ser esta obligatoria o que tuviera tal sentimiento de confianza en otra persona que no fuera la procesada quien claramente ostenta tal rol de garantía.

Por lo anterior, se puede colegir que la sensación de confianza que expresa la víctima, o en el caso *sub iudice*, su tutor, es un asunto que está en la periferia de los aspectos fundamentales de la posición de garante los cuales se analizan a lo largo de este ensayo.

21 Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, 45.

22 Santiago Mir Puig. *Derecho penal parte general*. (Barcelona: Reppertor, 1996), 75

7.2. La irrelevancia de los cargos de director y rector para el caso concreto

Con fundamento en las sentencias CSJ SP, rad. 28017, 14 nov. 2011 y CSJ SP, rad. 35113, 5 jun. 2014 y, siendo esto compatible con el desarrollo de este trabajo, se ha determinado que la posición de garante es el deber de evitar un resultado que deviene de algún tipo de relacionamiento entre quien ostenta tal rol de garante y la potencial víctima; las sentencias antes enunciadas ponen de presente los fundamentos que trajo La Constitución de 1991, además del Estado Social de Derecho instaurado con ella, para imponer deberes en cabeza de los funcionarios del estado e incluso de los propios particulares.

Una vez evacuada la aproximación teórica de la posición de garante, se partirá de la premisa de lo que supone tal rol en relación con el caso concreto y la razón, desde esta perspectiva, de porque un rector o director de un colegio debería responder por no impedir resultados lesivos respecto de los menores.

Los artículos 44, 67 y 68 de la Constitución Política consagran la prevalencia de los derechos de los menores sobre otros y, además, la trascendencia de la actividad educativa. En el mismo sentido determina que dicha actividad educativa no puede ser ejercida por cualquier persona, contemplando el artículo 68 lo siguiente *“La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente” (Congreso de la República, 1991).*

Aunado a ello, a fin de incluir una referencia jurisprudencial, La Corte Constitucional en las sentencias T 468/18, T-731/17, T 075/13 las cuales ratifican el valor y la importancia de los derechos de los niños, además dotándolos, como ya es ampliamente conocido, de la categoría de Sujetos de Especial Protección Constitucional, dada su ostensible condición de indefensión y vulnerabilidad, lo cual hace imperante que todos los integrantes de la sociedad asumamos un compromiso para con los derechos de este sector poblacional.

Para hilarlo con el tema que aquí nos ocupa, luego de evacuar el análisis del deber general que impone la constitución y la jurisprudencia de La Corte Constitucional respecto de los menores, es importante realizar un análisis respecto de ese deber particular y concreto de las instituciones académicas para con los estudiantes. Para lograr lo anterior, se debe hacer mención a la ley 115 de 1994 (Por el cual se expide la ley general de educación) y el decreto 1860 de 1994 (Que reglamenta la precitada ley), los cuales, en términos generales, regulan la prestación del servicio académico, sus presupuestos, fundamentos y requisitos.

En relación con la normatividad citada, lo que resulta importante es que dan una definición de las atribuciones y funciones de los rectores de las instituciones académicas. Esto para determinar si de estas funciones se puede abstraer el deber y la consecuente posición de garante asignada a la procesada. En el artículo 25 del citado Decreto se consagran los deberes del rector²³, deberes que pueden fundamentar este rol de garantía, pero no define otros cargos de manera individualizada dentro del esquema institucional, lo cual hace más compleja la tarea de asignar roles de garantía en concreto. Sumado a lo anterior, La Corte en la providencia objeto de estudio usó de manera indistinta los términos de “directora”, “rectora” y “propietaria” y al no tener una definición legal de estos cargos se hace aún más complejo individualizar responsabilidades, siendo forzoso remitirse a los manuales de convivencia internos de cada institución a fin de determinar que roles hay dentro de cada colegio y que funciones cumple cada uno.

Lo que al caso concreto concierne, y de la mano con las precisiones antes realizadas, se puede colegir que debe haber un reproche para el colegio como órgano institucional al cual le fue encomendado el valioso deber de educar y tener bajo su custodia menores de edad y, además, a las personas que, aún en capacidad de evitar este resultado por formar parte del colegio y estar en el evento, no lo hicieron. En suma, por transgredir y desatender deberes impuestos por nuestra Constitución Política.

Nuestra propuesta, la cual será desarrollada al final de este trabajo, es implementar y regular estas funciones; si bien se limitaría en cierta medida la autonomía de la voluntad privada en la prestación de este servicio, al ser la educación de los niños un punto neurálgico dentro de nuestra sociedad y nuestro estado social de derecho se debe dotar de ciertas garantías y certezas a la hora de saber quiénes serán los encargados de velar por el cabal cumplimiento de los derechos de los

23 ARTICULO 25. FUNCIONES DEL RECTOR. Le corresponde al Rector del establecimiento educativo: a). Orientar la ejecución del proyecto educativo institucional y aplicar las decisiones del gobierno escolar; b). Velar por el cumplimiento de las funciones docentes y el oportuno aprovisionamiento de los recursos necesarios para el efecto; c). Promover el proceso continuo de mejoramiento de la calidad de la educación en el establecimiento; d). Mantener activas las relaciones con las autoridades educativas, con los patrocinadores o auspiciadores de la institución y con la comunidad local, para el continuo progreso académico de la institución y el mejoramiento de la vida comunitaria; e). Establecer canales de comunicación entre los diferentes estamentos de la comunidad educativa; f). orientar el proceso educativo con la asistencia del Consejo Académico. g). Ejercer las funciones disciplinarias que le atribuyan la ley, los reglamentos y el manual de convivencia; h). Identificar las nuevas tendencias, aspiraciones e influencias para canalizarlas en favor del mejoramiento del proyecto educativo institucional; i). Promover actividades de beneficio social que vinculen al establecimiento con la comunidad local; j). Aplicar las disposiciones que se expidan por parte del Estado, atinentes a la prestación del servicio público educativo, y k). - Las demás funciones afines o complementarias con las anteriores que le atribuya el proyecto educativo institucional.

menores y así facilitar, no solo la función del derecho penal, sino la función educativa, dictando directrices donde haya responsabilidades individuales que sean fácilmente contrastables y así determinar si hubo o no un quebrantamiento de dichos deberes.

7.3. ¿Aún por el simple hecho de ser asistente al evento sería reprochable la conducta desplegada por Lamus?

Después de analizar prolijamente los fundamentos y presupuestos de la posición de garante se puede concluir que el operador judicial tiene una tarea compleja a la hora de imponer este deber de vigilancia en cabeza de los particulares y abstraer de sus roles y/o funciones una posición de garante.

Lo que ahora nos ocupa es como La Corte analizó el tema de la posición de garante en cabeza de Lamus Quintero. En un primer lugar La Corte afirmó que el rol de garante devenía de su posición institucional, de ser la encargada de haber contratado y puesto en conocimiento de los padres la actividad lúdica e incluso por la confianza que las madres de familia le tenían (Aspecto que fue previamente abordado). En otro aparte, La Corte aludió que la posición de garante devenía de la titularidad del dominio y la funciones con relación al evento; también sugirió que dicho rol está dado por el actuar de Lamus el día del lamentable suceso y también teorizó sobre la posibilidad de que dicha calidad de garantía deviniera del contrato de prestación de servicios educativos suscrito entre Lamus y los padres de familia.

Desde esta óptica, no se determinó si hubo una de estas circunstancias que fuera excluyente o de mayor preponderancia respecto de las otras o si fue el hecho de que concurrieran todas estas situaciones lo que hizo que La Corte concluyera la existencia de esta posición de garante. Es por esto por lo que, de manera sucinta, se dará una opinión al respecto para tratar de entender los argumentos de La Corte y auscultar en su razonamiento. Resulta importante tener presente, como ya se explicó, la naturaleza preeminente de los derechos de los niños y la importancia de la prestación de servicios educativos. Como se aludió, esta es una actividad que es de trascendental importancia en nuestro Estado Social de Derecho. Es por esto por lo que este servicio no puede ser proveído por cualquier persona y hace que estas adquieran un rol de gran importancia en la sociedad.

Dicho lo anterior, se permite suponer que, al haber una relación contractual entre el colegio y los padres de familia, hace acreedor al ente institucional de un importante deber respecto de los niños. Esto, aunado a la presencia de la recurrente en Casación el día del evento, hace que le sea reprochable su conducta omisiva por

la posibilidad de romper con el curso causal y evitar el daño, Esto, junto con su rol rectora, la hacen acreedora de este rol de garantía.

Los demás aspectos analizados por La Corte, desde esta perspectiva, no revisten la misma importancia dada la explicación teórica y doctrinal esbozada a lo largo de este trabajo.

7.4. ¿El hecho de que Lamus no supiera nadar, como se adujo, podría servir como fundamento para eximir la de su responsabilidad por el ahogamiento de los menores?

Para analizar esta cuestión, es necesario hacer una breve descripción del rol que asume el garante pues es quien *'Ha creado o elevado un riesgo y en este ámbito tiene la obligación de vigilar una fuente de peligro'*,²⁴ a saber, la situación en que se han introducido a los menores. En el caso puntual, resulta ser un escenario de riesgo que debió ser vigilado para evitar su materialización en un daño a un bien jurídico. Es en esta circunstancia, que conforme a la sentencia SU 1184-2001, se presentan los llamados deberes negativos (En los cuales las personas no deberían inmiscuirse en las órbitas personales de los ciudadanos para crear riesgos y de ser así deben evitar su materialización) y los deberes positivos (Los cuales tienen lugar por ostentar un rol institucional que, involucrándose o no en la creación del riesgo, tiene el deber de vigilar, de nuevo, por esa condición de ser parte de una estructura institucional a la que este deber le ha sido asignado), dadas las anteriores precisiones teóricas se hace necesario recordar el fundamento para la atribución de responsabilidad desde Jakobs, la cual en el ámbito penal es *'La defraudación de un rol previamente designado'*²⁵

Corolario de lo ello, desde esta perspectiva, la recurrente en casación no puede escudarse en el hecho de su incapacidad para nadar debido a que lo que le exigía su posición como garante era actuar en procura de proteger los bienes jurídicos de los menores y tenía que hacer lo que le fuera posible para evitar un resultado lesivo, *verbi gratia* se diría que la procesada bien pudo llamar al salvavidas, alertar a los demás integrantes del cuerpo directivo del colegio o a los encargados del lugar donde se realizaba la actividad o, mejor aún, haber previsto la posibilidad de que ese riesgo se materializara en un daño efectivo y, de esta forma, suministrar a los menores los correspondientes equipos de seguridad o el acompañamiento necesario para asegurarse de salvaguardar su integridad. Contrario a lo propuesto, Lamus

24 Mir Puig. *Derecho penal parte general*, 307

25 Jakobs, 1997, como se citó en Juan Carlos Forero. *El delito de omisión impropia en el nuevo código penal* (Bogotá: Ediciones Rosaristas Legis, 2002), 15.

desatendió su deber de cuidado, siendo esto un aliciente para que el resultado típico se concretara, como en efecto ocurrió.

8. Propuesta

Una vez culminado este análisis, se proponen dos ideas respecto del caso concreto que, a la final, tiene un mismo sentido, pero, por factores prácticos, se dividirá en dos.

8.1. Estandarizar los cargos y las funciones en las instituciones educativas

Como se trató de abordar, el hecho imponer a una persona una posición de garante suscita grandes problemáticas, pero, a nuestro modo de ver, la más grande es el hecho de que no es muy fácil aparejarlo con el principio de legalidad y en la mayoría de los casos que se presentan en la práctica son casos que no están regulados de manera expresa y unívoca, lo cual obliga al juez del caso a hacer un análisis de normativa extrapenal y revisar cada caso de manera detallada para poder deducir si se configura un rol de garantía.

Lo anterior se entiende, como se explicó en un apartado de este trabajo, en atención a que regular todos los supuestos de hecho es utópico y prácticamente imposible, lo cual no admite ninguna discusión. Lo que se pretende desde este trabajo es poder regular y estandarizar las funciones que tiene cada cargo dentro de una institución educativa.

Reglamentar los cargos que se ocupan en un colegio y sus debidas funciones brindaría seguridad jurídica e igualmente permitiría lograr que nadie pueda ser obligado a lo imposible y se radique una responsabilidad penal de tan amplio alcance. En la misma línea, se busca evitar la impunidad y aplicar la figura de la teoría de la imputación objetiva con unos lineamientos previamente establecidos. Por otra parte, se podría dotar de mayor confianza no solo al sistema penal, sino al sistema educativo en su integridad, pues se propone que, si los padres de los menores tienen claridad de quienes y de qué manera estarán a cargo de sus hijos, ellos pueden sentirse con mayor tranquilidad al respecto.

En el mismo sentido y con el fin de desincentivar el concepto que se tiene de que el derecho penal debe estar presente para regular todos los fenómenos sociales y así materializar su característica de *ultima ratio*, se propone que desde otros escenarios que escapan a la órbita del derecho penal, como lo es un colegio, se tenga total

claridad de las funciones que se cumplen en la institución; esto ayudaría a que se dé cumplimiento a dichas directrices y que, si con posterioridad, se activa el derecho penal, haya una claridad de los deberes que ostentaban los funcionarios para atribuir correctamente esta responsabilidad. Por último, se le da un menor margen de discrecionalidad al aparato judicial debido a que, como se dijo preliminarmente, sería más fácil atribuir responsabilidad contrastando el deber previamente regulado con su efectivo quebrantamiento. Es por ello que se podría, al menos en este sentido, hablar de un derecho penal más justo.

8.2. Ampliar el análisis de la posición de garante en consonancia con los derechos de los menores

Con los conceptos desarrollados a lo largo de este trabajo es posible denotar la importancia de los roles sociales asignados por nuestras mismas expectativas de lo que debe ser una sociedad y como esta debe regirse: Por esto, grupos poblacionales como los niños, que aun requieren de un cuidado mayor, deben tener un análisis más prolijo y próximo a la hora de cotejarlo con instituciones jurídicas como la posición de garante. A raíz de ello, desde este trabajo, se hace extensiva la propuesta de ampliar la interpretación que se tiene de la posición de garante cuando el sujeto pasivo o víctima es un menor. Lo anterior para crear una conciencia de cuidado para con estos sujetos, que, al ser catalogados de Especial Protección Constitucional, puedan llegar a recibir la protección que realmente requieren.

Pensemos que, *verbi gratia*, si un menor se pierde en la calle, una persona avizora esta situación, pero decide no prestar ayuda justificándose en que no tiene ningún grado de proximidad con el menor y tal situación desencadena en un resultado típico, dicha persona, que con su actuar omisivo facilitó el daño al menor, quedaría impune.

Para tratar de esbozar la idea con claridad, no se trata tampoco de obligar a la sociedad y a sus integrantes a lo imposible, sino que, más bien, en el derecho penal se encuentre una herramienta de prevención y de cuidado, sobre todo respecto de ciertos bienes jurídicos que resultan más vulnerables como los de los menores. Tampoco resultaría esta una idea revolucionaria dado que sentencia como la que se está analizando ha dado pequeños atisbos de este pensamiento al procesar a todos los adultos que se encontraban en el lugar donde se llevó a cabo el evento.

9. Conclusión

Después de analizar doctrinaria, jurisprudencial, legal y dogmáticamente la posición de garante, contrastándolo, además, con el caso puntual, se puede colegir, desde esta perspectiva, que La Corte ha resuelto el problema con estricto apego a principios del derecho, a la ley y a presupuestos dogmáticos. Es por ello que hay una compatibilidad entre lo analizado en este trabajo y por el Máximo Tribunal Constitucional, especialmente con que la procesada es responsable penalmente por el fallecimiento de los menores; debido a que quebrantó su deber de cuidado, viéndose notablemente la antijuridicidad de su actuar.

Pero distamos, como se dijo anteriormente, con el hecho de que La Corte radique en cabeza de la procesada la posición de garante teniendo como factor relevante la confianza que sobre ella se había depositado, debido a que esto podría atentar con la seguridad jurídica de la cual deben estar dotados los ciudadanos y el derecho de tener, si bien no de manera concreta y absoluta, de alguna forma la posibilidad de saber previamente si su actuar transgrede la normativa penal y, desde nuestra opinión, el simple hecho de que alguien confíe o no en otra persona no la puede hacer acreedora de una posición de garantía.

Si bien es cierto que los menores han sido tratados como Sujetos de Especial Protección Constitucional, se puede avizorar que en muchos escenarios, como el caso que fue objeto de análisis entre muchos otros ejemplos, los menores se ven desprotegidos ante innumerables riesgos a los que se ven expuestos y es necesario determinar que quien, por cualquier circunstancia, está al cuidado de un menor o en posibilidad de mitigar o eliminar un riesgo en su contra debe comprometerse con el cumplimiento de esta labor *so pena* de que haya un reproche en su contra en atención a que, como se ha expresado a lo largo de este trabajo, el niño es un elemento esencial sobre el cual se erige y se cimenta nuestra sociedad. Después de lo mencionado, es en este momento que podrían hacer sentido las dos propuestas aportadas de manera preliminar.

Igualmente, es importante recalcar que, para este tipo de casos, la imputación objetiva es una herramienta valiosa que actúa en procura de los derechos de las víctimas y de toda la población en general, debido a que pretende reducir los índices de impunidad; además, da cierta seguridad y da cumplimiento al principio de legalidad, puesto que los riesgos que son desatendidos por el agente se encuentran ya desarrollados jurisprudencial o legalmente.

Bibliografía

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-3754/22 del 2 de noviembre de 2022. (Myriam Ávila Roldán, M.P.).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia R-39023 del 16 de octubre de 2013. (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-14547/16 del 12 de octubre de 2016. (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2772/22 del 3 de agosto de 2022. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-1369/22 del 27 de abril de 2022. (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Su-1184/01 del 13 de noviembre de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
- Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 115 de 1994: por la cual se expide la ley general de educación. Diario Oficial No. 41.214.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000: por la cual se expide el código penal. Diario Oficial No. 44.097.
- Ministerio de Educación de Colombia. (1994). Decreto 1860 de 1994: por la cual se reglamenta parcialmente la ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales. Diario Oficial No. 41.473.
- Baraona, Jorge, Raúl Carnevalli, Hernán Corral y Tatiana Vargas. *La relación de causalidad*. Bogotá: Cuadernos de extensión jurídica 15, 2008.
- Benavente, Hesbert. “La imputación objetiva en la comisión por omisión”. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- Cancio, Manuel. “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En *Imputación objetiva y dogmática penal*. Compilado por Mireya Bolaños González. Madrid: Universidad de los Andes – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Complejo Universitario La Liria, 2003.
- Cancio, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Editorial Externado, 2022
- Daza, María. “La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones

- constitucionales y legales". Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, 2013.
- Forero, Juan. *El delito de omisión en el nuevo código penal*. Bogotá: Ediciones Rosaristas Legis, 2002
- González, Sara. "Autoría y participación en delitos de omisión impropia". Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT, 2021.
- Jakobs, Gunter. *Derecho penal parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Ediciones jurídicas, 1997.
- Jakobs, Gunther. *La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación*. Madrid: Ediciones jurídicas, 2001
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor, 1996
- Mir Puig, Santiago. "Significado y alcances de la imputación objetiva en derecho penal. Revista electrónica de ciencia penal y criminología", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º5 (2002): 2-19.
- Reyes, Yesid. *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005
- Robles, Ricardo. *Garantes y cómplices la intervención por omisión en los delitos especiales*. Madrid: Atelier, 2006
- Roxin, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Múnich: Grijley, segunda versión, 1996
- Roxin, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Múnich: Grijley, 1997
- Roxin, Claus. *Injerencia e imputación objetiva*. Múnich: Doctrina, 2001.
- Schunemann, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Ibáñez, 2001



HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO; RODRÍGUEZ-PADILLA, ALEXA LILIANA, "Comentario a los Autos AP4975-2024 y AEP080-2024. Procedencia de la libertad condicional, por más 'Malo' que haya sido el sujeto", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Comentario a los Autos AP4975-2024 y AEP080-2024. Procedencia de la libertad condicional, por más 'Malo' que haya sido el sujeto*

Eligibility for parole, no matter how 'Malo' the offender may have been. Comments on the judicial decisions by the Colombian Supreme Court (AP4975-2024 y AEP080-2024)

NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ**
ALEXA LILIANA RODRÍGUEZ-PADILLA***

* Documento derivado del proyecto de investigación "Análisis psico-jurídico de la política criminal colombiana" (ID 21309).

** Profesor, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuer de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: norberthernandezj@javeriana.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5074-5049>.

*** Profesora de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana e integrante del Semillero en Derecho Penitenciario. Doctora en Psicología con énfasis en Neurociencias. Master en Peritaje Psicológico Forense y varias especializaciones en el campo Jurídico de la Psicología. Magistrada del Tribunal Deontológicos y Bioéticos de Psicología. Contacto: al.rodriguezp@javeriana.edu.co

Introducción

Mediante providencia del 18 de julio de 2024 (auto AEP080-2024), la Sala de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia¹, negó la libertad condicional a uno de los magistrados condenado por el caso del cartel de la toga², pese a haber superado el factor objetivo (privación de la libertad superior a las tres quintas partes de la pena) y demostrar buen comportamiento intramuros (calificación de su conducta como buena y ejemplar). El pretendido beneficiario también había acreditado contar con un arraigo familiar.

No obstante, respecto de la valoración de la conducta, el resultado fue negativo, sustentado en lo siguiente: (i) “(...) *de cara a la gravísima lesión causada, amerita el cumplimiento de un mayor porcentaje de la sanción antes de hacerse acreedor al subrogado demandado*” y (ii) “(...) *cuando se trata de delitos que socavan la integridad del sistema judicial, se requiere un enfoque más riguroso y prolongado en el presupuesto penitenciario, no solo para garantizar que el infractor se reintegre adecuadamente a la sociedad, sino también para preservar la confianza pública en el sistema de justicia, la cual es fundamental para el mantenimiento del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos.*”

Esta decisión fue confirmada el 4 de septiembre de 2024 (auto AP4975-2024) por la Sala de Casación Penal, conformada para el presente caso por 2 magistrados [Gerardo Barbosa Castillo (ponente) y Jorge Hernán Díaz Soto] y 6 conjueces. Al iniciar el estudio del caso concreto (página 29), se advierte que la sentencia condenatoria de primer grado se encuentra en trámite del recurso de apelación. Esto último permite pregonar que la presunción de inocencia no se encontraba desvirtuada (para el momento de la decisión), ya que el fallo adverso a los intereses del sujeto, todavía no era definitivo³, siendo confirmada solo hasta el 5 de marzo de 2025 (sentencia SP488-2025).

1 Con salvamento parcial de voto del Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera. La decisión fue aprobada por los Magistrados Ariel Augusto Torres Rojas y Blanca Nélida Barreto Ardila (ponente).

2 Sobre este caso se puede consultar Ramírez-Montes, S., & Peñafort, J., “El caso del Cártel de la Toga” E, en *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*, coord. Héctor Olasolo, Esperanza Buitrago, Carmen Mané y Andrés Sánchez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 77-106.

3 Cfr. Sentencias C-252/01, C-205/03, C-27/03, T-331/07, C-720/07, T-099/21, entre otras. También Norberto Hernández, “Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia”. En: *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*, dir. Marcela Gutiérrez y Ángela Marcela Olarte. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 155-184, 166.

Ahora bien, en búsqueda de una coherencia del sistema y teniendo en cuenta algunos pronunciamientos recientes de nuestro Tribunal de Casación en lo penal⁴ que privilegian el otorgamiento de la libertad condicional con base en el comportamiento evidenciado como parte del tratamiento penitenciario progresivo⁵, versus la conducta constitutiva de reproche penal que dio lugar a la emisión de un fallo adverso a los intereses de la persona vencida en juicio (en fase de criminalización secundaria), consideramos desafortunadas las providencias en comento y acertada la postura del Magistrado disidente, adscrito a la Sala de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior, por dos razones fundamentales, adicionales al desconocimiento del precedente de la misma Sala de Casación Penal⁶, relacionadas con un aspecto temporal: (i) momento en el que opera la función de prevención general – en relación a la confianza pública a la que se hace mención en la providencia – y (ii) momento en el que opera la función de retribución y desconocimiento de la resocialización en la fase de ejecución penal – en relación con la valoración de la gravísima lesión del delito que conlleva a una prolongación del tiempo de privación de la libertad.

I. Funciones de la pena - Momento en los que operan.

Establece el artículo 4º del Código Penal colombiano que la pena cumplirá las funciones de prevención (general y especial) del delito, retribución del mal causado, reinserción social y protección del condenado. A su vez, en el inciso segundo de la misma norma se señala que en el momento de ejecución de la pena opera la prevención especial y la resocialización.

Esta norma no puede entenderse desconectada del resto del ordenamiento jurídico penal ni por fuera de la cobertura de la supremacía constitucional (artículo

4 Cfr. autos AP3348–2022 del 27 de julio de 2022, Rad. 61616 (M.P. Fabio Ospitia Garzón) y AP2977–2022 del 12 de julio de 2022, Rad. 61471 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).

5 Marco Antonio Rueda, *Función de ejecución de penas y medidas de seguridad*. (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010), 93-96; Norberto Hernández-Jiménez, *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018), 233.

6 El precedente no es mencionado en el auto AEP080-2024, pero si en el salvamento de voto del Magistrado Caldas Vera. Por otra parte, ese precedente es referenciado en el auto AP4975-2024, pero se descarta por no tratarse de casos idénticos, ya que en los autos AP-2977-2022 y AP-3348-2022 existió (i) aceptación previa de los cargos y (ii) presentación de excusas públicas o muestras de arrepentimiento.

4° de la Constitución Política de 1991)⁷. En consecuencia, resulta imprescindible una interpretación sistemática con los artículos 1°, 3° y 61 del mismo compendio punitivo (dignidad humana, principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad frente a la imposición de la pena o la medida de seguridad⁸ y la necesidad y función que la pena ha de cumplir en el caso concreto para efectos de individualización de la pena⁹), entre otros, y con el preámbulo y los artículos 12, 28, 29 y 34 Constitucionales, al igual que con los artículos 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5 (numerales 2° y 6°) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Con base en lo anterior se puede concluir que la resocialización es la función principal de la pena en un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana¹⁰. En este mismo marco constitucional, la aplicación de la prevención general debe quedar reservada al ámbito de la política penal (criminalización primaria) y la retribución justa, a la imposición de la sentencia en sede de juzgamiento (criminalización secundaria), so pena de instrumentalizar o cosificar al individuo¹¹ en el proceso de ejecución de la sanción penal (criminalización terciaria). En el mismo sentido, la objeción *Kantiana* frente a la cosificación del individuo y la limitación que impone el principio de culpabilidad, desde la teoría del merecimiento de Roxin¹².

7 Norberto Hernández y Lorena Cecilia Vega, “Enfoques teleológicos de la pena”, en *Derecho penal general colombiano. Ideas clave*, coord. Álvaro Orlando Pérez (Bogotá: Gustavo Ibañez, 2022), 761-787, 761.

8 Sobre este punto ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3079-2019 del 06 de agosto de 2019, Rad. 52750.

9 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5420-2014 del 30 de abril de 2014, Rad. 41350.

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-294/21. Con base en esta providencia se expulsa del ordenamiento jurídico nacional la pena de prisión perpetua. Sobre la inconstitucionalidad de esta pena ver N. Hernández, P.A. Martínez y M.I. Salcedo, “Inconstitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2020 y de la ley 2.098 de 2021 Reivindicación de la prohibición constitucional de la prisión perpetua en Colombia”. *Revista nuevo derecho de ejecución penal*, n.º3 (2023): 253-271; Gonzalo Ramírez, “C-294 de 2021 (Cadena perpetua)”, en *Justicia constitucional a debate. Vol. 1, Crónicas jurisprudenciales de 2021*, ed. por Humberto Sierra, Paula Robledo y Diego González, 78-98. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022) y Semillero en Derecho Penitenciario de La Pontificia Universidad Javeriana, “Inconstitucionalidad de la cadena perpetua en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º22 (2020): 113-138.

11 Cfr. Sentencias C-407/20 y C-294/21. También en Norberto Hernández-Jiménez y Alexa Liliana Rodríguez-Padilla, “Expansión punitiva y tratamiento para agresores sexuales: a propósito de la inhabilidad de la Ley 1918 de 2018 y la sentencia C-407 de 2020”. *Revista Criminalidad* 64, n.º1 (2022): 35-51, 39.

12 Claus Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*. (Madrid: Reus, 1976), 11-36.

Empero, teniendo en cuenta la mixtura de funciones consagradas en el artículo 4º del Código Penal colombiano, es necesario diferenciar los momentos del ejercicio de la acción punitiva en las que operan cada una de ellas, evitando extender los efectos de algunas funciones a un momento que no les corresponde. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que en fase de ejecución penal no se puede utilizar al sentenciado, como una amenaza en contra de los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos¹³.

Es decir que la prevención general no es aplicable en la fase de ejecución de la pena, como lo hace el auto AEP080-2024 al velar por “*la confianza pública en el sistema de justicia*”, ya que esta función se encuentra reservada al momento de la tipificación penal (conminación legal, orientada a la protección de bienes jurídicos¹⁴). Tampoco es aplicable la retribución, como se hace en las providencias en comento, al hacer mención a la “*gravísima lesión*” (AEP080-2024) o la “*retribución justa*” (AP4975-2024), ya que esta función se encuentra reservada al momento imposición de la pena.

Lo anterior, más allá de lo consagrado en la sentencia C-757 de 2014, que declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “*previa valoración de la conducta punible*”, en donde se advirtió que la valoración de la conducta debe tener en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez de conocimiento, conforme hayan sido plasmadas en la sentencia condenatoria, sean favorables o no al otorgamiento de la libertad condicional¹⁵.

A continuación, se tabulan los momentos en los cuales se aplica cada una de las funciones de la pena, conforme la interpretación jurisprudencial de nuestros Tribunales Constitucional y de Casación en lo penal, que se compagina con lo descrito en el inciso segundo del artículo 4º del Código Penal y resulta congruente con la teoría dialéctica de Roxin¹⁶, que distingue la justificación de la pena en tres momentos: (i) conminación legal, (ii) imposición y medición y (iii) ejecución.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3586-2019 del 21 de agosto de 2019, Rad. 55076.

14 Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, 20-24.

15 En el mismo sentido la Sentencia del 1º de octubre de 2013, Rad. 69551 (M.P. Javier Zapata Ortiz) y STP12049-2017 del 8 de agosto de 2017, Rad. 93300, (M.P. Jose Francisco Acuña Vizcaya)

16 Roxin, “Sentido y límites de la pena estatal”, 34.

Tabla No. 1. Momento en el que operan las funciones de la pena

FUNCIÓN DE LA PENA	MOMENTO EN EL QUE OPERA	FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL
Prevención general	Tipificación legal	SP3586-2019 [Rad. 55076 (21-08-19)] & Rad. 33254 (27-02-13) C-261/96 & C-407/20
Retribución	Imposición de la pena (sentencia)	C-261/96 y C-430/96
Prevención especial	Ejecución de la pena	SP3586-2019 [Rad. 55076 (21-08-19)] C-261/96 & C-294/21
Reinserción social ¹⁷	Ejecución de la pena	SP3586-2019 [Rad. 55076 (21-08-19)] C-261/96 & C-294/21
Protección al condenado	Ejecución de la pena	T-153/98, T-388/13 y T-762/15

Fuente: Hernández, N. & Vega, L.C. *Óp. Cit.*, 766.

II. La resocialización como proceso de transformación y de segundas oportunidades

El principio resocializador de la pena establece que su propósito no se limita a la retribución o venganza hacia la persona privada de la libertad, sino que busca, en última instancia, su reintegración a la sociedad. Para ello, el proceso de resocialización debe tener un carácter educativo y reformador, orientado a prevenir la reincidencia en conductas delictivas.

La resocialización de una persona es un proceso complejo, provisto de diferentes etapas y objetivos que la persona debe alcanzar, como parte de un programa de tratamiento que se adelanta al interior del establecimiento de reclusión, a cargo de equipo un psicosocial, conformado por profesionales de diferentes áreas: psicólogos, trabajadores sociales, abogados, formadores, entre otros.

17 Se considera que, en la fase de ejecución penitenciaria, la función de la pena que debería prevalecer y debería consolidarse como criterio rector, es la reinserción social. Al respecto, Jon Mirena Landa, "Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º18 (2017): 91-140.

La psicología penitenciaria, como rama aplicada de la psicología que se especializa en el estudio, evaluación, intervención, rehabilitación y resocialización de las personas privadas de la libertad en instituciones carcelarias y penitenciarias, se encuentra orientada hacia la comprensión y abordaje del comportamiento de las personas privadas de la libertad para promover su resocialización, reintegración social y la prevención de la reincidencia delictiva. Para alcanzar la resocialización, no basta con la implementación de procesos de psicoeducación, siendo necesario intervenciones especializadas a cargo de profesionales entrenados, en donde se cumplan los principios de la intervención clínico-forense, orientadas a la modificación efectiva de comportamientos asociados a la conducta delictiva.

En este sentido, negar la libertad condicional de una persona que haya satisfecho los objetivos del tratamiento penitenciario y los requisitos que establece la ley, es no reconocer y deslegitimar la labor que se realiza en el marco del sistema progresivo, así como tachar negativamente la labor de los profesionales a cargo de dichos procesos.

Recordemos que la libertad condicional se compone de dos aspectos fundamentales: (i) moral, ya que la persona privada de la libertad encuentra una contraprestación por su buen comportamiento intramuros y su participación en actividades de resocialización, lo que permite evidenciar cierta capacidad de readaptación a la sociedad; y otro (ii) social, teniendo en cuenta que estimula a las demás personas sentenciadas a perseguir la misma gracia de la cual resultó beneficiada aquella, quedando trazado así, el camino a seguir, para obtener una liberación anticipada al cumplimiento total de la pena¹⁸. Decisiones negativas, como las que son objeto de este comentario, derrumban la esperanza del sujeto en el marco del proceso de resocialización e imposibilitan perseguir el buen ejemplo, carente de premio.

Así, es importante contar con teorías y modelos criminológicos que identifiquen los factores que aumentan la probabilidad de la conducta delictiva en las personas, así como protocolos y manuales de valoración de riesgo de violencia y/o reincidencia, probados científicamente, que permiten desarrollar valoraciones de riesgo de violencia con mayor precisión. Por ejemplo, el modelo de Triple Riesgo Delictivo (RNR¹⁹) es ampliamente utilizado en la evaluación del riesgo delictivo y la rehabilitación, siendo una herramienta fundamental en la justicia penal y en los programas de intervención.

18 Pannain, citado por Alfonso Reyes, *Derecho Penal. Parte General*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1974), 364. En sentido similar ver sentencia C-806 de 2002, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y auto AP3348–2022 del 27 de julio de 2022, Rad. 61616 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).

19 Por sus siglas en inglés: Risk-Need-Responsivity

Este modelo ha demostrado ser eficaz en la reducción de la reincidencia delictiva, al permitir una intervención basada en evidencia y ajustada a las necesidades específicas de cada individuo.

Con base en este modelo, el riesgo delictivo está determinado por la interacción de tres factores principales:

1. Principio de Riesgo (Risk): La intervención debe ajustarse al nivel de riesgo del individuo, aplicando estrategias más intensivas a quienes presentan un mayor riesgo de reincidencia.
2. Principio de Necesidad (Need): Es fundamental identificar y tratar los factores criminógenos que influyen en la conducta delictiva, como el abuso de sustancias, las influencias antisociales o la falta de habilidades laborales.
3. Principio de Responsividad (Responsivity): Los programas de intervención deben adaptarse a las características individuales del delincuente, considerando aspectos como su estilo de aprendizaje, motivación y capacidades cognitivas.

El riesgo es un concepto complejo y multidimensional que hace referencia a varios aspectos: a. la naturaleza del peligro, b. La probabilidad de ocurrencia del peligro, 3. la frecuencia con la que ese peligro es probable que suceda, 4.) la gravedad de sus consecuencias, y 5) la inminencia del peligro²⁰.

En consecuencia, la negación de un subrogado como la libertad condicional no debe fundamentarse únicamente en el criterio subjetivo de un operador judicial (formado en leyes), sino que también debe contar con la evaluación de un especialista en el comportamiento humano. Para ello, es esencial el uso de instrumentos respaldados por la ciencia, desarrollados y validados por la comunidad científica.

III. Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal – Enfoque resocializador de la libertad condicional.

En el auto AP2977–2022 [Rad. 61471 (12-07-22), M.P. Fernando León Bolaños Palacios], se señala que *“el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal”*, enfatizando que el comportamiento delictivo nació grave y esto no fluctúa con el paso del tiempo privado de la libertad, debiendo evaluarse el proceso de readaptación social para efectos de libertad condicional.

20 Eric S. Janus, E.S. & Paul E. Meehl, “Assessing the legal standard for the prediction of dangerousness in sex offender commitment proceedings”. *Psychology, Public Policy, and Law* 3 (1997): 33-64

Posteriormente, en el auto AP3348–2022 [Rad. 61616 (27-07-22), M.P. Fabio Ospitia Garzón] se ratifica esta postura, señalando que *“cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción”*.

Por lo anterior, enfatiza la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que no se debe equiparar la *“previa valoración”* de la conducta a la *“exclusiva valoración”*, *sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento*²¹. Esto conllevaría a negar la función resocializadora de la pena en esta fase de ejecución penal.

Esta parece la interpretación más adecuada²² dentro de un marco contemporáneo, en el cual el *ius puniendi* se encuentra constitucionalizado, y por ende, la política criminal debe cumplir con un estándar constitucional mínimo que privilegie la resocialización²³. Adicionalmente, se debe evitar a toda costa deshumanizar al delincuente, así como impedir tratos crueles, inhumanos o degradantes, que ciertamente pueden configurarse dentro de un ambiente declarado como estado de cosas inconstitucional²⁴.

Empero, la resocialización se entiende como una serie de medidas que buscan que el condenado pueda aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta para *“volver a valer como un ser social conforme quiere la sociedad”*²⁵. Esto se reafirma con el *“deber de readaptación social de los condenados”* que consagra el artículo 5-6²⁶ la Convención Americana sobre Derechos Humanos *“Pacto de San*

21 Apartados 3.5. sentencia STP12147-2022 y 5.5.de la sentencia STP14291-2022.

22 O por lo menos más comprensiva de las connotaciones singulares de este mecanismo de liberación temprana, en el marco de la *iuris-prudentia*. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Trotta, 1995), 164.

23 Cfr. Apartados 57-60, Sentencia T-762/15.

24 Cfr. Sentencias T-153/98, T-388/13, T-762/15 y SU-122/22.

25 Norberto Hernández-Jiménez, “El fracaso de la resocialización en Colombia”. *Revista de Derecho*, n.º49 (2018): 1-41, 15.

26 *“Las personas privadas de la libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

*José de Costa Rica*²⁷, texto que hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano y que por tanto es manifestación directa de la Carta Política.

Este reconocimiento de la resocialización como un fin primordial de la pena de prisión se sustenta en la dignidad humana, principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano. Lo anterior, debido a que a través de esta se *"confirma que la persona condenada no pierde su calidad humana y, en consecuencia el Estado debe brindarle alternativas que le permitan reconocer el daño que causó, pero al mismo tiempo, incentivar un nuevo inicio fuera de la cárcel"*²⁸. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció que, si la pena no ofrece la posibilidad de resocialización debe entenderse como inconstitucional, pues solo cumpliría con un fin retributivo que se asemeja a la venganza.

Ahora bien, de acuerdo con Ferrajoli, la resocialización no es una redención moral en cuanto a valores y actitudes, sino que se define como: *"Un proceso de interacción que está en condiciones de favorecer, de un lado, la capacidad de autodeterminación del reo en la vida comunitaria y, de otro lado, simultáneamente, su aceptación social mediante formas de solidaridad y, precisamente, de reintegración social"*²⁹ (subraya fuera de texto).

Así, resulta contradictorio que una persona pueda resocializarse en un ambiente que lo aísla de la sociedad; esto es como aprender y/o enseñar a nadar a alguien desde el *living* de su casa³⁰ o en una piscina sin agua³¹. Por lo anterior, resulta imprescindible flexibilizar la apertura de la válvula de escape de la represa punitiva, a través de la liberación temprana o la sustitución de la detención intramural.

IV. Salvamento de voto del Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera (auto AEP080-2024)

El Magistrado disidente de la decisión de primera instancia, adoptada por mayoría (2 a 1), enfatiza en la función de resocialización en la fase de ejecución penal,

27 Firmado el 22 de noviembre de 1969 en San José (Costa Rica) y ratificado mediante Ley 16 de 1972

28 Cfr. apartado 84, Sentencia C-294/21 .

29 Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, 2ª ed., (Madrid: Trotta, 2018): 173.

30 Guiomar Bejarano, "Sanción penal, efectos carcelarios y reincidencia en delitos sexuales". *Revista de Investigación Psicológica*, n.º16 (2016): 87-101, 89.

31 Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*. Ilustrado por Miguel Rep. Segunda edición, (Buenos Aires: Planeta, 2012): 316.

por encima del componente retributivo que opera en la etapa de fijación de la sanción. *Contrario sensu*, la Sala de Casación Penal (auto AP4975-2024), mediante decisión unánime, considera que el Juez debe “ponderar en qué medida se ha cumplido con **la retribución justa** y a partir de cuándo y con qué elementos de juicio, ha operado una resocialización satisfactoria”.

Enfatiza el Magistrado Caldas Vera sobre la calificación de la conducta del condenado como ejemplar y las labores de redención con un buen desempeño por parte de aquel, que conllevaron a un concepto favorable por parte del establecimiento de reclusión, para efectos de libertad condicional.

A su vez, se reprocha no haber realizado el pronóstico para definir un redireccionamiento de comportamientos delictivos de parte del procesado, exigiéndose un mayor tiempo de cumplimiento de la pena, para resultar beneficiado de la libertad condicional.

Finalmente, soporta su separación de la decisión mayoritaria con base en precedentes de nuestro Tribunal de Casación en lo Penal (AP2977-2002) y en providencias de la misma Sala de Primera Instancia (AEP107-2022, AEP 042-2023, AEP-0022-2024 y AEP 034-2024).

Conclusión

La importancia de la libertad condicional, además de constituirse en una válvula de escape a la represa punitiva, es la búsqueda de la resocialización. Así, se debe privilegiar el comportamiento intramuros y no los aspectos antecedentes que determinaron su reclusión y le significaron una pena, acorde con los criterios de dosificación punitiva. Superado este escenario en sede de conocimiento, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe velar, ya no por el comportamiento que originó la consecuencia jurídica de la prisión sino por el tratamiento penitenciario progresivo, con independencia del sujeto respecto del cual se tramita la solicitud en particular y la afectación de la administración de justicia, que nos afecta a todos.

En definitiva, consideramos que, en virtud de primacía de la función de resocialización en la fase de ejecución de penas, en el presente caso era procedente el otorgamiento de la libertad condicional, por más “Malo” que haya sido el sentenciado y el impacto de su conducta en detrimento de nuestro sistema de justicia.

Lo anterior, máxime cuando aquel se encontraba cobijado (para la fecha en la cual se negó la libertad condicional), por la presunción de inocencia, ya que la sentencia condenatoria de primer grado, se encontraba en trámite de apelación, razón por la cual el fallo adverso en su contra no era definitivo.

Por otra parte, el conocimiento jurídico de los operadores del sistema, debe complementarse con otras disciplinas que permitan descartar factores de riesgo (como la psicología) y adoptar decisiones que no solo atentan contra la persona directamente involucrada, sino incluso con la población privada de la libertad en general, que padece condiciones difíciles de reclusión, perjudicando de esta forma la posibilidad de des-hacinar los establecimientos de reclusión.

Bibliografía

- Reyes, Alfonso. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1974.
- Corte Constitucional, C-806 de 2002, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Roxin, Claus. "Sentido y límites de la pena estatal". En *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- Corte Suprema de Justicia, AP2977–2022 del 12 de julio de 2022, Rad. 61471 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia, AP3348–2022 del 27 de julio de 2022, Rad. 61616 (M.P. Fabio Ospitia Garzón)
- Corte Suprema de Justicia, AP3348–2022 del 27 de julio de 2022, Rad. 61616 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3079-2019 del 06 de agosto de 2019, Rad. 52750.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3586-2019 del 21 de agosto de 2019, Rad. 55076.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP5420-2014 del 30 de abril de 2014, Rad. 41350.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1° de octubre de 2013, Rad. 69551 (M.P. Javier Zapata Ortiz).
- Corte Suprema de Justicia, STP12049-2017 del 8 de agosto de 2017, Rad. 93300, (M.P. Jose Francisco Acuña Vizcaya)
- Eric S. Janus, E.S. & Paul E. Meehl. "Assessing the legal standard for the prediction of dangerousness in sex offender commitment proceedings". *Psychology, Public Policy, and Law* 3 (1997): 33-64
- Eugenio Raúl Zaffaroni. *La cuestión criminal*. Ilustrado por Miguel Rep. Segunda edición. Buenos Aires: Planeta, 2012.

- Bejarano, Guiomar. "Sanción penal, efectos carcelarios y reincidencia en delitos sexuales". *Revista de Investigación Psicológica*, n.º16 (2016): 87-101, 89.
- Landa, Jon Mirena. "Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º18 (2017): 91-140.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, 2ª ed. Madrid: Trotta, 2018
- Marco Antonio Rueda. *Función de ejecución de penas y medidas de seguridad*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2010.
- N. Hernández, P.A. Martínez y M.I. Salcedo. "Inconstitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2020 y de la ley 2.098 de 2021 Reivindicación de la prohibición constitucional de la prisión perpetua en Colombia". *Revista nuevo derecho de ejecución penal*, n.º3 (2023): 253-271;
- Ramírez, Gonzalo. "C-294 de 2021 (Cadena perpetua)". En *Justicia constitucional a debate. Vol. 1, Crónicas jurisprudenciales de 2021*. Editado por Humberto Sierra, Paula Robledo y Diego González, 78-98. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Norberto Hernández y Lorena Cecilia Vega. "Enfoques teleológicos de la pena". En *Derecho penal general colombiano. Ideas clave*. Coordinado por Álvaro Orlando Pérez. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2022.
- Norberto Hernández-Jiménez. "El fracaso de la resocialización en Colombia". *Revista de Derecho*, n.º49 (2018): 1-41, 15.
- Norberto Hernández-Jiménez. *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018.
- Norberto Hernández. "Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia". En *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. Dirigido por Marcela Gutiérrez y Ángela Marcela Olarte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Sandra Ramírez-Montes y Juan Sebastián Peñaft. "El caso del Cártel de la Toga" E, en *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*, coord. Héctor Olasolo, Esperanza Buitrago, Carmen Mané y Andrés Sánchez. 77-106.Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Semillero en Derecho Penitenciario de La Pontificia Universidad Javeriana.

"Inconstitucionalidad de la cadena perpetua en Colombia". *Universitas Estudiantes*, n.º22 (2020): 113-138.

Norberto Hernández-Jiménez y Alexa Liliana Rodríguez-Padilla. "Expansión punitiva y tratamiento para agresores sexuales: a propósito de la inhabilidad de la Ley 1918 de 2018 y la sentencia C-407 de 2020". *Revista Criminalidad* 64, n.º1 (2022): 35-51, 39.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

PÉLAEZ-MEJÍA, JOSÉ MARÍA; HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO,
 "Comentario a la sentencia SP022-2025. Crítica a
 la adecuación típica de la conducta (en cuanto a
 los fines terroristas) y propuesta (*lege ferenda*) de
 alternatividad penal para 'Epa Colombia'", *Nuevo Foro
 Penal*, 104, (2025)

**Comentario a la sentencia SP022-2025.
 Crítica a la adecuación típica de la conducta
 (en cuanto a los fines terroristas) y
 propuesta (*lege ferenda*) de alternatividad
 penal para 'Epa Colombia'**

*A critique about the legal classification of the conduct
 (regard to terrorist Intent) and a proposal for penal
 alternatives in the 'Epa Colombia' case. Comments on the
 sentence by the Colombian Supreme Court (SP022-2025)*

JOSÉ MARÍA PELÁEZ-MEJÍA*
 NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ**

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cúcuta. Abogado, Magister en derecho penal, Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica y Doctor en derecho de la Universidad Libre (Bogotá). Conjuez de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta y Conjuez de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial. Correo electrónico: josem.pelaezm@unilibre.edu.co
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9377-5272>

** Profesor asociado, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: norbertohernandezj@javeriana.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5074-5049>.

Introducción

El 22 de enero de 2025, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ confirmó integralmente la sentencia condenatoria en contra de “Epa Colombia” (reconocida *youtuber/influencer*) [Apartados 1, 2, 52, 70 y 75 (SP022-2025)], como responsable del punible de instigación para delinquir con fines terroristas². Importante advertir que la adecuación típica, comunicada en la formulación de imputación del 28 de noviembre de 2019, fue por los delitos contra el patrimonio económico y la seguridad pública, consagrados en los artículos 265, 266-4, 348 (inciso 2°) y 353 del Código Penal (en lo sucesivo C.P.). Aunque en ese momento procesal no hubo allanamiento a la imputación³ [Apartado 3 (SP022-2025)], el 10 de diciembre de 2019 se concretó la aceptación de cargos⁴, de conformidad con la solicitud realizada por la defensa [Apartados 4, 30 y 35 (SP022-2025)].

Teniendo en cuenta que en primera instancia⁵ había sido absuelta por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas [Apartados 5, 9 y 16 (SP022-2025)] y esa decisión fue revocada en sede de segunda instancia⁶ [Apartado 7 y 17 (SP022-2025)], la impugnación especial desatada por la Sala de Casación Penal (en sede de doble conformidad⁷), perseguía (i) la declaratoria de nulidad desde la audiencia en

-
- 1 Con salvamento parcial de voto de la Magistrada Myriam Ávila Roldan.
 - 2 Hechos del caso: siendo aproximadamente las 15:00 horas del día 22 de noviembre de 2019, en un contexto de protesta social y de disturbios, alteraciones de orden público, vandalismo urbano, saqueos a establecimientos de comercio y enfrentamientos de algunos manifestantes con unidades de la Policía Nacional, la señora Daneidy Barrera Rojas, conocida como “Epa Colombia”, ingresó a la estación Molinos de *Transmilenio*, cubriendo inicialmente su rostro con una capucha y luego sin ella. Utilizando un martillo, destruyó las puertas de vidrio, el dispositivo de lectura de tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso, afectando gravemente el funcionamiento del sistema de transporte. Posteriormente, publicó un video en sus redes sociales, justificando su actuar como una forma de protesta, argumentando que afectaba bienes del Estado en lugar de negocios privados. Además, difundió otro video participando en actos vandálicos contra la URI de Tunjuelito, incluyendo la escritura de un grafiti ofensivo hacia el entonces presidente Duque.
 - 3 Minutos 1:08:30 - 1:09:08 (Audiencia de formulación de imputación).
 - 4 Minutos 1:16:34 - 1:30:17 (Audiencia de aceptación de cargos).
 - 5 Sentencia del 13 de marzo de 2020, Rad. 11001609909120190012000, Juzgado 2° Penal Especializado de Bogotá.
 - 6 Sentencia del 5 de agosto de 2021, Rad. 11001609909120190012001, Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal), con salvamento parcial de voto del Magistrado Juan Carlos Arias López.
 - 7 Sobre el tema ver Norberto Hernández-Jiménez, “De los procesos penales de única instancia a la doble instancia y doble conformidad para aforados constitucionales”, en *Los procesos judiciales ante las altas Cortes*, ed. David Fernando Varela, Hernando Herrera, Leonardo Beltrán, Carlos Felipe Ramírez y Francisco Rodríguez (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Corporación Excelencia para la

la cual se aceptaron los cargos (por ausencia de defensa técnica) y (ii) la absolución por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas (por indebida adecuación típica) [Apartados 12 y 18 (SP022-2025)].

Ahora bien, acatando lo dispuesto en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia objeto de este comentario, el 27 de enero de 2025 fue capturada la sentenciada, quien ha solicitado incluso, la intervención del Presidente de la República para obtener una revisión de su caso⁸. Por su parte, la compañera sentimental de la sentenciada, está recogiendo firmas para obtener un indulto, por parte del primer mandatario⁹.

Para la fecha de elaboración de este comentario, se han declarado improcedentes algunas acciones de tutela, que buscaban dar aplicación a los artículos 38 del C.P., con el objetivo de sustituir la pena intramural por prisión domiciliaria (STC1216-2025) y 153 del Código Penitenciario y Carcelario, tendiente a garantizar la convivencia madre-hija en el lugar de reclusión (STC1314-2025). También se discute la proporcionalidad de la pena impuesta¹⁰ (63.5 meses de pena de prisión), un eventual error procedimental por la existencia de un preacuerdo supuestamente omitido por la judicatura¹¹ y la posibilidad de dar aplicación a la Ley 2292 de 2023 (sustitución de la pena intramural por trabajo en beneficio para la comunidad), a su favor¹².

Otro insumo importante para la discusión es el valor de los perjuicios económicos ocasionados al sistema de transporte público (*Transmilenio*), con base en la conducta desplegada por la sentenciada, cuyo valor estimado asciende a la

Justicia y Pontificia Universidad Javeriana, 2021), 165-186.

- 8 Cfr. Nayerli García, "Epa Colombia pide su libertad al Presidente Petro, MinJusticia se opone", *Canal Tro*, febrero 14, 2025, <https://canaltro.com/2025/02/14/epa-colombia-pide-su-libertad-al-presidente-petro-minjusticia-se-opone/>
- 9 Cfr. Juan David Botia Méndez, "Novia de Epa Colombia lidera una campaña de recolección de firmas para su indulto: así funcionaría en caso de hacer efectivo el beneficio", *Infobae*, febrero 19, 2025, <https://www.infobae.com/colombia/2025/02/19/novia-de-epa-colombia-lidera-una-campana-de-recoleccion-de-firmas-para-indulto-asi-funcionaria-en-caso-de-hacer-efectivo-el-beneficio/>
- 10 Cfr. Ana María Cuesta, "El video y la autoincriminación en los tiempos de redes sociales: las lecciones que deja la condena contra 'Epa Colombia'", *El Tiempo*, enero 28, 2025, <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/el-video-y-la-autoincriminacion-en-los-tiempos-de-tiktok-las-lecciones-que-deja-la-condena-contra-epa-colombia-3421743>
- 11 Cfr. Stephany Guzmán Ayala, "Caso de Epa Colombia podría dar giro inesperado por una omisión de la Corte Suprema de Justicia", *El Tiempo*, febrero 19, 2025, <https://www.eltiempo.com/justicia/caso-de-epa-colombia-podria-dar-giro-inesperado-por-una-omision-de-la-corte-suprema-de-justicia-3428674>
- 12 Cfr. Juan David Cano, "¿Es viable la libertad diaria para Epa Colombia como lo pidió el presidente Gustavo Petro?", *Cambio*, febrero 13, 2025, <https://cambiocolombia.com/pais/es-viable-libertad-diaria-epa-colombia-como-pidio-presidente-gustavo-petro>

suma de 1.218.921.116,21 millones de pesos¹³, los cuales a la fecha no han sido pagados¹⁴. En el marco de la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 97 del C.P.), el 19 de febrero de 2020 se constituyeron como víctimas la empresa *Recaudo Bogotá SAS* y *Transmilenio SA*, ante el Juzgado Segundo Especializado de Bogotá, despacho que fijó fecha para la primera audiencia dentro del incidente de reparación integral para el 13 de mayo de 2025 (artículo 102 de la Ley 906 de 2004).

Con base en lo anterior, en el presente comentario analizaremos la sentencia SP022-2025, con base en los elementos de juicio que se desprenden de la misma, de la Sentencia del 5 de agosto de 2021, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) desata el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el Ministerio Público y los apoderados de la víctima¹⁵, contra la sentencia del Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹⁶, y de las audiencias realizadas dentro del proceso, las cuales confrontaremos desde los ámbitos (i) sustancial, (ii) procesal y (iii) de ejecución penal, en lo que atañe a la adecuación típica de la conducta, la posibilidad de retractación del allanamiento a la imputación y las declaratorias de nulidad, la proporcionalidad y límites de la pena y las posibilidades de excarcelación en el caso concreto, incluyendo alternativas de *lege ferenda*, que no se encuentran consagradas en el ordenamiento penal colombiano, pero sí en las Reglas de Tokio, que involucran la reparación de perjuicios como punto de partida.

13 Minutos 28:39 – 38:46 (Audiencia de formulación de imputación), Minutos 57:04 – 57:10 (Audiencia de aceptación de cargos), Minutos 27:28 – 27:35, 57:16 – 57:20 (Audiencia de verificación de allanamiento), minuto 18:37 (Continuación de audiencia de verificación de allanamiento, traslado del artículo 447 del C.P.P. y lectura de sentencia).

14 Cfr. Portafolio/El Tiempo, “¿Epa Colombia si pagó los daños a estación de TransMilenio, tal como dijo Petro?”, *Portafolio*, febrero 06, 2025, <https://www.portafolio.co/tendencias/sociales/epa-colombia-si-pago-los-danos-a-estacion-de-transmilenio-tal-como-dijo-petro-623294>

15 Cfr. minutos 1:30:56-1:31:37 (Continuación de audiencia de verificación de allanamiento, traslado del artículo 447 del C.P.P. y lectura de sentencia).

16 Fallo adverso a los intereses de la señora Daneidy Barrera Rojas por los delitos de daño en bien ajeno y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial y la absuelve por el delito de instigación para delinquir. Igualmente, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1. Crítica a la adecuación típica: Instigación para delinquir con fines terroristas¹⁷

Prácticamente ninguna controversia ha suscitado el hecho de que la sentenciada sí instigó¹⁸ a sus seguidores para que ejecutara las mismas conductas punibles que ella estaba realizando, esto es, (i) daño en bien ajeno agravado y (ii) perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. No obstante, las dudas y malestares se han presentado por la imputación del agravante dado que, *prima facie*, no pareciera que ella hubiese actuado con finalidades terroristas ni tampoco incitando a cometer delitos de terrorismo.

La Sala de Casación Penal entiende que los fines terroristas consiste en actuar buscando provocar el delito de Terrorismo. Luego, recuerda que la zozobra, según su propia jurisprudencia, es “una situación de intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego, mientras que el terror alude al miedo, pánico, temor, pavor o susto” [Apartado 60 (SP022-2025)].

17 Texto original de la Ley 599 de 2000, con las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004: **Artículo 348. Instigación para delinquir.** *El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa. Si la conducta se realiza (...) con fines terroristas, la pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

18 Los elementos del tipo objetivo de la instigación para delinquir incluyen (AP4132-2015) (i) el bien jurídico protegido, que es la seguridad pública, entendida como condiciones que permiten el ejercicio de la libertad; (ii) el sujeto pasivo, que es la sociedad; (iii) el sujeto activo, que es indeterminado y monosujetivo, pudiendo ser cualquier persona a partir de los 14 años; (iv) el verbo rector incluye las conductas de “incitar”, “financiar” o “promover”; (v) la incitación debe ser pública y directa, buscando inequívocamente que los receptores cometan un delito; (vi) el objeto de la instigación debe ser la comisión de un delito, no una contravención; (vii) el objeto material recae sobre personas naturales; (viii) la imputación objetiva requiere que la conducta cree un riesgo idóneo y jurídicamente desaprobado para la seguridad pública. En el tipo subjetivo, se requiere dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de incitar al delito, y en la modalidad agravada, con fines terroristas. Para la explicación detallada de los elementos estructurales de todo tipo penal, véase José María Peláez-Mejía y Rosa Angélica Quintero-Jaimes, *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*, 3.ª ed. (Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch, 2024). Para el alcance específico del punible de instigación para delinquir agravado por fines terroristas, Leonardo Cruz-Bolívar, “Delitos contra la seguridad pública”, en AA.VV., *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I*. (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2019), 653-656; Francisco José Ferreira, *Derecho penal especial, Tomo II*. (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006), 162-165; Carlos Andrés Bernal-Castro, “Delitos contra la seguridad pública”, en *Derecho Penal Especial, Tomo II*, coord. Pablo Elías González-Monguí (Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, 2023), 396-398; Mercedes Viveros-Castellanos, Yesid Viveros-Castellanos, Fernanda Carolina Cubides-Suescún, Viviana Stella Ortega-Barrera y Francys Carolina Roa-Benítez, *Derecho penal especial casuístico II* (Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley, 2019), 517-522; Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal, Tomo III* (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006), 397-401.

Con base en tales precisiones indica la sentenciada *“utilizó medios capaces de causar estragos (y los causó) sobre la Estación Molinos de Transmilenio y la URI de Tunjuelito y afectó seriamente el medio de transporte público”* [Apartado 60 (SP022-2025)], pero que a pesar de ello no se le imputó el delito de *Terrorismo*, indicando que, inclusive, tal punible era aplicable, no pudiendo cambiar la calificación jurídica en sede de doble conformidad por dos razones: (i) la Fiscalía es la dueña de la acción penal y (ii) opera la *no reformatio in pejus* [Apartado 61 (SP022-2025)].

En cuanto al concepto de fines terroristas, consideramos que la Sala de Casación Penal lo des-psicologiza por completo, construyendo una acepción y contenido completamente normativo: *“se pueden atribuir cuando el discurso y/o el actuar del implicado en dicha instigación tenga potencialidad y probabilidad de incidir en los destinatarios directos o indirectos de aquella provocación, sin que sea indispensable comprobar que posteriormente algunas personas concretas instigadas efectivamente incurrieron en acciones terroristas”* [Apartado 62 (SP022-2025)]. Igualmente, establece que la sentenciada *“con su desarrollo comportamental, expresión verbal, gesticulación y actuación, instigó a que se cometieran delitos similares a los que estaba cometiendo, o relacionados con éstos”* [Apartado 63 (SP022-2025)]. Además, un hecho en el cual insiste mucho en la sentencia objeto de este comentario es que la sentenciada: *“era ya una reconocida influencer o youtuber, con millones de seguidores; y los mensajes audiovisuales por ella transmitidos ese día tenían un contenido explícitamente violento, destructivo, agitador e instigador; como de ello bien podía cerciorarse un observador objetivo.”* [Apartado 65 (SP022-2025)].

Finalmente, se concluye que: *“Actos semejantes [a los previstos en el delito de Terrorismo] fueron desplegados por la implicada, quien invitó al pueblo a que se manifestara de similar manera; esto es, la instigación no sólo fue a vandalizar a cambio de nada, porque sí, ni como un propósito que se agotara en sí mismo. En lugar de ello, trascendió hasta los fines terroristas, porque incluyó que en los destinatarios pudiesen generar zozobra, intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego; y también aterrorizar, generar miedo, pánico, temor, pavor o susto.”* [Apartado 67 (SP022-2025)].

De esta forma y, a manera de síntesis, en la tabla No. 1 ofrecemos analíticamente los argumentos de la Sala de Casación Penal:

Tabla No. 1. Argumentos de la Sala de Casación Penal respecto de los fines terroristas (SP022-2025)

Argumentos jurídicos (significado y alcance del agravante).	Argumentos fácticos (los hechos del caso concreto que encuadrarían en dicha norma)
Instigar para delinquir con fines terroristas es determinar a otros de forma idónea a realizar el delito de <i>Terrorismo</i> (art. 343), aun cuando quienes escuchen el mensaje jamás lo lleven a cabo.	La sentenciada actuó con fines terroristas porque: <ul style="list-style-type: none">• “utilizó medios capaces de causar estragos (y los causó) sobre la Estación Molinos de <i>Transmilenio</i> y la URI de Tunjuelito y afectó seriamente el medio de transporte público”• “con su desarrollo comportamental, expresión verbal, gesticulación y actuación, instigó a que se cometieran delitos similares a los que estaba cometiendo, o relacionados con éstos”• instigó a los destinatarios a “generar zozobra, intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego; y también aterrorizar, generar miedo, pánico, temor, pavor o susto”.

• **Salvamento parcial de voto de la Magistrada Myriam Ávila Navarro¹⁹**

En su salvamento de voto²⁰, la magistrada argumenta que la figura de instigación al terrorismo exige el cumplimiento de tres elementos esenciales: “(i) el agente debe determinar a otros a generar zozobra, pánico o temor en la población o parte de ella; (ii) con actos que pongan en peligro la vida, la integridad física, la libertad, las edificaciones o medios de comunicación; y (iii) debe inducir a que tales actos se lleven a cabo a través de medios capaces de causar estragos” [Apartado 3, S.P.V. a la

19 En sentido similar el salvamento parcial de voto del Magistrado Juan Carlos Arias López a la Sentencia del 5 de agosto de 2021 del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) y la sentencia de primera instancia, proferida el 13 de marzo de 2020 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Bogotá.

20 En lo sucesivo se utilizarán las siglas S.V.P. para identificar los argumentos de la Magistrada disidente.

sentencia SP022-2025]. Según su criterio, en el caso analizado no se cumplen ni el primer ni el tercer elemento, pues no existe evidencia de que el mensaje divulgado haya buscado provocar un miedo generalizado en la población ni se utilizaron medios idóneos para causar destrucción significativa.

Además, la Magistrada disidente subraya que *“la zozobra propia del delito de terrorismo no es intercambiable con las nociones genéricas de intranquilidad, desasosiego o inquietud, en tanto experiencia individual, como parece asumirlo la sentencia.”* [Apartado 4, S.P.V. a la sentencia SP022-2025]. A su juicio, los conceptos de “zozobra” y “terror” deben asociarse con un miedo colectivo intenso y prolongado, generalmente vinculado a acciones de grupos organizados con fines políticos o desestabilizadores del sistema institucional. Aunque reconoce que el video objeto del proceso incita a manifestaciones violentas e ilegítimas, sostiene que no posee la capacidad de incitar a actos que generen un pánico o terror masivo, lo cual es requisito para tipificar el terrorismo.

Finalmente, concluye que el terrorismo se caracteriza por el uso de *“instrumentos, medios, mecanismos, con la idoneidad para provocar destrucción grave y de impacto significativo”* [Apartado 7, S.V. a la sentencia SP022-2025], tales como armas, explosivos o sustancias peligrosas. En ausencia de estos elementos, considera que la conducta atribuida a la acusada debía haberse enmarcado jurídicamente como daño en bien ajeno y no como terrorismo. Por ello, sostiene que *“la Fiscalía realizó una evidente calificación jurídica ilegal”* y que la Sala de Casación Penal debió absolver a la acusada del delito agravado por los fines terroristas y condenarla, en su lugar, por incitación al daño en bien ajeno, aplicando un precedente jurisprudencial claro (Sentencia de 8 de julio de 2009, Rad. 31280).

- ***Alcance de los fines terroristas de la Instigación para delinquir.***

La instigación para delinquir agravada por haberse realizado con fines terroristas se presenta cuando, no solo se busque generar en las personas la idea de realizar el delito de *Terrorismo*, sino también al pretenderse a partir de la instigación generar terror. Por ello, tal elemento subjetivo especial abarca dos posibilidades:

- a. El propósito de instigar la realización del delito de *Terrorismo* previsto en el artículo 343 del CP o el de *Actos de terrorismo* del artículo 144 del CP. Verbigracia, un sujeto X realiza un discurso en el cual llama a ciertas organizaciones criminales a poner bombas en centros comerciales para así aterrorizar la población y lograr de esta manera que nadie vaya a trabajar al otro día.

- b. El propósito de lograr terror o zozobra (en sentido jurídico) a partir de la instigación que se hace a delinquir. Un ejemplo sería el siguiente: una persona X, pública y directamente, a través de redes sociales, luego de destapar supuestos terribles actos de corrupción de la rama judicial, hace un llamado a asesinar a todo juez, fiscal y abogado para así limpiar el país. *Es claro que en este caso no se está instigando a ejecutar el delito de terrorismo, sino a realizar punibles de homicidio, pero con el propósito de causar una evidente sensación de terror y zozobra en un sector de la población y poniendo en un mayor riesgo la seguridad pública.

En el siguiente apartado analizaremos si alguna de estas posibilidades se actualizó en el comportamiento de la sentenciada.

- ***Una interpretación alternativa a la realizada por la Sala de Casación Penal en el presente caso.***

En primer lugar, cuando la Sala de Casación Penal indica que *“la conducta promovida incluyó que los destinatarios desarrollaran comportamientos destructivos (de bienes de interés estatal y medios de transporte público), con capacidad para generar zozobra y temor”* [Apartado 53.2 (SP022-2025)] se estaría confundiendo la capacidad de un comportamiento para lograr algo (lo cual es un dato objetivo-valorativo) con la finalidad como hecho psíquico y real que ocurre en la mente de las personas. Esta confusión no es menor, pues implica una alteración fundamental en la estructura de imputación subjetiva en el Derecho Penal. Al considerar la capacidad objetiva de una conducta para generar zozobra como equivalente a la intención subjetiva de causar ese efecto, se abandona el análisis tradicional del dolo en favor de una perspectiva normativizada que des-psicologiza por completo el proceso de imputación subjetiva.

Desde una perspectiva totalmente normativizada del Derecho Penal, como la adoptada por la Sala de Casación Penal en este caso, se observa un completo abandono de la relevancia de los estados mentales como hechos psíquicos verificables. En su lugar, se adopta una construcción de finalidades normativas, en la que la intención del autor no se determina a partir de su estado mental real, sino que se infiere normativamente a partir de la idoneidad objetiva de su conducta para generar zozobra o temor. Esto recuerda la filosofía del *“como si”* de Hans Vaihinger²¹,

21 Hans Vaihinger, filósofo alemán del siglo XIX, desarrolló la filosofía del *“como si”* (*Philosophie des Als Ob*), publicada en 1911. En esta obra, Vaihinger argumenta que los seres humanos, debido a la imposibilidad de conocer la realidad última del mundo, construyen sistemas de pensamiento y actúan

donde se actúa como si el autor hubiera tenido una finalidad terrorista solo porque su conducta tenía la capacidad objetiva de generar miedo, aun cuando no existan pruebas de que esa haya sido su intención real. Este enfoque normativizado desvirtúa el análisis psicológico de los elementos subjetivos especiales, transformándolo en una imputación puramente normativa que asume la existencia de una finalidad sin necesidad de verificarla empíricamente y mezclando en un mismo campo los hechos indicadores de la intención con la definición misma de la intención.

Sin embargo, esta construcción normativa pasa por alto un aspecto crucial que la filosofía contemporánea del lenguaje, especialmente el concepto de intencionalidad que John Searle ha dejado claro: a pesar de la existencia de hechos institucionales, también existen hechos brutos, y uno de ellos son los estados mentales reales²². Para Searle, los hechos institucionales (como las normas jurídicas) dependen de acuerdos colectivos que asignan funciones deontológicas a determinadas acciones o palabras. Pero estos acuerdos no eliminan la existencia de hechos brutos, como los estados mentales individuales, que son ontológicamente independientes de cualquier construcción normativa o institucional.

La intencionalidad²³, en el sentido que propone Searle, no es simplemente una función normativa asignada por un observador externo, sino un estado mental interno y subjetivo que dirige y da sentido a las acciones del individuo. En este contexto, asumir una finalidad terrorista a partir de la idoneidad objetiva de la conducta, ignora que la intencionalidad es un hecho bruto que existe independientemente de cómo se interpreten normativamente los actos externos. En otras palabras, no basta con

“como si” estos modelos correspondieran a la realidad. Estas construcciones, aunque reconocidas como ficciones, son funcionales y permiten a las personas navegar y operar eficazmente en un mundo complejo. Por ejemplo, en las ciencias físicas, conceptos como átomos o electrones no son observables directamente, pero se utilizan “como si” existieran para facilitar el avance científico. Así, la utilidad práctica de estas ficciones prevalece sobre su veracidad objetiva, sirviendo como herramientas indispensables para la comprensión y la interacción con nuestro entorno. Sin embargo, esta perspectiva ha sido objeto de críticas por parte de destacados filósofos. El filósofo alemán Moritz Schlick, líder del Círculo de Viena, argumentó que describir la filosofía de Vaihinger como una forma de “positivismo idealista” era contradictorio, señalando incoherencias internas en su propuesta. Además, el filósofo británico Michael J. Inwood señaló que la teoría de Vaihinger implica dificultades familiares, aunque no necesariamente insuperables, y que está abierta a críticas por involucrar una apelación encubierta a un concepto no pragmático de verdad. Estas críticas sugieren que la propuesta de Vaihinger puede carecer de coherencia interna y relevancia en el contexto de las corrientes filosóficas contemporáneas. Véase Moritz Schlick, “Positivismo y realismo”, *El positivismo lógico*, ed. Alfred Jules Ayer, (Fondo de Cultura Económica, 1965), 88-114.

22 Cfr. John R. Searle, *La construcción de la realidad social* (Barcelona: Paidós, 1997)

23 Cfr. John R. Searle, *Intencionalidad: Un ensayo de filosofía de la mente*. (Madrid: Ediciones Cátedra, 1992).

que una conducta tenga la potencialidad objetiva de generar miedo o zozobra; es necesario verificar si el agente realmente tenía la intención de provocar ese estado en los destinatarios. La imputación subjetiva no puede depender únicamente de la capacidad objetiva de los actos para generar un resultado, sino que debe estar anclada en la intencionalidad real del autor.

Al adoptar un enfoque puramente normativizado y des-psicologizado, la Sala de Casación Penal no solo desvirtúa la esencia subjetiva del dolo, sino que también vulnera el principio de culpabilidad al basar la imputación penal en una finalidad ficticia atribuida normativamente. Esta postura no solo contradice la teoría de la intencionalidad de Searle, sino que también desatiende el principio de realidad que subyace al análisis de los estados mentales en el Derecho Penal. Por tanto, una revisión rigurosa de la interpretación normativizada del dolo es esencial para mantener la seguridad jurídica y la legitimidad en la imputación de responsabilidad penal.

La adopción de una finalidad normativa en el análisis de los elementos subjetivos afecta el Derecho Penal, particularmente el principio de culpabilidad y la exigencia de dolo como requisito subjetivo de la imputación. Al normativizar los elementos subjetivos especiales, se sustituye la intención real del agente por una construcción normativa de la finalidad, sancionando conductas no por la intención del autor, sino por el potencial objetivo de sus actos para generar miedo o zozobra. Esto genera una peligrosa ampliación de la responsabilidad penal, ya que permite castigar, como se dijo, conductas basándose en una finalidad ficticia atribuida normativamente. Asimismo, vulnera el principio de culpabilidad al disolver la frontera entre la intención y su ausencia, permitiendo que una conducta se considere realizada con una específica finalidad tan solo por su capacidad objetiva de generar un resultado, sin comprobar la intención específica del autor. En consecuencia, esta perspectiva normativizada del dolo y los elementos subjetivos especiales no solo distorsiona la esencia subjetiva del Derecho Penal, sino que también compromete la seguridad jurídica y la precisión en la aplicación de las normas penales.

Todo esto surge, en última instancia, porque se confunden los hechos indicadores —que, como datos objetivos y a través de máximas de la experiencia, sirven para demostrar indirectamente las intenciones de las personas o sus estados mentales— con la definición y exigencia misma del tipo subjetivo. Es decir, una cosa es que los elementos subjetivos especiales constituyan la descripción de reales y precisos estados mentales de un sujeto, los cuales deben probarse mediante datos objetivos que operan como hechos indicadores (por ejemplo, la potencialidad

evidentemente mortal de un arma empleada permite inferir que quien la usa sabe que su utilización implica crear una acción idónea de matar). En este caso, el indicio admite contraindicios, ya que el sujeto podría demostrar que, pese a la apariencia objetiva, no tenía la intención específica de matar, permitiendo así una valoración flexible y ajustada a las circunstancias subjetivas del caso por cuanto el razonamiento inductivo y abductivo se mueve en el ámbito de la probabilidad, mientras que las definiciones normativas, ante su adecuación, no admiten discusión alguna.

Por ello, es radicalmente distinto definir los elementos subjetivos especiales en sí mismos de forma objetiva, como parece hacerlo la Sala de Casación Penal (mayoritaria) al derivar la finalidad terrorista directamente de la capacidad objetiva de la conducta para generar zozobra y temor. En este enfoque normativizado, el dato objetivo no solo opera como indicio, sino que se convierte en la definición misma del elemento subjetivo, reemplazando el estado mental del autor por datos externos y normativos. Esto conduce a una inferencia normativa en el que la finalidad terrorista se presume de manera indefectible a partir de la mera potencialidad objetiva de la conducta, independientemente de la intención real del autor. En otras palabras, el indicio se transforma en certeza jurídica, eliminando la posibilidad de demostrar la ausencia de dolo o finalidad subjetiva. Este enfoque no solo desvirtúa la naturaleza subjetiva del dolo, sino que también vulnera principios fundamentales del Derecho Penal, como el de culpabilidad y el de presunción de inocencia, al imponer una responsabilidad objetiva encubierta bajo una imputación aparentemente subjetiva.

En segundo lugar y en lo relativo al específico concepto de fines terroristas, la Sala de Casación Penal lo des-psicologiza por completo construyendo una acepción y contenido completamente normativo como puede verse a continuación: *“se pueden atribuir cuando el discurso y/o el actuar del implicado en dicha instigación tenga potencialidad y probabilidad de incidir en los destinatarios directos o indirectos de aquella provocación, sin que sea indispensable comprobar que posteriormente algunas personas concretas instigadas efectivamente incurrieron en acciones terroristas”* [Apartado 62 (SP022-2025)]. En este razonamiento, se confunden los elementos subjetivos especiales del tipo penal con los elementos descriptivos y las llamadas finalidades objetivadas. Esto ocurre porque nuestro Tribunal de Casación en lo penal asume que la finalidad terrorista puede definirse a partir de la idoneidad objetiva de la conducta para incidir en los destinatarios, sin considerar la intención real del autor. De esta manera, el análisis subjetivo se sustituye por una imputación puramente normativa, que prescinde de la necesidad de probar el estado mental del agente y se limita a evaluar la potencialidad de sus actos. Esta interpretación

transforma la finalidad en una construcción ficticia y normativa, desvirtuando la esencia subjetiva del dolo y alejándose como se dijo del principio de culpabilidad.

Si el legislador hubiese querido configurar una finalidad objetivada o un elemento normativo, habría utilizado un giro gramatical y semántico diverso, por ejemplo, la expresión “*mediante actos capaces de generar la comisión del delito de Terrorismo*”. En esta hipótesis, el análisis no se centraría en la finalidad subjetiva del autor, sino en la potencialidad objetiva de la conducta para crear en sus destinatarios la idea de cometer el delito de terrorismo. Este enfoque correspondería a un modelo de imputación objetivado en el que la peligrosidad o idoneidad del mensaje sería suficiente para configurar el tipo penal, independientemente de la intención del sujeto activo. Sin embargo, el legislador optó por una redacción en términos de “*finés terroristas*”, lo que exige una verificación de la intención específica del autor, ya que se trata de un elemento subjetivo especial y no de un componente normativo o descriptivo. Al ignorar esta distinción, la Sala de Casación Penal convierte un elemento subjetivo en un requisito objetivo, ampliando desmesuradamente el ámbito de imputación subjetiva.

Además, si la idoneidad del mensaje se integra al contenido y alcance del elemento subjetivo especial, se genera una redundancia típica, pues se estaría repitiendo el campo semántico que delimita el significado del verbo rector o de los criterios de imputación objetiva, según el método utilizado. En efecto, la imputación objetiva ya exige que la conducta sea idónea para crear un riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que volver a considerar la idoneidad dentro del elemento subjetivo especial implica una duplicidad conceptual que desdibuja los límites entre la tipicidad objetiva y subjetiva. Esto no solo afecta la claridad en la estructura del tipo penal, sino que también altera el principio de taxatividad y la precisión exigida en la formulación de los tipos penales. Al convertir la idoneidad objetiva en parte de la finalidad terrorista, la Sala de Casación Penal difumina la línea que separa el tipo subjetivo del riesgo objetivo, lo que genera inseguridad jurídica y compromete la legitimidad de su decisión.

En tercer lugar, se observa una contradicción en el razonamiento de la Sala de Casación Penal al afirmar que los fines terroristas se configuran por la capacidad del mensaje de generar en las personas la idea de cometer terrorismo. Sin embargo, luego sostiene que la sentenciada instigó a realizar delitos similares a los que estaba cometiendo, los cuales no constituyen terrorismo, sino *Daño en bien ajeno agravado*. Esto genera ambigüedad en la atribución de la finalidad terrorista, ya que se establece que la sentenciada incitó a realizar conductas análogas a las

suyas, pero, al mismo tiempo, se le imputa una finalidad terrorista derivada de la potencialidad de su mensaje para generar temor o zozobra en la población. En otras palabras, se le atribuye una finalidad terrorista no porque buscara provocar el delito de terrorismo, sino porque incitó a cometer actos de vandalismo que, según la Sala de Casación Penal, tenían la capacidad objetiva de generar miedo o intranquilidad. Este razonamiento resulta contradictorio, ya que equipara los efectos potenciales del delito de Daño en bien ajeno agravado con los fines terroristas, ignorando la diferencia sustancial en la tipicidad objetiva de ambos delitos.

Esta contradicción evidencia una confusión en la delimitación del tipo subjetivo, ya que se imputan fines terroristas a partir de la idoneidad objetiva de una conducta que ni siquiera encuadra en el tipo penal de terrorismo. En efecto, si lo que se instigó fueron delitos como Daño en bien ajeno agravado o Perturbación en servicio de transporte público, no puede concluirse, sin más, que existieron fines terroristas solo porque dichas conductas pudieron generar zozobra o temor. Esto constituye una ampliación injustificada de la finalidad terrorista, al convertir cualquier acto de violencia urbana en un medio para producir terror, independientemente de la intención específica del autor.

Además, esta contradicción pone en evidencia la falta de coherencia interna en el razonamiento de la Sala de Casación Penal, ya que se parte de una interpretación normativizada de la finalidad terrorista —basada en la idoneidad objetiva de la conducta—, para luego concluir que lo instigado no fue terrorismo, sino delitos menores como Daño en bien ajeno agravado. Esto implica una contradicción lógica en la imputación subjetiva, puesto que la finalidad terrorista debería relacionarse necesariamente con la intención de incitar el delito de terrorismo, y no con la incitación de conductas vandálicas que, aunque puedan generar zozobra, no tienen el mismo grado de peligrosidad ni afectan de manera equivalente el bien jurídico de la seguridad pública. Al descontextualizar la finalidad terrorista de su relación directa con el delito de terrorismo, se termina aplicando una imputación normativa expansiva, que desvirtúa el principio de culpabilidad al prescindir de la verificación de la intención real del autor. Esto no solo contradice el principio de legalidad y taxatividad penal, sino que también debilita el fundamento subjetivo del Derecho Penal, al basar la responsabilidad penal en una finalidad normativa construida a partir de datos objetivos externos.

Ahora bien, es cierto que la Sala de Casación Penal llegó a afirmar en un apartado de la sentencia que, inclusive, la sentenciada ejecutó el delito de *Terrorismo* [Apartado 60 (SP022-2025)], careciendo esto de toda fuerza jurídica dado que los

requisitos y el alcance previstos en el artículo 343 del CP distan mucho de presentarse en este caso pues para que se configure el delito se de medios capaces de causar estragos; es decir, daños en grandes proporciones y comporten un “peligro para la vida o la integridad de las personas”. Por ende, los estragos tendrían que ser producidos por “armas en un sentido amplio”, es decir, instrumentos o mecanismos capaces de causar delitos graves, como bombas, granadas, explosivos, minas, sustancias peligrosas o artículos mortíferos. En este caso, el uso de un martillo para destruir puertas de vidrio y equipos de recarga automática, aunque generó daños materiales significativos, no alcanza la gravedad ni el impacto requerido para tipificar el terrorismo. Al interpretar la conducta de la sentenciada como potencialmente terrorista solo por la magnitud económica de los daños, la Sala de Casación Penal introduce un criterio de valoración cuantitativa que no corresponde al tenor literal ni al espíritu del artículo 343 del CP.

Además, la afirmación de que la sentenciada *“utilizó medios capaces de causar estragos”* [Apartado 67 (SP022-2025)] evidencia una ampliación normativa del concepto de estragos en el terrorismo, al incluir instrumentos comunes y domésticos, como un martillo, que no tienen la capacidad de generar el peligro masivo y colectivo que exige el tipo penal. Esto contraviene el principio de legalidad y taxatividad penal, ya que desdibuja los límites entre los daños materiales vandálicos y la destrucción grave y significativa requerida para el terrorismo. La propia descripción de la Sala de Casación Penal sobre los instrumentos idóneos para el terrorismo —armas, explosivos, sustancias peligrosas, etc.— excluye categóricamente el uso de herramientas comunes que, aunque pueden causar daños considerables, no ponen en peligro directo la vida o integridad de las personas ni generan un riesgo masivo y colectivo. Al extender el alcance de los “medios capaces de causar estragos” para incluir cualquier instrumento con capacidad destructiva, la Sala de Casación Penal vacía de contenido el concepto de terrorismo y, en última instancia, vulnera el principio de tipicidad estricta en el Derecho Penal.

Todo lo anterior pone de presente, además, una banalización del delito terrorismo en este contexto particularmente preocupante cuando se considera el trasfondo histórico y conceptual de esta conducta punible. El terrorismo tiene una carga histórica y política significativa que no puede ser ignorada sin consecuencias en la aplicación del Derecho Penal. Como señala Ben Saul, el término “terrorismo” surgió en el contexto de la Revolución Francesa para describir la violencia sistemática del Estado contra sus opositores políticos, y desde entonces ha evolucionado hasta convertirse en un término controvertido y políticamente cargado, utilizado selectivamente para

estigmatizar diversos tipos de violencia estatal y no estatal²⁴. Esta evolución ha llevado a una conceptualización del terrorismo que, como explica Virginia Held, no solo busca describir actos de violencia, sino también moralizarlos, cargándolos de un juicio ético que justifica respuestas punitivas severas y excepcionales²⁵. Al aplicar este concepto de manera superficial, la Sala de Casación Penal no solo simplifica un fenómeno complejo, sino que también contribuye a la deslegitimación de la norma penal al descontextualizar un término históricamente controvertido.

Desde una perspectiva más amplia, esta interpretación jurídica reduce el terrorismo a una categoría normativa sin considerar las causas profundas que subyacen a este fenómeno. Jeff Goodwin observa que el terrorismo rara vez surge de la mera intencionalidad maliciosa de los individuos, sino que está vinculado a condiciones sociales, políticas y económicas específicas, como la opresión política o la exclusión social²⁶. Al ignorar estos contextos y enfocarse únicamente en los efectos subjetivos y psicológicos del discurso de la sentenciada, la Sala de Casación Penal adopta una visión descontextualizada y moralizante que reduce el análisis penal a una mera reacción emocional, sin considerar las complejidades del fenómeno terrorista. Esta simplificación no solo afecta la coherencia jurídica, sino que también perpetúa una narrativa que estigmatiza ciertos actos violentos sin considerar su contexto social y político.

En última instancia, la interpretación de nuestro Tribunal de Casación en lo penal banaliza un fenómeno que tiene profundas implicaciones históricas, morales y políticas. Como señala Alia Brahimí, las ideologías que subyacen al terrorismo son complejas y están profundamente arraigadas en conflictos políticos y sociales de larga data²⁷. Reducir el terrorismo a una mera capacidad de incitar al miedo sin analizar estas estructuras ideológicas y contextos sociales no solo desvirtúa el delito, sino que también trivializa la complejidad del fenómeno al convertirlo en una mera herramienta retórica para justificar respuestas punitivas desproporcionadas. Este enfoque no solo socava el principio de legalidad y tipicidad estricta, sino que

24 Ben Saul, "Defining Terrorism: A Conceptual Minefield", en *The Oxford Handbook of Terrorism*, ed. Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas, (Oxford University Press, 2019), 37.

25 Virginia Held, "The Moral Dimensions of Terrorism", en *The Oxford Handbook of Terrorism*, ed. Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas, (Oxford University Press, 2019), 59.

26 Jeff Goodwin, "The Causes of Terrorism", en *The Oxford Handbook of Terrorism*, ed. Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas, (Oxford University Press, 2019), 125.

27 Alia Brahimí, "Ideology and Terrorism", en *The Oxford Handbook of Terrorism*, ed. Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas, (Oxford University Press, 2019), 265.

también erosiona la legitimidad del Derecho Penal como garante de la justicia y la seguridad pública.

En cuarto lugar, la Sala de Casación Penal insiste en un hecho particular al afirmar que la sentenciada era una reconocida *influencer* con muchos seguidores [Apartado 65 (SP022-2025)]. La deducción lógica que se hace con base en lo anterior, confunde en nuestro criterio dos aspectos fundamentales: la capacidad de influir y el contenido subjetivo o intención de dicha influencia. Es decir, la Sala de Casación Penal equipara la mera capacidad de influir —derivada del alcance masivo de su audiencia— con la intención de incitar a la comisión de un delito. Esta confusión es metodológicamente errónea, pues tener la capacidad de influir no implica necesariamente buscar un resultado ilícito. Es como asumir que un boxeador, por el solo hecho de tener gran fuerza, siempre tiene la intención de agredir, cuando en realidad se requiere verificar si efectivamente golpeó a alguien con el propósito de causar daño.

En este sentido, lo que la Sala de Casación Penal debió haber demostrado, inicialmente, es si el mensaje (corporal o lingüístico) constituía una incitación directa a cometer delitos específicos y, además, si la intención de la sentenciada al emitir dicho mensaje era generar terror o zozobra en la población. Por ende, el establecer esta finalidad subjetiva sería un problema a solucionar en el tipo subjetivo, mientras que analizar si los medios utilizados —es decir, su condición de *influencer* y el alcance de sus mensajes— eran idóneos para crear un riesgo real y concreto para la seguridad pública constituía un aspecto propio de la tipicidad objetiva previamente agotado. De esta forma, el análisis jurídico hubiera sido más riguroso y consistente con los principios de culpabilidad y legalidad, pues no basta con demostrar la capacidad de influencia para configurar el tipo penal de terrorismo; es indispensable probar que dicha influencia se ejerció con la intención deliberada de causar terror.

- ***Allanamiento a la imputación. Posibilidad de retractación, declaratoria de nulidad y/o fallo de corrección.***

La Sala de Casación Penal despachó desfavorablemente la petición de nulidad elevada por la defensa, en relación con la indebida atribución del cargo por instigación a delinquir con fines terroristas en contra de su representada, tras considerar satisfechos los presupuestos normativos de la formulación de la imputación y no encontrar violación al derecho de defensa [Apartados 19-40 (SP022-2025)].

Revisadas las diferentes audiencias surtidas en el trámite de este proceso, coincidimos con la conclusión de la Sala de Casación Penal, en cuanto no se configuró

una trasgresión al derecho de defensa, teniendo en cuenta que la imputada estuvo representada y asesorada de manera activa, por un profesional del derecho, durante todas las diligencias desarrolladas.

En especial, evidenciamos que en las audiencias preliminares de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento (28-11-19), aceptación de cargos (10-12-19) y verificación de la aceptación (13-03-20), la sentenciada estuvo representada por abogados de confianza. Incluso, esto conllevó a que en la primera oportunidad no se aceptaran los cargos, sin habilitar, la entonces sindicada, un tiempo adicional para conversar con su defensora para reflexionar al respecto y respondiendo al interrogante del Juzgado 19 Penal Municipal con Función de control de Garantías de Bogotá sobre la voluntad de aceptar o no la imputación: *“no la voy a aceptar, también tengo derechos”*²⁸.

Posteriormente, la defensa solicitó audiencia ante el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de control de Garantías de Bogotá, con el objetivo de que su representada aceptara los cargos imputados por el delegado de la Fiscalía General de la Nación. En esta audiencia, la defensa comenzó señalando los delitos objeto de imputación, identificando que uno de ellos era el consagrado en el artículo 348, inciso 2° del Código Penal²⁹, lo cual fue corroborado por la Fiscalía³⁰ y reiterado por la Juez 73 Penal Municipal con Función de control de Garantías de Bogotá³¹. A petición de la entonces sindicada, se concedió un receso para efectos de conversar con su defensor, previo a la aceptación de cargos³², al cabo del cual, respondió afirmativamente frente al cuestionamiento de la funcionaria judicial, respecto de su voluntad de aceptar los cargos³³.

Sumado a la comprobación del ejercicio de defensa técnica, que conlleva a apoyar la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a abstenerse de declarar la nulidad en el presente caso, tampoco es debatible

28 Minutos 1:09:08 – 1:09:10 (Audiencia de formulación de imputación).

29 Minutos 55:21 – 55:49 (Audiencia de aceptación de cargos).

30 Minutos 1:04:17 – 1:07:38 (Audiencia de aceptación de cargos). Señaló específicamente el delegado de la Fiscalía *“...y que este resultaba agravado porque este se había hecho con fines terroristas al invitar a las personas a realizar esos actos vandálicos que ya se salían del curso normal de la seguridad de los ciudadanos, entonces, allí se indicó también que la pena era de 80 meses a 180 meses de prisión”* Minutos 1:05:27- 1:05:44 (Audiencia de aceptación de cargos).

31 Cfr. Minutos 1:19:25 – 1:26:13 y 1:28:55 - 1:29:34 (Audiencia de aceptación de cargos).

32 Cfr. Minutos 1:20:18 – 1:26:12 (Audiencia de aceptación de cargos).

33 Cfr. Minutos 1:29:36 (Audiencia de aceptación de cargos).

el conocimiento de las consecuencias que tenía la sentenciada tras la aceptación de cargos y la consecuente condena, con base en el *quantum* punitivo del delito imputado, sumado a que en la audiencia del 13 de marzo de 2020, cuando se continuó con la audiencia de verificación de allanamiento y se recorrió el traslado del artículo 447 del C.P.P., los apoderados de las víctimas y el agente del Ministerio Público señalaron que no eran procedentes los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad³⁴.

No obstante, de conformidad con la crítica en torno a la adecuación típica de la conducta, respecto de los fines terroristas, indebidamente emparentados al delito de instigación a delinquir - desarrollada en el apartado anterior -, consideramos que se afectó el principio de legalidad, lo cual debió ser objeto de protección a favor de la sentenciada, no absolviéndola por ese delito contra la seguridad pública – como se hizo en el fallo de primera instancia -, sino degradando la conducta al delito de instigación a delinquir consagrado en el inciso 1º del artículo 348 del texto original de la Ley 599 de 2000, que comporta exclusivamente pena pecuniaria.

Así, compartimos la posición de la Magistrada **Ávila Roldán** respecto a que la incitación realizada por la sentenciada fue a cometer delitos de daño en bien ajeno, resultando ilegal la calificación jurídica realizada por la Fiscalía y debiendo la Sala de Casación Penal corregir esta irregularidad³⁵ [Apartado 16, S.P.V a la sentencia SP022-2025].

• **Proporcionalidad y finalidades de la pena**

Respecto al argumento en contra de la falta de proporcionalidad de la pena ratificada en la sentencia SP022-2025, importante resaltar que en la sentencia del 5 de agosto de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, individualizó las penas, acudiendo al mínimo dentro del cuarto mínimo (16 y 48 meses, respectivamente) frente a los delitos de daño en bien ajeno (artículos 265 y 266-4

34 Cfr. minutos 21:02-21:33, 28:51-29:31 y 46:07-46:19 (Continuación de audiencia de verificación de allanamiento, traslado del artículo 447 del C.P.P. y lectura de sentencia).

35 Al respecto, no puede olvidarse que los jueces se encuentran obligados a un “control material de la imputación, entre otros eventos, si se presentan calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales, en tanto constitutivas de violaciones a garantías fundamentales (CSJ SP14191-2016)” [Apartado 15, S.P.V., (SP022-2025)]. Así las cosas, como la calificación jurídica en este caso – exclusivamente en punto del agravante – fue manifiestamente *contra legem* “la Corte estaba en la obligación de intervenir para absolver a la acusada por la modalidad de la instigación ligada a fines terroristas y confirmarla por la incitación al daño en bien ajeno. Debido a que la medida a adoptar no perjudicaría a la procesada, la solución podía ser dictada directamente en el fallo (ver, por ejemplo, esta solución en la Sentencia de 8 de julio de 2009, rad. 31280).” [Apartado 16, S.P.V. (SP022-2025)]

del C.P.) y perturbación de servicio de transporte público, colectivo u oficial (artículo 353 del C.P.) y respecto del delito de instigación a delinquir con fines terroristas (inciso 2° del artículo 348 del C.P.), por el cual condenó por primera vez a la sentenciada, la individualizó en el mínimo de los cuartos medios (105 meses y 1 día), por existir circunstancias de mayor punibilidad (artículo 58-17 del C.P. - *Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos*)³⁶. [Apartado 6.6.3.]

Aunque la suma aritmética de los delitos individualmente considerados arrojaría un total de 169 meses y 1 día, el fallador *ad quem* partió de la mayor pena individualizada (105 meses y 1 día, correspondiente al delito de instigación a delinquir con fines terroristas) y la aumentó en 10 meses (3 meses por el delito contra el patrimonio económico y 7 meses por el otro delito contra la seguridad pública), para un total de 115 meses y 1 día de prisión. [Apartado 6.6.4.]

Por otra parte, en virtud de la aceptación de cargos redujo la pena en un 45%, teniendo en cuenta que *“ningún esfuerzo ha realizado la encartada tendiente a la reparación de los daños causados a las víctimas”* [Apartado 6.6.5.1.].

Lo anterior, más allá de la crítica en torno a la adecuación típica del delito de instigación a delinquir, no muestra que la pena haya sido excesiva o desproporcionada, dentro de los parámetros legalmente establecidos para dosificar la pena de los delitos imputados y aceptados libremente por la sentenciada.

2. La alternatividad penal como opción frente a la pena privativa de libertad

En el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia SP022-2025, se ratifica la negación de subrogados penales³⁷ a favor de la sentenciada. Por su parte, en el apartado 7, se relaciona la negativa (en sede de segunda instancia) de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y en el apartado 37 se hace mención a la inviabilidad de conceder algún mecanismo sustitutivo de la pena, frente al delito de instigación a delinquir con fines terroristas, lo cual fue objeto de verificación ante el Juez de Conocimiento, al dar trámite al procedimiento en caso de aceptación de la imputación (artículo 293 de la Ley 906 de 2004).

36 Minutos 39:52 – 40:32 (Audiencia de formulación de imputación).

37 Sobre el tema ver Norberto Hernández-Jiménez, *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018), 288 y ss.

Ahora bien, el artículo 36 del C.P. regula las penas sustitutivas y refiere de manera expresa que la prisión domiciliaria (artículo 38 del C.P.) es sustitutiva de la pena de prisión. Por su parte, el artículo 38-H del mismo compendio punitivo regula la prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de hogar, siendo un mecanismo diferente a la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia (Ley 750 de 2002). Finalmente, el artículo 63 del C.P. consagra la posibilidad de suspender la aplicación de la pena. Estas medidas sustitutivas, exigen el cumplimiento de unos requisitos objetivos y subjetivos, sumado a la exclusión respecto de su procedencia, en tratándose de algunos delitos en particular (artículo 68A del C.P.).

Para efectos de nuestra propuesta, es importante diferenciar entre medidas sustitutivas a la prisión, que ocurren con posterioridad a la sentencia condenatoria y pueden conllevar a la privación de la libertad intramural por un periodo de tiempo, como por ejemplo el indulto [perdón de la sanción] o la libertad condicional, una vez superado un tiempo de privación de la libertad [beneficio de excarcelación]³⁸, de las alternativas al encarcelamiento, que implican la imposición de una sanción que no conlleva a la privación de la libertad de la persona³⁹.

En la tabla No. 2 se muestra un comparativo entre las opciones consagradas en las Reglas de Tokio⁴⁰ y su equivalente en el ámbito nacional:

Tabla No. 2. Comparación alternativas al encarcelamiento

Reglas de Tokio	Legislación colombiana	Observaciones
Sanciones verbales, como amonestación, reprimenda y advertencia	No regulada para la justicia ordinaria	Tiene cierta aplicación en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia (artículo 177 de la Ley 1098 de 2006).

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Mujeres privadas de libertad en las Américas* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022), 108

39 En el mismo sentido Ana Juanche Molina. *Mapa de alternativas a la privación de libertad* (PNUD-ACNUDH, 2022), 16.

40 Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Resolución 45/110). En el mismo sentido Anabela Miranda, María João Antunes, Sónia Fidalgo, Inês Horta y Karla Tayumi, *Non-custodial sanctions and measures in the member states of the european union. Comparative report.*, (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022), 3.

Libertad condicional	artículo 64 C.P.	En el contexto colombiano es un sustituto a la prisión, tras el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena [liberación temprana]. Adicionalmente, no solo tiene en cuenta el comportamiento intramuros sino también la conducta delictiva cometida.
Sanciones de estatus	No regulada	
Sanciones económicas y sanciones pecuniarias, como multas y días de multa	artículo 39 C.P.	La pena de multa como pena principal (exclusiva) se encuentra limitada a unos pocos delitos como sanción, entre estos, la instigación a delinquir base.
Confiscación u orden de expropiación	No regulada	Podría tener un equivalente en la acción de extinción de dominio en Colombia
Restitución a la víctima u orden de indemnización	artículo 102 de la Ley 906 de 2004.	El incidente de reparación integral en Colombia no es una alternativa al encarcelamiento sino una forma de determinar la responsabilidad civil derivada del delito. Por su parte, por vía de conciliación podría extinguirse la responsabilidad penal en los delitos querellables (artículo 74 de la Ley 906 de 2004.
Pena suspendida o diferida	artículo 63 C.P.	Su equivalente sería la suspensión condicional de la pena.
Libertad condicional y supervisión judicial	No regulada	Tiene un equivalente en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia (artículo 185 de la Ley 1098 de 2006).

La orden de servicio comunitario	artículo 38H C.P.	Corresponde a los servicios de utilidad pública (Ley 2292 de 2023). En el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia, también existe esta posibilidad (artículo 184 de la Ley 1098 de 2006).
Remisión a un centro de asistencia	No regulada	
Arresto domiciliario	artículos 38B, 38G & 68 C.P. Ley 750 de 2002.	Corresponde a la prisión domiciliaria en Colombia





De conformidad con lo anterior, la alternatividad penal en Colombia estaría limitada a la procedencia de la pena de multa (sistema progresivo), la suspensión condicional de la pena, la prestación de servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia y la prisión domiciliaria tradicional.

Teniendo en cuenta la crítica a crítica en torno a la adecuación típica de la conducta, respecto de los fines terroristas, el presente caso debió culminar con una pena pecuniaria en contra de la sentenciada, concretando la alternatividad penal consagrada en nuestra legislación. Esta pena de multa, por el delito de instigación a delinquir base, hubiese podido ser extinguida por vía de la oblación (artículo 87 del C.P.). Por otra parte, respecto de los delitos restantes, se hubiesen podido explorar alternativas de excarcelación.

No obstante, con base en los delitos imputados y aceptados libremente por la sentenciada, procederemos a exponer porqué no es procede su excarcelación, resultando acertada la decisión consagrada en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia SP022-2025.

- ***No se cumple el requisito objetivo consagrado en el artículo 63 del C.P. y el delito de instigación a delinquir está excluido para concesión de este subrogado.***





Tabla No. 3. Requisitos suspensión de la ejecución de la pena

Requisito objetivo	Requisito subjetivo	Exclusión
Pena impuesta igual o inferior a 4 años 	Análisis de antecedentes personales, sociales y familiares de la persona condenada que indiquen que no existe necesidad de ejecución de la pena (solo cuando la persona tenga antecedentes penales) 	-Condena por delito doloso dentro de los 5 años anteriores. -Listado de delitos (inciso 2°, artículo 68A del C.P.)  -Delitos relacionados en los artículos 199 de la Ley 1098 de 2006 y 26 de la ley 1121 de 2006 

La pena impuesta supera los 4 años de prisión (63.5 meses) y el delito de instigación a delinquir se encuentra relacionado en los artículos 68A del C.P. y 26 de la Ley 1121 de 2006, como conexo al terrorismo.

- ***El delito de instigación a delinquir está excluido para concesión de este subrogado.***

Tabla No. 4. Requisitos prisión domiciliaria tradicional

Requisito objetivo	Requisito subjetivo	Exclusión
Penal mínima imponible igual o inferior a 8 años 	Análisis de arraigo familiar y social 	-Condena por delito doloso dentro de los 5 años anteriores. -Listado de delitos (inciso 2º, artículo 68A del C.P.)  -Delitos relacionados en los artículos 199 de la Ley 1098 de 2006 y 26 de la ley 1121 de 2006. 

De conformidad con la modificación consagrada en el artículo 15 de la Ley 2197 de 2022, la pena mínima para el delito de instigación para delinquir con fines terroristas es de 10 años; no obstante, en virtud del principio de favorabilidad y teniendo en cuenta la fecha de los hechos (22 de noviembre de 2019), se debe aplicar el texto original consagrado en la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, que consagra un mínimo punitivo de 80 meses. En consecuencia, se encuentra satisfecho el requisito objetivo.

No acontece lo mismo con el obstáculo del artículo 68A del C.P., que incluye el delito de instigación a delinquir dentro de los delitos excluidos para este subrogado. Adicionalmente, con base en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, se encontraría excluido, como conexo al terrorismo.

- ***No se observan elementos para pregonar la calidad de mujer cabeza de hogar y no se cumple el requisito objetivo de marginalidad, consagrado en el artículo 38H del C.P.***

Tabla No. 5. Servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia

Requisito objetivo	Requisito subjetivo	Exclusión
-Pena igual o inferior a 8 años 	-Comparecer ante la autoridad judicial cuando sea requerida.	-No tener antecedentes dentro de los 5 años anteriores, salvo por delitos culposos, delitos con pena exclusiva de multa o los delitos relacionados en el requisito objetivo.
-Delitos de hurto simple, hurto calificado, hurto agravado, conservación o financiación de plantaciones, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de muebles o inmuebles.		-Uso de menores de edad en la comisión de delitos.
-Ser mujer cabeza de hogar 		-Violencia intrafamiliar
-Delito cometido en condiciones de marginalidad 		

No se observa en la sentencia SP022-2025, ni tampoco en la providencia del 5 de agosto de 2021 del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal), elementos de juicio para establecer si la sentenciada es mujer cabeza de hogar y si actuó en condiciones de marginalidad⁴¹.

41 La marginalidad puede ser entendida como “aquella situación en la que se encuentra un individuo que hace parte de un nuevo escenario en el que no pertenece al grupo de beneficiarios directos de los intercambios regulares y del reconocimiento social” Sentencia T-191 de 2013. Además de esta

Sin embargo, por información disponible en internet se puede establecer que es madre de familia⁴². Esto no es equivalente a ser mujer cabeza de hogar, ya que en la red también aparece que decidió tener una hija con su pareja⁴³, es decir, que existe otra madre que eventualmente puede ejercer la jefatura del hogar y el cuidado de su hija en común.

Pero si se lograra acreditar esta situación (que si permitiría dar aplicación a la Ley 750 de 2002 y conceder a su favor la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia), es muy difícil pregonar que la sentenciada cometió el delito por circunstancias económicas apremiantes o como forma de subsistencia⁴⁴, ya que para la fecha de los hechos era *youtuber/influencer*, lo que le reportaba beneficios económicos⁴⁵, sumado a la titularidad de salones de belleza⁴⁶ y la comercialización de productos de belleza⁴⁷. En definitiva, no se observa que el delito se haya cometido

dimensión socio-sicológica, también puede ser considerado “marginal” quien vive en una vivienda deterioradas o en zona deprimidas (dimensión ecológica), quien tiene bajos niveles de vida, de salud y de vivienda y bajos niveles educacionales y culturales (dimensión sociocultural), quienes tienen ingresos de subsistencia y empleos inestables (dimensión económica) y quienes no participan ni cuentan con organizaciones políticas que los representen. Jorge Giusti, *Organización y participación popular en Chile: el mito del hombre marginal*, (Buenos Aires: Ediciones Flacso, 1973) citado en Fernando Cortés, “Consideraciones sobre la marginalidad, marginación, pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso”. *Papeles de población* 8, n.º 31 (2002): 9-24.

- 42 Cfr. Juan Manuel Arias Montenegro, “Hija de Epa Colombia protagoniza emotivo mensaje publicado desde las redes de la empresaria: ‘Mamá, te extraño’”, *Infobae*, febrero 11, 2025, <https://www.infobae.com/colombia/2025/02/11/hija-de-epa-colombia-protagoniza-emotivo-mensaje-publicado-desde-las-redes-de-la-empresaria-mama-te-extrano/>
- 43 Cfr. Pamela Andrea Avendaño Parra, “¿Quién es la novia de Epa Colombia y a qué se dedica?”, *El Tiempo*, abril 10, 2024, <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/quien-es-la-novia-de-epa-colombia-y-a-que-se-dedica-3332634#:~:text=Karol%20Samantha%20y%20Daneidy%20Barrera%20se%20convirtieron%20en%20mam%C3%A1s%20de%20Daphne%20Samara.&text=El%20pasado%209%20de%20abril,formal%20desde%20el%20a%C3%B1o%202022.>
- 44 Astrid Liliana Sánchez-Mejía y Norberto Hernández-Jiménez, “Mujeres, delitos de drogas y trabajo comunitario como alternativa a la prisión en Colombia”. *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, ed. Marcela Gutiérrez y Ángela Marcela Olarte (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 361-403. <https://books.openedition.org/uec/4525?lang=en>
- 45 En el mismo sentido, lo señalado por el agente del Ministerio Público y la defensa, al recorrer el traslado del artículo 447 del C.P.P. (Cfr. minutos 32:55-33:25 y 50:44-50:48).
- 46 Cfr. minutos 53:17-53:31 (argumentos de la defensa, al recorrer el traslado del artículo 447 del C.P.P.).
- 47 Cfr. Semana, “‘Epa Colombia’ revela cómo consiguió la fórmula de su queratina en el Mundial de Rusia 2018”, *Semana*, marzo 18, 2021, <https://www.semana.com/gente/articulo/epa-colombia-revela-como-consiguio-la-formula-de-su-queratina-en-el-mundial-de-rusia-2018/202107/>

por situaciones de pobreza o de vulnerabilidad⁴⁸ y que la acción de la sentenciada estuviese asociada a condiciones de marginalidad que afectarán la manutención del hogar (artículo 2° de la Ley 2292 de 2023).

No obstante, la improcedencia de subrogados penales en el caso concreto, vale la pena acudir a las Reglas de Tokio (Tabla No. 2.), con el objetivo de proponer de *lege ferenda*, alternatividad penal en beneficio de la sentenciada y casos similares, en los que estamos en presencia de personas que han cometido delitos sin violencia sobre las personas, tienen constituido un núcleo familiar, carecen de antecedentes penales⁴⁹, han demostrado voluntad de contribuir con la justicia y pueden favorecer a la sociedad en libertad, no solo reparando los daños materiales ocasionados con el delito, sino también en el ámbito de la educación y la cultura ciudadana.

Así, teniendo en cuenta el apartado 6.6.5.1. de la sentencia del 5 de agosto de 2021 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá (la sentenciada no ha reparado el daño causado), valdría la pena explorar alternativas, en clave de justicia restaurativa, como (i) indemnización de los perjuicios y sanciones económicas (multa), que sobrepase incluso el costo de los daños materiales ocasionados (como sanción retributiva, sin necesidad de pena privativa de la libertad y respetando el principio de proporcionalidad de la penas), (ii) ampliando el escenario de la ley de utilidad pública (servicio a la comunidad), que para el caso concreto se podría cumplir en las estaciones de *Transmilenio*, en donde la sentenciada podría contribuir a la cultura ciudadana y el respeto por el sistema de transporte público. Sumado a esto, la sentenciada podría involucrarse en campañas de pedagogía, que permitan reconstruir el tejido social y garantizar la cohesión de la comunidad, en procura de proteger los bienes públicos.

- ***Permanencia de la hija de la sentenciada en el establecimiento de reclusión.***

De conformidad con los artículos 26 y 153 del Código Penitenciario y Carcelario⁵⁰, los hijos menores de 3 años pueden convivir con sus madres en prisión⁵¹. Teniendo

48 Claudia Cardona, Isabel Pereira, Juan Hernández y Adriana Abramovits, *Alternatividad penal para mujeres cabeza de familia: conoce sobre el servicio de utilidad pública de la ley 2292/23*, (Bogotá: Dejusticia - Corporación Mujeres Libres, 2023).

49 Minuto 1:09:18 (Audiencia de verificación de allanamiento), Minutos 11:11, 14:57, 40:51 (Continuación de audiencia de verificación de allanamiento, traslado del artículo 447 del C.P.P. y lectura de sentencia).

50 Sobre el tema ver Norberto Hernández-Jiménez, *El derecho penal de la cárcel*, 91.

51 De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta garantía se fundamenta en

en cuenta que la sentenciada es madre de una menor, esto puede ser solicitado por la sentenciada ante el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (ICBF), en caso de estar de acuerdo con esta situación, que en todo caso implica un encierro para la menor, quien cuenta con su otra madre en libertad.

Conclusiones

El análisis crítico de la interpretación realizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la finalidad terrorista en el delito de instigación para delinquir revela problemas significativos en la configuración de la tipicidad subjetiva. La des-psicologización de los elementos subjetivos y la adopción de una finalidad normativa amplían peligrosamente el alcance de la imputación penal al desvincularla de la intención real del autor.

Al equiparar la capacidad objetiva de generar zozobra con la intención subjetiva de causar terror, la Corporación judicial referenciada introduce una responsabilidad penal objetiva encubierta, vulnerando el principio de culpabilidad. Además, al confundir la influencia de una figura pública con la intencionalidad delictiva, se desvirtúa el análisis del dolo, comprometiendo la seguridad jurídica y diluyendo la precisión exigida en la tipificación penal.

Estas falencias metodológicas no solo alteran la estructura típica del delito de terrorismo, sino que también banalizan un concepto complejo y cargado de implicaciones históricas y sociales. Por ende, es fundamental replantear el análisis subjetivo del dolo y la finalidad terrorista, recuperando un enfoque que respete la esencia subjetiva del Derecho Penal y garantice la legitimidad en la imputación de responsabilidad penal.

En consecuencia, consideramos que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debió corregir esta situación, dando prevalencia al principio de legalidad, por encima de blindar las formas mediante las cuales, la sentenciada aceptó los cargos, lo cual efectivamente ocurrió de manera libre, consciente, informada y voluntaria. Con base en esta fluctuación, la sentenciada debió ser condenada a una

que: "(...) En los primeros años de la infancia, las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (...) La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta (...)" Sentencia C-157 de 2002.

pena de multa, como autora penalmente responsable por incitar a la comisión de delitos de daño en bien ajeno.

Finalmente, es importante ampliar los escenarios de alternatividad penal, no solo viabilizando la aplicación de penas pecuniarias, fruto de una adecuación típica correcta, sino incluso analizando escenarios en los cuales la pena privativa de la libertad no se muestra como necesaria, enfocándonos en el daño y la reparación de perjuicios y la posibilidad de otras medidas que contribuyan pedagógicamente al respecto de lo público, impactando de manera favorable en el sistema penitenciario, evitando el aumento del hacinamiento y habilitando una solución al estado de cosas inconstitucional que padece la población privada de la libertad en Colombia.

Bibliografía

- Arias Montenegro, Juan Manuel. "Hija de Epa Colombia protagoniza emotivo mensaje publicado desde las redes de la empresaria: 'Mamá, te extraño'". *Infobae*, febrero 11, 2025, <https://www.infobae.com/colombia/2025/02/11/hija-de-epa-colombia-protagoniza-emotivo-mensaje-publicado-desde-las-redes-de-la-empresaria-mama-te-extrano/>
- Avendaño Parra, Pamela Andrea. "¿Quiénes la novia de Epa Colombia y a qué se dedica?". *El Tiempo*, abril 10, 2024, <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/quien-es-la-novia-de-epa-colombia-y-a-que-se-dedica-3332634#:~:text=Karol%20Samantha%20y%20Daneidy%20Barrera%20se%20convirtieron%20en%20mam%C3%A1s%20de%20Daphne%20Samara.&text=El%20pasado%209%20de%20abril,formal%20desde%20el%20a%C3%B1o%202022.>
- Bernal-Castro, Carlos Andrés. "Delitos contra la seguridad pública". En *Derecho Penal Especial, Tomo II*, coord. Pablo Elías González-Monguí, 396-398. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez, 2023.
- Botia Méndez, Juan David. "Novia de Epa Colombia lidera una campaña de recolección de firmas para su indulto: así funcionaría en caso de hacer efectivo el beneficio". *Infobae*, febrero 19, 2025, <https://www.infobae.com/colombia/2025/02/19/novia-de-epa-colombia-lidera-una-campana-de-recoleccion-de-firmas-para-indulto-asi-funcionaria-en-caso-de-hacer-efectivo-el-beneficio/>
- Brahimi, Alia. "Ideology and Terrorism". En *The Oxford Handbook of Terrorism*. Editado por Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas. Oxford University Press, 2019.

- Cano, Juan David. "¿Es viable la libertad diaria para Epa Colombia como lo pidió el presidente Gustavo Petro?". *Cambio*, febrero 13, 2025, <https://cambiocolombia.com/pais/es-viable-libertad-diaria-epa-colombia-como-pidio-presidente-gustavo-petro>
- Cardona, Claudia, Isabel Pereira, Juan Hernández y Adriana Abramovits. *Alternatividad penal para mujeres cabeza de familia: conoce sobre el servicio de utilidad pública de la ley 2292/23*. Bogotá: Dejusticia - Corporación Mujeres Libres, 2023.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Mujeres privadas de libertad en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022.
- Cortés, Fernando. "Consideraciones sobre la marginalidad, marginación, pobreza y desigualdad en la distribución del ingreso". *Papeles de población* 8, n.º31 (2002): 9-24.
- Cruz-Bolívar, Leonardo. "Delitos contra la seguridad pública". En AA.VV., *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I*. 653-656. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Cuesta, Ana María. "El video y la autoincriminación en los tiempos de redes sociales: las lecciones que deja la condena contra 'Epa Colombia'". *El Tiempo*, enero 28, 2025, <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/el-video-y-la-autoincriminacion-en-los-tiempos-de-tiktok-las-lecciones-que-deja-la-condena-contra-epa-colombia-3421743>
- Ferreira, Francisco José. *Derecho penal especial, Tomo II*. 162-165. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.
- García, Nayerli. "Epa Colombia pide su libertad al Presidente Petro, MinJusticia se opone". *Canal Tro*, febrero 14, 2025, <https://canaltro.com/2025/02/14/epa-colombia-pide-su-libertad-al-presidente-petro-minjusticia-se-opone/>
- Goodwin, Jeff. "The Causes of Terrorism". En *The Oxford Handbook of Terrorism*. Editado por Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas. Oxford University Press, 2019.
- Guzmán Ayala, Stephany. "Caso de Epa Colombia podría dar giro inesperado por una omisión de la Corte Suprema de Justicia". *El Tiempo*, febrero 19, 2025, <https://www.eltiempo.com/justicia/caso-de-epa-colombia-podria-dar-giro-inesperado-por-una-omision-de-la-corte-suprema-de-justicia-3428674>
- Held, Virginia. "The Moral Dimensions of Terrorism", en *The Oxford Handbook of Terrorism*. Editado por Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas. Oxford University Press, 2019.
- Hernández-Jiménez, Norberto. *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*.

- Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, 2018.
- Juzgado 2° Penal Especializado de Bogotá. Sentencia del 13 de marzo de 2020, Rad. 11001609909120190012000,
- Miranda, Anabela, María João Antunes, Sónia Fidalgo, Inês Horta y Karla Tayumi. *Non-custodial sanctions and measures in the member states of the european unión. Comparative report*. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022.
- Molina, Ana Juanche. *Mapeo de alternativas a la privación de libertad*. PNUD-ACNUDH, 2022.
- Norberto Hernández-Jiménez. "De los procesos penales de única instancia a la doble instancia y doble conformidad para aforados constitucionales". En *Los procesos judiciales ante las altas Cortes*, ed. David Fernando Varela, Hernando Herrera, Leonardo Beltrán, Carlos Felipe Ramírez y Francisco Rodríguez, 165-186. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Corporación Excelencia para la Justicia y Pontificia Universidad Javeriana, 2021.
- Peláez-Mejía, José María y Rosa Angélica Quintero-Jaimes. *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*, 3.^a ed. Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal, Tomo III*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.
- Portafolio/El Tiempo. "¿Epa Colombia si pagó los daños a estación de TransMilenio, tal como dijo Petro?". *Portafolio*, febrero 06, 2025, <https://www.portafolio.co/tendencias/sociales/epa-colombia-si-pago-los-danos-a-estacion-de-transmilenio-tal-como-dijo-petro-623294>
- Sánchez-Mejía, Astrid Liliana y Norberto Hernández-Jiménez. "Mujeres, delitos de drogas y trabajo comunitario como alternativa a la prisión en Colombia". *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*. Editado por Marcela Gutiérrez y Ángela Marcela Olarte, 361-403. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. <https://books.openedition.org/uec/4525?lang=en>
- Saul, Ben. "Defining Terrorism: A Conceptual Minefield". En *The Oxford Handbook of Terrorism*. Editado por Erica Chenoweth, Richard English, Andreas Gofas, y Stathis N. Kalyvas. Oxford University Press, 2019.
- Schlick, Moritz. "Positivismo y realismo". En *El positivismo lógico*. Editado por Alfred Jules Ayer. 88-114 Fondo de Cultura Económica, 1965.

Searle, John R. *Intencionalidad: Un ensayo de filosofía de la mente*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1992.

Searle, John R. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.

Semana. “‘Epa Colombia’ revela cómo consiguió la fórmula de su queratina en el Mundial de Rusia 2018”. *Semana*, marzo 18, 2021, <https://www.semana.com/gente/articulo/epa-colombia-revela-como-consiguio-la-formula-de-su-queratina-en-el-mundial-de-rusia-2018/202107/>

Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal). Sentencia del 5 de agosto de 2021, Rad. 11001609909120190012001, con salvamento parcial de voto del Magistrado Juan Carlos Arias López.

Viveros-Castellanos, Mercedes, Yesid Viveros-Castellanos, Fernanda Carolina Cubides-Suescún, Viviana Stella Ortega-Barrera y Francy Carolina Roa-Benítez. *Derecho penal especial casuístico II*. 517-522. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley, 2019.



Documentos

**Confesiones de un juez penal latinoamericano a una revista francesa
de filosofía**

FERNANDO TOCORA

**Lenguaje y derecho penal: entrevista con el profesor Dr. Dr. h.c. mult.
Urs Kindhäuser**

JHON FREDY RÍOS, YEISON MANCO, JOHN ZULUAGA TABORDA Y NATASHA KOESSL

TOCORA, FERNANDO, "Confesiones de un juez penal latinoamericano a una revista francesa de filosofía", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Confesiones de un juez penal latinoamericano a una revista francesa de filosofía¹

Confessions of a Latin American Criminal Judge to a French Philosophy Journal

FERNANDO TOCORA*

La formación en filosofía que se recibe en nuestras facultades de derecho es muy elemental. El título que me otorgó la Universidad era la de un flamante Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, pero la verdad es que equivalía solo a una licenciatura. La universidad, la Santiago de Cali, era y sigue siendo una universidad popular, que históricamente propuso desde sus bases estudiantiles y de cierto sector del profesorado el cogobierno de la universidad al final de los años sesenta del siglo pasado. Eso fue todo un acontecimiento político; tenía pocos antecedentes, el principal de ellos en la universidad de Córdoba en Argentina. Ese carácter popular y democrático de la universidad permitió que tuviéramos algunas cátedras críticas del confesionalismo y el positivismo reinante en muchas otras universidades. Lamentablemente esto no duró mucho y la universidad cayó en mano de los partidos tradicionales y su clientelismo, y un poco después hasta en manos de los carteles del narcotráfico.

1 Artículo solicitado por la revista *Cahiers critiques de philosophie*, de la Université de Paris VIII.

* Juez y Magistrado penal de carrera en Colombia (América del sur). Al mismo tiempo ejerció la cátedra de derecho penal especial y criminología en facultades de derecho y es autor de una docena de libros en la misma materia, publicados por editoriales de España, Colombia, Argentina y México. Cursó 3 semestres del doctorado de Filosofía en la Universidad del Valle (Colombia).

Al comienzo tuvimos profesores de cierta reflexión humanista, en las cátedras de introducción al derecho, sociología, ciencias políticas, entre otras. En los pasillos de la universidad circulaba el “Manifiesto Comunista” como una especie de texto de iniciación en la rebeldía juvenil, tan propia de una generación que quería sacudirse de todos los autoritarismos, empezando por el familiar. Pero la primera influencia filosófica francesa en la facultad de derecho llega de la mano de Althusser y de su discípula chilena Marta Harnecker, formada en París, cuyo libro “Los conceptos elementales del materialismo histórico” fue prácticamente la cartilla para nuestra formación ideológica. Estas lecturas tangenciales de Althusser, Harnecker y Poulantzas, bastaron para crearnos una empatía con los movimientos de izquierda. En nuestro país teníamos la particularidad de tener el mayor número de movimientos guerrilleros en América Latina; unos que seguían las orientaciones de la Unión Soviética, otros a los maoístas y otros que se inspiraban en la revolución cubana. Además, se vivía con intensidad las luchas universitarias, especialmente en 1971, animadas por la idea de un liderazgo juvenil de la rebelión política y social.

Esta coyuntura les daba fuerza a los autores estructuralistas mencionados, entre las juventudes universitarias por su alineamiento con el marxismo, y específicamente con una cierta ruptura que denunciaba el dogmatismo en las lecturas precedentes de los clásicos marxistas. El partido comunista colombiano ya estaba siendo denunciado por seguir al partido matriz soviético, con sus políticas totalitarias. Sin embargo, la acogida del estructuralismo fue más bien fugaz. La intensidad de la represión de las dictaduras de derecha latinoamericanas no parecía permitir el lujo de las abstracciones y las divagaciones filosóficas en una región de inmensas disparidades sociales, que conllevaban graves niveles de miseria.

Los jóvenes pasábamos por una ola emancipatoria, con vientos que venían de la Europa del mayo francés del 68, o de la California de los hippies y de las “panteras negras” o de la experiencia traumática de los países del cono-sur que padecían la brutalidad de las dictaduras militares que estigmatizaron y masacraron a una generación de estudiantes jóvenes que impulsaban movimientos nacionalistas o comunistas en contra de gobiernos corruptos, elitistas y sometidos a los designios de los Estados Unidos. Pero también se vivía la influencia de la Primavera de Praga, que advertía sobre otro imperialismo en el este europeo, a lo que se sumaban rumores o noticias sobre la cruda represión en la misma Unión Soviética.

Egresado de la universidad me oriente hacia la judicatura, creyendo en el Estado de Derecho, la división de los poderes y entusiasmado por algunas sentencias de la Corte Suprema contra el Estatuto de Seguridad Nacional, nuestra versión nacional

de esa política hemisférica destinada a combatir los movimientos insurgentes. Particularmente la Corte Suprema de Justicia de Colombia se había pronunciado contra el Decreto de estado de sitio 070 de 1978, que concedía poderes invasivos al gobierno para reprimir a la oposición. Colombia era un país que se mantenía en Estado de Sitio, lo que significaba que de ser un estado de excepción o de emergencia, esa figura constitucional de excepción se había convertido en la normalidad institucional. Dicha ley comprendía una serie de conductas de expresión ('grafitis' contra el gobierno, caricaturas críticas, porte de navajas o elementos de trabajo, que pudieran ser utilizados como armas) encaminadas más bien a reprimir la protesta social, especialmente la protesta estudiantil, y daba a las fuerzas armadas poderes judiciales, lo que flagrantemente iba en contra de la constitución y la independencia del poder judicial.

En la judicatura, ejerciendo como juez penal municipal empiezo a percibir que la justicia estaba orientada a perseguir básicamente la delincuencia menor, la delincuencia callejera y a aquel tipo de 'desviados revolucionarios', configurándose como una justicia clasista, que no perseguía a la gente de estratos altos, sino solo a los de 'ruana'² (prenda típica de los campesinos). Me percataba que en los pocos casos que llegaban de personas de esa extracción social, el trato que le dispensaban los jueces era menos vertical y prejuicioso. Luego al ascender a un juzgado de circuito veo que la tendencia se acentúa. La justicia de este nivel estaba orientada hacia el cobro de cheques no pagados, girados al descubierto y de consumidores de drogas sicoactivas, y en todo caso, de delincuencia común de bajo nivel social. También algo de delincuencia política a través del Estatuto de seguridad nacional. Este régimen de seguridad nacional lo era en Colombia con fachada civilista, mientras en el cono sur se padecían las dictaduras de Pinochet, Videla (generales del ejército). Algo similar sucedía en países centroamericanos en los que se encontraban dentro de las víctimas de la represión grandes comunidades indígenas.

El contexto de la época nos empujaba a una posición de inconformidad, de protesta. La guerra del Vietnam nos llegaba todos los días a través de arrojados corresponsales de guerra, que mostraban el enfrentamiento de la mayor potencia militar del mundo contra un pequeño país, víctima de varios procesos violentos de colonialismo y protagonista de una heroica actitud de resistencia. También el mayo francés del 68 (a la sazón contábamos con 17 años), nos lo reportan diariamente los noticieros como un movimiento antiautoritario que reivindicaba la imaginación al poder, el cambio, la renovación; pero llegaban igualmente los vientos de la primavera

2 Así decía el aforismo popular: "La ley es para los de ruana", o sea, para los pobres.

de Praga, de los movimientos estudiantiles y académicos de Berkeley, y las noticias del dolor por los genocidios de las dictaduras del cono sur, masacrando a la inteligencia de toda una generación en Chile y en Argentina (los militares atentando contra el liderazgo de los estudiantes universitarios de sus países).

Entretanto nos llegaba un pensamiento que anunciaba una crítica al mundo disciplinario de ese autoritarismo que vivíamos, cuya finalidad era convertir a esos jóvenes en seres más “dóciles y útiles” para el sistema. Un pensamiento que ponía sobre la mesa la crítica a la escuela, la que acabábamos de dejar atrás con su regla pedagógica de oro de que “la letra con sangre entra”; Se trataba de una enseñanza impuesta a través de la memoria y bajo la amenaza del castigo. También en la universidad pervivía esta escuela adoctrinadora, pero ya se leía a pensadores como Paulo Freire y a otros críticos del ‘establishment’. En las facultades de derecho los penalistas no veíamos en la prisión más que la mascarada de la represión política. Esta idea que sería revisada más adelante por la “nueva criminología”, por su romanticismo, es importante porque muestra el espíritu institucional de crítica de la época.

Ese pensamiento empieza a llegar hacia 1976, en la prosa enérgica y seductora del filósofo francés Michel Foucault. Su obra insignia en los medios penales es Vigilar y castigar, empieza a mencionarse en los pasillos de los juzgados; esta novedad bibliográfica, llama la atención, porque trae un discurso diferente de lo penal. Hacia ese mismo año, por la misma editorial siglo XXI, se da a conocer en latinoamérica la traducción de la “Nueva Criminología” de Taylor, Walton y Young, criminólogos ingleses, de influencia marxista, que aportan otra mirada de la cuestión criminal.

Foucault atraía porque conectaba la justicia al poder. Contrario a lo que corría en los estrados judiciales, teorías iusnaturalistas o positivistas, que daban por sentado la sabiduría del legislador, la intangibilidad de la ley, teorías autoperformativas que consagraban un formalismo en los procedimientos, que imponían la exégesis como lectura de escrituras sagradas, que sometían a todo el cuerpo de jueces a pensar como pensaba la élite judicial, residenciada en las Cortes Supremas de Justicia, la justicia estaba desconectada del poder. Era una burocracia de jueces que imponía un poder normalizador, en que lo normal era una ley creada clasista y racistamente por legisladores proclives a la hegemonía de unas élites. El Estado de derecho logrado con la independencia, no produjo un Estado democrático y mucho menos igualitario. Produjo un Estado formal de Derecho en el que los criollos, descendientes de los españoles, se repartieron los países, tomaron el discurso de la Ilustración para legitimar el mismo orden injusto, en el que solo hubo un relevo de los españoles o portugueses (caso del Brasil), por los criollos que generalmente eran los blancos conquistadores y luego colonizadores.

El discurso de la Ilustración era ciertamente un discurso de las libertades, pero en la realidad, libertades para esa élite. Ni siquiera incluía a sus mujeres, consideradas como menores de edad, a la manera Kantiana; incapaces de gobernarse ellas mismas y en el campo del derecho, de representarse ellas mismas, debiendo seguir la representación de su marido, en una clara expresión de patriarcalismo que llega un poco más allá de la mitad del siglo XX. Foucault aparecía como un filósofo vinculado a la acción y en ese sentido entroncaba con Marx, que propuso el pensamiento para la transformación. Pero el filósofo de Poitiers no se queda en ese acartonamiento, sino que da juego a la imaginación, y en eso tiene un cordón umbilical con el mayo del 68, reivindica el placer y se postula iconoclasta. Es alguien que sintonizara con los jóvenes, que rechazan el autoritarismo patriarcal, el dogmatismo y la represión escolar, el sometimiento riguroso en el trabajo, la alienación que tratan de imponer desde las instituciones como la iglesia, el ejército, los internados, etc. A ello hay que sumar la irrupción de los medios masivos de comunicación y su propaganda permanente en favor de un pensamiento único y estereotipado, de una élite hegemónica que quiere mantener un ejército de trabajadores en condiciones de pobreza y alienación.

Por supuesto que Foucault es un filósofo de las libertades, pero él no se queda en el metarrelato sino que escudriña (arqueología) en las instituciones, descubre los micropoderes, rastrea las genealogías y llega al hallazgo de la biopolítica; todo ello es una revelación contra el dogmatismo predominante en las religiones, en la tradición familiar patriarcal, de los discursos disciplinarios en los sanatorios mentales, en las escuelas que imparten una enseñanza por vía de la memoria excluyendo la facultad de pensar y juzgar. En esas escuelas hay que repetir mecánicamente, como cuando se responde coralmente en la liturgia, o como cuando se repiten las consignas contra el adversario en el ejército, o como cuando se debe responder a los padres en casa. Es en ese panorama hostil y árido para el conocimiento, que Foucault invita a estudiar las prácticas de producción del discurso de verdad.

La empatía con Foucault desde nuestros nichos de criminólogos críticos y de contestatarios de un orden social injusto, viene de una cierta camaradería con ese “vago y maleante”, calificativos bien conocidos de los manuales de criminología positivista y que resaltó G. Bomio en su artículo “Homenaje a un vago y maleante”³. Estas denominaciones negativas y descalificadoras muestran la crítica de la criminología al poder penal reprimiendo gente desocupada que llama

3 G. Bomio, “Homenaje a un vago y maleante”, *ACTES de été* 86, ed. Association ACTES. Paris, (1986): 36 - 37.

“vagos y maleantes”; con ello se pone en evidencia la funcionalidad del derecho penal al servicio de una economía que en su momento de las leyes sobre conductas antisociales velaba porque todo el mundo se sumara a los procesos rampantes de industrialización-urbanización moderna.

En América Latina, se empieza a constituir un grupo de criminología crítica liderado por la criminóloga venezolana Lola Aniyar de Castro, que organiza reuniones anuales en diferentes ciudades latinoamericanas. A ellas personalmente me sumo y aunque su primera influencia viene de los sociólogos ingleses mencionados y luego de los italianos de la llamada escuela criminológica de Bologna, Baratta, Pavarini, Melossi, el filósofo francés se mantiene y logra atraer con su versatilidad profesional y temática, como las que muestran la ‘historia de la locura’ o la ‘historia de la sexualidad’, ‘las palabras y las cosas’ entre otras obras que llamaron la atención en diversas ciencias sociales, entre ellas la de algunos abogados penalistas que trabajábamos en la judicatura, la academia y en la investigación.

De hecho, mi primer libro de criminología publicado en 1990 revela la influencia de “Vigilar y Castigar”, cuando reproduzco parte importante de la sentencia de muerte del líder indígena Tupac Amarú, inspirado en la cita que Foucault hizo del caso de Damiens, refiriéndose al “cuerpo de los condenados”. Digo precisamente en mi texto: “He aquí como diría Foucault, un suplicio que no fue lo único ni tampoco lo general, pero que define un estilo penal determinado, y para Latinoamérica — agregamos nosotros— una realidad política colonial. Se trata de la ejecución del cacique Tupac Amaru quien encabezó una de las rebeliones más fuertes que los indígenas realizaron en el siglo XVIII, involucrando países como Bolivia, Perú y aún parte de Argentina...”⁴

En este libro, del que se publicaron capítulos en “Archive de Politique criminelle”⁵ y “Revue de Science Criminelle et de droit penal comparée”,⁶ la influencia de Foucault se deja sentir, por ejemplo, en el estudio de las normas penitenciarias. En el acápite “El pasado siempre es una clave del presente” en la que nos remontamos a la época precolombina —cinco siglos atrás—, como exploración genealógica, pasando por el proceso de colonización, en el cual se marca el etnocentrismo del colonizador, el

4 Fernando Tocora, *Política Criminal en América Latina* (Bogotá: Ed. Librería del Profesional, 1990), 55.

5 Fernando Tocora, “L’alternative militaire et l’idéologie de la Sécurité Nationale dans les dictatures de l’Amérique Latine”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º8, Ed. Pedone, Paris (1985).- “La Politique Criminelle en Amérique Latine”, *Archives de Politique criminelle*, n.º19, Ed. Pedone, 159

6 “Premier éléments d’une recherche comparée sur la politique criminelle en Amérique Latine”, *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparée*, Ed. Sirey, Paris, (1988).

desconocimiento de las culturas locales, y en medio de todo eso, el desconocimiento de que esas culturas no conocían las leyes del colonizador, porque muchas veces no sabían ni leer, ni habían en todo caso internalizado esos sistemas normativos, para poderles exigir responsabilidad y terminar enviándolos a las cárceles, fenómeno que aún acontece. De esta manera, en nuestro trabajo judicial, producimos sentencias criticando el principio de que *“La ignorancia de la ley no sirve de excusa”*, para decir que se contraponía al principio de culpabilidad que el derecho penal finisecular exigía para establecer la responsabilidad penal (art.10 del entonces código penal, hoy derogado).

La prisión como un modelo totalitario también se favoreció de la crítica al universo disciplinario de las sociedades modernas que Foucault resaltara en su obra; si bien, y una vez más en paralelo, las ideas del sociólogo Goffman, ya convergían desde la criminología en nuestra percepción de la prisión⁷, con relación a la cual y a través de la práctica judicial —particularmente de la alta tasa de reincidencia—, planteamos el carácter reproductor de la delincuencia que las prisiones ejercían en relación con el delito. Y a la vez una concepción del derecho como instrumento de dominación y de represión, concepto que ya tenía abrigo en las tesis de Althusser.

En cierta forma, Foucault para nosotros, constituyó un contrabalanceo, a la primera criminología de los ingleses (Taylor Walton y Young), de fuerte carga marxista, que terminaba idealizando el delincuente como rebelde. Dentro de la perspectiva sociológica y criminológica, la obra de Foucault tiene que ver con el estudio de la desviación o del acto desviado que incluye el definido y perseguido como delito. Su teoría de los ‘micropoderes’ revela una dinámica aplicable a la prisión, como institución que reproduce la justicia clasista y la criminalidad habitual de sectores marginales que viven del delito común. En autores como Foucault nuestro escepticismo con el derecho empieza a reducirse, pues abre cierta revaluación de los derechos. Su trabajo dentro del GIP⁸, indica que hay alternativas trabajando dentro de los subsistemas. Sus estudios al interior de las instituciones nos persuaden de que la crítica lleva dentro de sí los esbozos de las reformas. No se trata de elegir maniqueamente, entre capitalismo y comunismo. El filósofo de Poitiers toma prudente distancia de las realidades existentes al otro lado del muro y de cómo sus desarrollos reales no conducen a esa promesa igualitaria. En eso vemos ya una conexión con la crítica de los postmodernos.

7 “Instituciones Totales”.....

8 Groupe d’information sur les prisons, del cual Foucault fue uno de sus fundadores.

El derecho puede esgrimirse como bandera de los débiles. Las protestas yo no arengan únicamente por la revolución política; ahora claman por los derechos, de las mujeres, de los niños, de los presos, de los homosexuales, etc. Las voces por un derecho penal mínimo, de *ultima ratio*, puede encontrar allí otro sentido para esa rama del derecho; sentido no de legitimación, sino de limitación, una cierta reminiscencia Montesquiana de control, de freno, de contrapeso. El derecho penal ciertamente puede castigar legítimamente, pero también puede advertir contra el castigo ilegítimo, desproporcionado o “cruel e inhumano”. Contra los abusos de poder.

La aparición de la obra de Foucault en los medios criminológicos se dio cuando entre penalistas se hablaba con entusiasmo de políticas alternativas al castigo, alternativas al derecho penal mismo (abolicionismo nórdico). Allí anida “Vigilar y castigar”, con derecho propio. Pero no llega para estimular una diáspora de alternativas, sino para encontrar complementos a los castigos, si bien, mucho menos afflictivos (tratamiento de drogadictos, trabajos de interés comunitario —¿nuevo trabajo forzado?—). El hecho es que Foucault no fue un abolicionista y que la prisión supervivió, manteniendo cada vez más las condiciones de hacinamiento y violencia, y definitivamente de superpoblación. Hoy la prisión es además en buena parte, un cuartel general de donde salen proyectos, órdenes y comandos del delito. Este es su panorama finisecular y de final de milenio —el de la prisión—.

Pero Foucault nos habla más allá, desde sus tesis sobre el saber-poder, sobre la configuración de nuevos objetos de saber decididos desde el poder, bien para regular una economía o bien para fines de biopolítica. Le habla a las ciencias sociales, desde el tema de la verdad, desde los regímenes de verdad. Si bien, habíamos atendido en buena parte lo planteado por la criminología crítica, que a su vez había tenido como una de sus fuentes, el discurso crítico de la escuela de Frankfurt (Adorno, Horkheimer). Por último, Foucault repasó el tema de la legitimación del sistema; el temor a ser cooptados por el sistema, a ser reformistas. Remata planteando que en cualquier parte que esté el poder (micropoderes) se debe desarrollar una praxis crítica. La cárcel es un poder, un gran poder, un panóptico que lo ve todo desde el centro, y al que nosotros “dóciles y débiles” no podemos ver. Lamentablemente Foucault no vivió para ver ese panóptico extendido a toda la sociedad. Ese panóptico digital y cibernético que hoy identifica nuestros rostros, guarda nuestras huellas digitales, registra todos nuestros datos y está a punto de guardar nuestros ADN en grandes computadoras propiedad del “gran hermano”.

Estas reflexiones foucaultianas trascendieron en los medios académicos de las escuelas de filosofía, sociología, derecho, entre otras. Si bien es cierto trascendieron

a una minoría, porque la mayoría se adecua a los engranajes de poder, renunciando a su facultad de pensar, estas minorías lograron matizar sus discursos con sus tesis y hallazgos. Era una orientación en momentos de ruptura, de crisis, en medio de una postguerra de reconstrucción, de una “guerra fría”, en la que se sentía y se sigue sintiendo la necesidad de contener el poder, de dar mayor participación a la sociedad civil, de reformar las instituciones, para evitar una recaída en la destrucción.

En la búsqueda de una senda de aproximación y dentro de las marcadas limitaciones de tiempo y de formación extrajurídica en que se lleva a cabo el ejercicio de la judicatura, nos sentimos llamados por las premisas de la postmodernidad, como la pregunta y a la vez la respuesta de lo que vendría después del remezón ideológico ligado a la caída de la Unión Soviética y las “verdades” que caían con él, además del reordenamiento filosófico que debía derivarse de tan crucial acontecimiento, particularmente en la cuestión de nuestra legitimación en el tópico de la justicia. Otra vez, la filosofía francesa se nos ofrecía con una pequeña y un tanto ardua obra “La condición postmoderna” de Jean François Lyotard, quien nos hablaba de los grandes relatos de la modernidad, la dialéctica del espíritu, la emancipación del ciudadano, el disfrute pleno de libertades, la sociedad igualitaria, la sociedad en camino a la desaparición del Estado. Estas macro-promesas o promesas totales -nos atrevemos a llamarlas- de la modernidad, fueron señaladas por los postmodernos como metarrelatos, cuya caída daba fin a la modernidad abriendo una nueva época.

Y esa nueva época, conlleva un escepticismo, una ‘falta de fe’ con aquellos metarrelatos. Dudamos de la igualdad, percibimos que el igualitarismo comunista resulta en contraposición con el derecho a la diferencia, con el pluralismo; encontramos que las libertades son más una retórica que una realidad; que la libertad es de aquellos que puedan pagársela, así como en los estrados judiciales, la justicia generalmente es de quien puede pagarse un recursivo y pragmático abogado. Descreemos del pacto social o de su más reciente versión del consenso, porque precisamente vemos en nuestro trabajo judicial cómo la ley es ‘fabricada’ por grupos, gremios y hasta por mafias. Claro, ellos hablan del interés general para enmascarar los intereses de quienes pagan las campañas de sus legisladores. La justicia termina siendo una mercancía más en la lógica neoliberal.

Lyotard nos habla de la ciencia en conflicto con los relatos. Para nuestro caso, el saber jurídico -descontada la discusión sobre el carácter científico del derecho-, tema que fue uno de los centrales en nuestra facultad de derecho y que nosotros resolvemos como una ideología volviendo a Althusser. El conflicto lo entendemos como el debate entre el derecho y la justicia, como entre la hermenéutica jurídica

y los discursos políticos de justicia. En cuanto a estos últimos, el debate sobre lo que es la justicia; ¿"Dar a cada quien lo suyo"? ¿si la justicia como control social, como medio para lograr la convivencia, para realizar la libertad o la equidad, o para concretar la dignidad? Entre otras concepciones. La justicia y la verdad están referidas en todo caso a un gran relato.

Sostiene Lyotard que lo postmoderno es la incredulidad con respecto a los metarrelatos. Allí tiene lugar o no-lugar (distopía) la justicia. "Su legitimación, tanto en materia de justicia social como de verdad científica, sería optimizar las actuaciones del sistema, la eficacia" consigna expresamente este filósofo francés. Para nosotros significa la pretensión de una justicia mensurable y eficiente, que despache cibernéticamente los casos, que resuelva en el mejor de los casos pragmáticamente los conflictos (solving problems) o como lo dijimos en nuestro libro sobre la renuncia a la autonomía judicial, despachar en línea fordiana los casos, en un sistema de entradas y salidas, que debe sumar, acumular, marcar estadísticamente, sin importar la humanidad de las decisiones, la verdad de las investigaciones, la reducción del dolor, la restauración del derecho, la justicia de las sentencias, la paz de la convivencia.

La situación particular de desempeñarnos como jueces penales y al mismo tiempo académicos, multiplicación laboral propia de nuestro subdesarrollo, nos empujaba a la búsqueda de soluciones de recambio en nuestra práctica judicial. No se trataba solamente de teorizar, de hacer la crítica, sino de encontrar fórmulas (jurisprudencias, métodos de interpretación, subreglas, etc.) que nos dieran luces frente a los principios que abroquelaban clasistamente el sistema: *dura lex sed lex, la sabiduría del legislador, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, los jueces como "bouche de la loi", la descontextualización de la justicia (brecha entre norma y realidad), las discriminaciones (por ej.: el sexismo -penalización del adulterio solamente femenino, el uxoricidio, etc.-), el falso principio de la igualdad ante la ley, el desconocimiento del "estado de necesidad" en una justicia formal y burocrática, las aplicaciones de estereotipos a los victimarios y a las víctimas en la justicia penal* y tantos otros.

En ese camino, pudimos plantear que también la jurisprudencia podía tener desarrollos político-criminales, como los de elaborar jurisprudencias que excluyeran la represión penal por deudas, como lo prohibía la constitución política, pero que era desconocido en la práctica judicial, cuando se condenaba a prisión a personas que habían girado cheques en garantía de una obligación civil, o como cuando se llenaban las cárceles de consumidores de droga psicoactivas, o cuando se encerraba

en prisión a hombres que habían incumplido una promesa de matrimonio, promesa hecha para yacer con la novia, etc. Todo esto, no a partir de un decisionismo judicial sino a partir de hacer trascender el derecho de los códigos ordinarios al derecho de la Constitución Política y de las Convenciones Internacionales de los Derechos Humanos, así como del reconocimiento de la dignidad humana en todos los individuos y en todas las razas y pueblos de la especie humana.

Hasta aquí, se avanzó en la judicatura con la modesta dotación de algunas lecturas de filosofía. Será ya en la fecha del retiro que trataremos de adquirir unas bases filosóficas, a partir de las cuales podamos apuntalar mejor nuestros escritos de derecho. En ese momento abordaremos la escritura de nuestro libro “La renuncia a la autonomía judicial” (Ed. Bosch, Barcelona, 2019), en el cual tendremos una influencia francesa más con el profesor Jacques Poulain de la universidad Paris-Saint Denis, Paris. A este profesor lo encontraremos presencialmente en dicha universidad y en sus conferencias presenciales en la universidad del Valle (Colombia), además de tener acceso a sus obras. Pero también en esta universidad redescubriremos a Foucault en la colección de obras, producto de sus clases en el College de France, recuperadas buen tiempo después de su muerte, por la universidad y sus discípulos. En dicha obra se hallan textos tan pertinentes a nuestro quehacer y preocupación intelectual como “la sociedad punitiva” o “Instituciones penales”.

Las orientaciones para abordar a Poulain y algunas lecturas de Foucault en cuanto a esta segunda producción intelectual, publicada post-mortem, fueron adquiridas en el postgrado de filosofía de la universidad del Valle, que dirige e imparte el profesor William González, postdoctorado en la Universidad de Paris - Saint Denis, con la que Universidad del Valle, mantiene convenios de colaboración y un programa de postgrado en filosofía de doble titulación. En cuanto a este estudiante, autor de estas glosas, reconozco mi deuda con el pensamiento francés cuya vocación de justicia social me ha parecido más cercana.



RÍOS, JHON FREDY; MANCO, YEISON; ZULUAGA TABORDA, JOHN; KOESSL, NATASHA, “Lenguaje y derecho penal: entrevista con el profesor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser”, *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Lenguaje y derecho penal: entrevista con el profesor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser¹

Language and Criminal Law: An Interview with Professor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser

JHON FREDY RÍOS*
YEISON MANCO**
JOHN ZULUAGA TABORDA***
NATASHA KOESSL****

Le presentamos al lector una entrevista realizada al Profesor Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser en el marco del encuentro llamado “Desafíos actuales del Derecho Penal y la Política Criminal en Alemania y Latinoamérica”, a cargo de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales SIGLA-CP y del Profesor

1 Entrevista a cargo de Jhon Fredy Ríos y Yeison Manco, profesores de la Universidad de Antioquia. Traducción de Dr. Iur. John Zuluaga LL.M. y Natasha Koessl. Notas aclaratorias de Dr. Iur. John Zuluaga LL.M. y Yeison Manco.

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Estudiante de la maestría en derecho penal de la Universidad EAFIT. Docente de derecho penal de la Universidad de Antioquia. Contacto: Jhonf.rios@udea.edu.co

** Abogado, Magister en Derecho y Doctor en Filosofía de la Universidad de Antioquia, pasante de investigación en la Julius-Maximilians Universität Würzburg. Miembro de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Juez tercero penal municipal de Bello-Antioquia, Docente e Investigador. Contacto: ymancol@gmail.com

*** Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania). Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Colombia. Docente e Investigador. Contacto: zulutabjoe@hotmail.com

**** Estudiante de derecho en la Universidad Bayreuth (Alemania). Becaria de la Studienstiftung des deutschen Volkes. Ayudante alumna en la cathedra de derecho público III en la Universidad Bayreuth. Contacto: natasha.koessl@gmail.com

Dr. Dr. Eric Hilgendorf de la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg, Alemania, realizado entre el 22 y el 26 de julio de 2024.

En esta entrevista se puede apreciar la profundidad del pensamiento del profesor Kindhäuser y parte de los fundamentos filosóficos de su propuesta dogmática. Sin duda, el profesor Kindhäuser demuestra un gran entendimiento y dominio sobre la filosofía del lenguaje y la epistemología. Ello hasta un punto que nos permite cuestionar la canónica distinción entre la filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas. La claridad de sus respuestas nos señala que estamos frente a alguien que hace filosofía antes de hacer derecho penal; por tal motivo nos permitimos incluir, al lado de la pulcra traducción del profesor John Zuluaga y de Natasha Koessl, unas pequeñas notas aclaratorias sobre estos temas filosóficos que pueden ser de gran utilidad para el lector jurista.

Los interrogantes a los que responde el profesor Kindhäuser abordan básicamente tres temas, a saber: la relación entre los hechos y los conceptos del derecho penal, la distinción entre los enunciados descriptivos y las normas del derecho penal y, por último, como un efecto correlativo de las anteriores, la distinción entre las normas y sus contenidos de la imputación de la responsabilidad penal. En este sentido, el profesor Kindhäuser logra construir un argumento fuerte, filosóficamente hablando, en defensa de una teoría de la imputación que no se confunde ni con el hecho mismo ni con el juicio sobre la valía de un acto humano contenido en la norma.

Aunque breve, esta entrevista toca puntos fundamentales que permiten entender las razones que mueven al profesor Kindhäuser a asumir ciertas posturas. Esperamos entonces que sea del disfrute del lector.

Jhon Fredy Ríos: Hoy nos acompaña el profesor Urs Kindhäuser, quien es profesor de la Universidad de Bonn en título emérito y se doctoró en la Universidad de Friburgo. ¿Cómo está, profesor?

Prof. Dr. Urs Kindhäuser: Estoy muy bien. Tuvimos una conferencia muy agradable aquí en la Sociedad Germano-Latinoamericana.

Jhon Fredy Ríos: Profesor, es problemático aceptar que en el derecho penal existen hechos brutos, ¿pero cuál es su posición respecto a ello?

Prof. Dr. Urs Kindhäuser: Creo que los llamados *hechos brutos*, un tema que Elizabeth Anscombe introdujo en la filosofía analítica², es una de las bases para entender nuestros conceptos en derecho penal. Con base en los *hechos brutos* se forman todas las otras valoraciones. Sin embargo, los *hechos brutos* no deben considerarse como algo que sea, por así decirlo, el átomo del que procede todo lo demás, sino solo la base para la subsiguiente formación de conceptos. Así, si decimos que una manzana es sabrosa, esto significa que primero tenemos una base: una manzana, y luego unos hechos a los que nos referimos: la manzana debe ser jugosa, la manzana debe ser fresca, etcétera. Y entonces, sobre esta base, podemos decir de nuevo, por ejemplo, para el derecho: esta manzana pertenece a la categoría comercial 1. Entonces podemos de nuevo hacer afirmaciones sobre la categoría comercial 1; es decir, los *hechos brutos* proceden como base, como base fáctica siempre relativa a algo más complicado.

Jhon Fredy Ríos: Profesor Kindhäuser, si los elementos descriptivos del tipo no son usados solo para describir y los normativos no son usados solo para valorar, ¿estaría de acuerdo en hablar de una confluencia entre el describir, prescribir y valorar en el lenguaje usado por los tipos penales?

Prof. Dr. Urs Kindhäuser: La distinción entre predicados descriptivos, normativos, valorativos y otros similares, a los que uno puede seguir haciendo

2 Kindhäuser se refiere a los tipos de descripciones que usa el derecho; se trata de descripciones que contienen, aunque no de modo exclusivo, hechos brutos. En otras palabras, son hechos que son usados en un cierto contexto y no requieren de otros hechos para ser explicados (Gertrude Elizabeth Anscombe, "On Brute Facts", *Analysis* 18, n.º 3 (1958): 69-72). Además, estos hechos son veritativos, es decir, que se puede predicar su verdad o falsedad. Este tipo de hechos brutos se relaciona con el supuesto de hecho de la norma; su valía epistémica depende de su carácter veritativo, mientras que su valía sistemática depende de respetar la división entre "ser" y "deber ser", que se encuentra en la base del pensamiento analítico y del positivismo metodológico en el derecho. Por un lado, esta cuestión se torna problemática rápidamente porque lleva a plantear la existencia de verdades desnudas, como lo sostiene el realismo epistémico de Englebrechtsen (George Engel Bretzel, *Bare Facts and Naked Truths: a New Correspondence Theory of Truth* (Inglaterra: Ashgate Publishing Limited, 2006): 115-120); por otro lado, introduce la cuestión de pasar del hecho desnudo o bruto al hecho interpretado. Así, se hace necesario resolver el problema de cómo deben relacionarse los hechos con los valores en una disciplina como el derecho penal que está centrada en lo humano. También plantea los problemas destacados por el profesor Kindhäuser: la relación entre los hechos brutos y el esclarecimiento de los conceptos del derecho penal, y si esta relación debe incluir cuestiones mentales, epistémicas, del lenguaje o de valores, y cómo hacerlo. Kindhäuser opta claramente por mantener la división entre hechos y valores, así como entre normas e imputación, evitando involucrarse en discusiones de tipo mental al abordar los conceptos del derecho penal.

referencia, es inicialmente solo una distinción formal, pero es importante³. La distinción adquiere importancia cuando se trata de la cuestión de cómo se definen estos términos, sobre la base de cuáles reglas llegan a ser definidos. Y creo que aquí hay una diferencia muy importante, a saber, que hay regularidades para los términos «científicos», por ejemplo, que también tenemos en derecho penal, y términos «normativos» en el sentido más amplio, que siempre se definen con referencia a formas de comportamiento, por ejemplo imprudente, que es una conducta de una determinada manera, es decir, un predicado disposicional que se refiere a una forma de comportamiento, es decir, a una práctica humana⁴, y por eso creo que los términos normativos son importantes porque se refieren a prácticas humanas, mientras que los términos descriptivos se refieren a procesos naturales o científicos y en este sentido no presuponen ninguna práctica humana. Por supuesto, es muy fácil ver que incluso un concepto de muerte en el sentido del StGB no es algo científicamente predeterminado. Tenemos que decir si nos referimos a la muerte cardíaca, si nos referimos a la muerte cerebral, etc., por lo que siempre tenemos que encontrar más reglas para definir este término con mayor precisión.

3 Este tipo de distinción obedece a la tradición analítica en la filosofía del derecho y se encuentra ligada a la forma en que esta resuelve el problema del significado. Por otro lado, hay quienes reclaman otra vía de esclarecimiento del significado de los conceptos del derecho, una ineludiblemente ligada al ser humano, a sus prácticas, metas y creencias —Emma Topham, “Thick and Thin Concepts in Law” (tesis doctoral, University of Kent, 2016: 109 y ss)—. En este sentido, junto a los componentes descriptivos de los conceptos, están los valorativos; lo que hace que describan y, al mismo tiempo, prescriban. En términos de Williams, esto los convierte en conceptos densos —Bernard Williams, *Ethics and The Limits of Philosophy* (Routledge Classics, 2011): 156—.

Esta categoría, traída de la filosofía moral, se ha vuelto especialmente relevante para el derecho constitucional —entre otros autores: Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge: Harvard University Press, 2011): 181-182; Matthias Kumm, “The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History”, *German Law Journal* 6, n. ° 2 (2005); David Robertson, “Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions Are Irrelevant”, *Georgia Journal of International & Comparative Law* 277, n. ° 35 (2007); Jorgen Moller y Svend-Erik Skaaning, “Systematizing Thick and Thin Conceptions of the Rule of Law”, *Justice System Journal* 33, n. ° 2 (2012)— y, a nuestro modo de ver, puede adquirir mayor importancia con el avance del llamado Strafverfassungsrecht o Derecho Penal Constitucional.

No obstante, para Kindhäuser es importante mantener este tipo de distinciones en clave analítica y en aras de evitar, por ejemplo, el tipo de dificultades en las que, a su modo de ver, cae el finalismo cuando confunde las normas y la valoración con la imputación.

4 En este apartado se aprecia una clara referencia de Kindhauser al Wittgenstein de las *Investigaciones Filosóficas* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988). Lo que aquí se plantea es que el problema del significado depende ya de un contexto no lógico, sino humano. Allí se toma la práctica como un actuar humano común que termina siendo la base para la atribución de significatividad a los conceptos del derecho penal (1988: § 6, 206, 325, 326). Por tanto, la reflexión de Kindhäuser, aunque sí que les reconoce un papel importante al simbolismo y las relaciones lógicas del lenguaje, no se queda en esto.

Jhon Fredy Ríos: Profesor Kindhäuser, ¿usted qué define por dogmática? y ¿qué le parece que debe ser y hacer la dogmática?

Prof. Dr. Urs Kindhäuser: La función más importante de la dogmática, ya apreciada históricamente, es la explicación de los textos legales. De ahí viene la dogmática de la época de la Edad Media en Bolonia, cuando se formaron las escuelas de derecho para determinar los requisitos del derecho romano, al principio simplemente en términos gramaticales. De esto se han derivado luego instrucciones de comportamiento que se trasladaron jurídicamente a la vida cotidiana. Esa es la función inicial. La segunda es que esta interpretación de los textos jurídicos debe ser tal que se garantice la seguridad jurídica, es decir, debe ser tal que esté en armonía con el lenguaje cotidiano, pero que también pueda incorporarse sistemáticamente al orden jurídico y también que se adapte sistemáticamente a un contexto, lo cual es una base muy importante de la dogmática. Y tal vez la relevancia fundamental de la dogmática para todos estos aspectos sea descifrar la lógica subyacente en sentido amplio. Entonces, ¿cómo es este sistema, que llamamos sistema jurídico, que utilizamos para explicar las cosas a los estudiantes en la enseñanza académica, que utilizamos para interpretar la ley en los tribunales, ¿cómo puede remontarse a reglas fijas y lógicas que hay que respetar para no cometer un sinsentido? Porque el lenguaje, como decía Wittgenstein, está lleno de trampas⁵. Por ello, debemos asegurarnos de caer lo menos posible en las trampas que nos tiende el lenguaje a la hora de aplicar las leyes.

Jhon Fredy Ríos: Finalmente, profesor, ¿tiene una idea particular sobre el lenguaje del derecho penal o sobre conceptos como regla, principio, norma o significado?

Prof. Dr. Urs Kindhäuser: La referencia a Robert Brandom en el prólogo de este libro⁶ no debe tomarse al pie de la letra. Se refiere al planteamiento fundamental de Robert Brandom de dejar claro lo que hay implícito⁷, es decir, lo

5 Kindhäuser se refiere a los falsos problemas y malos entendidos de la filosofía que denuncia Wittgenstein. Estos se configuran cuando la filosofía trata de construir teorías y proceder al estilo de las ciencias exactas, sacando al lenguaje de su uso y su parte práctica (Wittgenstein, *Investigaciones Filosóficas*, § 38, 109, 599). En tal sentido, la tarea de la Filosofía al igual que la del Derecho penal es la de esclarecer y disolver estos malentendidos.

6 Se refiere al libro: Kindhäuser Urs, *Estudios sobre la parte general del Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022).

7 Se refiere al muy influyente texto de Robert Brandom, *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (Cambridge: Harvard University Press, 1994). Así mismo, en *Articulating*

normativo también en las reglas del lenguaje ordinario. Esto no es lo que me interesa en derecho penal, sino que lo que considero muy importante, y que está en el centro de la teoría jurídica analítica en derecho penal, es la distinción entre atribución, es decir, *reglas de la imputación* y *normas*, según la cual las reglas de la imputación presuponen el objeto de la imputación por el que se responsabiliza a alguien, es decir, lo que normativamente es legal o antijurídico. Esa es la tarea de las normas, dividir el mundo en lícito e ilícito, y el objeto cuya responsabilidad se atribuye entonces al individuo está mediado por las reglas de imputación. La imputación está en la cotidianidad, como dijo *Herbert Lionel Adolphus Hart*, la imputación ya está implícita en el lenguaje cotidiano. Se dice que uno hizo esto y aquello para afirmar que uno es responsable de aquello. Por supuesto, hubo un gran debate sobre esta cuestión fundamental en cuanto a si puede o no generalizarse de esta manera, pero en principio este es el punto de partida para nosotros en el derecho penal. El objeto de las normas es decir qué es lícito y qué es ilícito. El objeto de la imputación es la atribución de responsabilidad. Ambas son normas fundamentalmente distintas y los grandes errores que se han cometido en la dogmática jurídico-penal, por ejemplo, por los finalistas, es confundir lo que es la imputación y lo que es la norma. Siempre se confunde. La regla de imputación, por ejemplo, que nos dice qué es el dolo, no tiene nada que ver con la norma de qué es lo que está bien y qué es lo que está mal, sino con la responsabilidad personal por un hecho. Por lo tanto, la distinción entre la norma y las reglas de imputación es crucial para el derecho penal⁸. En cuanto a

Reasons. An Introduction to Inferentialism (Cambridge: Harvard University Press, 2001), 13, Brandom rebate la filosofía que califica de referencialismo o platonismo. Esta filosofía, que aunque se niegue mencionando a Wittgenstein y Austin, todavía influye en la tradición jurídica continental, plantea una forma de reconstruir el significado de los conceptos desde la base hacia arriba. Comienza por entender los significados de los conceptos asociados a términos singulares y generales, es decir, lo que nombran o representan. Luego, pasa a analizar los juicios que se construyen al relacionar esos términos. Y finalmente, se enfoca en las propiedades de las inferencias que conectan esos juicios. Según esto, el significado comienza con las palabras, luego pasa a las proposiciones y, finalmente, llega a la inferencia, que es lo más complejo. La inferencia tiene significado porque las proposiciones lo tienen, y las proposiciones lo tienen porque las palabras lo tienen. Las palabras tienen significado porque están relacionadas con las cosas de una manera representativa. Brandom cuestiona precisamente esa base representacional. Para resolverlo, propone la existencia de reglas semánticas cuyo origen es práctico (1994, 18-29), es decir, que surgen de los usos del lenguaje. Estas reglas están implícitas en las prácticas del lenguaje cotidiano y deben hacerse explícitas. A este proceso lo llama inferencialismo semántico. Mathis Klatt intentará aplicar esta metodología al derecho en su libro *Hacer el derecho explícito* (Marcial Pons, 2017: 347-356).

- 8 Joachim Vogel, en *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, (Berlín: Duncker & Humblot GmbH, 1993) presenta bien el asunto desde la teoría de las normas al demostrar que la comparación del comportamiento del autor con la norma tiene el objetivo pragmático de determinar si el comportamiento está prohibido, exigido, permitido o exento, mientras que la imputación no

las reglas de imputación, hay que diferenciar de nuevo entre el tipo de imputación de que se trate, por ejemplo, la imputación de capacidad de actuar, la imputación de capacidad de motivar y, como tercera regla, que es muy importante, también en derecho penal, pero que, como tal, solo adquiere relevancia ex post; se trata de la regla de valoración, es decir, en el momento ex ante hago algo bien o algo mal y se justifica la imputación de algo a través de las reglas de imputación. Ex post se ve lo que he hecho y entonces hay que preguntarse hasta qué punto está mal, hasta qué punto se me puede imputar por ello. Eso es algo completamente distinto, eso es la valoración ex post. Y estos niveles, el nivel ex ante, el nivel ex post, el nivel de la norma, el nivel de imputación, el nivel de valoración, todo esto debe expresarse muy explícitamente en el derecho penal, y diferenciarlo muy claramente. Y esto es lo que el autor del prólogo entiende por «brandomístico», es decir, explicitar, por así decirlo - ¿cuáles son las normas que hay detrás? Y en este sentido estoy completamente de acuerdo con los primeros trabajos de Elizabeth Anscombe o Georg Hendrik von Wright, creo que han hecho una contribución significativa a esta cuestión. Doy por sentado que hoy en día existen problemas de mayor alcance en semántica, que Robert Brandom resuelve de forma brillante, y que también debemos tener en cuenta su trabajo en la teoría de actos del habla, por ejemplo, en el uso de términos en la interpretación de leyes.

Jhon Fredy: Muchas gracias, profesor Kindhäuser. Adiós.

Prof. Dr. Urs. Kindhäuser: Gracias.

Referencias

- Anscombe, Gertrude Elizabeth. „On Brute Facts”. *Analysis* 18, n.º3 (1958): 69-72.
- Brandom Robert. *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- Brandom Robert. *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

califica el comportamiento, sino que lo atribuye a una persona, es decir, la responsabiliza por este (1993, 57). En este sentido, se distinguen lógicamente las normas de comportamiento o sanción de las normas o criterios de imputación o atribución. (1993, 63).

- Bretzel, George Engel. *Bare Facts and Naked Truths: a New Correspondence Theory of Truth*. Inglaterra: Ashgate Publishing Limited, 2006.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- Klatt, Mathias. *Hacer el derecho explícito*. Marcial Pons, 2017.
- Kumm, Matthias. "The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History". *German Law Journal* 6, n.º2 (2005).
- Moller, Jorgen y Skaaning, Svend-Erik. "Systematizing Thick and Thin Conceptions of the Rule of Law". *Justice System Journal* 33, n.º2 (2012).
- Robertson, David. "Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions Are Irrelevant". *Georgia Journal of International & Comparative Law* 277, n.º35 (2007).
- Topham, Emma, "Thick and Thin Concepts in Law". Tesis doctoral, University of Kent, 2016.
- Urs, Kindhäuser. *Estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Williams, Bernard. *Ethics and The Limits of Philosophy*. Routledge Classics, 2011.
- Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- Vogel, Joachim. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlín: Duncker & Humblot GmbH, 1993.



Guía para autores

La Revista **Nuevo Foro Penal** pretende publicar artículos inéditos, traducciones, ensayos, comentarios a jurisprudencia y reseñas bibliográficas, que preferentemente sean el resultado o el avance de investigaciones, dentro de su área de interés.

Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección que cuenta con varias etapas: una primera evaluación por parte del comité editorial de la revista que verificará que el texto cumpla con los requisitos formales y corresponda a sus temáticas de interés. Y una segunda evaluación por parte de dos pares evaluadores (doble ciego DBPR) que aprobarán con o sin modificaciones la publicación del artículo de acuerdo a la calidad científica, la estructura y fundamentación, así como al manejo de fuentes y el rigor conceptual del texto. Tendrán prelación los escritos que sean producto de procesos de investigación. De manera excepcional y en razón de su importancia, se aceptarán artículos publicados en el extranjero.

Para el primer número de cada año (a publicarse en el mes de junio) la revista recibirá textos hasta el mes de diciembre anterior. Para el segundo número (a publicarse en el mes de diciembre) la revista recibirá textos hasta el mes de junio anterior. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cierre de recepción, se informará a los autores del resultado de los procesos de evaluación. Los artículos seleccionados serán publicados en el siguiente número, a menos que la cantidad de textos supere las posibilidades de publicación de la revista, en cuyo caso se le informará al autor de la posibilidad de publicarlo en números posteriores con su aprobación.

Los documentos que se propongan para ser publicados en la revista **Nuevo Foro Penal**, deberán cumplir con los siguientes criterios:

- Se debe tratar de artículos inéditos en lengua castellana, frente a los cuales el autor se compromete a no presentarlos simultáneamente para su examen a otras revistas nacionales o extranjeras.
- No deben utilizarse las negrillas ni subrayados. Cuando quiera resaltarse algo, deben emplearse las cursivas, así como cuando se usen términos o expresiones extranjeras.
- La extensión de los artículos no debe ser superior a las 25.000 palabras.
- El texto debe contener un título, un resumen en español y, en lo posible, en inglés (abstract), de una extensión máxima de ciento cincuenta palabras (150). Igualmente, todo artículo debe contener las palabras clave que describan su contenido, así como un sumario del mismo.

- Debe indicarse a pie de página la información del autor que incluya la afiliación institucional y su dirección de correo electrónico.
- Se debe señalar el origen del texto: si es el resultado de una investigación, si ésta está inscrita en algún grupo de investigación o proyecto.

Las citas a pie de página deben presentarse conforme al sistema que se describe a continuación:

- Para los libros: se indicará el nombre y apellidos del autor, utilizando un punto para señalar a continuación el título del libro en cursivas. Luego, con el uso de un paréntesis, se indicará la ciudad. A continuación con el uso de dos puntos, se incluirán la editorial y el año de publicación, y se cerrará el paréntesis. A continuación, con el uso de una coma, se indicará el número de las páginas citadas. Cuando la obra ya haya sido citada, sólo se incluirá el apellido del autor, de la obra y el número de página. Si la obra citada es la inmediatamente anterior, se utilizará *Ibid.* Todo ello de acuerdo con los siguientes ejemplos:

Alfredo Molano. Penas y cadenas. (Bogotá: Planeta, 2004), 5.

Molano. Penas y *cadenas*, 5.

- Para los artículos de revista: se indicará el nombre y apellidos del autor, utilizando una coma para señalar a continuación el título del artículo entre comillas. Luego, con el uso de una coma, se indicará el nombre de la revista en cursiva, seguido del volumen, la indicación del número, el año entre paréntesis y, seguidas de dos puntos, las páginas. Cuando el artículo ya haya sido citado, sólo se incluirá el apellido del autor y de la obra, y el número de página. Si la obra citada es la inmediatamente anterior, se utilizará *Ibid.* Todo ello de acuerdo con los siguientes ejemplos:

Joachim Vogel, "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 11 (2003): 249-251.

Vogel, "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)", 250.

Cuando en la parte final del artículo se haga referencia a las obras citadas (bibliografía), la misma habrá de ser en orden alfabético, según el primer apellido del autor, conforme a las siguientes reglas:

- Para los libros: se indicarán los apellidos y nombre del autor, separados por una coma. Utilizando un punto, se señalará a continuación el título del libro en cursivas. Luego, con el uso de un punto, se indicará la ciudad. A continuación con el uso de dos puntos, se incluirán la editorial y el año de publicación. Todo ello de acuerdo con el siguiente ejemplo:

Molano, Alfredo. *Penas y cadenas*. Bogotá: Planeta, 2004.

- Para los artículos de revista: se indicarán los apellidos y el nombre del autor, separados por una coma. Utilizando un punto, se señalará a continuación el título del artículo entre comillas. Luego, con el uso de un punto, se indicará el nombre de la revista en cursiva, seguido del volumen, la indicación del número, el año entre paréntesis y, seguidas de dos puntos, las páginas. Todo ello de acuerdo con el siguiente ejemplo:

Vogel, Joachim. "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n.º11, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, (2003): 249-250.

Una vez recibido el texto, éste se somete a una preselección por parte del Comité Editorial en la que se determina su pertinencia temática para la revista. Una vez el trabajo es calificado como pertinente para la publicación, se inicia el proceso de evaluación académica, en el que se conserva el anonimato de evaluadores y autores. Este proceso determina la idoneidad académica del texto y la posibilidad de publicación, o la necesidad de solicitar modificaciones a los autores para nuevamente someter el trabajo a una nueva evaluación.

El artículo se deberá remitir a través de la plataforma (OJS) de la revista.

Las opiniones expresadas en los artículos que se publiquen, son responsabilidad exclusiva de los autores, quienes al acceder a la publicación ceden los derechos patrimoniales de autor y reiteran que se trata de un texto inédito. Cualquier cuestión contraria deberá ser expresamente manifestada al Director o a la Editora.

Esta revista se terminó de imprimir
en el mes de junio de 2025
Medellín, Colombia

