

DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

REVISTA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

# “LA DEFENSA”

Número 20, año 2022



**Defensoría  
del Pueblo**  
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Bogotá – Colombia





#NosUnenTusDerechos

# Revista de la Dirección Nacional de Defensoría Pública “La defensa” Número 20, año 2022

Defensoría del Pueblo

Carlos Camargo Assis  
**Defensor del pueblo**

Luis Andrés Fajardo Arturo  
**Vicedefensor del pueblo**

Altus Alejandro Baquero Rueda  
**Secretario General**

Julio Enrique Acosta Durán  
**Director Nacional de Defensoría Pública**

Ana María Bahamón Oliveros  
**Responsable del Grupo de Capacitación e Investigación**

**Editor**  
Carlos Arturo Gómez Pavajeau

**Fotografías**  
Banco de imágenes Defensoría del Pueblo

**Diseño y diagramación**  
Carolina Norato Anzola  
Diego Amaya

**Defensoría del Pueblo de Colombia**  
Calle 55 N° 10-32  
Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.  
Código Postal: 110231  
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)

# Índice

Presentación <b>04</b>	Prólogo <b>06</b>	Principio de demostrabilidad y derecho penal <b>09</b>
Sistema penal colombiano: entre la presión mediática y el punitivismo <b>41</b>	La omisión legislativa en los términos procesales de la acusación <b>64</b>	Aplicabilidad del tipo penal de feminicidio por identidad de género en casos de muertes de mujeres trans, a partir de la postura de los jueces penales del circuito de la ciudad de Barranquilla <b>80</b>
Violación al derecho de defensa: única causal de nulidad no convalidable <b>99</b>	Críticas a las restricciones impuestas a la solicitud de preclusión <b>113</b>	Análisis jurídico del término de legalización de capturas en Colombia <b>131</b>
Delito de reclutamiento ilícito <b>150</b>	El hurto por medios informáticos en el derecho penal colombiano. Aspectos dogmáticos y prácticos en su aplicación <b>172</b>	La verdad material y los hechos jurídicamente relevantes (HJR), como elementos fundamentales del sistema penal acusatorio <b>188</b>

# Presentación

**Carlos Ernesto Camargo Assis**  
Defensor del Pueblo

Después de varios años se vuelve a publicar la revista de la defensoría pública *La Defensa*, herramienta oficial que sirve para la construcción de la misión, la función y la estructura del pensamiento de la Dirección Nacional de Defensoría Pública. A través de esta se busca incentivar a los servidores de la entidad, a los defensores públicos y a los invitados especiales a presentar su opinión calificada y experimentada sobre temas orientados a la defensa, haciendo énfasis en los siguientes asuntos: *i)* parte general

del derecho; *ii)* parte especial del derecho penal; *iii)* procedimiento penal; *iv)* derecho probatorio, y *v)* derecho penitenciario y carcelario.

**Hacia el futuro** los temas deben orientarse a la defensa, por lo que el contenido no solo debe ser teórico —que es el demandado para toda investigación jurídica—, sino también práctico, de tal manera que sirvan a la praxis de la defensa pública en los eventos reconocidos por la experiencia o en aquellos que con mirada prospectiva se visualicen

hacia el futuro por el curso de la dinámica del pensamiento jurídico.

Por ello, es aconsejable que el tema escogido y su contenido se canalicen con un mínimo a tratar, lo que deberá exponerse claramente para mostrar la relevancia del tema en los fines de la defensa pública. Así que, idealmente, cada artículo deberá ocuparse de señalar lo siguiente:

- Introducción
- Identificación de la problemática y regulación normativa
- Tratamiento en la praxis, la jurisprudencia o en el derecho viviente en general por parte de los fiscales y jueces
- Dificultades que se generan para la defensa y la incidencia negativa en los derechos convencionales, constitucionales y legales de los procesados
- Controversia y contradicción del pensamiento imperante en las decisiones judiciales
- Propuestas de solución jurídica: reinterpretación, nueva interpretación o necesidad de reforma jurídica
- Conclusiones

Dichos puntos son un contenido mínimo, aunque este puede ser ampliado a otros tópicos según la complejidad del tema o las necesidades expositivas del autor o de los autores.

Es necesario, asimismo, que en próximas publicaciones los colaboradores de la revista tengan en cuenta estos derroteros en la construcción de sus escritos, pues así se asegura una disciplina al escribir

y una homogeneidad de los textos. A través de esta metodología se espera que se cumpla con los fines institucionales del órgano de difusión, así como con la construcción de la memoria académica del cuerpo de defensores públicos, de los servidores de la entidad y de los invitados especiales.

No se busca con ello coartar la libertad de expresión y opinión, todo lo contrario, el espíritu de la revista la patrocina y la integra como parte de su esencia; no obstante, es claro que el ejercicio de la academia en el presente evento está sujeto a una misión institucional y está puesto al servicio de la defensa pública, que es de interés general.

Se pretende, de alguna manera, aprovechar el conocimiento especial y profesional de los colaboradores puestos al servicio de toda la familia defensorial, para que su ministerio tenga la mayor relevancia y esté impregnado de la mayor información, difusión y creatividad con miras a una estrategia de litigio compatible con los derechos humanos.

Con respecto a las otras especialidades que maneja la defensoría pública, podrán hacerse las adaptaciones pertinentes sin perder el sentido de una propuesta teórico-práctica a los casos identificados como problemáticos.

Finalmente, son bienvenidos los aportes para este propósito, así como nuestra voz institucional autorizada, todos juntos en busca de un objetivo común: **la defensa y materialización de los derechos humanos constitucionales y convencionales.**

# Prólogo

**Julio Enrique Acosta Durán**

Director Nacional de Defensoría Pública  
Defensoría del Pueblo

La organización más grande del cuerpo de litigantes en Colombia es la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Está compuesta por casi cinco mil abogados, vinculados a la institución mediante contratos de prestación de servicios, lo que indica su plena independencia intelectual y profesional, sin perjuicio de las directrices generales que la práctica defensorial vaya aconsejando.

Por otro lado, todo abogado en Colombia cumple una función social, lo que lo ubica en un estatus especial de naturaleza profesional, según el cual tiene pertenencia a un gremio de naturaleza liberal y se debe solidaridad mutua con los profesionales que integran el cuerpo de defensores públicos, tal como se desprende de los artículos 1 y 26 de la Carta Política, en armonía con su artículo 95, que impone el deber de dignificar la nacionalidad

colombiana y advierte que “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”, dentro de las cuales se encuentra el de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, tal como lo expresa su numeral 7.

Lo dispuesto en los artículos 1 y 95 tiene vigencia para todos los residentes en Colombia, pero cuando se trata de los profesionales del derecho tales vínculos de solidaridad con los colegas y el resto de los ciudadanos son mucho más fuertes, debido a las relaciones especiales de sujeción que los une con el Estado como se deriva del artículo 26. En esta normatividad se ha dispuesto la vigilancia de su ejercicio profesional a una entidad estatal como lo es la Jurisdicción Disciplinaria, antes encarnada en el Consejo Superior de la Judicatura, Sala jurisdiccional Disciplinaria y sus seccionales (artículo 256, numeral 3.º, de la Constitución original), y hoy por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Existe la posibilidad, si así lo dispone la ley, que pueda diferirse su competencia particular al Colegio Profesional de Abogados o al Tribunal de Ética Profesional (Acto Legislativo N.º 2 de 2015).

Lo anterior significa, como se ha aceptado en múltiples instrumentos internacionales, que la abogacía es una profesión de significativa importancia en las sociedades modernas, lo que enfatiza una norma de Derecho Público Internacional del orden del *soft law*, *Principios Básicos sobre la función de los abogados*, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 7 de septiembre de 1990.

El mencionado instrumento surge como expresión de los derechos humanos relacionados con el sistema de justicia, muy especialmente el penal. Su finalidad es desarrollar y crear las condiciones necesarias para la garantía y materialización de los derechos de quienes se encuentren investigados o relacionados en procesos de índole judicial o administrativo, que requieran que sus derechos consignados en las fórmulas del debido proceso legal y del derecho de defensa sean asegurados en tanto demandan la asistencia jurídica de un letrado.

Es un deber de los Gobiernos y gremios profesionales proporcionar a los abogados la “debida preparación y formación”, en cuanto los abogados son “agentes fundamentales de la administración de justicia” (principios N.º 9 y 12) y les corresponde “proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en el derecho nacional e internacional” (principio N.º 14).

La defensoría pública, como ente oficial que desarrolla lo preceptuado en el artículo 282, numeral 4.º, de la Carta Política, tiene que cumplir con los compromisos internacionales adquiridos; así mismo, los defensores públicos, como abogados que son, tienen, además de los deberes constitucionales ya anotados, otros de rango legal que derivan de aquellos constitucionales y convencionales. En este orden de ideas, dichos profesionales tienen la “función social [...] de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia” (artículo 1 del *Decreto 196 de 1971*). Lo anterior presupone sapiencia,

entrenamiento y competencia en el cumplimiento de sus deberes, lo que es suministrado, en parte, por la institucionalidad a través de los planes de capacitación y de publicaciones de reconocidos juristas nacionales e internacionales.

De igual manera, esto se consigue mediante una participación dinámica y creativa en las memorias de la praxis defensorial, las que, entre otras, se construyen con los aportes y escritos que se hacen del tema y que son publicados periódicamente, tal como se pretende con nuestra revista defensorial. Esta nueva versión, después de varios años de receso, tiene una plataforma eficaz y eficiente para divulgar el pensamiento corporativo, proponer estrategias, buscar soluciones y potenciar la defensa y el patrocinio de quienes se encuentran en debilidad física y psicológica por encontrarse privados de la libertad o *ad portas* de poder perderla. Este propósito se enmarca en el cumplimiento del deber profesional de “defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares”, como misión principal de la abogacía [*Ibidem*, artículo 2].

**Este es un llamado fraternal a cumplir con devoción nuestro compromiso y nuestros deberes.**

Es en este punto en el que se incardinan deberes ineludibles del abogado, que reclaman su preparación y entrenamiento día a día, muy especialmente, cuando la inmensa mayoría de nuestra función y magisterio misional se reclama desde el ámbito penal. Así lo expresó Eduardo J. Couture en la compilación de sus diez mandamientos: i) “*Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado*”; ii) “*Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando*”, y iii) “*Trabaja. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia*”. Estos tres primeros mandamientos de los diez inteligentes recopilados por el gran maestro uruguayo son suficientes para mostrar y enseñar que quienes nos comprometemos con la defensa pública asumimos un verdadero “apostolado”.

Este es un llamado fraternal a cumplir con devoción nuestro compromiso y nuestros deberes. Couture lo ha dicho todo, ello es el sustantivo, lo demás se supera por su importancia; hagamos de todo lo dicho la **regla de oro** de nuestro comportamiento para con quienes requieren una especial protección del Estado, según el artículo 13 constitucional,



# Principio de demostrabilidad y derecho penal

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

## Resumen

La aceptación del principio de culpabilidad en derecho penal es una conquista liberal irreversible. No obstante, entre su entendimiento y comprensión teórica y la práctica judicial existen divergencias que no permiten asegurar su plena vigencia, dado que, en no pocas ocasiones, existen dificultades para asegurar una “dogmática practicable” y en otras, que son mayoritarias, prejuicios muy arraigados en los operadores jurídicos que se constituyen en típicos sesgos cognitivos judiciales y no permiten materializar la presunción de inocencia; por lo tanto, debe volverse a una lectura de las fuentes materiales modernas, lo que demanda la recuperación y puesta en práctica cabal del “principio de demostrabilidad”.

**Palabras claves:** Principio de culpabilidad, principio de demostrabilidad, neuroantropología filosófica, derecho penal constitucional y convencional, consciencia técnico-práctica, consciencia ético-práctica, sesgos cognitivos.

## Abstrac

The acceptance of the principle of guilt in criminal law is an irreversible liberal achievement. However, between their understanding and theoretical understanding and judicial practice there are differences that do not allow to ensure its full validity, since on many occasions there are difficulties to achieve a “practicable dogmatic” and in others, which are majority, there are deeply rooted prejudices in legal operators, which constitute typical judicial cognitive inclination, this does not allow to materialize the presumption of innocence; therefore, so a reading must be returned of modern material sources, which requires the recovery and full implementation of the “principle of demonstrability”.

**Keywords:** Principle of Guilt, Principle of Demonstrability, Philosophical Neuroanthropology, Constitutional and Conventional Criminal Law, Technical-Practical Consciousness, Ethical-Practical Consciousness, Cognitive Biases.

## Introducción

La dogmática penal se debate en la actualidad en una dilemática que oscila entre su funcionalidad teórica y su concreción práctica, toda vez que sus desarrollos científicos han sido verdaderamente significativos, llevados a veces a una refinación extrema que hace pensar en un ejercicio del arte por el arte, pero que en la praxis de la vida real, en no pocas ocasiones, se ve lejana y divorciada de la realidad.

La respuesta más inmediata que siempre se tuvo a la mano para solventar este problema fue recurrir a las presunciones, forma de razonamiento a través de la cual se parte de la afirmación, en el ámbito de la definición legal, de que a ciertos presupuestos

les corresponde un determinado tratamiento. Este último le ofrecerá, en la mayoría de las ocasiones, la posibilidad de ser controvertida –*presunciones iuris tamtum o legales*– y en otras, la impecabilidad del razonamiento, así como su contraste con la norma, que conduce a dar por supuesto que realidad y norma se corresponden sin posibilidad alguna de controversia –*presunciones iuris et de iure o de derecho*–; por tanto, en gran medida, la realidad termina siendo construida a fuerza de lo que dispone la ley.

Teorías modernas con un fuerte componente sociológico anclado en la habilidad humana para construir narrativas han dado origen a lo que

comúnmente se conoce como *posverdad*<sup>1</sup>, donde dada una narrativa, que a fuerza de repetición se impone, termina siendo asimilada como si existiese una correspondencia entre lo realmente sucedido y aquello que se estima dado. Lo anterior no deja de ser perverso y sujeto al mayor grado de manipulación posible por parte de las instancias con poder de definición histórica –*no en vano se dice que la historia la escriben los vencedores*–, que dan al traste con el famoso apotegma según el cual los grupos humanos deben conocer la historia para no encontrarse condenados a repetirla.

Los sesgos cognitivos campean en los juicios humanos y por supuesto, ineludiblemente, en los juicios judiciales<sup>2</sup>. También se habla constantemente, y sin que falte alguien con autoridad que así lo plantee, de conceptos que vienen impuestos por su carácter valorativo y bajo criterios puramente técnico-jurídicos que solo atienden a una forma de eficientismo penal. De cierta manera es aquí donde se manipula el engranaje entre lo real y la forma en que el intérprete del derecho debe concebir las cosas, como parece suceder con el funcionalismo radical sistémico, que busca de primera mano facilitar

<sup>1</sup> Para un estudio serio y juicioso de los problemas que estas teorías originan en la búsqueda racional y objetiva de la verdad, propiciando en cierta forma los llamados sesgos cognitivos o ilusiones cognitivas, deberíamos atender las muy ponderadas y profundas advertencias que nos hace el más importante psicólogo cognitivo y experimental de actualidad, como lo ha venido siendo estudiado y presentado por STEVEN PINKER. Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla, Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021, pp. 13, 52 y ss, 61 y ss.

<sup>2</sup> Para el efecto una incursión en el tema en CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU & JUAN DAVID BAZZANI MONTOYA. Una justificación de la estructura del sistema penal acusatorio desde una perspectiva neurocientífica y la toma de decisiones en Debates Fundamentales sobre Derecho Disciplinario, Tomo II. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU & JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2020.

la demostración de los presupuestos de acción de las normas para conseguir sin mayor esfuerzo las sanciones jurídicas –*negativas o positivas*– que de la infracción a estas se derivan. Esto ocurre, por ejemplo, con el concepto de lo contrario a derecho en un marco de defraudaciones de expectativas normativas que *per se* anudan, sin más ni más, con cuestionamientos a la validez del sistema normativo.

Paralelo a ello se habla de un derecho penal de variable velocidad: una normal, podría decirse, se corresponde con el entendimiento del viejo y tradicional derecho penal liberal y otra más ágil, diría mucho más maleable y altamente flexible, que se corresponde con lo que ahora eufemísticamente y de manera técnico jurídica, desprovista de cuestionamientos valorativos y político criminales, se quiere llamar derecho penal del enemigo. Esto ha levantado una polvareda que no se explica sino por los rodeos que se le dan al tema para evadir su inadmisibilidad, por ser inconsistente e incompatible con los principios del Estado Constitucional de Derecho.

Esta postura asume como suyas las tendencias a la *posverdad*, la reutilización de la técnica legislativa de las presunciones –muy especialmente la consideradas *iure et de iure*–, el eficientismo jurídico y la sobreutilización de conceptos técnico-jurídicos desprovistos de valoraciones constitucionales y convencionales sobre derechos humanos –*es ya famosa la afirmación de Jakobs según la cual, los derechos humanos no producen sentido*–, muy seguramente mal entendiendo el poder de configuración de una realidad social inherente al Estado social de derecho, con la aplicación aséptica

de lo jurídico en una era de desbocada tecnocracia y pérdida paulatina de los valores humanísticos y humanos que promueven dichos modelos estatales<sup>3</sup>.

El ideal de dichas conceptualizaciones está a la mano a partir de la consideración en conjunto de algunos conceptos culturales jurídicos, como resulta ser el funcionalismo sistémico –especialmente de orientación alemana, con *Jakobs a la cabeza*– y el pragmatismo norteamericano con la importación sin sujeción al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del sistema acusatorio, que deviene en una atribución colonial de nuevo cuño impuesta a Colombia por los Estados Unidos de Norteamérica en los albores y despunte del siglo XXI, con tal de recibir aprobación al “*Plan Colombia*”, programa de financiamiento al Estado en una época de debilidad oficial manifiesta, que propició la adopción de repetición acrílica de teorías y posiciones genuflexas que, como dice cierto comercial educativo-preventivo sobre conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez, resulta más peligroso y volátil que mezclar gasolina con alcohol.

En cierta forma, ello ha permeado la consciencia jurídica de fiscales y jueces, impulsados además por la fama que proporcionan los medios de comunicación y tiñen el horizonte y futuro de las carreras profesionales, trastocando la

<sup>3</sup> Muy crítico con los pensadores postmodernos, por cuanto al igual que Hegel y su idealismo “entienden o sobreentienden la realidad como una función del discurso, y no al revés”, lo que cabría aplicar a los neohegelianos como *Jakobs* y sus seguidores, cfr. MIGUEL CANDEL en el Prólogo al libro de JOHN R. SEARLE. *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, MIGUEL CANDEL [Trad.], Barcelona, Paidós Ibérica, 2004, pp. 9 y ss.

magnanimidad de la justicia y su necesaria e improrrogable transparencia –*valga de ejemplo de estas perversidades, lo que tiene que ver con el juez brasileño Aldo Moro respecto de su actuación en los procesos anulados que siguió contra el expresidente Lula Da Silva*–, como también las calificaciones de la actividad laboral a partir de aquello que le dé renombre amarillista a las instituciones, cuya meta y fin en sí mismo es el rating periodístico, basado en las aspiraciones políticas de todos los personajes que llegan a las “*ÍAS*” y ya. Por ese simple hecho, previamente o a los pocos meses, se creen presidenciables, a lo cual se anudan por doquier los falsos positivos de la justicia –*para los que dudan de ello, basta recordar el oscuro proceso que llevó la Corte Suprema de Justicia en contra de la presidenta del Senado, Nancy Patricia Gutiérrez*<sup>4</sup>– no menos vergonzantes que los atribuidos al Ejército Nacional en una época aciaga de la historia de los derechos humanos en Colombia.

<sup>4</sup> Increíblemente se violó de manera flagrante el principio de demostrabilidad por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, al jugar con suposiciones en contra del procesado, lo que ya era claro desde antes de la calificación del sumario y aun así se sigue afirmando en contra de la presunción de inocencia en la sentencia de junio 13 de 2012 [radicado N.º 35.331]: “*En efecto, aun con la incertidumbre de la misma por supuesto le resta credibilidad a su dicho, hizo alusión a época anterior a la plenaria del 25 de marzo, pero a la vez el análisis link habla de diálogo telefónico de ella con Nancy Patricia Gutiérrez para el 31 de ese mes, lo cual indicaría que fue en tal fecha que se realizó la mencionada entrega, aunque ese examen únicamente se refiere a ciertos abonados y es factible que se hubieran utilizado e inclusive una vía diferente para concertar la cita, dado que Martha Leal era una persona con conocimientos en materia de inteligencia en virtud del cargo que desempeñaba y no iría a ser tan ingenua de insinuar una prueba, como el mencionado estudio, de la cual pudiera surgir un compromiso para ello o terceras personas*”. Estas afirmaciones se constituyen en una verdadera vergüenza para la justicia, pues no se juzga con base en lo demostrado, sino en suposiciones de lo que hubiese sucedido, mismas que parten motu proprio de la Corte y no de la testigo de cargos [Ver Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera–Subsección B, sentencia de marzo 7 de 2018, M. P.: Henry Aldemar Barreto Mogollón, radicación N.º 25–000– 23–36–000–2014–01446–00].

Un ejemplo paradigmático de lo anterior es la demostrable teoría de las cargas dinámicas de la prueba construida por la jurisprudencia penal colombiana, suerte de perversidad procesal del sistema probatorio fundada, sin duda alguna, en crecientes aspiraciones de eficientismo penal [Urbano Martínez, 2021, pp. 480 y ss.].

Papel equilibrador de una justicia en los términos que enarbola el Preámbulo constitucional respecto de estas odiosas y oprobiosas situaciones, lo debe cumplir la Defensoría Pública a través de la Dirección Nacional de la Defensoría Pública, que cumple un papel constitucional indiscutible en el ámbito de la defensa y materialización de los derechos humanos [artículo 282 de la Carta Política]. Para ello, no solo debemos estar advertidos, sino conscientes actual y realmente de lo que sucede y lo que pueda estar o encontrarse enmascarado en situaciones que puedan parecer neutras o como mínimo banales, pero que con el tiempo deterioran la consciencia jurídica de los llamados a administrar justicia en términos materiales, convirtiéndola en mera formalidad con el uso de frases de cajón y moldes de sastrería, que recuerdan la famosa tragedia griega del “lecho de Procusto”.

Los jueces del nacionalsocialismo alemán comenzaron tolerando pequeñas violaciones a los derechos humanos que luego fueron escalando en una espiral incontenible, pues con el tiempo resultaron más reaccionarios que los políticos nazis que ejercían el poder –*recuerden “Los jueces del horror”, de Ingo Müller*–, todo lo cual acuñó Hanna Arendt con la expresión “*la banalidad del mal*”. Lo anterior, a fuerza de dejar hacer y dejar pasar por

las autoridades encargadas de hacer justicia, como sucede con las excepciones a la prueba ilegítima constitucional del inciso final del artículo 29 de la Carta Política, que ya no resultan ser excepciones sino la generalidad, creó tolerancia emocional y valorativa que hoy son males perceptibles y constatables por la neurociencia, de manera que en la práctica cada vez menos se percibe el carácter cuantitativo y cualitativo de lo ilícito, hasta llegar a considerar normal lo que verdaderamente es anormal.

## Planteamiento del problema

El Estado Constitucional de Derecho, democrático y social resulta refractario a la posverdad, a las presunciones de derecho y a las eufemísticamente nombradas diferentes velocidades del derecho penal, que enmascaran con tecnicismos jurídicos una pretendida neutralidad del orden jurídico, cuando lo único ciertamente real y jurídico es la materialización y realización de los derechos humanos como se extrae de manera diamantina de los artículos 1, 2, 4 y 93 de la Carta Política y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El orden social justo de que habla el Preámbulo constitucional y el valor fundamental y central de la justicia material, como lo tiene dicho la jurisprudencia reiterada, sólida, coherente y vinculante de la Corte Constitucional, repudia encorsetamientos en teorías cuya función es otorgar visos de realidad o apariencia de materialidad a ciertos institutos que se

revelan contrarios a un derecho penal constitucional y convencional, tal como lo viene pregonando en Colombia desde la primera mitad de los años ochenta del siglo XX la jurisprudencia constitucional de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y como lo sostiene la Corte Constitucional desde un principio y por principio a partir de su existencia y funcionamiento.

La Constitución Política de 1886 se refería al principio de culpabilidad en su artículo 26, y en la Sentencia N.º 84 de 1983 –Proceso N.º 1078–, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando ejercía el “control de constitucionalidad” en nuestro ordenamiento jurídico, señaló que existía un *principio de legalidad punitiva* que resultaba propio del “constitucionalismo y pilar esencial de su doctrina”. Entre algunos de sus componentes se encontraban la preexistencia de la ley, su jerarquía constitucional o legal autorizada por la primera, su preexistencia al hecho punible, vigente en el momento de su ocurrencia, con redacción expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa, con prohibición de la analogía peyorativa y sí favorable al reo<sup>5</sup>. También precisó que “toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva, como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución”.

La figura de los principios del derecho penal, enarbolados como *textos abiertos* en clave de

principios, valores y derechos fundamentales, resultaba obvio para el magistrado Manuel Gaona Cruz, que regresaba de doctorarse en Francia y traía muy claro este concepto, así como su disposición intelectual para las interpretaciones *pro homine* en cuanto facilitan la libertad y el ejercicio de los derechos constitucionales y convencionales<sup>6</sup>, del mismo modo en que se ofrecía desde mucho antes en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Citando la sentencia de la misma corporación de junio 5 de 1975, la sentencia N.º 51 del 14 de abril de 1983 (Proceso 1062 -152 E), de la cual fue co-ponente con Carlos Medellín Forero, se afirmó, sin ambages, que “el régimen jurídico punitivo comprende diversas disciplinas o especies, a saber: el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político punible (impeachment), y el derecho disciplinario o correctivo de la función pública”. Dice, de manera clara, que con el derecho penal lo que se “tutela y busca preservar de manera esencial es un bien jurídico de naturaleza social, cuya transgresión determina un peligro o un daño para la comunidad”.

Hace parte, además de dichos principios, lo que llamó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el “*principio de demostrabilidad*”, ya elucidado en la Sentencia N.º 5 del 10 de febrero

5 Gaceta Judicial N.º 2413, Jurisprudencia Constitucional Segunda Parte, Bogotá, Imprenta Nacional, 1989, pp. 532 y ss. Cfr. Para esta y las sentencias que se citarán en adelante de la Corte Suprema de Justicia ver a Manuel Gaona Cruz, 1988, pp. 219 a 237.

6 Para el aporte al derecho constitucional de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, ver la aclaración de voto a la Sentencia del 1 de septiembre de 1983, proceso 1075, en Gaona Cruz, ob. cit., pp. 145 a 147.

de 1983<sup>7</sup> y refrendado en la Sentencia N.º 17 del 7 de marzo de 1985 –ambas con ponencia de Gaona Cruz–, derivado de la “civilización ecuménica de los pueblos, lo que proscribe e invalida todo tipo de punible, cualquiera que sea su especie, de responsabilidad escueta y *ex-post-facto*”, por lo que “un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad”. Todo lo anterior asegura que la dogmática disciplinaria no solo debe ser teóricamente correcta, sino que debe dar un paso hacia adelante, en su praxis, para convertirse en dogmática practicable.

El “principio de demostrabilidad” aparece hoy como un potente instrumento de control de los sesgos cognitivos, con lo que ya estos no solo deben cumplir el papel de alertarnos sobre posibles y hasta probables falsos positivos y falsos negativos en orden a evitar los errores judiciales<sup>8</sup>, sino que resulta a todas luces compatible con el principio de presunción de inocencia, pues contra esta conspira la enraizada creencia humana innata muy cerca al instinto, de carácter universal,

7 “[...] un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad, y que resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca o ambigua no se puede demostrar. O sea que, en rigor partiendo de la institucionalización del juez competente, apto y natural, la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de *demostrabilidad*, el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta”.

8 He aquí la terrible confusión que en el pensamiento general se presenta entre propensión que sólo genera “correlación” y “probabilidad” que se enrumba hacia la causalidad, lo que tiene una aplicación evidente, puesto que como dice la ciencia cognitiva “cualquier pizca de evidencia que altere nuestra confianza en un resultado cambiará su probabilidad, así como la manera racional de actuar en consecuencia”: PINKER, Racionalidad, ob.cit, p. 44.

según la cual i) son propensos a ver relación de causalidad donde esta no existe o convertir en tal las meras correlaciones<sup>9</sup>; y, a ii) a mirar, con casi veneración, “lo que sentimos hacia los patrones y las intencionalidades, suponiéndolas donde no las hay” o aceptándolas sin mayor fundamento. Esto se encuentra demostrado con los estudios más avanzados de la neurociencia [Golombek, 2015, pp. 29 a 37], razón por la cual hoy en Estados Unidos existe una preocupación por ello y se instruye a los componentes de la administración de justicia en la forma de controlar, detectar y evitar los sesgos cognitivos.

**“un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad”.**

Los juicios evaluativos, especialmente los vinculados con la justicia penal, se revelan como problemáticos en las sociedades modernas regidas por el Estado de Derecho y los principios de racionalidad e igualdad. De manera que a los sesgos cognitivos se suman los llamados “ruidos como fallas en el juicio humano”, lo que acrecienta el desconcierto y desconfianza en una justicia desigual, discriminatoria, ampliamente informada por los errores judiciales<sup>10</sup>.

9 “El problema no es que correlación no implique causalidad. Normalmente lo hace porque, a menos que la correlación sea ilusoria o una mera coincidencia, algo debe haber causado que una variable se alinee con la otra. El problema reside en que, cuando una cosa está relacionada con otra, eso no significa necesariamente que la primera cause la segunda”, lo que genera la falacia o sesgo cognitivo de “el salto de la correlación a la causalidad”, donde campea, de todos modos, la duda: PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp. 308 y 335.

10 Predilecciones, opiniones e inclinaciones afectan la igualdad ante la Administración de Justicia, ponen en tela de duda la confianza ciudadana en ella, quebrantan las expectativas, afectan su coherencia y desdibujan su racionalidad y razonabilidad: DANIEL KAHNEMAN, OLIVIER SIBONY & CASS R. SUNSTEIN. Ruido. Una falla en el juicio humano, JOAQUÍN CHAMORRO MIELKE [Trad.], Bogotá, Debate, 2021, pp. 14 y ss, 66 y ss.

Ello afecta, sobremanera, no solo los aspectos atinentes de la imputación del hecho, sino lo referente a la culpabilidad y la responsabilidad personal subjetiva, que implican entender lo que es una “intención consciente”<sup>11</sup>, no simplemente que, porque haya intención, se presuma lo consciente.

En efecto, si la intencionalidad se supone o se presume, de contrapartida también el conocimiento de la situación fáctica, donde se invierte similarmente el juicio, tal como ocurre en la causalidad, pues visto el resultado de allí, supuestamente o a partir de meras correlaciones, se deriva su causa y, por supuesto, la relación de causalidad. Es decir, así como del resultado se deriva la causa invirtiendo el proceso, de la intencionalidad supuesta, producto del sesgo cognitivo señalado, se deriva el conocimiento invirtiendo también el juicio de manera amañada y muchas veces sin intención o mala fe del juzgador, pues quien no conoce los sesgos cognitivos está sujeto a ser presa inconsciente de estos. Ello ocurre porque los sesgos tienen su origen en el inconsciente o en aquel sector de la toma de decisiones intuitivas o por atajos –*Sistema 1 o bottom up*–, las cuales son automáticas, estereotipadas, en paralelo, sin mayor esfuerzo, rápidas e inmediatas, cuando lo requerido es la toma de decisiones –

*Sistema 2 o top down*– conscientes, razonadas, seriales, controladas, que exigen mayor esfuerzo, flexibles y lentas como lo ha enseñado el Premio Nobel de Economía, el psicólogo israelí Daniel Kahneman<sup>12,13</sup>.

Leonard Mlodinow, coautor con Stephen Hawking del best seller científico *Brevísima historia del tiempo*, escribió un pequeño pero monumental libro sobre el azar y su influencia en nuestros juicios, dando cuenta del anterior sesgo cognitivo muy común y corriente en que incurren los abogados, especialmente los fiscales investigadores, hasta el punto de que los científicos se mofan de tal forma de proceder tan burda que, en su jerga, lo llaman el “sesgo del fiscal”, lo que da origen a impensables y no pocos casos demostrados y acreditados errores judiciales.

Se ocupó Mlodinow (2008, pp. 35 y 121) de investigar los temas más acuciantes en la búsqueda y el encuentro de la verdad, especialmente tratando los temas de lo posible y de lo probable –*reconociendo que no existen verdades absolutas u ontológicas*– y dando cuenta de cómo los estudios más serios en los Estados Unidos sitúan a los abogados como aquellos

**Se ocupó Mlodinow (2008, pp. 35 y 121) de investigar los temas más acuciantes en la búsqueda y el encuentro de la verdad, especialmente tratando los temas de lo posible y de lo probable**

<sup>12</sup> Gómez Pavajeau, 2020. *Neurociencia de la toma de decisiones y la organización del sistema procesal penal*.

<sup>13</sup> Para el efecto, Gutiérrez de Piñeres Botero, 2019c, ob. cit., pp. 500 y ss.

en quienes las deficiencias en su tratamiento se acentúan, lo que lleva a que en la práctica se cometan graves errores en los juicios legales.

Por ejemplo, “se identifica la probabilidad de que una serie de sucesos suceda si esto fuera el producto de una enorme conspiración con la probabilidad que una enorme conspiración exista si una serie de sucesos ocurren”, pues aquí se antepone el razonamiento a la conclusión (Mlodinow, ob. cit., p. 122).

Se invierte el juicio lógico –“*error de inversión*”–, conocido como la “*FALACIA DEL FISCAL*”, serio error de conocimiento (Mlodinow, ob. cit., pp. 134 y 135). Lo anterior da también origen a los llamados “*sesgos cognitivos*”, entre los que se encuentra el “*sesgo de confirmación*”, el cual se caracteriza porque “*en lugar de demostrar que nuestras ideas son erróneas, normalmente intentamos probar que son correctas*”. Como decía Francisco Bacon: “una vez que ha adoptado una opinión acerca de algo, la mente del ser humano, recoge cualquier cosa que la confirme, y rechaza o ignora la demostración de casos contrarios, ya sean más numerosos y de más peso, con tal de que su parecer permanezca inalterado”. En fin, “deberíamos aprender a dedicar el mismo tiempo buscando pruebas de que estamos equivocados que buscando razones de que tenemos razón” (Mlodinow, ob. cit., pp. 192, 208, 209 y 210).

Un gran consejo del reputado científico Mlodinow: “Nuestra valoración del mundo sería bastante diferente si todos nuestros juicios se pudieran aislar de las expectativas, y basarse solamente en datos relevantes”. Esto es necesario para llegar a

decisiones adecuadas, toda vez que, siempre que hacemos una evaluación, “nuestro cerebro no confía únicamente en la entrada de datos de percepción directa, sino que también integra otras fuentes de información, como nuestra expectativa” (Mlodinow, ob. cit., pp. 148 y 234), lo cual tiende a distorsionar la corrección del juicio.

La jurisprudencia pos Holocausto del Palacio de Justicia de 1985 reiteró la línea jurisprudencial hasta ahora anotada de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena, según se puede apreciar muy claramente en las sentencias del 2 de julio de 1987 –M. P.: Vallejo Mejía– y del 10 de marzo de 1988 –M. P.: Duque Pérez–.

En la Sentencia N.º 67 del 2 de julio de 1987, expediente N.º 1585, se expresó: “toca entonces a la jurisprudencia que, con base en los análisis de la doctrina, tiende a considerar que a la jurisdicción como nombre la indica, le corresponde ‘decir el derecho’, esto es, constatar la existencia de la norma jurídica, señalar sus alcances y aplicarla a casos concretos, en los que debe decidir sobre controversias, situaciones jurídicas o sanciones a imponer, con fuerza de ‘verdad legal’, que otorga a sus decisiones la autoridad de ‘cosa juzgada’”, principios hoy ratificados por las sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011.

Por consiguiente, podemos constatar que el artículo 26 de la Carta Política de 1886 consagraba los principios constitucionales del derecho penal, pues de manera expresa se refería así a la materia. Entre ellos se encontraba la presunción de inocencia y la máxima que disponía que solo una sentencia ejecutoriada que declarase la culpabilidad se

oponía o desvirtuaba dicha presunción, los cuales se extendieron al derecho disciplinario como un adelanto de la filosofía del constitucionalismo moderno y como claros anuncios de que Colombia se encontraba preparada y necesitada del advenimiento de una Carta Política como la actual de 1991.

De manera expresa la jurisprudencia constitucional no volvió a referirse al “*principio de demostrabilidad*”, pero ello no quiere decir que haya sido dejado de lado, puesto que su reconocimiento a través de la presunción de inocencia resulta obvio. Esto, incluso, ha quedado expresado cuando se ha dicho que resulta consustancial al derecho disciplinario “*la necesaria demostración de una responsabilidad subjetiva en la actuación investigada*”, que por demás vincula con el principio de legalidad y su categoría dogmática de la tipicidad, al señalar que hace parte de ella la precisión de si la conducta se cometió con dolo o con culpa [sentencias C-708 de 1999 –M. P.: Tafur Galvis– y T-276 de 2014, Fundamentos jurídicos 5.1. y 6.4., M. P.: Calle Correa].

También, la sistemática adoptada para el derecho penal por el Código Penal del 2000 [Ley 599 de 2000] así lo confirma con el punto de partida teórico de la “*dogmática practicable*”<sup>14</sup>. Según esta, las presunciones son inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho –*como mucho y con claras precauciones, solo se podría conceder un espacio limitado y mínimo a las presunciones legales*–, lo que impone un desarrollo legal de

<sup>14</sup> Cfr. Gómez Pavajeau & Gómez Barranco, 2020. Ver Primer estudio. Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo código penal.

las instituciones penales, de tal forma que lo que se predica abstractamente pueda ser traducido a la praxis del derecho penal por parte de los tribunales de justicia, de manera coherente y sólida a través de los medios probatorios. Ello, sin duda, es una expresión del principio de demostrabilidad enarbolado por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Así tiene que ser, pues las instituciones dogmáticas, principalmente el principio de culpabilidad, deben construirse a partir de las reflexiones de lo que los antropólogos filósofos han aportado, muy especialmente aquellos que lo hacen desde los conocimientos que en los últimos años ha develado la neurociencia, poniendo en contacto ciencia y derecho.

## Aproximación a una respuesta adecuada

Una comprensión adecuada del tema depende del entendimiento de la dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico y su conexión con el principio de culpabilidad como conceptos jurídicos indeterminados o expresiones con textura abierta, que deben ser precisados conforme a lo que disponen instrumentos internacionales de derechos humanos básicos para la comprensión de la juridicidad internacional y nacional [artículos 1, 29 y 93 de la Carta Política]. De esta manera lo ha entendido nuestra jurisprudencia constitucional al precisar que “*la culpabilidad comporta un respeto tal a la libertad individual*” que el legislador no

puede desconocerla<sup>15</sup>, pues los considerandos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos resaltan lo sustancial de los principios y los derechos sobre los instrumentos normativos per se, al señalar que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, puesto que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. De tal manera, la Declaración persigue “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”: su teleología se funda en “el respeto a estos derechos y libertades, y [que se] aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”, progresividad que debe anclarse en la potenciación de los derechos inalienables, especialmente los de libertad de conciencia, creencia y pensamiento.

<sup>15</sup> “[...] entre un instituto legal como el de la culpabilidad y la Constitución, que en vez de aparecer violatorio es perfectamente compatible con los principios normativos superiores que se estiman infringidos y con muchos otros [como por ejemplo el del 26 que consagra la preexistencia normativa, el debido proceso y la mayor favorabilidad para el sindicado]. Así, según el artículo 16, el inculcado también es ‘persona’, y constituye mayor garantía para su vida libre y su honra, el exigirle a la autoridad encargada de protegerlas, que tenga que demostrarle no sólo que por haber cometido el hecho es peligroso, sino que lo cometió dolosa, culposa o preterintencionalmente. Es igualmente aquella exigencia al Estado una forma constitucional de ejercer el poder, según el artículo 2.º, y una manera más laudable de garantizar que los particulares son responsables por infracción de la ley penal” [Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de junio 2 de 1981, M. P.: Manuel Gaona Cruz, expediente N.º 853].

La dignidad implica entender, de manera inexorable y sin discusión, que los seres humanos están “dotados [...] de razón y conciencia”, reza el artículo 1.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Si su artículo 12 dispone que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada”, punir lo que solo se encuentra imaginariamente en la mente del sujeto es averiguar sobre lo más recóndito de la subjetividad, y eso, cualquiera que sea el argumento que se le oponga, se torna arbitrario, pues es excesivo como intervención en su intimidad, habida cuenta de que ello amenazaría el “derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y [...] de creencia”. No existen, entonces, cambios relevantes en las posturas medievales de la persecución penal por el pecado-delito y los presupuestos de la variación de paradigma que implicó el advenimiento del Estado moderno. Lo contrario sería desconocer el contenido de su artículo 28 cuando expresa que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Si el componente moral como limitador de la libertad no puede obrar en nuestro ordenamiento jurídico al margen del “único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás” –numeral 2º del artículo 29 Declaración Universal–, al contrastarse su alcance con el del artículo 16 de nuestra Carta Política que no incluye la moral como limitadora de la libertad, según las reglas de hermenéutica precisadas en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 4 y 93 constitucionales, cuyo contenido debe hacerse efectivo cuando se ponga en duda, por virtud del

Control de Convencionalidad, una disposición del Estado Nacional, debe concluirse que la moral sin más, no comporta en Colombia una legitimación constitucional para limitar derechos constitucionales o convencionales.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en sus considerandos que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana –*un atributo de la persona que no depende de su reconocimiento estatal*– y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”. Se destaca el reconocimiento que se hace en torno a que las cartas políticas son rectoras de la vida en sociedad y tienen como *fin principal*, al regir la sociedad, –*enfaticamos*– la protección de los derechos esenciales del hombre y el progreso espiritual y material, mas no conducir la conciencia, el pensamiento y la creencia de los individuos hacia la interiorización de los valores normativos de la obediencia a las reglas del Estado sin más ni más, dada la pluralidad de las culturas y de los valores en nuestra Carta Política [artículos 1, 2, 7, 8 y 9].

Para el mencionado instrumento internacional, “*la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución*”; luego, entonces, las regulaciones normativas tienen que privilegiar tal componente constitutivo de lo jurídico y no otros

menos nucleares como la obediencia a las reglas estatales, que terminan por dar pábulo a la punición de la imaginaria rebelión normativa del pensamiento sin interferencia intersubjetiva de derechos.

De allí que su Preámbulo dé cuenta de que los hombres son “iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. Resaltamos, como se afirma, que “*Derechos y deberes se integran correlativamente*”, lo que da cuenta de que el deber no existe independiente y autónomamente de un derecho como para privilegiarlo en la constitución del injusto subjetivo como rebelión individual y personal contra la obediencia estatal, pues esos tintes de moralidad son incompatibles con otras partes de su Preámbulo, cuando de manera inequívoca y sin hesitación alguna da cuenta de que la moral está subordinada al derecho y no tiene entidad jurídica propia para constituir lo antijurídico, dado de que “*los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan*”: nótese lo prístino de la expresión, “los apoyan conceptualmente”.

No puede perderse de vista otras enseñanzas de dicho Preámbulo:

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la

finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Se trata de dos declaraciones de derechos no constitutivas de una convención, pues no se trata de

tratados sobre derechos humanos; empero, su valor jurídico resulta indiscutible a la luz de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta Política y, muy especialmente, del literal d) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya transcripción total es absolutamente necesaria por dar claridad sobre el valor del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos anunciado en el artículo 28 de la Declaración Universal. La Convención Americana de Derechos Humanos señala perentoriamente:

### Artículo 29. Normas de Interpretación –Declaración Americana–. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Ernst Tugendhat [2001, p. 316] plantea una moral acorde con los derechos humanos, fundada en el respeto universal e igualitario. Esta considera al hombre en su esencia antropológica y pone como punto de partida, en cuanto a la consideración de la antropología como filosofía primera, la comprensión humana –*su estructura fundamental*

*ontológica*– y el lenguaje –*lenguaje proposicional o predicativo*– como rasgos antropológicos fundamentales [Tugendhat, 2004, pp. 15 a 33], que permiten avanzar de lo subjetivo de la introspección a lo intersubjetivo como comprensión “*objetiva*”, cuando esa comprensión resulta compartida con otros seres humanos y culturas, lo que tiene profunda

incidencia como trasfondo en la ética y la “teoría de la acción” [Tugendhat, 2008a, pp. 17 y ss.]<sup>16</sup>.

También así, señalando la importancia de la sociabilidad, el interés propio y la imparcialidad, toda vez que “en cuanto te involucro en una discusión racional, ya no puedo insistir en que solo cuentan mis intereses porque yo soy yo y tú no”: PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp. 94 y ss.

La capacidad humana de deliberación, específica y propia, se constituyó en un inmenso salto evolutivo, que permite una separación entre lo que el individuo cree – *componente teórico*– y lo que quiere –*componente práctico*–. Esta característica es propia del lenguaje proposicional, pues hace referencia a oraciones que expresan creencias y enunciados que, a su vez, reflejan intenciones que, como lenguaje, van mucho más allá de la función comunicativa. Esto le permite al sujeto y a su interlocutor tomar posiciones frente a ellas, dado que tienen la posibilidad de negarlas o ponerlas en cuestión, así como la posibilidad de confrontarlas con otras, “deliberar sobre ellas y preguntar si hay razones a favor o en contra”. A partir de ello, pueden tomar distancia de esas creencias y/o intenciones para poder elegir. Allí se manifiesta, evidentemente, una dimensión del individuo que comporta “ser

16 Para un entendimiento adecuado Cfr. Pedro S. Limiñana. *La filosofía moral de Ernst Tugendhat*. Gran Canaria, Universidad de las Palmas Servicio de Publicaciones, 2009, pp. 105 y ss.

consciente de la posibilidad y necesidad de deliberar”<sup>17</sup>.

Con base en instrumentos internacionales, enfatiza en el concepto central de la dignidad de la persona como autonomía y fundamento de todos los derechos humanos, negativos y positivos, civiles y económicos [Tugendhat, 2008b, pp. 71 y ss.], donde se expresa también la voluntad libre y la acción libre –*excluye toda posibilidad metafísica de entender la libertad*–. La primera hace referencia a la capacidad de reflexión que origina responsabilidad cuando, efectivamente, se reflexiona sobre el hacer o no hacer o, cuando teniendo la oportunidad de hacerlo, no se hace. Por lo tanto, por su funcionamiento anormal cuando ello ocurre o porque esté excluida su posibilidad en términos empíricos, se introduce un determinismo causal a la acción, que si bien puede no tener oposición física –*libertad de acción*–, excluye la libertad de voluntad y, por supuesto, la posibilidad de imputar y de responsabilidad por inimputabilidad<sup>18</sup>.

17 Tugendhat. *Problemas*, 2002, pp. 186 y 187. La deliberación o el diálogo interno de la persona, coloquialmente de “yo con yo”, es un fenómeno dependiente del lenguaje, lo que se ha acreditado a través de imágenes cerebrales que demuestran que cuando se delibera se activan las zonas neuronales que se ocupan del lenguaje [Golombek, 2015, pp. 15 y 16].

18 Tugendhat, 2017, pp. 219 a 235, 251 y 252. También en Tugendhat, *Antropología en vez de metafísica*, ob. cit., p. 42.

**La primera hace referencia a la capacidad de reflexión que origina responsabilidad cuando, efectivamente, se reflexiona sobre el hacer o no hacer o, cuando teniendo la oportunidad de hacerlo, no se hace.**

Guiarse por razones comporta reflexión, por lo que allí radica la capacidad humana de enfrentar al determinismo y a la contingencia –*la preocupación por el futuro*–; así mismo, con base en postulados aristotélicos, implica la capacidad de reflexionar sobre lo bueno o lo malo y, sobre todo, la de dudar. Este planteamiento excluye que el hombre se encuentre determinado por la causalidad –*no somos de alambre rígido*– y por el contrario tengamos la posibilidad de “conducir nuestra propia vida”, inquietudes y preguntas que están presentes en todas las culturas. También sigue a Aristóteles cuando otorga significativa importancia al lenguaje, facilitado por el *logos* humano, lo que se abre al lenguaje proposicional y, por supuesto, a los juicios de tal carácter en el intercambio de su comprensión, lo que opera en grado de abstracción libre de la situación concreta como pensamiento. La duda permite la deliberación con uno mismo y los demás, el opinar y el desear, dando lugar a la deliberación teórica que versa sobre lo verdadero o lo falso y la deliberación práctica que tiene como objeto lo bueno:

Cuando se delibera, se pregunta por las razones que están a favor y en contra de lo que se está diciendo o pensando. La acción ya no sólo está dirigida por los deseos, sino también por lo que se piensa que es bueno y verdadero, por los resultados de la deliberación; esto presupone a su vez la capacidad de suspender los deseos, capacidad que llamamos *libertad y responsabilidad*.

Así que, junto con el lenguaje proposicional, aparecen varios rasgos antropológicos

fundamentales que están interconectados entre sí: deliberación, pregunta, racionalidad, libertad, responsabilidad.

[...] el lenguaje proposicional [...] punto clave para entender la especie *anthropos* [...] [que cumple un papel clave para] la supervivencia, y así es posible entender por qué esta especie pudo aparecer dentro de la evolución biológica. La capacidad de poder preguntar por razones, que es una consecuencia inmediata del lenguaje proposicional, implica un nuevo nivel cognitivo; tanto en el pensamiento instrumental como en lo social, esta capacidad significa una flexibilidad de un nuevo orden en la adaptación al medio ambiente [...] [lo que explica] la libertad o la autoconciencia como el aspecto central del ser humano [...], la conciencia del tiempo o lo particular de las emociones humanas, música, arte [...] [como, en un ámbito de la antropología filosófica, la explicación de las] estructuras del ser y comprender propios<sup>19</sup>.

Con la utilización de la metáfora “*no somos de alambre rígido*”, proveniente de la tradición inglesa, Tugendhat (2002) quiere representar el fenómeno humano de la libertad como el tener opciones, “en contraste con la manera en que creemos que hay que entender el comportamiento de los otros animales, como si fueran muñecos que funcionan

19 Resulta central en la comprensión humana que los seres “se propongan fines, que vivan persiguiendo metas e incluso que el mismo seguir viviendo se les presente como meta, a consecuencia de lo cual se ven enfrentados al problema del azar y la contingencia” [Tugendhat, *Antropología en vez de metafísica*, ob.cit, pp. 23 y ss., 144 y 160]. También así se desprende de las ciencias cognitivas y de la psicología experimental, así como la importancia del “lenguaje proposicional”, como se puede apreciar en PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp. 52, 53, 57, 62, 66, 67, 136, 143, 144 y 158.

como conectados a alambres, es decir por instinto o química” [ob. cit., pp. 182 y 186].

La libertad de acción y la libertad de la voluntad dependen, en sentir de Tugendhat [2004], de lo que él llama un rasgo peculiar de las formas de conducta humana, que permiten entenderla a diferentes niveles que conducen a “bifurcaciones”: “La complejidad de estas formas de conductas no sólo implica que se pueda actuar así o asá, sino que el individuo se ve enfrentado a la elección de tomar uno u otro de los caminos opuestos (o más uno que el otro)”; criterio donde podemos observar que su postura no es metafísica, sino empírica [ob. cit., pp. 95 a 97].

Tugendhat aventaja a Kant en su concepto de moral, pues para este las reglas morales explicaban las acciones y las omisiones reprochables, pero no así el derecho penal que solo se ocupaba de acciones que injerían derechos ajenos, lo que ahora se mantiene para la moral y, por supuesto, también para el derecho por virtud de la asunción de los deberes negativos y positivos de que habla Tugendhat. Por ello, de la misma manera, la regla de oro como base estructural del comportamiento moral en todas las culturas no se concibe solo en sentido negativo –“no hagas a los demás lo que tú no quieres que hagan contigo”–, sino también positivo –“haz a los demás lo que tú quieres que hagan contigo”–, tal como la concibió el cristianismo; además de que, para la estructuración

de las omisiones reprochables, entiende el principio de solidaridad en términos de intensidad, grados o delimitación [Tugendhat, López & Vicuña, 2014, pp. 73 y ss. y 91 y ss.]<sup>20</sup>.

Súmase a todo ello, dice Tugendhat con el calificativo de constituirse en una estructura antropológica fundamental para la “teoría de la acción humana”, la capacidad o habilidad de los seres humanos para actuar solos, pero también junto con otros [Tugendhat, 2008a, p. 123. También Tugendhat, 2004, ob. cit., p. 77].

Vincula sus desarrollos filosóficos teniendo en cuenta, muy especialmente, los aportes de la neurociencia, la psicobiología y la sociobiología

para la construcción de la idea de moral y lo considerado justo a partir del estudio de las emociones<sup>21,22</sup>. Sin duda, se refiere a la Gramática Universal del Lenguaje Humano de Noam Chomsky y a la Gramática Universal de la Moral de Marc Hauser, cuando discute sobre la existencia de una disposición

**“La complejidad de estas formas de conductas no sólo implica que se pueda actuar así o asá, sino que el individuo se ve enfrentado a la elección de tomar uno u otro de los caminos opuestos (o más uno que el otro)”;**

20 De una manera clara, las versiones negativa y positiva de la regla de oro [TUGENDHAT, *Un juicio en Alemania*, ob. cit., p. 71]. Así también Tugendhat, *Problemas*, ob. cit., p. 51.

21 Tugendhat, 2001, ob. cit., pp. 20 a 22, 57, 222 y 298. También Tugendhat, 1999, pp. 14, 36 y 44; Tugendhat, 2008a, ob. cit., pp. 103 y ss. y Tugendhat, López & Vicuña, 2014, ob. cit., pp. 109 y ss.

22 También en Tugendhat, 2002, ob. cit., pp. 135 y ss. Sobre la derivación de la moral de aspectos innatos como las emociones ver Golombek, 2015, ob. cit., pp. 61 a 67.

innata para aprender uno y otra<sup>23-24</sup>.

Resulta particularmente importante que parta, en la discusión sobre la libertad humana, de la polémica surgida de los estudios de Benjamín Libet, que despertaron nuevamente las ideas del determinismo, ahora de naturaleza neuronal<sup>25</sup>, lo que se entiende como producto de una condición psicológica y no de una causa [Tugendhat, 2008a, ob. cit., pp. 39 y ss.]<sup>26</sup>.

Por ello, la metáfora acerca de que el hombre no es

23 “Lo que en la especie humana parece estar genéticamente determinado no es una determinada conciencia moral, sino una capacidad tanto de aprendizaje de normas morales como también de poder preguntar recíprocamente por su justificación” [Tugendhat, 2008<sup>a</sup>, ob. cit., pp. 97; Tugendhat, 1999, ob. cit., pp. 15, 16, 41 y 43].

24 El vínculo entre la ciencia del cerebro humano y la antropología filosófica ya estaba resaltado desde los fundadores modernos de esta [Murillo, 2012, pp. 321 a 327].

25 Se afirma que los experimentos de Benjamín Libet dan a entender que “parece ser que el cerebro sabe, mucho antes que nosotros, que tomaremos una determinada decisión”, esto es, “la actividad eléctrica registrada en la corteza cerebral relacionada con este movimiento – mover la mano en el momento en que se desea e indicarlo cuando se haya decidido hacerlo así para registrar el momento– precedía en cientos de milisegundos a nuestra decisión”; otros experimentos posteriores parecen ratificar lo anterior, como que “nuestro cerebro parece saber lo que vamos a hacer [...] hasta diez segundos antes de que seamos conscientes de esa decisión” o a través de estimulación cerebral en la corteza parietal, la persona siente que realizó “una acción determinada”, aunque no lo haya hecho [Golombek, 2015, ob. cit., p. 72].

26 Sobre la controversia surgida por los estudios de Benjamín Libet en torno al determinismo neuronal y al comportamiento, ampliamente, en Gómez Pavajeau & Gutiérrez de Piñeres Botero, ob. cit., pp. 59 a 63 y 234 y ss. También así, pero además citando a Vohs, Kathleen & Schooler, W. The Value of Believing in Free Will. En *Psychological Science*, 2008, 19 [1] y a Baumeister, Roy F., Masicampo, E. J. & Dewall, C. N. Prosocial benefits of feeling free: Disbelief in free will increases aggression and reduces helpfulness. En *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2009, 35 [2]. Estos autores han estudiado que los partidarios de la existencia de la libertad de voluntad son más propensos a cumplir con las reglas sociales; por el contrario, los que afirman el determinismo conductual son más propensos a conductas tramposas y agresivas [Julia Pijoan, 2019, pp. 310 a 318].

de alambre rígido “simplemente significa que no hay una conexión causal al nivel del comportamiento, es decir que el comportamiento humano no se basa en un esquema de estímulo y reacción, ya sea innato o aprendido”, toda vez que “entre los factores de percepción e intención, por un lado, y la acción por el otro, puede interponerse un acto de deliberación, y, según las razones que el individuo aduzca en la deliberación, esto puede llevarle a actuar de otra manera”; esto es, “cuando deliberamos, deliberamos sobre qué cuenta a favor o en contra de querer o de creer algo” [Tugendhat, 2002, ob. cit., pp. 187 y 188]. Tal afirmación de Tugendhat parece coincidir con lo que afirma el importante neurocientífico Golombek (2015), ante las sugerencias de los experimentos de Libet que, por cierto, se efectúan simplificando con demasiado extremo la conducta humana<sup>27</sup>, excluyendo la deliberación y la reflexión:

27 Para el efecto, señalando que “un número significativo de publicaciones en revistas indexadas sobre las neurociencias de la toma de decisiones divulgan resultados de experimentos en laboratorio que incluyen tareas de tomas de decisiones simples, que son capaces de realizar de manera similar humanos y primates no humanos. En estas tareas generalmente se le pide al participante que tome una decisión lo más rápido posible cuando se le presente determinado estímulo, nunca o casi nunca el participante tiene la posibilidad de planear o pensar acerca de la decisión que deberá tomar. No obstante, pocas investigaciones se han llevado a cabo sobre el proceso de toma de decisiones complejas, debido a la dificultad de planear en el laboratorio experimentos a través de los cuales se pueda simular, con todas las variables que implica, lo que ocurre en la vida diaria, en otras palabras, existe una serie de desafíos asociados con la captura de procesos de toma de decisiones en un estado ecológicamente relevante en el entorno de investigación. Esta situación genera ya un primer problema para establecer si somos o no libres para elegir, pues si basados en los resultados de tareas simples en laboratorio explicamos todos los mecanismos de toma de decisiones, no hacemos una verdadera justicia a la complejidad que conllevan la mayoría de decisiones que debemos tomar” y “las investigaciones sobre libre albedrío desde las neurociencias suelen no involucrar experimentos en los que las personas deban tomar decisiones en situaciones sociales” [Consultar a Gutiérrez de Piñeres Botero, 2019c, pp. 500 y ss.].

**Quizás el asunto es que esta elección inconsciente no sea tan azarosa después de todo, sino que dependa de nosotros, de nuestra historia, de los estímulos que estemos recibiendo, del ambiente en que se realicen las pruebas. Así, por más inconsciente que sea, la decisión sería sólo nuestra, y nadie más podría haberla tomado ya que no compartimos con nadie nuestras neuronas, memorias y motivaciones. En otras palabras: el libre albedrío como función consciente puede ser una ilusión, pero el inconsciente no deja de formar parte de nosotros que, de una u otra manera, nosotros mismos controlamos [...] y que nos controla (ob. cit., p. 73).**

El papel del inconsciente también juega en el nosotros, el “yo” hoy no debe ser entendido exclusivamente a partir de la actividad consciente, tal como se demuestra con los estudios de los neurocientíficos Antonio Damasio<sup>28</sup> y John Bargh<sup>29</sup>. La antropología filosófica, en consecuencia, no solo debería reemplazar el papel que la metafísica ha cumplido en la filosofía, sino que deberíamos entender que también así debe ocurrir en términos generales, habida cuenta de que “parece obvio que sea precisamente la comprensión humana la que hace que la antropología se encuentre en la base de otras disciplinas”, entre otras, de la teoría

de la acción, como lo afirma contundentemente Tugendhat (2008a, ob. cit., p. 20)<sup>30</sup>.

Pero además, creemos firmemente, que nuestro norte de la filosofía actual, donde más que metafísica empuja la antropología filosófica, se ve corroborada en el pensamiento científico por la psicología cognitiva y experimental, como ya lo anunciamos al citar anteriormente a Steven Pinker, además de lo expuesto por filósofos tan importantes como John R. Searle, quien también prevaleció de los conocimientos aportados por la

<sup>30</sup> Hoy se resalta cómo la antropología filosófica ha adquirido nuevamente relevancia, lo que cobra significativa importancia en tanto los estudios sobre el problema del espíritu humano inciden notablemente en la explicación de las instituciones. Ello, por supuesto, sucede con mayor razón en la teoría de la acción y en el derecho penal (Sobrevilla, 2006, pp. 104 y 105).

<sup>28</sup> Ampliamente en Gómez Pavajeau, 2019a, pp. 409 y ss.

<sup>29</sup> También ampliamente en Gómez Pavajeau, 2019b, pp. 431 y ss.

neurociencia, sin dejarse llevar por los hoy cada vez minoritarios neurobiólogos puros o reduccionistas, afirma la capacidad humana para la reflexión y la razón, no sujeta a las inexorables leyes de la causalidad, puesto que si bien no se puede negar los procesos biológicos deterministas del cerebro, tampoco es menos cierto que “la experiencia del libre albedrío se refleja en la estructura lógica de las explicaciones de nuestros actos” -lenguaje- debido a la existencia de un intervalo entre aquellas, en tanto las “explicaciones que aluden a nuestros procesos de toma racional de decisiones no son formalmente deterministas”<sup>31</sup>.

Entendemos, como lo hemos venido sosteniendo en otros trabajos, que de conformidad con la moderna antropología filosófica para el entendimiento del comportamiento humano es preciso observar sus dos dimensiones constitutivas: *i)* *Consciencia técnico-práctica*, que se refiere a que las acciones del hombre son dirigidas, previsoras, planificadas y mancomunadas, y *ii)* *Consciencia ético-práctica*, que está relacionada con su capacidad de debitud –*seguir deberes*– y su capacidad de exigibilidad –*exigir su cumplimiento y reprochar en consecuencia*– tanto autónoma como heterónomamente<sup>32-33</sup>. Dichas capacidades encuentran una exposición moderna en Tugendhat (2004), en cuanto la explicación parte de la teoría de la evolución y de la importancia de las emociones

<sup>31</sup> SEARLE, Libertad y neurobiología, ob.cit, pp. 46 y 47.

<sup>32</sup> Cfr. Gómez Pavajeau & Gutiérrez de Piñeres Botero, 2017, pp. 211 y ss.

<sup>33</sup> Ampliamente sus desarrollos en Gómez Pavajeau, 2018b.

y los sentimientos para la constitución de la acción humana –*libertad de acción en cuanto no oposición externa*– y la libertad de voluntad –*libertad relativa causal*–; pero, muy especialmente, en cuanto a la consciencia ético-práctica, para el entendimiento del “poder actuar de otro modo” en relación a la libertad condicional y no metafísica, a partir de la capacidad de autointerpelarse e interpelar a otros o “*capacidad de autoactivarse*” y la preocupación por sí mismo y por otros, que no son una ilusión, sino que generan emociones positivas y negativas, con clara incidencia en el ámbito de la reflexión (ob. cit., pp. 59, 60, 65 y ss.).

Muy interesante, para efecto de ponderar lo afirmado, cuando se trae a colación el cuento de JORGE LUIS BORGES, “El Otro”, donde conversa consigo mismo en una banca donde en un extremo está en su pasado y en otro está el presente, por parte de FARID ESCOBAR PINEDO. Construcción dialógica. Fundamentos antropológicos y sociológicos en Principio Dialógico, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU & FARID ESCOBAR PINEDO (Directores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 20 y ss.

Gutiérrez de Piñeres Botero escribe, sobre la solidaridad y el altruismo, que “una evidencia de la existencia del libre albedrío para algunas de las acciones humanas es el comportamiento prosocial, en tanto este se da de manera voluntaria y por lo tanto libre, no sería procedente pensar que el comportamiento antisocial no lo es. Pese a lo que se ha sostenido durante mucho tiempo, nacemos con mayor probabilidad de desarrollar más comportamientos prosociales que

antisociales, en tanto el comportamiento prosocial garantiza nuestra integración a una sociedad y por ende mayor éxito en la supervivencia. Esto señala que el comportamiento prosocial tiene un gran componente genético, aunque puede moldearse, mejorarse y modelarse a través de la cultura". Resulta relevante el que comportamientos prosociales como "la compasión, la cooperación, el altruismo, la asertividad, la solidaridad, la empatía, la preocupación empática y la gratitud [...] les permiten a las personas responder constructivamente al conflicto interpersonal, cooperar durante tareas de grupo, mostrar autocontrol e informar percepciones positivas de otros". Se destaca, además, el que "los comportamientos prosociales están vinculados con nuestra capacidad para preocuparnos y defender principios de justicia": "En conclusión, podemos decir que el comportamiento prosocial de manera general y la sensibilidad a la justicia de manera particular, proporcionan motivaciones suficientes para actuar evitando la injusticia o restaurando la justicia, guiadas por una reactividad afectiva rápida y automática y por procesos cognitivos más controlados, como la toma de perspectiva, la flexibilidad cognitiva, el control cognitivo y el razonamiento" [Gutiérrez de Piñeres Botero, 2019b, pp. 657 y ss.].

Como corolario, para Tugendhat (2002) "la libertad no es algo metafísico"; "una norma exige acciones a los individuos a quienes se dirige, pero esta exigencia no tiene un sentido causal, sino que

significa que el individuo tiene la posibilidad de no actuar según ellas, y esto implica que el individuo ha de tener razones para actuar en conformidad con ellas". Lo anterior nos permite en nuestra vida activa, al presuponer la deliberación a la autonomía, preguntarnos: i) *¿es correcta la manera como creo que el mundo es?*; ii) *¿es correcto lo que yo quiero?*; iii) *¿cómo debería ver el mundo y qué debería querer?* Esta forma de razonamiento implica que el hombre no elige arbitrariamente —lo cual resultaría ininteligible, según Tugendhat—, sino que por medio de la capacidad de deliberación, el ser

**Se destaca, además, el que "los comportamientos prosociales están vinculados con nuestra capacidad para preocuparnos y defender principios de justicia":**

humano "adquiere un nuevo nivel de flexibilidad empírica", en los ámbitos del creer y desear, producto de un salto evolutivo con sentido adaptativo que originó la capacidad de pensamiento instrumental [ob. cit., pp. 143 a 145 y 188 a 190].

Los hábitos también fueron objeto de estudio en la filosofía griega y aún hoy son un importante campo

de investigación neurocientífica. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero (2019a) señala que "sí en el libre albedrío se trata de tomar una opción cuando se tienen múltiples opciones, la formación de hábitos entonces respalda la idea de que el ser humano tiene libre albedrío en muchas de sus decisiones"; esto es, "cuando las personas adquieren un nuevo hábito, una nueva competencia, una nueva habilidad o cuando se aprende o aprehende algo nuevo, el ser humano crea nuevas posibilidades para generar opciones de elección". Citando a Graybiel, hace alusión a que los hábitos "invocan una dicotomía

entre el control consciente y voluntario sobre el comportamiento, considerado la esencia del control del comportamiento deliberativo de orden superior, y el orden de control de comportamiento que está apenas disponible para la conciencia" [Gutiérrez de Piñeres Botero, pp. 565 y ss.]. Resalta, asimismo, la interacción entre el consciente y el inconsciente en la formación del "yo". Por ello, Gutiérrez de Piñeres Botero aclara que es "importante diferenciar un automatismo de un hábito, en tanto el hábito da estabilidad al comportamiento y facilita la flexibilidad que permite la adaptación a nuevos estímulos, a diferencia del automatismo que aparece como una configuración inamovible".

## La filosofía jurídica, la carta política y la jurisprudencia constitucional

La filosofía ha afirmado que el "ser humano es un ser personal, capaz de entender su destino y el camino que conduce a él [...] El hombre es un microcosmos en el que está reunido lo intelectual, es decir, lo no físico, con un cuerpo" [Polo, 1996, pp. 61 y 90].

El hombre es radicalmente racional. Por tanto, tal virtud lo pone por encima de las demás especies y comporta, necesariamente y sin que el ordenamiento jurídico así lo establezca de manera explícita, su consideración y respeto como un ser digno: "En efecto, la racionalidad de la persona determina el

que a su dimensión *corporal* o material aparezcan inseparablemente unidas las dimensiones psíquica, moral y espiritual" [Alegre Martínez, 1996, p. 17].

En la Asamblea Nacional Constituyente se dijo que "la dignidad es una emanación de la vida racional del hombre"<sup>34</sup> y en el artículo 1 de la Carta Política se consagró como uno de los elementos fundantes del Estado<sup>35</sup>.

El constitucionalismo moderno ha precisado que con la adopción del concepto de dignidad de la persona "de lo que se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable", puesto que en ella "reside [...] la facultad de determinar y configurar responsablemente la propia existencia" [Benda, 1987, pp. 123 y 137]. Y ello tiene que ser así, habida cuenta de que la dignidad ha sido considerada "como *valor supremo o principio rector supremo y fundamentador*"<sup>36</sup>, tratamiento que coincide con el artículo 1.º de nuestra Carta Política y con el carácter de norma de normas [artículo 4].

34 Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Primera, sesión de abril 15 de 1991.

35 La Corte Constitucional ha precisado que "por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente los admita" [Sentencia C-542 de 1993].

36 Alegre Martínez, ob. cit., p. 82. "El reconocimiento jurídico de la dignidad supone, entonces, que el Derecho garantice el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos" [*Ibidem*, p. 19].

La responsabilidad penal que se sustente en un reproche ético-jurídico debe, necesariamente, considerar al hombre como un ser dotado de dignidad y, por lo tanto, sujeto a valores. La dimensión espiritual del hombre debe ser tenida en cuenta a la hora de la asignación de responsabilidad, para lo cual es evidente sopesar en tal juicio la incidencia del conocimiento, de la voluntad y de la valoración, ya que, de lo contrario, sería degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal y, por lo tanto, se desconocería su dignidad (Benda, 1987, ob. cit., pp. 121 y 126).

En el moderno constitucionalismo se ha determinado que la exigencia de culpabilidad viene impuesta por la adopción del concepto de dignidad de la persona (*Ibidem*, p. 128). Así, también, se ha pregonado en nuestro medio (Barbosa Castillo & Gómez Pavajeau, 1996, pp. 148 y ss.) y, muy especialmente, la Corte Constitucional ha reseñado que “la dignidad humana pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva”<sup>37</sup>. Agrega, posteriormente, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal o disciplinaria. La responsabilidad, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado “se le haya declarado judicialmente culpable”. La culpabilidad

37 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-563 de 1995*. Ya existía un importante antecedente, y en vigencia de la Constitución de 1886, como lo fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de junio de 1981 con ponencia del magistrado Manuel Gaona Cruz.

es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la sanción, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recae<sup>38</sup>.

Por derivar la culpabilidad de la dignidad del ser humano se ha dicho, tanto para el derecho penal como para el disciplinario, que se trata de un derecho constitucional fundamental, lo que además se acredita con lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política<sup>39</sup>. “El contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano”, puesto que la dignidad es un “fundamento del sistema constituido” según el artículo 1<sup>40</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha sido contundente en expresar que la culpabilidad que rige para nuestro sistema penal es de carácter normativo, puesto que la liga con el “juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta”<sup>41</sup>.

Con muy buen criterio, la jurisprudencia constitucional deriva el principio de culpabilidad del principio de proporcionalidad<sup>42</sup>, lo cual, sin duda

38 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-626 de 1996*.

39 *Ibidem*, *Sentencia T-330 del 4 de mayo de 2007*, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

40 *Ibidem*, *Sentencia SU-901 de 2007*, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

41 *Ibidem*, *Sentencia C-827 de agosto 8 de 2001*, M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Tal decisión fue ratificada por las sentencias C-391 del 22 de mayo de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, y C-948 del 6 de noviembre de 2002, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

42 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-070 de 1996*.

alguna, es tanto como decir que tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho. Proscripción de responsabilidad objetiva, derecho penal del acto

y principio de culpabilidad son derivaciones del principio de la dignidad humana:

**En el análisis de constitucionalidad de una norma penal, ha de examinarse su conformidad con el principio de culpabilidad, que es uno de los parámetros a tener en cuenta por el legislador al momento de tipificar un delito, como un presupuesto de la pena estatal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad penal gira en torno a las circunstancias concretas en las que se podía esperar que el autor de una conducta acatará la norma, evitando la realización del tipo delictivo que prohíbe un determinado comportamiento. Así, se deberá acudir a la capacidad de acción del autor del delito, es decir, si era capaz tanto cognitiva como físicamente de formarse la intención de evitar la realización del tipo penal y si tenía capacidad de motivación. Ante estas circunstancias, la extensión de la pena que el Estado debe imponer no puede ser mayor que la culpabilidad presente en quien realiza la conducta típica. Desde el punto de vista de la proporcionalidad, ella debe, en este orden de ideas, compensar única y exclusivamente el daño culpable provocado por el agente<sup>43</sup> o como lo ha afirmado esta Corporación al hacer referencia al derecho penal de acto, que al autor de un delito, “se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”<sup>44</sup>.**

43 Cfr. Urs Kindhäuser & Juan Pablo Mañalich. [2011]. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. B de F, pp. 147 y ss.

44 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-239 de 1997*.

Con base en lo anterior, la culpabilidad determina, por una parte, si acaso puede imponerse una sanción y, por otra, cuál ha de ser su extensión sobre la base del juicio de “evitabilidad”, así como de la capacidad de acción y de motivación del agente recientemente aludido.

La Corte parte en este examen de una acepción de culpabilidad en sentido restringido, centrada en el llamado “principio de imputación personal”, según el cual, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal<sup>45</sup>. En esta vertiente estricta del principio, culpabilidad supone exigibilidad en el sentido de que el Estado solo podrá perseguir la responsabilidad de un sujeto que comprenda el injusto o ilícito y al cual pueda exigírsele la realización de una conducta determinada conforme a derecho, diversa de la llevada a cabo, conforme a un proceso de motivación normal. Así, una pena podrá ser atenuada en razón de un menor juicio de culpabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

## En posterior jurisprudencia se ha afirmado:

### La culpabilidad penal constitucionalizada

1. La culpabilidad hace parte de la dogmática penal y junto con la tipicidad y la antijuridicidad,

<sup>45</sup> Cfr. Santiago Mir Puig. [2006]. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Reppertor, p. 141.

constituye un elemento estructural de la responsabilidad penal. Así las cosas, para Bacigalupo la culpabilidad constituye “[...] *el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma*”<sup>46</sup>.

2. La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento, entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que, además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto.

<sup>46</sup> Enrique Bacigalupo. [1994]. *Principios de derecho penal*, 3ª ed. Akal/lure, p. 298.

## Fundamento constitucional de la culpabilidad

1. El fundamento constitucional de la culpabilidad se encuentra en el artículo 29 de la Constitución y el principio de presunción de inocencia, conforme al cual “*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*”. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-626 de 1996<sup>47</sup> consideró que el artículo 29 de la Constitución consagró que ni el Legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie, puesto que toda persona se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario en el escenario de un juicio regido por el debido proceso. En tal sentido, la aplicación de las sanciones previstas en la ley está condicionada a la certeza de la responsabilidad subjetiva del procesado por el hecho punible que dio lugar al juicio, lo que implica la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva.

Posteriormente, en *sentencia C-239 de 1997*<sup>48</sup>, la Corte expresó que conforme al artículo 29 de la Constitución, el carácter político del Estado Social de Derecho y el respeto a la dignidad humana se consagró en el principio de que no hay delito sin conducta, pues “[...] *nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”,

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>48</sup> *Ibidem*, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

por lo que el constituyente avanzó hacia el establecimiento de un derecho penal del acto y no de autor. Esta exigencia superior implica:

- i) Que el acontecimiento objeto de punición no puede constituirse ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad. Por lo tanto, el derecho represivo solo puede castigar al hombre por lo que efectivamente realizó y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco por su temperamento o por sus sentimientos, o por su personalidad. En resumen, se castiga al hombre por lo que hace, por su conducta social, no por su ser, deseo, pensamiento o sentimientos.
- ii) La adscripción de la conducta al actor, de ahí que además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto debe estar dirigida a la observancia de la misma. En otras palabras: “[...] *el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto*”<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> *Ibidem*, Sentencia C-239 de 1997. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

iii) La culpabilidad permite graduar de manera proporcional la pena que debe imponerse, con fundamento en el juicio de exigibilidad. Así *“la ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión”*<sup>50</sup>.

En resumen, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que 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 imponer<sup>51</sup>.

50 Véase, en el mismo sentido, la Sentencia C-370 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-181 de 2016.

## Conclusiones

Para el constitucionalismo moderno, el principio de culpabilidad resulta inherente al principio de principios que es la dignidad humana, toda vez que *“existe una estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana que se concreta en la posibilidad que tiene cada persona de elegir su propio destino, siempre y cuando no incida directamente en la órbita de los derechos ajenos”*<sup>52</sup><sup>53</sup>.

Tiene que ser así, toda vez que, el principio de culpabilidad se ancla en la comprensión del principio de principios que es la dignidad del ser humano, lo cual se constituye en fundamento del orden jurídico y por supuesto de la responsabilidad penal y disciplinaria (artículos 1 y 29 de la Carta Política).

Allí en los desarrollos planteados tenemos una dogmática practicable, fundada en la neurociencia, pues así lo está también la antropología filosófica. Ello permite que la teoría no sea solo y exclusivamente especulación abstracta, sino que tiene una verdadera vocación de hacerse práctica en función del cumplimiento del **principio de demostrabilidad**, asiento de la prueba de la

52 Ver sentencias T-596 de 1992 [M. P. Ciro Angarita Barón], C-239 de 1997 [M. P. Carlos Gaviria Díaz; S. V. Hernando Herrera Vergara; S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa], T-296 de 1998 [M. P. Alejandro Martínez Caballero], C-521 de 1998 [M. P. Antonio Barrera Carbonell], T-556 de 1998 [M. P. José Gregorio Hernández Galindo], T-565 de 1999 [M. P. Alfredo Beltrán Sierra; S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz], C-012 de 2001 [M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez] y T-881 de 2002 [M. P. Eduardo Montealegre Lynett].

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-276 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa, Fundamento Jurídico N.º 7.15.

culpabilidad y de la responsabilidad, eje axial sobre el cual descansa la presunción de inocencia que debe ser desvirtuada como carga del Estado, según mandato constitucional del artículo 29.

En términos de Kahneman y Tverski, haciendo un parangón, la presunción de inocencia no puede destruirse con base en el modo automático del pensar, esto es, en el “pensar rápido” fundado en la intuición o corazonada y producto en gran medida del inconsciente, sino en el “pensar despacio” motivado y razonado, toda vez que, como lo han demostrado los psicólogos cognitivos “el pensamiento causal –que desdice del método correcto, que es el pensamiento estadístico- y la ilusión de comprender el pasado” se encuentran inescindiblemente unidos en nuestra mente, producto de la evolución del ser humano, adaptado a un mundo hoy inexistente como lo fue el Pleistoceno, lo que significa, en la práctica según se ha establecido experimentalmente, “cuando la causalidad es plausible, nuestra mente convierte con facilidad

una correlación, por baja que sea, en una fuerza causal explicativa”<sup>54</sup>; de lo que se sigue, además una explicación causal psicológica por derivación mecánica. Tales sesgos cognitivos y ruidos psicológicos, aislados o sumados, conllevan al desconocimiento consciente o inconsciente del principio de presunción de inocencia, invirtiéndolo por el de presunción de culpabilidad cuando todo

54 KAHNEMAN, SIBONY & SUNSTEIN, Ruido, ob.cit, pp. 173 a 175.

ello resulta diametralmente contrario al “principio de demostrabilidad”.

Los sesgos cognitivos conspiran contra la realidad y la razón del juicio judicial a cargo de sujetos humanos quienes, por muy preparados que estén deben ser conscientes de sus repercusiones inconscientes, como también debe prepararse a quien no tenga entrenamiento en ello, de lo contrario los errores judiciales estarán a la orden el día en el ejercicio de la Administración de Justicia.

Es una verdad de a puño, como lo afirma Steven Pinker, el más importante psicólogo experimental de

la actualidad y científico cognitivo, “la lógica es un logro supremo del conocimiento humano” a cuyo estudio debe contribuir la neurociencia como también a un campo crítico como lo es la “toma de decisiones”, a la cual se ven enfrentados necesariamente los miembros del sistema de justicia penal. Con los instrumentos que actualmente se han descubierto, a efectos de hacer florecer la

racionalidad, poniendo a buen resguardo los sesgos e ilusiones cognitivas, podemos acercarnos más a la realidad, a la verdad y a la razón; deben cultivarse muy especialmente, incluso constituirse en políticas públicas como objetivos de la educación y la capacitación, sobre todo para quienes tienen el poder de afectar los derechos fundamentales de los demás, como sucede en sede de la justicia penal<sup>55</sup>.

55 Cfr. PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp.14, 17, 28 y 38.

“cuando la causalidad es plausible, nuestra mente convierte con facilidad una correlación, por baja que sea, en una fuerza causal explicativa”

Corresponde entonces al intérprete sacar las conclusiones para derivar de allí las consecuencias específicas y concretas en cada uno de los casos que lo enfrenten con la constitución y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Ya, en el terreno práctico de la Defensoría Pública, corresponde al Defensor Público plantearle al Fiscal y al Juez cómo en un caso determinado no se está cumpliendo con el “principio de demostrabilidad”, incurriéndose en tal evento en una violación flagrante de las normas constitucionales y convencionales que reclaman necesaria e inexorablemente realizar un “control de convencionalidad” [Gómez Pavajeau, 2017a].

Para completar el círculo virtuoso debe decirse que, desde una perspectiva de probática jurídica, resulta imprescindible demandar la demostración del dolo y la culpa a través de los indicios de aptitud, actitud y comprensión valorativa, muy especialmente en lo cual se deben entrenar los Defensores Públicos cuando se trate de demostrar los llamados contra indicios de responsabilidad que confirman la

presunción de inocencia o las eximentes de responsabilidad [Gómez Pavajeau, 2017b ].

Allí, en ese entramado de constelaciones de peligros que asechan sobre la realidad, la verdad y la razón se esconde y camufla muy sigilosamente los sesgos cognitivos, hoy detectados en la psicología experimental por los grandes aportes de autores como Kahneman, Tversky y Pinker.

Son muchos los sesgos, falacias e ilusiones cognitivas descubiertas por los psicólogo experimentales, confirmados por la comunidad científica de la psicología cognitiva, incluso en las páginas web se encuentran repertorios de los mismos con gran facilidad. Empero, uno por su importancia, más por razones cualitativas que cuantitativas debe ser puesto a raya, si se quiere una Administración de Justicia mínimamente acertada, como lo es el sesgo de confirmación, toda vez que el mismo se constituye en una “mina quiebrapatras” en el camino de su correcta práctica, puesto que como contundentemente lo dice Pinker:

**El sesgo de confirmación es un diagnóstico común para la insensatez humana y un blanco para el fomento de la racionalidad ... Y, por muy excelentes que sean nuestros sistemas cognitivos, en el mundo moderno hemos de saber cuándo dejarlos de lado y dirigir nuestro razonamiento hacia los instrumentos: las herramientas de la lógica, la probabilidad y el pensamiento crítico, que amplían nuestras capacidades de razonar más allá de las que la naturaleza nos ha otorgado... Podemos exponer las reglas de la razón , y destilarlas y depurarlas, en modelos normativos de lógica y probabilidad ... Pertenece a la naturaleza misma de la razón el poder siempre dar un paso atrás, observar cómo está siendo aplicada o si está siendo incorrectamente utilizada, y razonar acerca de ese éxito o fracaso<sup>56</sup>.**

56 PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp. 36, 57 y 97.

Así, es claro, las reglas que previenen los sesgos, falacias e ilusiones cognitivas se diseñan para evitar los errores que conllevan en los juicios, especialmente judiciales “que se interponen en el camino de la racionalidad”, mismos que vienen incorporadas en la “naturaleza humana”. Es necesario proceder con prudencia en el diseño y la conversión de estas enseñanzas en políticas públicas, especialmente judiciales, para el estudio, detección, comprensión y aplicación de tales conocimientos en la tarea del sistema de justicia penal, puesto que, como se ha demostrado “la disposición del mundo a cooperar cuando aplicamos la razón es un fuerte indicio de

que la racionalidad llega realmente a verdades objetivas<sup>57</sup>.

El principio de demostrabilidad es una prueba de fuego que nos advierte sobre los sesgos, falacias e ilusiones cognitivas. Es una herramienta jurisprudencial constitucional esbozada por la justicia colombiana que, muy seguramente cuando se visualizó en los años ochenta del siglo pasado, no tenía a su servicio las herramientas científicas que hoy le aporta la antropología filosófica, las ciencias cognitivas y la psicológica experimental en la muy

57 PINKER, Racionalidad, ob.cit, pp. 66 y 67.

compleja y difícil tarea de la “toma de decisiones”. Por supuesto tenemos que depurar las decisiones judiciales de falacias, sesgos e ilusiones cognitivas como una meta a alcanzar, pero por lo pronto, lo urgente es desterrar esa muy mala práctica según la cual, “una vez que esperamos un patrón, buscamos ejemplos e ignoramos los contraejemplos”<sup>58</sup>, todo lo cual no es más que el llamado sesgo cognitivo de confirmación o falacia del fiscal como lo denominan

los científicos peyorativamente, para lo cual gravita la exigencia del principio de demostrabilidad.

Esta investigación no es la única respuesta ni la solución para tan ingentes problemas. Pero puede ser el camino de andadura, con pie derecho, para superar tantos males incompatibles con el Estado de Derecho y la garantía y goce de los Derechos Fundamentales.

58 PINKER, Racionalidad, ob.cit, p. 173.

## Referencias bibliográficas

- Alegre Martínez, M. Á. (1996). *La dignidad de la persona*. Universidad de León.
- Barbosa Castillo, G. & Gómez Pavajeau, C. A. (1996). *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Benda, E. (1987). Dignidad humana y derechos de la personalidad. *En Manual de derecho constitucional*. Marcial Pons.
- ESCOBAR PINEDO, FARID. Construcción dialógica. Fundamentos antropológicos y sociológicos en Principio Dialógico, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU & FARID ESCOBAR PINEDO (Directores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Gaona Cruz, M. (1988). *Control y reforma de la Constitución en Colombia*. Ministerio de Justicia - Superintendencia de Notariado y Registro.
- Golombek, D. (2015). *Las neuronas de Dios. Una neurociencia de la religión, la espiritualidad y la luz al final del túnel*. Siglo XXI Editores.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2017a). Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria y Las normas del *soft law* como formas particulares de fuentes del derecho internacional de los Derechos Humanos y su integración a la legislación colombiana. *En Fundamentos liberales y sociales del derecho penal*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2017b). *La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2018a). *Introducción al derecho penal constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.

- Gómez Pavajeau, C. A. (2018b). *Neuroderecho penal y disciplinario. Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social*. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2019a). Antonio Damasio y la neurociencia moderna: el alejamiento de Descartes y el acercamiento a Spinoza. *En Opúsculos de neuroantropología filosófica*, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (directores). Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2019b). *Jhon Bargh y el “yo” consciente-inconsciente*. *En Opúsculos de neuroantropología filosófica*, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (directores). Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2020). Neurociencia de la toma de decisiones y la organización del sistema procesal penal. *En Derecho Penal y Neurociencia*. Eric García-López (Coordinador). INACIPE.
- Gómez Pavajeau, C. A. & Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2017). *Neurociencias y derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C. A. & Gómez Barranco, M. M. (2020). *Estudios de dogmática en el Código Penal del año 2000*. Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019a). La formación de hábitos y el libre albedrío. *En Opúsculos de neuroantropología filosófica*, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (directores). Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019b). La preocupación por el otro y el libre albedrío. *En Opúsculos de neuroantropología filosófica*, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C. (2019c). Neurociencias y libre albedrío. *En Opúsculos de neuroantropología filosófica*, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia. Carolina Gutiérrez de Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau (directores). Ediciones Nueva Jurídica.
- Julià Pijoan, M. (2019). *Proceso penal y [neuro]ciencia: una orientación desorientada*. Universidad de Barcelona.
- KAHNEMAN, DANIEL, SIBONY, OLIVIER & SUNSTEIN, CASS R. *Ruido. Una falla en el juicio humano*, JOAQUÍN CHAMORRO MIELKE [Trad.], Bogotá, Debate, 2021.

- Mlodinow, L. [2008]. *El andar del borracho*. Cómo el azar gobierna nuestras vidas. Editorial Crítica.
- Murillo, J. I. [2012, segundo semestre]. La antropología filosófica de Helmuth Plessner y el problema mente-cerebro. En *Thémata Revista de Filosofía* N.º 46.
- PINKER, STEVEN. Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla, Bogotá, Paidós Editorial Planeta, 2021.
- Polo, L. [1996]. *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*. Unión Editorial.
- SEARLE, JOHN R. Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político, MIGUEL CANDEL [Trad.], Barcelona, Paidós Ibérica, 2004.
- Sobrevilla, D. [2006, mayo]. El retorno de la antropología filosófica. En *Diánoia*, Volumen LI, N.º 56.
- Tugendhat, E. [1999]. *Diálogo en Leticia*. Luis Román Rabanaque [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. [2001]. *Lecciones de ética*. Luis Román Rabanaque [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. *Problemas*. [2002]. Román Cuartango, Vicente Durán Casas, Germán Meléndez, Rosa Helena Santos-Ihlau & Rafael Sevilla [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. [2004]. *Egocentricidad y mística. Un estudio antropológico*. Mauricio Suárez Crothers [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. [2008a]. *Antropología en vez de metafísica*. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. [2008b]. *Un juicio en Alemania*. Conferencias y toma de posición [1978-1991]. Daniel Gamper Sasche [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E., López, C. & Vicuña, A. M. [2014]. *El libro de Manuel y Camila. Diálogos sobre ética*, Barcelona, Editorial Gedisa.
- Tugendhat, E. [2017]. *Ser-verdad-acción*. Ensayos filosóficos. Rosa Helena Santos-Ihlau [Trad.]. Editorial Gedisa.
- Urbano Martínez, J. J. [2021]. *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

# Sistema penal colombiano: entre la presión mediática y el punitivismo

Martha Gineth Padilla Santamaría<sup>59</sup>

## Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo analizar el Sistema Penal colombiano y su adherencia o no a los postulados del Estado social de derecho, sobre los cuales se erige en la Constitución Política. Así mismo, se describió la influencia de los medios de comunicación en el diseño, formulación y operativización de la política criminal y, por ende, en el punitivismo. Para ello, se abordaron algunos preceptos teóricos de Zaffaroni [2016], Baratta [2004], Batista [1990], Cita y González [2017], entre otros. La metodología utilizada en el presente análisis fue con un enfoque cualitativo. De igual manera, según el propósito, se catalogó la

<sup>59</sup> Doctora en Ciencias Políticas, Magíster en Gerencia de Recursos Humanos, Especialista en Derechos Humanos, Especialista en Derecho Constitucional, Abogada Penalista, Defensora Pública en el Sistema Penal Acusatorio, Regional Cesar. Docente investigadora en Posgrados en la Universidad de Santander (UDES) y en la Universidad Popular del Cesar.  
CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000126218](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000126218)

información como pura o básica, de acuerdo con el nivel alcanzado, fue categorizada como descriptiva y conforme a las fuentes de donde se obtuvo la información, se tipificó como revisión bibliográfica, documental o de tipo hermenéutica. Se concluyó que la Política Criminal de Colombia es obtusa, populista, equívoca y con limitada o nula capacidad de prevención del fenómeno delictual, desde la integralidad. A partir de allí se formuló un verdadero derecho penal de última ratio, donde la única salida a la criminalidad no sean las cárceles. De igual forma, se coligió que los medios masivos de comunicación hacen parte del derecho penal, dado que promueven campañas punitivas, aprovechándose así de la ignorancia de la gran mayoría de los políticos, que son presos de los medios y caen en la trampa estafatoria del punitivismo, al expedir normas penales inútiles, aumentando penas y prohibiendo beneficios que, en últimas, producen vulneración de derechos humanos, corrupción, reforzamiento de la discriminación, gasto desmedido, entre otros, debido al aumento de las fuerzas de seguridad y la disminución de la inversión social para la prevención del delito.

**Palabras claves:** sistema penal colombiano, punitivismo, presión mediática.

## Abstract

The objective of this research was to analyze the Colombian Penal System and its adherence or not to the postulates of the social rule of law, on which it is based in the Political Constitution. Likewise, the influence of the media in the design, formulation and operationalization of criminal policy, and therefore in punitivism, was described. For this purpose, some theoretical precepts of Zaffaroni [2016], Baratta [2004], Batista [1990], Cita and González [2017], among others, were addressed. The methodology used in the present analysis was with a qualitative approach. According to the purpose, the information was categorized as pure or basic; by the level reached it was categorized as descriptive and by the sources from which the information was obtained, it was typified as bibliographical, documentary or hermeneutic type. It was concluded that the Criminal Policy of Colombia, is obtuse, populist, equivocal, and with limited or no capacity to prevent the criminal phenomenon, from an integral point of view. From there, a true criminal law of ultima ratio was formulated, where the only way out of criminality is not prisons. Likewise, it was concluded that the mass media are part of criminal law, since they promote punitive campaigns, taking advantage of the ignorance of the great majority of politicians, who are prisoners of the media and fall into the fraudulent trap of punitivism, by issuing useless penal norms, increasing penalties and prohibiting benefits, which in the end produce human rights violations, corruption, reinforcement of discrimination, excessive spending, among others, due to the increase in the security forces and the decrease in the social investment for crime prevention.

**Keywords:** Colombian Penal System, Punitivism, Media Pressure.

## Introducción

Después de aproximadamente 20 años de vigencia del Sistema Penal colombiano, que entró en vigor con la promulgación de la *Ley 599 de 2000* y las innumerables reformas que se le han realizado, además de la crisis del sistema carcelario, se hace relevante indagar si este último se encuentra en la encrucijada de la presión mediática y el punitivismo. A este respecto, a través de diferentes posturas teóricas y los datos encontrados, se describió cuál es el papel de la criminología crítica latinoamericana en la actualidad, así como cuáles son los postulados sobre los que se erige la política criminal en Colombia y si esta es acorde con ese derecho penal que caracteriza a los Estados sociales de derecho, o si por el contrario, ese derecho penal mínimo es una utopía y lo que objetivamente se ha desarrollado en Colombia es un expansionismo del poder punitivo, lo cual puede estar influenciado por los medios masivos de comunicación.

## Planteamiento del problema

La política criminal en América Latina es un mosaico de elementos ideológicos provenientes de Europa, que se importaron sin que efectivamente se comprendiera su ideología ni mucho menos la realidad social de nuestros pueblos. Esto produjo que las soluciones buscadas a través de estas no fueran coherentes ni atinadas, “quedando algunas en el nivel de las curiosidades” Zaffaroni [2016, p. 5], lo que en últimas repercutió en la hecatombe del

punitivismo penal reinante a lo largo y ancho de nuestro continente, donde obviamente Colombia no es la excepción.

En este orden de ideas, el presente artículo visibiliza que la política criminal en Colombia, a partir del año 2000, fecha en que se promulgó el Código Penal, así como el Sistema Procesal Penal o *Ley 906 de 2004* y las demás normas que han sido modificatorias de estas normas, ha desnaturalizado los principios y valores sobre los cuales se fundaron dichas normas y, por el contrario, estas han incidido en el inflacionismo punitivo y, por ende, en el aumento del encarcelamiento. Esta situación se ha convertido en caldo de cultivo para la vulneración generalizada y sistemática de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión en Colombia, lo que ha impedido, por tanto, su resocialización. De igual forma, se pudo conocer que los medios de comunicación masiva ejercen presión en el diseño, formulación y operativización de la política criminal.

Es por lo anterior que, para el presente análisis, se formuló el siguiente interrogante: **¿El sistema Penal Colombiano se encuentra entre la presión mediática y el punitivismo?** Para dar respuesta, se plantearon las siguientes subpreguntas:

1. ¿Cuál es papel de la criminología crítica de América Latina en la actualidad?
2. ¿Los postulados de la política criminal en Colombia corresponden a un derecho penal mínimo propio de un Estado social de derecho o existe una expansión del poder punitivo?
3. ¿Los medios de comunicación ejercen influencia en el sistema penal colombiano?

## Metodología

La metodología usada en el presente estudio fue la cualitativa, dado que se recurrió a la recolección de datos sin medición numérica. De igual forma, de acuerdo con el tipo de investigación, fue categorizada como pura o básica y, según el nivel alcanzado, como descriptiva. También se consideraron las fuentes de donde se retomaron los datos, por lo que se le dio a la metodología un enfoque de revisión bibliográfica y de tipo hermenéutica.

## Discusión y resultados

### Papel de la criminología crítica en América Latina en la actualidad

Para hablar de criminología crítica es relevante contextualizar el concepto de política criminal, que es entendida como “[u]n conjunto de principios y recomendaciones para la reforma o transformación de la legislación criminal y de los órganos encargados de su aplicación” (Batista, 1990, p. 15). En el mismo sentido, es concebida como aquella parte de la política de gestión de la conflictividad que “organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado” (Binder, 2011, p. 202), con el fin de evitar la violencia y el abuso de poder, como salida a la solución de los conflictos.

Por su parte, la Comisión Asesora de Política Criminal en Colombia adoptó la definición propuesta por el Alto Tribunal Constitucional colombiano, que enuncia en las siguientes palabras:

**[...] conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción (Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001).**

De las definiciones presentadas, se puede concluir que existe concordancia entre ellas, en el entendido de que la política criminal tiene como fin enfrentar o combatir aquellos comportamientos socialmente reprochables, a través del uso de diversas medidas jurídicas, culturales o sociales. No obstante lo anterior, la realidad es que cuando se habla de política criminal, esta se asocia con la política penal desde sus tres niveles: la criminalización primaria, entendida como el diseño y la tipificación de las normas penales por parte del legislador; la criminalización secundaria, que se refiere a los procesos de investigación y judicialización de los infractores de la ley penal y, por último, la criminalización terciaria, que es aquella estrategia que se encamina en la etapa de ejecución penal, ya sea en centros carcelarios o relacionada con algunas de las medidas sustitutivas de la prisión en establecimiento penitenciario.

Llama la atención del Observatorio de Política Criminal colombiano (2015) que, a pesar de que la política criminal contemple en sus estrategias la prevención del delito, “No es claro conceptualmente cómo se articulan aquellas respuestas preventivas que se den en el marco de la política criminal, con aquellas que les correspondan a otros sectores administrativos como son la educación, la salud, la cultura, la atención psicosocial, entre otros” (p. 5).

Dentro de este contexto, se pregunta el Observatorio (2015) si dicha política es una herramienta para garantiza derechos. Por lo tanto, cuando se habla de la cuestión criminal, se relacionan con la posición de poder y las necesidades de orden de una determinada clase social. Es por ello que se considera que la criminología crítica en América Latina debe apuntar a una criminología que no esté al servicio de las grandes maquinarias del poder financiero, pero tampoco de los monopolios mediáticos que presionan, por una parte, al legislador para que legisle según sus realidades punitivas construidas, y por otra, a los jueces penales, que son víctimas de linchamientos mediáticos. Por ese matoneo informático, estos se ven abocados a que, en la mayoría de los casos penales, impongan medidas de aseguramiento privativas de la libertad, produciendo sobrepoblación carcelaria y todos los aspectos negativos que ello conlleva.

De igual forma, la criminología crítica de América Latina, debe abogar por un órgano judicial independiente, con criterio judicial, que no esté al servicio del ejecutivo. Es por ello que esta Defensora Pública se adhiere totalmente a las recomendaciones efectuadas por el maestro Alessandro Baratta (2004,

p. 15), en torno a lo que debe ser lo imprescindible en una política criminal:

- 1. No reducir la política de transformación social a la política penal.**
- 2. Entender que el sistema penal es ontológicamente desigual, la selectividad hace parte de su naturaleza.**
- 3. Luchar por la abolición de la pena privativa de libertad.**
- 4. Frenar la batalla cultural y subjetiva contra la legitimación del derecho desigual, a través de las campañas de ley y orden.**
- 5. No abandonar la defensa y la lucha contra la prisión, a la espera de la Revolución mesiánica que va a resolver todo: en el día a día, como estaos viendo, las cosas siempre pueden empeorar.** [Negrilla fuera del texto].

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario interpelar al poder, develar las racionalidades punitivas, denunciar los excesos y arbitrariedades y no limitarse a colaborar funcionalmente con los Gobiernos, pues estos, en la práctica, continúan y profundizan el modelo excluyente, represivo y expansivo del sistema penal. Se considera, por tanto, que la agenda de la criminología crítica en Latinoamérica debería tener en cuenta los postulados de Baratta (2004) y velar por su reconstrucción, pero desde nuestra pluriculturalidad y realidad social.

Esa criminología debe abogar por un derecho penal mínimo y por unas políticas criminales que no solo estudien el fenómeno punitivo, en el sentido estricto de la palabra, sino que también se implementen para quitar la máscara de no persona a los indígenas, a las

personas de color, a las mujeres y a los colonizados. En ese sentido, las políticas criminales deben luchar por un derecho penal humano, donde todos, absolutamente todos, sean tratados como personas, con todo lo que ello implica; por tanto, es necesario integrar al fenómeno de la criminalidad con las políticas sociales, culturales, judiciales, *securitarias* y penitenciarias, entre otras.

De forma paralela, simpatizamos con la idea de que la solución a la ineficacia del derecho penal está justamente fuera de él. No en vano cada vez más cobra vigencia la propuesta de Baratta [2004], en relación con la nueva prevención o *Nouvelle Prevention* también llamada *prevención proactiva*, que aboga por una mayor intervención de los ciudadanos y de todos los organismos de los diferentes niveles, para que se inmiscuyan y lideren las estrategias de prevención no penales, anterior a la criminalidad.

### ¿La política criminal en Colombia responde a un derecho penal mínimo, propio de un Estado social de derecho? ¿O existe una expansión del poder punitivo?

A continuación se describirán, de una manera sucinta, las características del Estado social de derecho, para luego analizar esas condiciones que se erigen como indispensables e identitarias para este. Posteriormente, se entrará a estudiar lo que sucede cuando esos postulados que caracterizan al Estado social de derecho no se cumplen o no están acordes con la Constitución Política, pero no esa constitución escrita en la hoja de papel, como diría Lassalle [2013], sino aquella en donde las relaciones

reales de poder interactúan para ver representados la conciencia general y el respeto de todos.

### La política criminal en el Estado social del derecho

Colombia, como Estado social de derecho, surgió como una forma de organización estatal orientada a la justicia social y la dignidad humana, por medio de la sujeción de las autoridades a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional. Sentencia C-1064 [Corte Constitucional de Colombia, 2001].

Sin embargo, este concepto de sociedad hay que entenderlo desde la posición asumida por la Corte Constitucional, en su Sentencia C-566 [1995], donde es definida como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. Por el contrario, el Estado liberal decimonónico la concebía como un ente compuesto de sujetos libres e iguales, pero en abstracto.

En ese orden de ideas, el Estado social de derecho consiste en la obligación de crear la misma libertad para todos como supuesto social, es decir, corresponde al Estado colombiano suprimir las desigualdades a través de acciones positivas que tiendan a contrarrestarlas y de la creación de nuevas oportunidades de desenvolvimiento dentro de la esfera social para aquellas personas que se encuentren en situación de desventaja.

De acuerdo con lo anterior, la política criminal de este tipo de Estado debe atender también tanto a los principios constitucionales como a la necesidad de superar las desigualdades entre los ciudadanos.

Así mismo, le corresponde interrelacionarse con el poder de aquel, para determinar los lineamientos de reproche y sanción de determinados comportamientos del ser humano. Es por esto que el carácter social del Estado le impone la obligación de intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular, mediante el desarrollo de una política social que prevenga o solucione los problemas por las vías de la disuasión o, en últimas, por la vía penal.

Según Guzmán y Rodríguez [2008] en un Estado social de derecho el individuo es su única razón de ser y la política criminal es expresión de las normas penales; por lo tanto, estas deben reflejar, primordialmente, el respeto por la dignidad humana, la libertad y la igualdad entre los individuos, de tal manera que se hace necesario la estructuración de políticas criminales que examinen la realidad social, política y económica.

La política criminal dentro del Estado social de derecho plantea dos problemas merecedores de análisis y discusión. El primero de ellos es que en las sociedades latinoamericanas se ha llevado a cabo una expansión del derecho penal “como respuesta a una globalización de la delincuencia frente al crimen organizado, el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas y de personas y el blanqueo de capitales, entre otros”, Lindado [2012, p. 4]. Esto ha ocasionado el llamado derecho de emergencia, en el que la sociedad, frente a esta situación, renuncia a sus garantías personales, algo muy contrario a lo promulgado por el Estado social y democrático de derecho. Como consecuencia de lo anterior, se crean leyes penales especiales, lo que ha sido

sustentado corroborado por el Instituto Rosarista de Acción Social [2011]:

**En materia penal en Colombia se legisla al vaivén de los acontecimientos políticos, sociales y de orden público, conforme a imposiciones foráneas, e incluso según lo reclame la propia sociedad civil, cuando se agudiza en ella el proceso de victimización de algunas conductas (p. 12).**

Es en este punto en donde toma fuerza la segunda dificultad que señala Lindado [2012] en relación con la política criminal de Colombia: la adopción de códigos y teorías penales surgidas en sociedades desarrolladas, en un contexto sociocultural completamente distinto. Afirma, además, que se debe establecer una diferencia entre “perspectiva político-criminal” y “desafío político-criminal, en la medida en que la primera supone determinación de los principios básicos de un derecho penal democrático y dilucidación de su contenido y, el segundo, significa entender que todo principio es solo un programa de acción y requiere, por ello, de implementación en una realidad concreta: la nuestra, la latinoamericana.

Se considera, por tanto, que la política criminal indefectiblemente debe analizarse dentro del marco general de las políticas públicas diseñadas

por el Estado colombiano, dentro de las cuales se encuentran las políticas penitenciarias y carcelarias. De igual manera, es importante tener en cuenta la pertinencia de la formulación y promulgación de leyes en esta materia, así como la implementación de estas, bien sea en el plano social o dentro del contexto de los centros de reclusión.

### La política criminal como política de Estado

Se ha referido que, a través de los años, la política criminal en Colombia se ha traducido en convertir

nuevas conductas en delitos y en incrementar penas a algunas conductas punibles, pero el Estado no se ha preocupado por hacer un estudio del fenómeno de la criminalidad con el objetivo de tipificar con corrección los comportamientos que realmente ameriten ser elevados a la categoría de delitos. Tampoco se han establecido los medios para prevenir y combatir la delincuencia (Lindado, 2012).

Es por todo esto que la producción legislativa, entonces, corresponde a un fenómeno de desarrollo negativo del derecho penal, pues como diría Vargas Prentt (2012):

**La tendencia tradicional del Derecho Penal de proteger los bienes jurídicos individuales más relevantes, especialmente a aquellos que generen resultados lesivos (homicidio, hurto, peculado, entre otras), ha cambiado ostensiblemente en dirección a una tendencia que busca la creación de delitos de peligro, inclusive de peligro abstracto, anticipándose y extendiéndose de esta forma, a la protección jurídico penal (citado por Lindado, p. 6).**

En forma paralela, la ausencia de una política criminal garantista, diseñada de modo concertado y democrático, unida a la falta de una acción estatal sobre el tema, ha permitido que sean los organismos judiciales acusadores los que impulsen desde una legislación penal ordinaria, pero con una tendencia represiva o, lo que es peor, de excepción.

Para ejemplificar lo mencionado anteriormente, las reformas efectuadas al Código Penal colombiano [Ley 599 de 2000] y de Procedimiento Penal [Ley

906 de 2004] fueron iniciativas legislativas del fiscal general de la Nación. Lo mismo sucede con otras leyes, como la 1453 de 2011 [Ley de Seguridad Ciudadana], dado que su gran defensor, además del Congreso de la República y los medios de comunicación, fue el director de la Policía Nacional en Colombia, el general Óscar Naranjo.

De acuerdo con lo anterior, el que sean las autoridades judiciales acusadoras las que impulsan la legislación penal en Colombia, y que en principio

debe servir como límite al poder punitivo del Estado, da lugar a creación de normas ambivalentes, a políticas públicas fragmentarias, no articuladas y por ende contradictorias, con tendencias represivas y autoritarias, que dan prioridad a criterios de seguridad y las sobreponen a las garantías y derechos fundamentales. Así mismo, propicia la restricción del derecho a la libertad individual, vulnerando los derechos humanos durante la reclusión y, en últimas, reduciendo la posibilidad de obtener la libertad.

Es válido recordar que el sistema penal adoptado por Colombia está fundado en la dignidad humana, prohíbe la reacción social contra el delito, impone un límite máximo a la pena privativa de la libertad, así como a las penas en forma general. De igual forma, en relación con la ejecución de la pena, esta debe tener una función de prevención especial positiva, diseñada para que a través del tratamiento penitenciario progresivo<sup>60</sup> se permitan procesos resocializadores en el condenado<sup>61</sup> preceptuados en la Ley 65 de 1993<sup>62</sup>.

Ahora bien, a pesar de que Colombia, a través de su criminalización primaria, ha estructurado su sistema punitivo acorde a un Estado social de derecho, este se ha venido desnaturalizando, debido a sucesivas reformas incoherentes que dan al traste

<sup>60</sup> Tal como lo preceptúa la Ley 65 de 1993, en sus artículos 10, 12 y 142.

<sup>61</sup> Así lo deja ver el Código Penal colombiano [Ley 599 de 2000], en sus artículos 55, 55.6, 129, 167, 171, 401, entre otros.

<sup>62</sup> Artículo 147 y artículos 38B, 38 G, y 64 de la Ley 599 de 2000.

con el modelo adoptado. En consecuencia, el Alto Tribunal Constitucional colombiano, en reiteradas oportunidades, ha decretado el Estado de Cosas Inconstitucionales [ECI] en las cárceles por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, puesto que el alto índice de hacinamiento en los centros de reclusión atenta contra la dignidad humana y los derechos fundamentales como la vida, la salud y los principios, valores y derechos pregonados en la Carta Fundamental y que no pueden ser afectados, ni siquiera con ocasión a la condena y la imposición de la pena privativa de la libertad en los casos que a ello haya lugar.

Dentro de este contexto se ha venido utilizando la pena de prisión como la “principal sanción a conductas punibles sin que correlativamente se actúe con eficiencia en el mejoramiento del sistema penitenciario, en disonancia con los postulados del Tipo de Estado sobre el cual se edificó la Constitución, que prohíbe penas crueles, y degradantes” [Cita Triana y González Amado, 2017].

Al analizar el Código Penal colombiano a través de la historia, vemos cómo entre las primeras normativas penales —por ejemplo, el Código Penal de 1837, promulgado en el marco de la Nueva Granada y con la inspiración del Código Francés de 1810 y del Español de 1822— se pudo conocer por datos aportados que, en esa normatividad, las penas se clasificaban en corporales y no corporales. Dentro de las últimas se preceptuó la privación de la libertad de tres maneras: el presidio, la prisión y la reclusión, las cuales tenían límites claros y diferenciados en su duración, ya que el presidio tenía un término máximo

de doce años, la reclusión de diez años y el límite superior de la prisión era de ocho años. Este tipo de penas se mantuvieron hasta el año 1890, pero con un aumento exponencial de sus límites, toda vez que el presidio pasó a 12 años, la reclusión a 15 y la prisión a 10 años, evidenciándose el endurecimiento punitivo en cada una de ellas en un 60, 66,67 y 80 % respectivamente.

A partir de allí, es decir en el año 1936, inspirados en el sustento positivista y liberal, se hizo una nueva clasificación de las penas, las cuales ahora serían principales y accesorias. Dentro de las primeras se encuentran el presidio, con 24 años de límite máximo; la prisión, con 8 años; el arresto, con 5 años; el confinamiento, con 3 años, entre otras.

Posteriormente, casi 50 años después, se expide el Código Penal de 1980, a través del Decreto Ley 100. Aquí se mantiene la clasificación de las penas principales enunciadas anteriormente, pero nuevamente el endurecimiento punitivo reina, puesto que la pena de prisión se aumenta a 30 años, el arresto se mantiene y se implementa la restricción domiciliaria en penas cuyo límite máximo sea hasta 5 años.

Se puede afirmar que, posterior a la expedición de la Ley 40 de 1993, el Estado colombiano da inicio a un exacerbado aumento punitivo, que presuntamente se legitimaba en la lucha contra el secuestro, delito al cual le fue aumentada su pena máxima a 60 años, en aquellos casos que se cometía en modalidad agravada. De esta forma, se aumentó el máximo de la pena de prisión a 60 años, lo cual corresponde a

un aumento del 100 %, en relación con la consagrada en el Decreto Ley 100 de 1980.

El actual Código Penal colombiano fue creado mediante la Ley 599 del 24 de julio de 2000. En esta nueva legislación se consagraron penas principales, dentro de las que se encuentran las privativas de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y otras privativas de otros derechos. Así mismo, se establecieron las sustitutivas, la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido como sustitutivo de la multa. De igual manera, en esta nueva legislación, se estipuló nuevamente el aumento de la pena máxima de prisión a 40 años, entre otros.

### El actual Código Penal colombiano fue creado mediante la Ley 599 del 24 de julio de 2000.

Ahora bien, al analizar la ola de reformas penales en Colombia desde el año 2004, se encontró que han sido promulgadas leyes para expandir el derecho penal y se han endurecido las penas. Es paradójico que solo unos meses

después de haberse promulgado la Ley 906 de 2004, se haya expedido la Ley 890 de 2004 que, entre otros, fijó el límite de la pena en 60 años cuando se trata de concurso de delitos; aumentó el límite de la pena de prisión a 50 años; se incrementaron en la mitad los máximos de las penas consagradas en la parte especial de la Ley 599 de 2000, sin exceder los límites consagrados en la parte general del Código; además, se adicionaron nuevos tipos penales.

Así mismo, se expidió la Ley 1028 de 2006, mediante la cual se extiende la aplicación y competencia de las políticas penales del Estado, para crear tipos

penales relacionados con los hidrocarburos. En esta misma dirección expansionista, se promulgaron: (i) la Ley 1098 de 2006 —Código de Infancia y Adolescencia—, que contempló prohibiciones y descuentos punitivos por aceptación de cargos, preacuerdos, así como beneficios administrativos en donde las víctimas sean menores de edad; (ii) la Ley 1142 de 2007 —Ley sobre convivencia y seguridad ciudadana—, que crea nuevos tipos penales y aumenta las penas; de igual forma, hace más laxos los argumentos probatorios para la imposición de medida de aseguramiento; (iii) la Ley 1181 de 2007, que aumenta la pena para el delito de inasistencia alimentaria.

En forma paralela, la Ley 1257 de 2008 incrementó el límite máximo de la pena de prisión hasta en la mitad para el delito de homicidio contra las mujeres; es decir, que esta se elevó a 75 años. Igualmente, la Ley 1453 de 2011, en su artículo 188 C, consagró el tipo penal “Tráfico de niños, niñas y adolescentes”, consagrando una pena de 30 a 60 años, la cual se puede incrementar hasta en la mitad por circunstancias establecidas en la ley; en otras palabras, permite que el máximo de esta pena pueda establecerse hasta en 90 años.

En concordancia con estas reformas, se expidió la Ley 1761 de 2015 —también denominada Ley Rosa Elvira—, en la cual se consagró el delito de feminicidio como delito autónomo, lo que incrementó ostensiblemente la pena para ese tipo de delito. No obstante, la severidad de la sanción, desde el año 2015, no ha visibilizado disminución de homicidios contra las mujeres, dado que, en el año 2020, según datos del Observatorio de Feminicidios, se registraron 630 asesinatos contra mujeres y en lo

que va corrido del año, al mes de febrero, la cifra alcanzó los 56 asesinatos.

También se promulgaron la Ley 1453 de 2011—Ley de seguridad ciudadana—, que aumenta los términos para la obtención de la libertad provisional; la Ley 1542 de 2012, que aumenta la pena para el delito de violencia intrafamiliar, eliminando su carácter querellable a los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar.

Continuando con el análisis del inflacionismo punitivo que en los últimos 15 años se ha presentado en Colombia, el Congreso de la República, en uso de su técnica legislativa, ha incrementado las penas al punto de que, a pesar de que se omite señalar que son sanciones perpetuas, objetiva y materialmente se traducen en ello.

Es así, como a manera de ejemplo, que el delito de homicidio simple está tipificado en el ordenamiento penal en el artículo 103, que consagró una pena mínima de 17 años y 4 meses y una máxima de 37 años y 6 meses de prisión. Si se comparan estas penas con las que otros países de Latinoamérica tienen estipuladas para este delito, se puede observar que, en Argentina, el artículo 79 [CP] prevé una pena de prisión de ocho a veinticinco años; por su parte, en Chile, el código penal consagra en sus artículos 391 y 392 el homicidio agravado con una pena de 10 años hasta prisión perpetua.

En relación con el delito de homicidio, en Chile, cuando es producto de riña [art. 392], es castigado con pena de presidio de 5 a 10 años; en Perú, el artículo 106 de la legislación penal consagra el

homicidio simple con una sanción que oscila entre 6 a 20 años de prisión. Así mismo, en Ecuador, el artículo 449 del Código Penal estipula que “El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años”. En Venezuela, el artículo 407 del Código Penal manifiesta que: “El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años”. Por último, en Brasil, el homicidio simple, previsto en el artículo 208 (CP), considera una sanción penal de 6 a 20 años.

De los datos anteriores, se analiza que Colombia, a nivel del continente latinoamericano, ha optado por acoger una política de endurecimiento de las penas, cuya consecuencia es que no se permita la excarcelación rápida de las personas vinculadas en un proceso penal, salvo pocas excepciones, como sucede cuando se autorizan las prisiones domiciliarias a causa de una grave enfermedad o porque la persona detenida es padre o madre cabeza de familia. A modo de ver de González [2013], dicho endurecimiento punitivo no se compagina con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción penal.

De acuerdo con lo anterior, efectivamente el reconocimiento del amplio margen del poder configurador del legislador lo ha convertido en una especie de figura omnipotente, lo cual sirve de fundamento para que los jueces impongan sanciones penales que desborden los lineamientos diseñados. En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se indica diáfanoamente que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, art. 5.6).

Es indiscutible, entonces, el expansionismo penal en Colombia, mostrado en las normas citadas anteriormente que, por cierto, son solo una muestra, porque en total sobrepasan las 50 hasta el año 2017. Este panorama evidencia, por tanto, que dichas normas se contraponen con los principios del garantismo penal propio de un Estado social de derecho y se subraya que muchas de ellas son producto de una política criminal mediática, pues así ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia [2013, p. 10] cuando se refiere a esta sucesión de leyes penales, así:

**La Corte reitera su llamado de atención a las instancias legislativas y gubernativas competentes, a fin de que, una vez por todas, la política criminal en Colombia transite por los senderos que dictan tanto la Constitución como la racionalidad instrumental de las medidas procesales implementadas con ocasión del Acto Legislativo 03 de 2002. Se trata, entonces de lograr coherencia,**

**consistencia y permanencia en los lineamientos para el tratamiento de los fenómenos delictivos, sin desconocer que la fijación de las penas debe responder a criterios de proporcionalidad [...].**

Por otra parte, la *Ley 906 de 2004*, o Sistema Procesal Penal de tendencia acusatoria, fue establecida como una herramienta jurídica novedosa, cuyos fines se orientaban a un derecho penal mínimo que pretendía, por una parte, judicializar aquellas conductas más graves que atentaran verdaderamente contra los bienes jurídicos de la sociedad y, por otra, la aplicación de unas salidas alternas al proceso penal, con el ánimo disminuir el hacinamiento en las cárceles en Colombia y descongestionar los estrados judiciales, entre otros. Todo este nuevo procedimiento, que cuenta con mecanismos como el principio de oportunidad, la justicia restaurativa y las negociaciones, a

nuestro modo de ver, en nada ha contribuido para disminuir el nivel de hacinamiento en las cárceles de Colombia, ya que, según cifras del INPEC [2020], la sobrepoblación carcelaria pasó del 4,68 % en el año 1993 al 53,53 % al mes de enero del año 2020. Esta cifra disminuyó ostensiblemente y al mes de abril del año 2021 fue del 01 % [INPEC, 2021].

No obstante, es pertinente aclarar que esta cifra no disminuyó porque se hayan promulgado políticas que apunten a la disminución de la población carcelaria [*Decreto 546 de 2020*], tal como se puede ver en la siguiente tabla:

Tabla 1. Salidas intramurales desde el 12 de marzo de 2020

Tipo de salida	Total
Decreto Legislativo 546 de 2020 - Detención Domiciliaria Transitoria	825
Libertad ordinaria - Ley 599 de 2000	10.260
Detención domiciliaria - Ley 906 de 2004	7597
<b>Total, salidas</b>	<b>18.682</b>

Fuente: Adaptada de la *Sentencia C-225 de 2020* [p. 67]<sup>63</sup>.

63 Información obtenida de la *Sentencia C-225 de 2020*, según la cual, la fecha en que se recaban los datos de las salidas de las PPL, a detención y prisión domiciliarias, fue el 30 de junio de 2020, lo cual fue remitido por el Gobierno nacional.

Las cifras que arrojan las sustituciones de medida de carácter preventivo y prisión domiciliaria por aplicación del Decreto 546 de 2020 es de 825 PPL, lo cual representa el 4,41 % del total de salidas reportadas por el Gobierno nacional. Los otros beneficios se dieron en el marco de cumplimiento de las figuras jurídicas consagradas en la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004; es decir que si el

decreto legislativo no hubiese sido expedido, de todas formas se habrían sustituido las medidas intramurales.

Ahora bien, si de manera detallada se analizan las salidas reportadas por el INPEC a la Corte Constitucional colombiana al 30 de junio de 2020, se obtienen los resultados reflejados en la siguiente tabla:

Tabla 2. Beneficios por aplicación del Decreto Legislativo 546 de 2020

Personas privadas de la libertad beneficiadas con medida transitoria por aplicación del Decreto Legislativo 546 de 2020	
Motivo de otorgamiento del beneficio	Total
60 años	47
Madre gestante	2
Enfermedad catastrófica	25
Discapacidad y/o morbilidad reducida	1
Delitos culposos	17
Condenas inferiores a 5 años	433
40 % de la pena	334
<b>Total</b>	<b>859</b>

Fuente: Adaptada de la Corte Constitucional colombiana [2020, p. 68].

Lo que se analiza es que si el total de la población carcelaria a nivel nacional para el momento en que fue expedido el Decreto Legislativo era de 120.667 PPL<sup>64</sup>, sin mayor esfuerzo, y al realizar una simple regla de tres, se puede verificar que el hacinamiento carcelario solo disminuyó en 0,71 %. Esta cifra, de manera objetiva, no permite inferir en forma razonada que el fin de proteger el derecho fundamental de la salud de las PPL, que a los cuatro vientos pregonó el Estado colombiano, y que fue el motivo para que expidiera este Estado de Emergencia Económica,

Social y Ecológica y la consecuente Emergencia Sanitaria, no se vio materializado en los datos aquí presentados y que fueron divulgados por el mismo INPEC [2021].

Por el contrario, fueron las solicitudes de libertad por vencimiento de términos, los beneficios judiciales y administrativos, los sustitutos y los subrogados penales, presentados en su gran mayoría por los defensores públicos en las diferentes regionales del país y por los abogados defensores, los que lograron algunas salidas de PPL. Toda esa situación fue consecuencia del traumatismo presentado en la rama judicial, debido al cambio en la forma de hacer

las audiencias, pues se pasó de la presencialidad a la virtualidad. A raíz de lo anterior, la administración de justicia colombiana entró en *shock* y paralización, pues, cuando la Organización Mundial de la Salud decretó la pandemia por el COVID-19, esta no contaba con infraestructura tecnológica para efectuar audiencias virtuales.

Se considera, por tanto, que dicha normativa fue otra salida sensacionalista del Gobierno nacional, como muchas de las que profiere, para mostrar resultados aparentes de protección de los derechos humanos ante la comunidad internacional.

### Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO)

Otro aspecto que ha llamado la atención es el papel del Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (PASO), que fue implementado como herramienta presuntamente eficaz de la política criminal para lograr la resocialización y disminución de la vulneración de los derechos humanos de las PPL.

A pesar de contener elementos normativos clave de la política criminal como política pública del Estado en Colombia, se han evidenciado innumerables dificultades y resultados negativos en dicho plan de acción. Este modelo, que paradójicamente fue creado con el objeto de mejorar el tratamiento de las PPL, pues se orienta a la reinserción social del individuo, endilga toda la responsabilidad al infractor por el delito cometido. Este, por consiguiente, pasa a ser considerado como una persona aislada frente a una sociedad en equilibrio y, por lo tanto, el tratamiento penitenciario debería resultar en una

transformación del penado, en un nuevo ciudadano, a través de la destrucción de la persona [Lindado, 2012]. Es por esto por lo que Castillo [2012], respecto a este sistema o plan de acción, considera:

**El Estado en este caso fomenta la muerte del sujeto como ciudadano. Es decir, permite la muerte civil del sujeto, esta muerte civil ocurre porque la nueva categoría con la que se denomina a la persona delincuente: prisionero, no la incluye. Se mortifica al sujeto para que emerja de éste otro, uno que sea ciudadano (p. 13).**

Por su parte, la Corporación Excelencia en la Justicia [2010] indica que el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), no obstante, cuenta con aspectos positivos como la inclusión de las víctimas al proceso a través de las Salas de Atención al Usuario (SAU) o la celeridad que se aplica a las capturas en flagrancias. En relación con la implementación del sistema, esta presenta falencias como insuficiente uso de las tecnologías de la información para sistematizar los centros de servicios para que las audiencias no fracasen por cruce de estas, por errores de notificación a las partes involucradas en el proceso, por el incipiente o nulo uso del principio de oportunidad y la justicia restaurativa, entre otros.

Señala, además, que es así como las expectativas sociales de realización de justicia no se han cumplido a cabalidad, ya que los procesos se dilatan en el tiempo, aunque se trate de mostrar que la oralidad agiliza el sistema y aunque se venda la idea de celeridad y concentración procesal. Lo cierto es que, al plasmar el Código de Procedimiento Penal, en un lapso máximo de un año, los términos procesales realmente se extienden en periodos más largos y, a veces, hasta al punto del término de prescripción de la acción.

Ahora bien, la falencia que presenta el Estado colombiano en la implementación de la política criminal, especialmente en el plano social, es que no cuenta con mecanismos de prevención de la delincuencia que contenga un carácter pedagógico, que luche por disminuir brechas como la desigualdad económica, social, de género, entre otras, consagrando como única estrategia o alternativa para la solución de los problemas sociales el uso del derecho penal, a pesar de que este debe ser un instrumento de última ratio.

### La creación de nuevos establecimientos de reclusión del orden nacional (ERON)

Sin duda, en los establecimientos penitenciarios también se evidencia una falta de política criminal garantista, dado que el hacinamiento en estos espacios es uno de los principales factores de violación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad, sin que el Estado parezca preocuparse por subsanar de raíz tal situación. Una de las estrategias o políticas públicas del Estado

para solucionar el problema del hacinamiento consiste en la creación de nuevos establecimientos de reclusión del orden nacional (ERON).

Sin embargo, la ampliación de los cupos carcelarios no resuelve el problema, ya que el mismo Gobierno nacional, en el *Decreto Legislativo 546 de 2020*, reconoció que entre los años 2010 y 2020 la capacidad carcelaria pasó de tener 67.965 cupos carcelarios a 80.763. A pesar de ello, estos son insuficientes, dado que la población privada de la libertad creció de 84.444 a 120.667 personas detenidas. Se identificó, además, que 112.272 son del sexo masculino y 8395 son mujeres. Otra cifra relevante es que 36.240 personas están detenidas de forma preventiva y 84.427 se encuentran condenadas ejecutando la pena que les fue impuesta por un juez de conocimiento.

De los datos presentados anteriormente, se concluye que en esos 10 años el Estado colombiano aumentó el 15 % de los cupos carcelarios, lo cual no fue directamente proporcional con el número de personas que fueron privadas de la libertad en ese mismo periodo, pues esa población, en ese mismo periodo, creció un 30 %. Esto significa que es dos veces más grande que los cupos carcelarios, lo que produjo, por tanto, hacinamiento con todas las vulneraciones que ello implica, como el Estado de Cosas Inconstitucionales, declarado reiteradamente por el Alto Tribunal Constitucional.

Además de lo anterior, es precisó resaltar que de esas 120.667 PPL, el 30 % se encuentran detenidas preventivamente, a pesar de que se presumen inocentes; por cuanto, aún se encuentran en el

trámite del proceso penal, donde aún no se ha proferido sentencia.

Por otra parte, según datos disponibles en los tableros estadísticos del INPEC (2021), los 132 centros carcelarios a nivel nacional cuentan con un cupo carcelario de 80.892, pero albergan una población penitenciaria de 97.754 PPL. Esto significa que existe una sobrepoblación de 16.862 PPL y refleja, además, un índice de hacinamiento del 20,85 %. Si se comparan dichas cifras con el mes de febrero de 2020, cuando los datos arrojaban un hacinamiento por encima del 50 %, se puede observar una considerable disminución, sobre todo, a partir del mes de marzo de 2020, debido a las causas mencionadas previamente.

**Por otra parte, según datos disponibles en los tableros estadísticos del INPEC (2021), los 132 centros carcelarios a nivel nacional cuentan con un cupo carcelario de 80.892, pero albergan una población penitenciaria de 97.754 PPL.**

Si se analizan las cifras de hacinamiento de los años anteriores, se puede observar un común denominador alarmante: todas sobrepasan el 40 %. Esto se puede corroborar en el tablero estadístico del INPEC (2021), en donde se presentan las siguientes cifras: 2019 (52,85 %), 2018 (48,54 %), 2017 (45,67 %), 2016 (51,79 %), 2015 (55,63 %) y 2014 (46,68 %). En correspondencia con lo anterior, la Revista Semana (2018) emitió un informe que señalaba que, “En Colombia hay 115.792 privadas de la libertad y el hacinamiento supera el 365 por ciento” (15 de junio de 2018). En forma paralela, en la siguiente tabla se presenta un consolidado nacional de la tendencia histórica de la población penitenciaria y el hacinamiento entre el año 2005 y el 2012.

Tabla 3. Datos comparativos entre la población privada de la libertad y la infraestructura (2002-2014)

Año	Población	Tasa <sup>99</sup>	Capacidad	Hacinamiento
2002	49.474	119,7	42.465	16,5%
2003	54.234	129,6	45.739	18,6%
2004	62.708	148,0	47.825	31,1%
2005	68.639	160,0	49.722	38,0%
2006	66.553	153,3	49.821	33,6%
2007	60.371	137,4	52.468	15,1%
2008	64.253	144,5	52.555	22,3%
2009	70.901	157,6	54.777	29,4%
2010	76.761	168,7	55.060	39,4%
2011	86.076	186,9	68.029	26,5%
2012	102.296	219,6	75.620	35,3%
2013	114.872	243,8	75.726	51,7%
2014	120.623	253,1	76.066	58,6%

Fuente: Tomada del Ministerio de Justicia y del Derecho (2014)

De las cifras presentadas anteriormente se observa, de manera inicial, que al año 2002 la tasa de sobrepoblación en el sistema carcelario y penitenciario en Colombia alcanzaba el 16,5 %. Así mismo, que para el año 2014 el índice sobrepasaba el 300 %, dado que logró ascender al 58,6 %. Lo más preocupante de estas cifras es que no hay coherencia entre los datos extraídos del tablero estadístico del INPEC (2021) y las cifras del Ministerio de Justicia y del Derecho (2014), pues este visibiliza que para el año 2014 la tasa de hacinamiento oscilaba alrededor del 58,6 %, lo que representa una diferencia entre las fuentes del 12,2 %.

De igual forma, se analiza que los años en que más sobrepoblación carcelaria se presentó en Colombia fue en 2014 y 2015, época justamente en que se adicionaron artículos y modificaciones a las leyes 599 de 2000 y 906 de 2004. Entre las normas expedidas, se pueden mencionar la *Ley 1709 de 2014*, la *Ley 1761 de 2014* y la *Ley 1709 de 2014*. Así mismo, se crea el delito de feminicidio a través de la *Ley Rosa Elvira* (176 de 2015), norma que aumentó ostensiblemente el *quantum* punitivo para ese delito autónomo. De igual manera, se crearon otros tipos penales, como el contrabando y la evasión fiscal en la *Ley 1762 de 2015*, conducta a la que le fue aumentada el mínimo de la pena, lo cual hace procedente la detención preventiva carcelaria, entre otros aspectos que contribuyeron al gran encarcelamiento.

Es por todo ello que han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional desde el año 1998, a través de diversas sentencias, como la T-153 de 2013, T-388 de 2013, T-762 de 2015, entre otras. Luego de que el Alto Tribunal Constitucional

hizo un análisis histórico del fenómeno de ocupación en las cárceles en Colombia, decretó el Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI), pues logró identificar que había sobrepoblación carcelaria por el descuido y la improvisación en la infraestructura carcelaria, lo que producía hacinamiento. Dicha situación impedía que los condenados pudieran contar con condiciones mínimas, tal como se estipula en las normas penitenciarias y de derechos humanos, como una cama, agua potable, instalaciones sanitarias, atención en salud, visitas conyugales y familiares en condiciones dignas, entre otras.

En relación con esta declaratoria del ECI, es relevante señalar que todas esas ausencias han impedido garantizar a la población carcelaria los medios mínimos para el cumplimiento de ese proyecto resocializador, que es uno de los fines de la pena. La resocialización incluye estudio, trabajo, recreación, atención psicosocial, salud, entre otros aspectos sociales. Esta situación de hacinamiento, el hecho de que personas condenadas y sindicadas compartan los mismos patios, e incluso con las mujeres y sus hijos o que se compartan los centros penitenciarios con los hombres, transgrede de forma absoluta el respeto de la dignidad humana y, por ende, los fines del tratamiento penitenciario, tal y como lo estipula la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y normas nacionales que protegen los derechos de las PPL. En resumen, las autoridades incumplen de manera flagrante las obligaciones que les impone el ejercer la potestad estatal.

Por lo hasta aquí planteado, es acertado afirmar que la creación de nuevos ERON no solucionó el problema de hacinamiento, pues es una medida a

largo plazo y la realidad es que la población carcelaria crece desafortunadamente y el deshacinamiento se hace imposible. Por ello, podría decirse que el sistema de justicia y el sistema criminal confluyen en un círculo vicioso donde la criminalidad aumenta desmesuradamente el sistema carcelario y este sistema no alcanza a suplir las necesidades de infraestructura ni de personal para atender esta demanda.

### Influencia de los medios de comunicación en el sistema penal colombiano

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni (2016) ha venido sosteniendo y recalando que los medios de comunicación masivos de la región son los creadores de la realidad. Esta situación la ejemplifica con varios países de América Latina, donde los índices de inseguridad son extremadamente bajos, como en el caso de los del extremo sur (Argentina, Chile y Uruguay). En estos territorios la violencia homicida es relativamente baja porque, entre otras, “están al margen del circuito de la cocaína” (p.19).

A pesar de esta realidad comprobada por los datos estadísticos, los medios de comunicación han creado una realidad violenta y de descontrol que no corresponde a lo vivido por dichas sociedades. Esta mediatización de la inseguridad termina minando las mentes de los pobladores, quienes caen en la trampa mediática, que los enerva y los lleva al punto de exigirles a los Estados una represión ilimitada que, en últimas, termina en violaciones de derechos humanos de las poblaciones de las periferias, favelas y, en general, de los barrios pobres de algunos países suramericanos.

Es por esto que, con razón, Zaffaroni (2016) señala que “para crear esta realidad, los medios monopólicos explotan y profundizan los peores prejuicios”, estimulando la violencia con el pretexto de combatirla; de esta forma es que promueven la venganza. Aquí es preciso detenerse un poco para hablar del caso colombiano, específicamente del delito de homicidio culposo, donde claramente es sabido que las personas investigadas por este despliegan una conducta imprudente, descuidada o cualquier apelativo que los acerque a la culpa como elemento del subjetivo del tipo penal, por lo que se descarta la intención de acabar con la vida de las personas. Es por ello que los jueces de control de garantías, al hacer el juicio de ponderación para determinar el tipo de medida de aseguramiento a imponer, casi siempre optan por una no privativa de la libertad, puesto que no se dan los presupuestos constitucionales para que de manera preventiva se interne al imputado en un centro de reclusión.

No obstante, todo el trabajo jurídico y de protección de los derechos humanos, tanto de las víctimas como de las personas vinculadas al proceso penal, lo cierto es que en la otra orilla están las noticias amarillistas registradas por los medios, que envían mensajes de odio y rencor, lo que exacerba a las víctimas y a la sociedad, en lugar de cumplir con su labor de atención y apoyo psicosocial para la elaboración del duelo. En consecuencia, obligan y presionan a los administradores de justicia para que no actúen en derecho ni conforme a los preceptos garantistas del derecho penal mínimo, sino, por el contrario, al derecho penal del enemigo, conforme a lo reclamado y construido por ese poder, esto es, los medios de comunicación.

Dentro de este contexto, el poder mediático se destaca en el sistema penal colombiano y se proyecta cada vez más como un ídolo omnipotente, que impone y quita normas; así mismo, motiva para que se formulen políticas criminales, nacidas solo de sus entrañas, pero que nada tienen que ver con la realidad social del pueblo colombiano. Para terminar, bien se ha dicho que los medios de comunicación son el cuarto poder y, parafraseando al profesor Zaffaroni, son capaces de resolver todos los problemas y eliminar todo lo indeseable. Obviamente desde sus necesidades.

## Conclusiones

La Política Criminal de Colombia, es obtusa, populista y equívoca, con limitada o nula capacidad de prevención del fenómeno delictual, desde la integralidad, que permita construir a partir de allí, un verdadero derecho penal de ultima ratio, donde la única salida a la criminalidad no sean las cárceles. Por ello, se considera que para enfrentar el punitivismo, se requiere crear un Comité de Política Criminal serio, en donde participen diferentes actores de las Ramas del Poder Público, los Entes de Control y la asesoría de especialistas, que actúe como el organismo que avala los Proyectos de Ley que se propongan o postule el Legislador para reformar o adicionar, los estatutos penal y procesal penal. Esto nos permite, acabar de una vez por todas, que dichas reformas sean iniciativas de las autoridades acusadoras quienes en la actualidad son quienes impulsan la normatividad penal.

Es evidente el impacto del neopositivismo penal, por cuanto, en los últimos 20 años, se han

incrementado exponencialmente los delitos y las penas. De igual forma, es palmaria, la tendencia a restringir de manera preventiva la libertad, en detrimento de la protección contemplada en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, los cuales son pasivamente aplicados, por el Sistema Judicial, repercutiendo en el aumento exponencial de la población carcelaria, con todas las vulneraciones que ello implica, como lo ha dejado ver la Corte Constitucional colombiana, en las reiteradas declaratorias de ECI, en los centros penitenciarios del País.

Se afirma sin dubitación alguna, que los medios masivos de comunicación, hacen parte del derecho penal en Colombia, por cuanto, promueven campañas punitivas, donde la ignorancia de las gran mayoría de los políticos, que son unos presos de los medios caen en la trampa estafatoria del punitivismo, promulgando tipos penales inútiles, aumentando penas y prohibiendo beneficios, sin que se estudie el fenómeno de la criminalidad, desde la interdisciplinariedad e interinstitucionalidad, lo que en últimas produce, muertes, hacinamiento, corrupción, reforzamiento de la discriminación, aumento de las fuerzas de seguridad y disminución de la inversión social, para la prevención del delito. Se propone que el Estado diseñe políticas, donde establezca en forma obligatoria, que los medios de comunicación que hagan cubrimiento de noticias judiciales, cuenten con periodistas capacitados en Derechos Humanos, Sistema Penal y Procesal Penal, para que sólo, desde la objetividad que brindan cada uno de estos instrumentos jurídicos y el respeto de los derechos de los involucrados en el proceso penal, presenten las noticias; no con

el amarillismo que los caracteriza, que presionan a los administradores de justicia, en muchos casos, con la censura a tomar decisiones populares, pero en contra de la estricta legalidad y por ende la dignidad de las personas.

Mientras se siga utilizando el Derecho Penal, como herramienta del poder económico y político, difícilmente el Estado, podrá adoptar una teoría punitiva que respete los postulados sobre los cuales se erige la Carta Política.

Se requiere por tanto, que en la primera fase de la política criminal, haya una reestructuración normativa de aquellos delitos leves como; el uso de documento falso público; las lesiones personales, la inasistencia alimentaria, delitos contra el sentimiento religioso, delitos contra la integridad moral, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, como el ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables; entre otros, los cuales se podrían dar tratamiento con sanción

dentro ámbito administrativo, pero obviamente, por fuera del derecho penal.

De acuerdo con lo anterior, estamos convencidos, que la solución a la ineficacia del Derecho penal está justamente fuera de él. Es por ello, que se recomienda acoger, la propuesta de Baratta (2004), en relación con la nueva prevención o “Nouvelle Prevention” también llamada “prevención proactiva”, que aboga, por una mayor intervención de los ciudadanos y todos los organismos de los diferentes niveles, para que se inmiscuyan y lideren las estrategias de prevención no penales, anterior a la criminalidad, donde establezcan medios para prevenir y combatir la delincuencia.

El Estado, está en mora, de hacer un verdadero estudio del fenómeno de la criminalidad, con el objetivo de tipificar con objetividad los comportamientos que realmente ameriten ser elevados a la categoría de delitos y propender por su reconstrucción, pero desde nuestra pluriculturalidad, etnicidad y realidad social.

## Referencias bibliográficas

- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. Euros Editores S.R.L. <https://www.passeidireto.com/arquivo/16417337/criminologia-y-sistema-penal-alessandro-baratta>.
- Batista, N. (1990). *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Revan. [https://www.academia.edu/35213615/Nilo\\_Batista\\_Introducao\\_Critica\\_ao\\_Direito\\_Penal\\_Brasileiro](https://www.academia.edu/35213615/Nilo_Batista_Introducao_Critica_ao_Direito_Penal_Brasileiro).
- Binder, A. (2011). *Análisis político criminal*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
- Cita Triana, R. A. & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario*. 19ª Edición. Editorial Legis. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. [2000]. *Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano*, 19.<sup>a</sup> edición. Editorial Temis. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano*, 19.<sup>a</sup> edición. Editorial Temis. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1453 de 2011. Ley de Seguridad Ciudadana*, 19.<sup>a</sup> edición. Editorial Temis. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. [1995]. *Sentencia C-566 de 1995*. [M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Expediente N.º D-823. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. [1998]. *Sentencia T-153 de 1998*. [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Expedientes acumulados T-137.001 y 143.950. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

Corte Suprema de Justicia. [2013]. Sentencia de Casación Radicado N.º 33254. [M. P.: Leónidas Bustos Martínez]. <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/-478640254>.

Corte Constitucional de Colombia [2020]. *Sentencia C-025 de 2020. Expediente D-13323*. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-025-20.htm>.

Corte Constitucional de Colombia [2020]. *Sentencia C-225 de 2020. expediente RE-277*, [M.P. Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-255-20.htm>

Corporación Excelencia en la Justicia. [2010]. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia* [Consultado el 17 de octubre de 2014]. <https://cej.org.co/publicaciones/justicia-penal/balance-de-los-primeros-cinco-anos-de-funcionamiento-del-sistema-penal-acusatorio-en-colombia/>.

González, J. [2013] *Reinserción social en las cárceles. ¿Una ilusión?* Imprenta nacional. Defensoría del Pueblo. Colombia.

Guzmán, González y Rodríguez Serpa, F [2008]. *La política criminal y la función preventiva de la sanción penal*. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BDMMJqqBP14J:revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/download/840/828/+&cd=12&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. [2020]. *Población intramural*. [http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?\\_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash\\_\\_Poblacion\\_Intramural&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec](http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec).

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. [2021]. *Población Intramural*. [http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?\\_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash\\_\\_Poblacion\\_Intramural&j\\_username=inpec\\_user&j\\_password=inpec](http://190.25.112.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec).

Instituto Rosarista de Acción Social [2011]. *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario colombiano entre 1995 y 2010*. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/catalog/product/view/id/6311/s/gpd-desarrollo-del-sistema-penitenciario-y-carcelario-colombiano-entre-1995-y-2010-9789587381993/category/603/>.

Lassalle, F. [2013]. *¿Qué es una Constitución?* Ediciones Coyoacán, S. A. de C.V.

Lindado, C. [2012]. La política criminal colombiana en relación con la política criminal del Estado social de derecho. *Revista Papeles del Castigo* [Consultado el 20 de junio de 2014]. <http://papelesdelcastigo.files.wordpress.com/2012/02/polc3adtica-criminal-y-estado-social-de-derecho.pdf>.

Ministerio de Justicia y del Derecho [2014]. Lineamientos para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia. [https://www.academia.edu/35393544/Lineamientos\\_para\\_el\\_fortalecimiento\\_de\\_la\\_Pol%C3%ADtica\\_Penitenciaria\\_en\\_Colombia](https://www.academia.edu/35393544/Lineamientos_para_el_fortalecimiento_de_la_Pol%C3%ADtica_Penitenciaria_en_Colombia).

Ministerio de Justicia y del Derecho. [2020]. *Decreto Legislativo 546 de 2020*. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039042>.

Observatorio de Política Criminal. [2015]. *Qué es la política criminal*. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/queespoliticacriminal-ilovepdf-compressed.pdf>

Observatorio Femicidios Colombia. [2021]. *Vivas nos queremos*. <https://observatoriofemicidioscolombia.org/>.

Organización de los Estados Americanos [OEA]. [7 al 22 de noviembre de 1969]. *Convención Americana sobre derechos humanos* (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Organización de las Naciones Unidas. [1969]. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 38.<sup>a</sup> edición. Editorial Legis. Bogotá, D.C. Colombia.

Revista Semana [2018, 15 de junio]. *¿Qué hacer con las cárceles de Bogotá?* <https://www.semana.com/nacion/articulo/hacinamiento-en-las-carceles-de-bogota/571202/>.

Zaffaroni, E. R. [2016]. *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Editorial Instituto de Estudio e Investigación Jurídica [INEJ]. Servicios Gráficos Managua, Nicaragua. [https://www.academia.edu/37343370/DERECHO\\_PENAL\\_HUMANO\\_Y\\_PODER\\_DEL\\_SIGLO\\_XXI\\_ZAFFARONI\\_pdf](https://www.academia.edu/37343370/DERECHO_PENAL_HUMANO_Y_PODER_DEL_SIGLO_XXI_ZAFFARONI_pdf).



# La omisión legislativa en los términos procesales de la acusación

Sara Lucía Díaz Sanín<sup>65</sup>

## Resumen

En este artículo se investigará si existe o no una omisión legislativa relativa en los términos de la acusación en el procedimiento penal general (Ley 906 de 2004). Se analizarán, asimismo, diferentes componentes del el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), de los términos dentro de la etapa de juicio en el SPOA, de la posible aplicación o no de normas jurídicas de carácter general a falta de norma especial que regule el asunto y, posteriormente, se abarcará el tema de la omisión legislativa. De igual manera, se hablará sobre cuáles son

<sup>65</sup> Abogada de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Penal y Magíster en Derecho Penal de esta misma universidad. Defensora Pública de la Regional Antioquia, abogada litigante en Díaz y Sanín Abogados y en MLH Abogados.

las clases de omisión legislativa y si en el caso de estudio de este artículo se está o no frente a una omisión legislativa relativa y cuáles son sus consecuencias en la praxis judicial.

**Palabras claves:** omisión legislativa, términos procesales, acusación, acto de parte, norma específica, discrecionalidad judicial, omisión legislativa relativa.

## Abstract

This article will investigate whether or not there is a relative legislative omission in the terms of the accusation in the general criminal procedure law 906 of 2004. It will also analyze different components of the Accusatory Oral Criminal System (Sistema Penal Oral Acusatorio "SPOA"), the terms within the trial stage in the SPOA, the possible or not application of general legal norms in the absence of a special norm that the matter, and subsequently, the issue of legislative omission will be covered. In the same way, we will talk about what are the types of legislative omission and what are the consequences in the judicial praxis.

**Keywords:** Legislative Omission, Procedural Terms, Accusation, Party Act, Specific Rule, Judicial Discretion, Relative Legislative Omission.

## Consecuencias de la omisión legislativa en los términos procesales de la acusación en el marco del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)

Antes de abordar el tema central del presente artículo se aclararán algunos conceptos fundamentales y básicos, que permitan un mejor entendimiento del tema que hoy nos ocupa. Se comenzará por definir conceptos importantes, como la acción penal, el Sistema Penal Oral Acusatorio colombiano y sus etapas, la etapa de juicio, la acusación, los términos dentro de la acusación, los principios que son ejes orientadores de la actividad judicial y la perentoriedad de los términos judiciales. Posteriormente, se iniciará con el tema central, especialmente, con la aplicación de los términos de la acusación en la práctica y se continuará con la conceptualización de los problemas de aplicación de normas jurídicas; de igual manera, se analizará la manera en que estos últimos encajan con la realidad de los términos que se presentan dentro de la acusación. Otros temas relevantes que serán abordados son la omisión legislativa, la existencia de una

omisión legislativa relativa en los términos de la acusación y se culminará con las consecuencias de la misión legislativa relativa dentro de los términos de la acusación.

## La acción penal

La acción penal es la capacidad que tiene el Estado de iniciar, adelantar y llevar a término una investigación de carácter penal que busque resolver un conflicto donde se encuentre involucrada una conducta que revista las características de delito. En términos de Fierro Méndez (2018), “[...] la acción penal es el instrumento mediante el cual se activa y puede mantenerse la competencia penal de los jueces, en procura de aplicar la ley y decidir lo que es conforme a derecho con respecto al sujeto activo de la conducta punible [...]” [p. 548]

### Titular de la acción penal

El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia señala que la Fiscalía General de la Nación está en la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal. Esto significa que es el órgano estatal competente para el ejercicio de la acción penal en el país.

Aunque la Fiscalía General de la Nación tiene en sus manos el ejercicio de la acción penal, eso no quiere decir que tenga la facultad absoluta para decidir sobre ella. El mismo artículo 250 de la Constitución Política de Colombia señala que esta entidad tiene la obligación de investigar toda conducta que revista las características de delito y no podrá interrumpir, suspender ni renunciar a la persecución penal,

salvo en casos expresamente señalados por la ley, en aplicación del principio de oportunidad y en el marco de la política criminal del Estado.

El ejercicio de la acción penal encuentra su sentido dentro del procedimiento penal. En Colombia este se encuentra regulado en diferentes normas, como la Ley 906 de 2004, que establece el procedimiento penal general; la Ley 1098 de 2006, que establece el procedimiento penal en casos de responsabilidad penal para adolescentes; la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se establece el procedimiento verbal abreviado, y otras de carácter especial<sup>66</sup>.

## El procedimiento penal general en Colombia

En Colombia, se tiene como procedimiento penal general el consagrado en la Ley 906 de 2004, denominado Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA). Se trata de un procedimiento de orientación acusatoria en el que existen dos partes en disputa: la Fiscalía y la defensa; de igual manera, interviene un juez imparcial e imparcial. Además de lo anterior, se cuenta con la participación de aquellos que son denominados intervinientes dentro del proceso penal que, a la luz de la Carta Política, son la víctima y el Ministerio Público.

Las víctimas son intervinientes procesales que tienen derechos dentro del proceso penal, estos son a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de

<sup>66</sup> Procedimiento Penal Militar, Ley 600 del 2000, entre otras.

no repetición<sup>67</sup>.

Por su parte, el Ministerio Público es también un interviniente, pero este tiene la particularidad de que su deber es velar por que se les respete a todos los sujetos procesales e intervinientes sus derechos y garantías procesales, según lo indica el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política.

## Etapas procesales del SPOA

La primera de ellas es la denominada etapa de indagación, que inicia con la noticia criminal y termina con la audiencia de formulación de imputación o el archivo<sup>68</sup> de las diligencias. Está encaminada a demostrar la existencia fenomenológica de un hecho de interés para el mundo jurídico por estar definido en la norma penal como delito nacido de una conducta humana, frente a la cual no haya operado el fenómeno de la prescripción y se pueda adjudicar a una persona plenamente individualizada. Los objetivos de corroborar la existencia del hecho, el presunto autor(es), la concordancia de la conducta de este último con una o varias de las descripciones del Código Penal consideradas

<sup>67</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003. Derechos de víctimas de delitos-Evolución de normatividad internacional. Sala Plena, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3.º parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

<sup>68</sup> ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal (Ley 906 de 2004).

como delito y la procedencia o no del ejercicio de la acción penal se obtienen a partir de un método investigativo denominado programa metodológico de investigación a cargo de la Fiscalía, como dueña de la acción, conforme lo señala el artículo 207 de la Ley 906 de 2004.

La segunda etapa, o etapa intermedia, es la denominada etapa de investigación, que inicia con la formulación de imputación y culmina con la presentación del escrito de acusación. En palabras de la Fiscalía General de la Nación (2009):

[Se caracteriza porque en ella,] el fiscal delegado, con el apoyo de la policía judicial, busca fortalecer los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que sirvieron de fundamento a la formulación de imputación, con el objeto de acusar a los presuntos autores o partícipes de la conducta investigada, solicitar la preclusión, o dar aplicación al principio de oportunidad [p. 79]. Explica Avella Franco (2007) que:

Esta fase comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, sin perjuicio de seguirse realizando actos de investigación en la fase de juzgamiento y aun estando en el juicio oral, toda vez que durante su desarrollo es posible la aparición de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida no conocidos hasta ese momento, que de manera excepcional pueden ser aducidos por las partes durante la etapa probatoria, de conformidad con el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 [p. 76].

La fase final es la *etapa del juicio*, que se inicia con la presentación del escrito de acusación y termina con la sentencia, ya sea esta condenatoria o absolutoria. En la etapa de juicio oral, específicamente en el interregno comprendido entre la entrega del escrito de acusación hasta cuando se formula la acusación en audiencia, no existe una regulación para el juez de conocimiento que establezca el término en el cual debe celebrarse la audiencia de formulación de acusación, pues las normas que regulan los términos en esta etapa en nuestro sistema penal acusatorio son conforme a la *Ley 906 de 2004*. Estos corresponden a los siguientes:

- En primer lugar, el consagrado en el artículo 338, que se ocupa de la citación a la audiencia. Indica que dentro de los tres (3) días posteriores al recibo del escrito de acusación, el juez debe señalar fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación
- Posteriormente, el artículo 343 hace relación a la fecha de la audiencia preparatoria. Allí se manifiesta que, una vez formulada la acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria. Adicionalmente, indica que esta no podrá ser llevada a cabo en un término inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) posteriores a su señalamiento, pero concordándolo con el artículo 175 *Ibidem* se encuentra un término de cuarenta y cinco (45) días para la celebración de dicha audiencia. Este último término debe prevalecer, pues es fruto de la reforma establecida en el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011.
- Por su parte, el artículo 365 señala el término para el inicio del juicio oral. Indica que, una

vez concluida la audiencia preparatoria, el juez deberá señalar fecha y hora para el inicio del juicio y que este deberá efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria. Ello debe ser concordado también con el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 y con la modificación ya antedicha, es decir, la que señala que el término para instalar la audiencia del juicio oral es dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria.

- En último lugar, se encuentra el artículo 447, el cual señala en su inciso tercero que, una vez emitido el sentido del fallo y escuchados los intervinientes en cuanto a la individualización de la pena y sentencia, el juez señalará audiencia para lectura de sentencia, en un término no mayor a quince (15) días a partir de la terminación del juicio oral.

Como puede observarse, el único término que se encuentra establecido, entre la entrega del escrito de acusación y la celebración de la audiencia de acusación, es el señalado por el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.); esto es, el que otorga al juzgador un término de tres (3) días para fijar la fecha y hora de celebración de la audiencia de formulación de acusación, pero ninguna norma regula el término dentro del cual se debe realizar dicha audiencia. Ante dicho vacío legislativo, la única herramienta disponible es el artículo 159 de la Ley 906 de 2004, lo que implica que la audiencia de acusación debe efectuarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fijación de la hora y fecha; sin embargo, es constante que esta se realice dentro de los tres o cuatro meses

siguientes, según lo determine el despacho competente, la disponibilidad de su agenda o de las salas de audiencia.

## La acusación

La acusación es un acto procesal que corresponde a una de las subetapas de la etapa de juicio. Es el primero de los actos procesales dentro del proceso penal que se lleva a cabo ante juez de conocimiento. Es el medio por el cual el ente acusador —es decir, la Fiscalía General de la Nación—, a través de los elementos materiales probatorios o evidencia física y la información legalmente obtenida, afirma, con probabilidad de verdad, que la conducta que reviste las características de delito existió y que la persona vinculada al proceso penal —es decir, el imputado— es autor o partícipe de este.

### La acusación como un acto complejo

La acusación debe llevarse a cabo en dos etapas: la primera es la presentación del escrito de acusación y la segunda es la realización de la audiencia de formulación de acusación.

A partir de la exigencia del agotamiento de los dos actos procesales anteriormente mencionados es que se indica que la acusación es un acto complejo, ya que requiere, sin excepción alguna, el agotamiento de las dos actuaciones, esto es, la presentación del escrito de acusación y la realización de la audiencia de formulación de acusación, para entenderse por realizada o agotada la etapa procesal de contenido sustancial de la acusación.

La Corte Constitucional, en variada jurisprudencia, se ha referido a la acusación como un acto complejo, y en una de sus exposiciones más recientes (Sentencia C-390 de 2014) señala:

Se conforma por dos oportunidades procesales: (i) por una parte, el escrito que presente la Fiscalía ante juez de conocimiento y (ii) por otra, la formulación oral de acusación dentro de la audiencia del mismo nombre. Tal acto complejo se traduce a su vez en un procedimiento formalizado que se desarrolla a través de: (i) la presentación del escrito de acusación ante el juez competente, (ii) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, la fijación de la fecha para la audiencia de formulación de acusación y (iii) la realización de la audiencia.

### Obligación legal de la Fiscalía General de la Nación conforme a la acusación

Se entiende que al momento en que la Fiscalía presenta su escrito de acusación ante el juzgador, cumple con su obligación legal y constitucional consagrada en el artículo 250, numeral 4, de la Constitución Política de Colombia y lo consecuente procesalmente a la entrega de dicho escrito le corresponde al juzgador; es decir, la impulsión procesal a partir de la presentación del escrito de acusación es responsabilidad del juez de conocimiento.

Se tiene entonces que para este término, que se da desde la entrega del escrito de acusación hasta la realización de la audiencia de acusación, existe solo una norma en concreto que se refiere a una parte del término: el artículo 338 de la Ley 906 2004. Este

consagra que, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez señalará la fecha, la hora y el lugar para la celebración de la audiencia de acusación; posterior a este artículo, se encuentra el 339, que habla del trámite de la audiencia de acusación; no obstante, se deja de lado una regulación sobre el término dentro del cual dicha audiencia debe celebrarse.

### Principios que son ejes orientadores de la actividad judicial

Al no existir un término legal especial al respecto, el operador debe ceñirse, en primer lugar, al artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. Este artículo nos lleva a observar el artículo 29 de la misma normativa, que nos habla del debido proceso, un procedimiento mediante el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Por lo anterior, se debe recurrir a la norma de carácter general que dentro de la *Ley 906 de 2004* indique un término aplicable en caso de que no exista en la normatividad un término especial.

En el caso de la normativa penal, se aplicaría la regla general para los términos judiciales consagrada en el artículo 159 de la *Ley 906 de 2004*, el cual señala que en caso de que la ley no haya previsto un término para el asunto en concreto, el funcionario judicial puede fijar dicho término, siempre que este no exceda los cinco (5) días.

El debido proceso es considerado como un derecho constitucional fundamental, el cual se aplica a cualquier clase de actuación, ya sea administrativa o judicial. Lo anterior en aras de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional, *Sentencia T-051 de 2016*).

En vista de lo anterior, habrá que observar el precepto de la *Ley 270 de 1996* —Ley Estatutaria de la Administración de Justicia—, principalmente su artículo 4, en el cual se habla de la obligación de la administración de justicia de cumplir con los principios de CELERIDAD y ORALIDAD. Además, señala que los términos procesales son PERENTORIOS y de estricto cumplimiento para los funcionarios judiciales, por lo cual significaría que los jueces penales de conocimiento no pueden dejar de lado el término judicial establecido en el artículo 159 de la *Ley 906 de 2004* y que estos términos deben de ser acatados estrictamente.

En cuanto al principio de celeridad, es necesario explicar un poco en qué consiste. López Olvera (2016) lo describe como aquel que “[...] dispone que las autoridades administrativas deben evitar costosos, lentos o complicados pasos administrativos que obstaculicen el trámite del expediente”. Explica, además, que se trata de “[...] una directiva legal que apela a la racionalidad en el empleo del tiempo, de los medios y en la configuración de las formas” (pg. 20).

Este principio, como tal, no solo es un eje orientador de la función jurisdiccional, sino que también es una garantía a las partes dentro del proceso, para la sociedad y para el mismo Estado.

En palabras de Quintero Chinchilla (2015), “[...] el principio de Celeridad se constituye como una garantía de nivel constitucional, encaminada a servir de orientación y fundamento en el pleno desarrollo de la función administrativa, la cual, a su vez, tiene como objeto la consecución del interés general y demás fines del Estado” (pg. 17).

### Perentoriedad de los términos judiciales

Antes de entrar a definir qué es un término perentorio, se debe dejar en claro que un término es el momento, el tiempo o la oportunidad que le otorga la ley o, excepcionalmente a falta de regulación legal, el juez para la realización o desarrollo de las etapas dentro de un proceso. Estos términos existen para todas las partes, intervinientes, auxiliares de la justicia y jueces que se encuentren inmersos dentro de un proceso.

Pinilla Galvis (2013) señala que son perentorios “[...] aquellos cuyo transcurso extingue o cancela definitivamente la facultad o el derecho que durante él no se ejerció [...]” (pg.7).

La existencia de estos términos perentorios es necesaria para que los ciudadanos tengan la certeza y el conocimiento de ellos, así como claridad de que estos términos son así y no pueden ser vulnerados, salvo en circunstancias extremas. Esto implica que los ciudadanos puedan confiar en el ente estatal y en el mismo Estado al momento en que este ingresa a su esfera personal a resolver conflictos, lo que se explica por medio del principio de la seguridad jurídica.

Por su parte, la Corte Constitucional manifiesta que “[...] La seguridad jurídica es un principio central de los ordenamientos jurídicos occidentales. La corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta” (*Sentencia T-502 de 2002*).

De igual manera, en la misma sentencia, la Corte expone que la seguridad jurídica “[...] opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por

**Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado”.**

cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado”.

En otras palabras, se explica que la seguridad jurídica es una garantía para que los ciudadanos puedan prever el periodo de tiempo máximo dentro del cual la autoridad estatal, que tiene en su conocimiento el caso que los ocupa, pueda tomar una decisión al respecto.

En ese orden de ideas, se tendrá que después de la recepción del escrito de acusación el juzgador dispone de tres (3) días para fijar fecha y hora para la audiencia de formulación de acusación y dicha audiencia debería celebrarse dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del primer término.

### Aplicación de los términos de la

## acusación en la práctica

En la práctica, se evidencia cómo los términos de la acusación no son acatados, esto por la falta de existencia de una norma especial que los regule; por lo tanto, los funcionarios judiciales se toman términos de hasta 3 o 4 meses posteriores a la recepción del escrito de acusación para celebrar la audiencia de formulación de acusación.

Lo anterior —explicado en palabras de algunos jueces penales del circuito con funciones de conocimiento y jueces penales municipales con funciones de conocimiento sucede en razón a que el cumplimiento de estos cinco (5) días como término máximo para la realización de la audiencia de formulación de acusación es imposible, debido a la carga laboral y a la agenda de los despachos; adicionalmente, se debe tener en cuenta la relevancia de los procesos, dado que algunos deben efectuarse con mayor celeridad que otros, independientemente de cuál haya presentado primero el escrito de acusación.

Muchas veces, explican los jueces, se ven en la necesidad de fijar la fecha de una audiencia de formulación de acusación para meses después de la entrega del escrito de acusación en vista de que la agenda está ocupada con otras audiencias fijadas con anterioridad, en las cuales se están venciendo términos. También se presentan casos donde se cuenta con personas detenidas (privadas de la libertad), por lo que debe dárseles mayor relevancia, o casos en los cuales se ven involucrados como víctimas menores de edad, los cuales son aún más relevantes. Por las razones anteriores, se hace imposible, en

la práctica, el cumplimiento del artículo 159 de la Ley 906 de 2004. Así mismo, dicho término para la celebración efectiva de la audiencia de formulación de acusación depende de la disponibilidad de agenda del despacho, de la relevancia del caso, de si en el proceso que ocupa en el momento al despacho existe detenido o no, de si hay otro proceso cuyos términos se venzan antes que este, de la cantidad de procesados y del tipo de delito del que se trate.

## Problemas de aplicación normativa

Lo anterior puede ser tomado como un problema de aplicación de la norma jurídica; es decir, teniendo en cuenta la existencia del artículo 159, que prevé una regla general en cuanto a la creación de términos judiciales por parte de los jueces penales en caso de que no exista norma específica que los regule, se estaría, entonces, ante un problema de aplicación de normas jurídicas por parte de los jueces penales. Para explicar en qué consiste un problema de aplicación normativa, es necesario especificar qué clases de problemas de aplicación de normas se pueden presentar. Para una mejor comprensión de estos, es preciso citar a Lastra [2002], quien indica que los problemas de aplicación normativa son cinco: problemas de eficacia, problemas de antinomias, problemas de vaguedad, problemas de ambigüedad y problemas de desajuste entre la norma y la realidad.

Eficacia: se dan problemas de aplicación de normas jurídicas cuando se ve comprometida la eficacia de la norma. Una norma es eficaz cuando es capaz de producir efectos jurídicos,

y en la medida en que una norma jurídica es eficaz esta es aplicable. [...] Antinomias: se dan problemas de aplicación de normas jurídicas cuando se presentan antinomias, es decir, cuando hay conflicto entre dos o más normas del mismo rango, alguna o algunas de ellas deben ser inaplicadas dependiendo del caso concreto. [...] Vaguedad: se dan problemas de aplicación de normas jurídicas cuando se encuentra que existe alguna imprecisión o indeterminación en los significados de los vocablos contenidos en la norma. [...] Ambigüedad: se dan problemas de aplicación de normas jurídicas cuando para la misma norma hay diferentes modos de aplicación o diferentes interpretaciones y generan en consecuencia dudas o confusión. [...] Desajuste entre la norma y la realidad: cuando las intenciones del legislador plasmadas en la norma jurídica no se pueden cumplir por estar de alguna manera alejadas de la realidad. En este sentido Lastra Lastra plantea que los textos legales deben de ser “expurgados” de todo aquello que pueda ser considerado como “letra muerta” o “moribunda”, por lo que las normas deben ser ajustadas constantemente a la realidad [pg. 3-6].

Se presenta, entonces, la posibilidad de hablar de un problema de aplicación de norma jurídica en cuanto se encuentra un desajuste entre la norma y la realidad. Como se planteó anteriormente, en la realidad se encuentran problemas en los despachos judiciales, sobre todo, en lo relacionado con la agenda y la relevancia del caso, lo que tiene como consecuencia que las audiencias de formulación de acusación se realicen, en ocasiones, pasado un largo tiempo después de la entrega del escrito de acusación

por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Compartiendo la opinión de Lastra Lastra [2002], al no ser aplicada la norma de carácter general que señala que la creación del término por parte del juzgador puede ser de un plazo máximo de 5 días, sino que se realicen las diligencias conforme a la disponibilidad del juzgado, se plantea que esta norma de carácter general, en este caso en particular, debe ser considerada como letra muerta; en otras palabras, debe ser reajustada a la realidad en vista de que no existe manera para que, efectivamente, esta pueda ser cumplida.

Partiendo de la premisa de que se debe tratar, en este caso en particular, lo señalado en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a los términos judiciales como letra muerta, es imposible que en la realidad se aplique este término general establecido en dicho artículo en cuanto a la efectiva celebración de la audiencia de formulación de acusación.

Se puede afirmar, por lo tanto, que el artículo 159 de dicha ley, como norma general aplicable a la ausencia de regulación de un término específico para la celebración de la audiencia de acusación, es letra muerta y, en tal sentido, se viola el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los intervinientes en el proceso penal acusatorio colombiano.

Es decir que la aplicación del mencionado artículo, además de ser en la realidad judicial colombiana letra muerta, es imposible de aplicar, precisamente porque dicha realidad impide que en un término de tan solo cinco (5) días, después de la fijación

de la fecha para la celebración de la audiencia de acusación, esta se pueda instalar. En ese orden de ideas, la congestión del sistema penal acusatorio, los criterios de prioridad de los casos, las carencias logísticas de la rama judicial y la insuficiencia de funcionarios judiciales, fiscales e investigadores no permiten el cumplimiento de la norma general a la que deberían acudir los jueces de conocimiento, ante la ausencia de regulación de un término razonable para la fijación de la fecha de celebración de la audiencia de acusación.

## La omisión legislativa

La omisión legislativa se presenta cuando hay una inactividad del legislador al hablar del desarrollo legislativo, es decir, cuando no hay creación de normas jurídicas necesarias para salvaguardar los derechos y delimitar los deberes de los ciudadanos y del mismo Estado. En palabras de la Corte Constitucional, se presenta la Omisión Legislativa cuando el Legislador incumple su deber constitucional de crear o desarrollar una norma. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-543 de 1996]. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-173 de 2010]. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-191 de 2019].

Ocurren dos clases de omisión legislativa: la primera es la omisión legislativa absoluta, que se presenta cuando el legislador ha omitido completamente el desarrollo legislativo de una determinada disposición constitucional [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-543 de 1996] [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-1236 de 2005]. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia

C-173 de 2010] [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-191 de 2019].; la segunda es la omisión legislativa relativa, que se da cuando el legislador, si bien ha realizado algún desarrollo legislativo frente a la disposición constitucional, no ha abarcado el tema en su totalidad, dejando de lado tópicos importantes y necesarios para el desarrollo pleno de dicha disposición. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-543 de 1996] [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-1236 de 2005]. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-173 de 2010] [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-767 de 2014]. [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-191 de 2019] [Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-289 de 2019]. La última, es frente a la cual se puede acercar el concepto de una laguna legal o un vacío jurídico, donde es necesario la existencia de una regulación en concreto sin que exista la misma, dejando en manos del operador jurídico como actuar.

### Omisión legislativa relativa

En palabras de la Corte Constitucional, para la verificación de la existencia de una omisión legislativa relativa se debe verificar:

[...] (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii)

que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador [Sentencia C-1009 de 2005] [Sentencia C-767 de 2014].

La norma frente a la que se puede predicar la omisión legislativa relativa es el artículo 338 de la Ley 906 de 2004, que omitió establecer el término en el que se debe celebrar la audiencia de formulación de acusación. Dicho ingrediente normativo tiene el carácter de esencial, dado que genera seguridad jurídica a los intervinientes en el proceso penal acusatorio y materializa el derecho fundamental a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. No haber regulado dicho término no se justifica, pues todo el proceso penal está concebido en etapas preclusivas, con términos perentorios para el ejercicio de la acción penal, excepto el interregno entre la presentación del escrito de acusación, la fijación de la fecha de la audiencia de formulación de acusación y el término en que esta deberá celebrarse, lo que necesariamente afecta derechos como la libertad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

Se tiene, entonces, que la omisión legislativa relativa “[s]e presenta cuando el Legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que

este tipo de omisión está ligado cuando se configura, a una ‘obligación de hacer’, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del Legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta” [Corte Constitucional, Sentencia C-173 de 2010]].

Es decir que, cuando el legislador no precisa el término en el cual se debe dar la efectiva celebración de la audiencia de formulación de acusación a partir del momento del recibo del escrito de acusación por parte del juez competente, se puede concluir que incumplió con su obligación de hacer lo que el Constituyente le impuso. Habrá de precisarse, por ende, cuál es la importancia de esta omisión legislativa en la realidad y cuáles son los problemas que se derivan de ella.

La Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, cuenta con 90 días para formular la acusación, contados desde la formulación de imputación, 120 días en caso de que sea concurso de delitos o sean tres o más los imputados, e incluso, 240 días en casos especiales.

Esta formulación de acusación consiste en, como se explicó anteriormente, la presentación del escrito de acusación y la celebración de la audiencia de formulación de acusación; sin embargo, este término se ve interrumpido por la presentación del escrito de acusación, lo que quiere decir que al presentarse este dejan de contar los términos y, aunque pasen meses luego de su presentación sin que se haya efectuado la audiencia de formulación de acusación, siempre y cuando esto sea por razones meramente

imputables al despacho del juez, se entiende que esos meses posteriores a la entrega del escrito no existen (en la contabilización de términos para la impulsión procesal) en el proceso penal, porque dichos términos no existen legalmente.

## Consecuencias de la omisión legislativa relativa en el término de la acusación

Como se expuso en apartados anteriores, la presentación oportuna del escrito de acusación constituye la carga procesal, que es obligación legal y constitucional de la Fiscalía General de la Nación. Con ello se da como debidamente cumplida, ergo en el caso en que la Fiscalía deba o decida retirar el escrito de acusación antes de la celebración de la audiencia de formulación de acusación, ya sea por falta de elementos materiales probatorios (EMP) o evidencias físicas (EF) que permitan llevar adelante su pretensión y requiera añadir más elementos al escrito de acusación o sea porque no cuenta con elementos que permitan continuar con la acción penal y/o esté buscando una posible preclusión.

El retiro del escrito de acusación es un acto que le compete única y exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación en vista de que esta es sobre quien reposa la ejecución de la persecución penal. En otras palabras, se podría decir que la Fiscalía General de la Nación es la “dueña de la acusación” [Corte Suprema de Justicia, Decisión 38256 de

2012] y al ser la acusación un acto de parte, nada impide que la Fiscalía retire el escrito de acusación antes de la efectiva celebración de la audiencia de formulación de acusación.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “[e]se retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial [el asunto no entró en la órbita de la función del Juez], pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto a la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o con acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna” [Corte Suprema de Justicia, Decisión 38256 de 2012].

Se plantea que la Fiscalía debe asumir las consecuencias derivadas de este retiro, y una de ellas es la continuación de la contabilización de los términos procesales. No hay claridad en si esa continuación de los términos debe tomarse desde el momento en que se retira la acusación o desde que se presentó el escrito de acusación, es decir, como si este no se hubiese presentado.

Esto implica verificar si aplica, cómo aplica y desde cuándo se comienzan a contabilizar los términos para la aplicación del artículo 294 de la Ley 906 de 2004, el cual habla del vencimiento de los términos consagrados por el artículo 175 de la misma normativa y de la obligación de la Fiscalía de solicitar la preclusión en caso de vencimiento de los términos mencionados y la consecuencia más impactante: la preclusión de la sanción.

Por otra parte, las consecuencias para el procesado son, como se mencionó previamente, la vulneración a sus derechos fundamentales y garantías procesales, como su derecho a un debido proceso, la seguridad jurídica y su derecho fundamental a un debido proceso sin dilaciones injustificadas.

El procesado debe poder conocer y sentir la seguridad de que el Estado, a pesar de que está ejerciendo la acción penal en su contra, también vela por sus derechos y que se encargará de garantizar que la búsqueda de esa verdad procesal dentro del procedimiento penal se hará en la mayor brevedad posible, respetando siempre sus derechos y garantías fundamentales.

Con la inexistencia de este término, la operancia de esta omisión legislativa relativa, el procesado y su defensor se encuentran a la deriva, a la espera de que el Estado, por intermedio de su órgano jurisdiccional, encuentre el tiempo para encargarse del procedimiento penal en el cual se encuentra inmerso el procesado.

No obstante, esa vulneración a derechos y garantías no solamente se ve reflejada para el procesado, pues se debe recordar que dentro del proceso no solo se encuentran las partes, sino también se cuenta con la participación de las víctimas como intervinientes en la actuación y que estas, claramente, tienen derechos que deben ser respetados y garantizados, como a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición. Todos estos derechos que se les deben garantizar a esas víctimas intervinientes en el proceso penal conllevan una serie de derechos relacionados, entre ellos, la

seguridad jurídica, la celeridad dentro del proceso penal, la garantía de que el Estado les respete sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la garantía de no repetición. La finalidad de todo ello es que este les asegure que el proceso penal que intenta llegar a una verdad procesal de los hechos delictivos de los cuales fueron víctimas no va a ser dilatado injustificadamente.

## Conclusión

Para concluir, se puede afirmar que sí existe una omisión legislativa en cuanto a los términos de la acusación y que si esta omisión corresponde a una omisión legislativa relativa, efectivamente el Estado, como consecuencia de dicha omisión, vulnera derechos y garantías procesales de las partes dentro del proceso penal, de los intervinientes y de la misma sociedad. También se puede afirmar que la consecuencia más notoria de dicha omisión es la vulneración a la seguridad jurídica de la sociedad, de las partes e intervinientes dentro del proceso penal.

Y se hace necesario hacer un llamado al legislador para que regule sobre el asunto y garantice, de esa manera, que todos los derechos y garantías procesales de cada uno de los individuos que se encuentran inmersos dentro de un proceso penal sean respetados a cabalidad.

Se hace el llamado al legislador para que se regule el asunto ya que al ser su deber constitucional la expedición y desarrollo de normas jurídicas, no es otro sino este quien en razón a la legalidad de los procedimientos le compete solucionar la omisión legislativa que en este artículo se ha señalado y

cualquier otra que se pueda encontrar. Al respecto se ha referido la Corte Constitucional al señalar que no es de su competencia sino lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política y señala que

“en un estado de derecho no caben competencias por analogía o por extensión” [Sentencia C-352 de 2017].

origen legal. Revista de Derecho Privado N.º 24, 289.

Quintero Chinchilla, L. C. (2015). La aplicación de los principios de Celeridad y debido proceso en los procesos de cobro coactivo en Colombia [tesis de grado de la Maestría en Derecho Administrativo]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.

---

## Referencias bibliográficas

- Avella Franco, P. O. (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial N.º 45.658 de 1 de septiembre de 2004. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-051 de 2016. Expedientes T-5.149.274, T-5.151.135 y T-5.151.136 [acumulados]. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-051-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1009 de 2005. Expediente D-5628. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1009-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 2003. Expediente D-4041. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-004-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-173 de 2010. Expediente D-7819. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-173-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-390 de 2014. Expediente D-10009. M. P.: Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-502 de 2002. Expediente T-554767. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-502-02.htm>
- Corte Suprema de Justicia. [21 marzo de 2012]. Decisión 38256. M. P.: José Luis Barceló Camacho.
- Fierro Méndez, H. (2018). Manual de derecho procesal penal parte general y fase preprocesal. 6(1). Leyer.
- Fiscalía General de la Nación. [2009]. Manual de procedimientos de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Lastra Lastra, J. M. (2002). El lenguaje jurídico y sus antinomias. Alegatos, pp. 161-166.
- López Olvera, M. A. (2016). Los principios del procedimiento administrativo. M. A. López Olvera, Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz [pág. 192]. UNAM.
- Pinilla Galvis, A. (2013). Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de



# Aplicabilidad del tipo penal de feminicidio por identidad de género en casos de muertes de mujeres trans, a partir de la postura de los jueces penales del circuito de la ciudad de Barranquilla

Minelva Flor Simanca Gale<sup>69</sup>

## Resumen

El estudio propuesto toma como punto de partida la Ley 1761 de 2015 y los problemas jurídicos derivados de la interpretación y aplicación de sus disposiciones; por tal razón, el presente artículo es producto de una investigación sociojurídica de corte documental, con un enfoque cualitativo. Durante el proceso se empleó un método de interpretación jurídica sistemática y las indagaciones se enfocaron en el análisis,

<sup>69</sup> Abogada, especializada en derechos humanos, Magíster en Derecho Penal, con formación en representación de víctimas de violencia basada en género. Defensora pública en el área de representación judicial de víctimas, asesora jurídica de la oficina de la mujer del distrito de Barranquilla y con experiencia en docencia universitaria. Correo electrónico: minelvasimanca1@hotmail.com

la interpretación y la aplicación de la Ley 1761 de 2015 en abstracto y de los criterios de los jueces penales del circuito de la ciudad de Barranquilla [Atlántico] en la aplicación de la norma en cuestión para los casos de violencia de género que concluyan en lo que la normativa estudiada contempla como feminicidio por motivos de identidad de género en mujeres transgénero.

**Palabras claves:** feminicidio, violencia de género, mujeres transgénero, Ley 1761 de 2015.

## Abstract

The proposed study takes as its starting point Law 1761 of 2015 and the legal problems arising from the interpretation and application of its provisions; therefore, this article is the product of a socio-legal investigation of documentary cutting, with a qualitative approach. During the process the method was used of systematic legal interpretation and the inquiries focused on the analysis, interpretation and application of Law 1761 of 2015 in the abstract and the criteria of criminal circuit judges of Barranquilla city [Atlántico] in the application of the rule in question for cases of gender-based violence that conclude in what the regulations studied envisage as femicide on the grounds of gender identity in transgender women.

**Keywords:** Femicide, Gender Violence, Transgender Women, Law 1761 of 2015.

## Introducción

Con la promulgación de la Ley 1761 de 2015, por medio de la cual se tipificó el feminicidio como un delito autónomo y se estableció como elemento subjetivo del nuevo tipo penal el ingrediente “por motivos de su identidad de género”, que es determinante en la adecuación de una conducta punible como el feminicidio, surgieron importantes debates desde la esfera social, política y legal que en la actualidad persisten.

La violencia contra la mujer ha estado caracterizada por las relaciones de poder en las que se subordina a la víctima por su condición de ser mujer, así como por el maltrato que, en ocasiones, sufre en la esfera

pública y privada, el cual suele ser respaldado por consensos sociales que transgreden las líneas de la legalidad. Por lo tanto, se hace necesario ahondar en algunos elementos para determinar el alcance de algunos apartes del tipo penal de feminicidio en los términos que fueron establecidos en la Ley 1761 de 2015.

El presente documento estudia la aplicabilidad de la *Ley 1761 de 2015*, también conocida como la “Ley Rosa Elvira Celis” en casos de mujeres trans respecto del tipo penal feminicidio, por medio de un análisis de corte sociojurídico, con un enfoque cualitativo y aplicando un método de interpretación jurídica sistemática a partir del contenido material

de la norma estudiada, de la jurisprudencia de los altos tribunales y de la doctrina especializada en la materia.

## Identificación de la problemática y regulación normativa

El feminicidio en la dogmática penal debe sus orígenes a las nociones dadas por Diana Russel y Jill Radford quienes “[...] además del de investigadoras como Janet Caputi, Deborah Cameron, y otras más, recopilados en el libro *Femicide: The politics of woman killing* [...] expusieron una teoría que ubica a mujeres y niñas como víctimas de crímenes por parte del patriarcado” [Lagarde, 2008, p. 215]. Igualmente, el contexto social de subordinación que caracterizó buena parte de la historia de las mujeres favoreció la impunidad de tales delitos atroces, por ello, autores como Toledo [2008, p. 213] sostienen que estos homicidios contra mujeres, por su condición de ser mujer, suelen darse en un contexto sociocultural de subordinación, lo cual favorece la impunidad y expone a las víctimas a diversas situaciones de violencia.

En ese sentido, García-Manso, Silva e Silva & Silva Barbosa [2019] afirman que la violencia contra las mujeres, desde el punto de vista histórico, ha sido recurrente y constante en todos los grupos sociales; la noción de feminicidio contiene la violencia contra la mujer que concluye en la muerte de la víctima tanto en escenarios públicos así como privados. De ahí que el derecho internacional se haya preocupado

por definir desde lo jurídico la violencia contra la mujer así: “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” [Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención Belém do Pará—, artículo 1].

Es por tal razón que entender el feminicidio como un hecho que trasciende del ámbito privado al público implica comprender la problemática más allá de las fronteras hogareñas y, como tal, es deber de órganos como la Defensoría del Pueblo procurar por la reducción y eliminación de todas las formas de violencia, incluida la más atroz de todas<sup>70</sup>.

En la actualidad, el panorama de violencia de género persiste, y sigue siendo un problema, ya que “para el 2018 se registraron 67 feminicidios y 72 tentativas de feminicidios. Frente a estos, la pareja ha sido reportada como agresor en 59 % y 52 % de los casos respectivamente” [Defensoría del Pueblo, 2018, p. 6]. De igual manera, “de las 3225 atenciones realizadas [por la Defensoría], el 19,4 % fue por hechos de violencia sexual cometidos contra mujeres y personas con orientaciones sexuales e identidades de género

<sup>70</sup> Por ello, se ha dicho desde la Defensoría del Pueblo [2018] que: “[...] el feminicidio trasciende de la familia a lo público, podemos hablar de esta categoría cuando una mujer es asesinada en el ejercicio del trabajo sexual, cuando ejerce liderazgo, por su orientación sexual, por su identidad de género, o por el hecho de identificarse como mujer. Sin embargo, en esta esfera existen pocas herramientas de análisis, diagnóstico e interpretación, por tanto, se presentan barreras para el acceso efectivo a la justicia [p. 30].

diversas” [Defensoría del Pueblo, 2018, p. 7].<sup>71</sup>

En consecuencia, la violencia y el abuso históricamente sufridos por mujeres ha trascendido y de ahí la importancia de concebir no solamente la violencia contra la mujer, sino de darle, también, una perspectiva de género en aras de integrar a todos los grupos poblacionales que sufren las mismas problemáticas por parte de los mismos agresores. Desde el punto de vista dogmático y gramatical, se discriminan los diversos elementos estructurales del feminicidio en la Ley 1761 de 2015 como tipo penal autónomo. Es menester agregar que para entender el feminicidio hay que partir de la concepción genérica de que la dogmática penal establece que todo tipo penal se compone, en principio, por un elemento objetivo y uno subjetivo.<sup>72</sup>

Así las cosas, según Vega [2016], el feminicidio debe ser entendido así: entre los elementos objetivos del tipo penal —sujetos y objetos— se tiene que el sujeto activo será toda persona que cometa la conducta [quien] que, además pudiera ser indeterminado,

<sup>71</sup> Otro importante punto a resaltar es que el concepto dado por la Convención de Belém do Pará adiciona la expresión ‘género’ que, pese a no estar debidamente definido, es el primer convenio internacional en utilizar dicho término. A su turno, en el sistema universal se tienen algunos apartes que igualmente incluyen el término ‘género’: “se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad” [Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7H].

<sup>72</sup> Vega [2016] lo explica así: En la teoría del delito [...] se entiende que lo objetivo es todo lo externo material, o sea todo aquello que es susceptible de ser percibido por los sentidos o dicho en palabras más coloquiales lo que ocurre fuera de la mente del sujeto; en lo que respecta a lo subjetivo en la teoría del delito se entiende también que es todo aquello que ocurre dentro de la mente del sujeto o sea el tránsito mental del sujeto al realizar la conducta. Entonces cuando hablamos de tipo objetivo y tipo subjetivo, nos referimos a las exigencias objetivas y subjetivas que el tipo le hace a la conducta [del] mundo real para que esta pueda ser denominada como típica [p. 57].

es decir, no requiere una característica particular; el sujeto pasivo será la mujer, que como víctima es también el titular del bien jurídico tutelado. En lo que al objeto se refiere, el bien jurídico tutelado [objeto jurídico] será la vida e integridad personal y el objeto material/personal es la víctima [mujer]. Es decir, la mujer será entonces tanto sujeto pasivo como objeto material y personal del tipo penal de feminicidio.

Aunado a lo anterior, la conducta requerida —por acción u omisión según fuere el caso— sería *matar* y las circunstancias expresas en el tipo penal exigen que sea “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género” [literales a-f del artículo 104A de la Ley 599 de 2000]<sup>73</sup>. Es importante agregar que, además, se trata de un tipo penal doloso, dado que el articulado no manifiesta de manera expresa la culpa o preterintención entre los elementos del tipo. En cuanto a los elementos subjetivos, es importante mencionar que “[quien causare la muerte a una mujer”, incluidos los motivos de la identidad de género de la víctima [literales a-f del artículo 104A de la Ley 599 de 2000], constituye un elemento subjetivo especial por cuanto describe un elemento por fuera del dolo, la culpa o la preterintención a la luz de los lineamientos propuestos por Vega [2016].

<sup>73</sup> A su vez, cuenta con unas circunstancias de agravación punitiva específicas: “Servidor público que aprovecha su posición / en mujer menor de 18 o mayor de 60 años / cuando hay concurso de personas [sujeto activo] / en mujer discapacitada, desplazada, prejuicios con otra orientación sexual, condición socioeconómica o etnia / en presencia de un familiar de la víctima / con posterioridad a una agresión sexual / cuando la víctima es parte de la unidad doméstica o familia hasta el primer grado de afinidad civil / en concurso con delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad / en concurso con delitos contra la salud pública” y las causales genéricas de agravación punitiva contenidas en los artículos 55, 56, 57 y 58 de la Ley 599 de 2000.

En el ámbito interno se tienen: la Ley 51 de 1981, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”; la Ley 294 de 1996, “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”; el Decreto 652 de 2001; la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

Por último, cabe destacar que la Ley 1257 de 2008 fue modificada por el Decreto 4463 de 2011, el Decreto 4796 de 2011 y el Decreto 4798 de 2011; la Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante el cual se contempló que la violencia intrafamiliar podría considerarse como un problema de salud pública, debido a los abusos físicos, sexuales y psicológicos. Además, la Ley 1542 de 2012 guarda igual relación, puesto que modifica la Ley 906 de 2004, y elimina “el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal”.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Es importante destacar que la normativa no se limita al contenido expreso del tipo penal de feminicidio de la Ley 599 de 2000; de hecho, los fundamentos normativos y dogmáticos le anteceden en el ámbito interno e internacional así: en el ámbito internacional se tienen la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993), la Plataforma de Acción de Beijing (1995), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (1994), el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (2003); así como la Resolución 52/86, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Resolución 1325 del 2000, la Resolución 1820 de 2008, la Resolución 1888 de 2009, la Resolución 1960 de 2010 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

## Tratamiento de la praxis, de la jurisprudencia o del derecho viviente en general por parte de los fiscales y jueces

**E**n materia jurisprudencial pueden verse, por caso, tanto sentencias de altos tribunales a nivel interno como del sistema interamericano. Por ejemplo, es posible consultar la Sentencia C-297 de 2016, con ponencia de Gloria Stella Ortiz Delgado, en lo que a la constitucionalidad de la Ley 1761 de 2015 se refiere; la Providencia SP2190-2015 de la Corte Suprema de Justicia y la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala donde se llevó a conocimiento del alto tribunal de derechos humanos una causa en la cual una menor fue asesinada y los órganos estatales no dieron la importancia debida al caso por considerar que su muerte habría tenido relación con ser prostituta, situación que además de discriminatoria era falsa.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> Estos casos evidenciaron una serie de problemas en la materialización de la aplicabilidad del tipo penal de feminicidio en eventos de muerte de mujeres trans que son comunes: “la falta de diligencia debida por parte del Estado de Guatemala en la investigación de la desaparición y posterior muerte” [Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014]; la importancia de aplicar los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, entre los cuales se entiende que los crímenes por identidad de género aplican también a las mujeres trans según el análisis de la Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Penal, SP2190-2015], que en sintonía con la doctrina especializada, sabe, además, que el feminicidio es el peor tipo de violencia contra la mujer; y la aplicación de tales preceptos en la Ley 1761 de 2015 donde se materializa el tipo penal de feminicidio como delito autónomo e independiente dentro de los parámetros de constitucionalidad abordados en la Sentencia C-297 de 2016.

Por consiguiente, y con base en estudios previos (Simanca, 2020), se aplicó un instrumento (entrevista) a 5 de los 11 jueces penales del circuito de Barranquilla con el propósito de identificar los criterios y posturas en torno a la aplicabilidad del tipo penal de feminicidio en casos de muerte de mujeres trans con base en la *Ley 1761 de 2015*.

A los jueces se les preguntó: ¿Conoce usted de que trata la *Ley 1761 de 2015* (Rosa Elvira Cely), Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones? ¿Sabe en qué consiste? En todos los casos la respuesta fue afirmativa; sin embargo, el manejo de la temática fue dispar a pesar de que hubo una importante apertura a la idea de aplicar el tipo penal en caso de mujeres trans [Al respecto, ver Simanca, 2020, pp. 5 y 6]. En ese orden de ideas, también se les preguntó: ¿Cómo realiza la valoración del caso para determinar si el hecho y la conducta se adecuan típicamente al feminicidio a partir de la Ley 1761 de 2015 (Rosa Elvira Cely) dentro de los procesos que maneja en este despacho? La mitad de los entrevistados explicó que el elemento subjetivo del tipo penal juega un papel fundamental en este tipo de decisiones; el otro 50 % tiene en cuenta la sana crítica como elemento primordial para la resolución de estos casos (Ibidem, pp. 6 y 7).

Posteriormente, al ahondar en la problemática concreta y preguntarles: ¿Considera usted que el feminicidio a partir de la Ley 1761 de 2015 (Rosa Elvira Cely) es aplicable a mujeres trans? ¿Por qué?, cuatro de los entrevistados respondieron de forma afirmativa; no obstante, ninguno de ellos expresó haber aplicado el tipo penal en un caso similar a las

hipótesis propuestas. Solo uno de los entrevistados respondió de forma negativa, pues directamente no considera posible entender en el ámbito jurídico a una mujer trans dentro de los sujetos pasivos del tipo penal, lo cual implica claramente la imposibilidad de encuadrar el hecho al tipo penal, dada la subjetividad del juez y no del elemento subjetivo del tipo penal, lo cual es arbitrariamente contrario al marco jurídico. Ello es un impedimento más a la aplicabilidad propuesta desde el presente estudio (Ibidem, pp. 6 y 7).

Luego, al preguntarles: ¿Considera que los jueces de la República tienen unidad de criterio frente a la aplicación de la *Ley 1761 de 2015* (Rosa Elvira Cely)? ¿Por qué?, las respuestas fueron dispares, pues mientras algunos jueces consideraban que el precedente horizontal o vertical<sup>76</sup> no era uniforme en la materia y, por tal motivo, no podían seguirlo, otros consideraron que la autonomía del juez debía primar en estos casos delicados, dado lo complejo de la temática.

Por otra parte, ante la pregunta sobre la unidad de criterios, en la Entrevista 1 se hizo énfasis en el “imperio de la ley” como aquello a lo que están sometidos los jueces y que “el enfoque de la Escuela Judicial, el contenido y el objeto de la misma Ley es el derrotero que debe seguir el juez para subsumir la situación fáctica al tipo penal de feminicidio”. La importancia de reconocer el feminicidio como tipo penal aplicable en los casos de muerte a mujeres trans debe su rechazo a la tradición conservadora

<sup>76</sup> Entendido como precedente horizontal aquel que proviene de tribunales en la misma jerarquía y vertical aquel que proviene de tribunales de superior jerarquía. Al respecto, puede verse el trabajo de Contreras (2011).

que en la actualidad algunos operadores de justicia traen del modelo de Estado de derecho y que no han sabido adaptarse al paradigma de Estado social de derecho, en el que la igualdad y pluralidad de sujetos juega un papel igual de importante —o mayor— que someterse al tenor literal de la ley. Por lo tanto, el cambio de paradigma debe tomar un ritmo más acelerado en aras de la consecución de los fines esenciales del Estado (Art. 2, Const.) y los compromisos internacionales (Art. 93, Const.).

La última pregunta que se les practicó a los entrevistados fue: ¿El conocimiento que tiene sobre el tema, lo adquirió por capacitación brindada por la rama judicial o por autoaprendizaje? Tal interrogante pretendía ahondar en la forma como el Estado colombiano venía abordando la importancia del cambio de paradigma en tanto la normativa en materia penal ha permanecido mayormente inalterada en lo que a dogmas se refiere, al margen de lo que la academia viene trabajando y el impulso. Verbigracia, Cuadro [2013, pp. 48 y 49], al analizar la evolución del derecho penal entre los siglos XX y XXI, vislumbra que las nociones alrededor del riesgo y el derecho contemporáneo no necesariamente rivalizan, pero las costumbres conservadoras pueden llegar a vulnerar flagrantemente las garantías que trajo consigo el Estado social y democrático de derecho.

Es por todo lo hasta aquí visto que se hace imperativo que el Estado adopte una postura más garante que trascienda el ámbito legislativo proteccionista, como pudo verse con la promulgación de la Ley 1761 de 2015. Además, es necesario que jueces, fiscales y demás órganos, organismos y sujetos

que intervienen en el proceso penal cuenten con las competencias necesarias para entender cómo los nuevos paradigmas encajan en una sociedad pluralista e igualitaria a la luz de la carta constitucional de 1991. En consecuencia, las capacitaciones, cursos, foros y demás escenarios académicos al servicio de la rama judicial y órganos de control se convierten en la herramienta idónea para avanzar en la deconstrucción de las prácticas y los modelos conservadores, de tal suerte que hablar de feminicidio en mujeres trans no despierte ninguna alarma más allá de la necesidad de erradicarlo y combatirlo.

Por último, es necesario destacar que en Colombia existe un hito en materia judicial: el fallo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón, Huila, condenando a un hombre que cometió un feminicidio contra una mujer trans. Mediante esta decisión, se reconoció judicialmente que el tipo penal es aplicable a las mujeres trans teniendo en cuenta: (i) que la Fiscalía presentó abiertamente como una víctima de sexo masculino que se identificaba a sí misma como mujer tanto en lo público como en lo privado; (ii) que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la importancia del reconocimiento a la identidad de género de las personas en razón del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y (iii) que de las pruebas practicadas se concluyó que la identidad de género de la víctima se correspondía con el elemento subjetivo del tipo penal, razón por la cual se aplicó el agravante sin mayor displicencia.

## Dificultades que se generan para la defensa y la incidencia negativa en los derechos convencionales, constitucionales y legales de los procesados

El estudio del feminicidio, a partir de la aplicabilidad en mujeres trans, involucra contraponer tanto posturas doctrinales como jurisprudenciales para procurar alcanzar el resultado deseado: determinar la aplicabilidad de la ley del feminicidio “por motivos de su identidad de género” (Art. 1, Ley 1761 de 2015) en las mujeres trans en Barranquilla a partir del año 2015. Habiendo acotado las principales posturas en materia de feminicidio, resulta importante ahora comparar hasta qué punto se corresponden estas con la realidad a partir del instrumento que se aplicó en el trabajo del cual se desprende este documento.

En primer lugar, queda claro que el tipo penal de feminicidio tiene un ingrediente subjetivo esencial para que pueda considerarse la aplicabilidad en mujeres trans, así como para que se configure el tipo que debe darse “[p]or su condición de ser mujer o

por motivos de su identidad de género” (Art. 1, Ley 1761 de 2015), pues de lo contrario encuadraría en el tipo penal de homicidio. Por una parte, se destacan dos dificultades iniciales: (i) Los jueces penales del circuito de Barranquilla no tienen unidad de criterio en lo que se refiere al feminicidio en mujeres trans, y (ii) quienes rechazan la aplicabilidad del feminicidio por identidad de género en las mujeres trans están desconociendo el mandato normativo y su fundamento constitucional. Un tercer punto para tener en cuenta es quienes sí conciben la aplicabilidad del feminicidio por razones de identidad de género.

Esas tres cuestiones son el punto de partida para entender la aplicabilidad del feminicidio por identidad de género en las mujeres trans en Barranquilla. Por una parte, aquellas personas entrevistadas [jueces] que concuerdan con la postura que se sostiene desde el presente estudio —que sí es aplicable el tipo penal en las mujeres trans— representan el principal querer del legislador desde el momento que se propuso la tipificación del feminicidio como delito autónomo<sup>77</sup>. Igual fue el sentir del constituyente primario cuando consagró derechos como la igualdad (Art. 13, Const., 1991), la vida (Art. 11, Const., 1991) y la dignidad humana, pilares todos del reconocimiento del feminicidio como delito autónomo a raíz de la sistemática violencia basada en género que sufren aún las mujeres en la actualidad.

<sup>77</sup> Es necesario tener en cuenta que “la tarea del jurista, en una perspectiva positivista de tipo crítico, no es, pues, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas con una coherencia y una plenitud que efectivamente no tienen” (Ferrajoli, 1995, p. 879); por tal razón, resulta necesario entender la situación como un problema endémico, que debe ser abordado teniendo en cuenta todos los sujetos e instituciones que participan en el proceso penal.

De todo lo hasta aquí visto, especialmente la breve revisión de las entrevistas a los jueces penales del circuito de Barranquilla, es la falta de capacitación en temas de género que pudiera impulsar el cambio de paradigma para dar paso a la aplicabilidad del tipo penal en casos de muerte de mujeres trans. Una parte de las personas entrevistadas están abiertas a asumir la responsabilidad que supone juzgar un caso de feminicidio por identidad de género en una mujer trans en la ciudad de Barranquilla; la otra parte de ellas, a pesar de no aceptar en la actualidad la idea, estarían dispuestas a modular su pensamiento jurídico para someterse al imperio de la ley, separando sus preconcepciones frente al tema y adecuando sus juicios con perspectiva de género.

Ambas situaciones plantean un escenario esperanzador; sin embargo, es esencial hacer hincapié en la importancia de brindar las herramientas a los sentenciadores para entender el tipo penal y operar con base en la realidad social. En el área metropolitana, según datos de Caribe Afirmativo (2020), son 6 mujeres trans las que fueron asesinadas en el periodo de enero a junio del año 2020; para septiembre del mismo año, alrededor de 147 mujeres fueron asesinadas por su identidad de género y se presentaron 86 casos de tentativa. Según datos de la Fundación Feminicidio (2021), de estas cifras, 9 feminicidios y 5 tentativas ocurrieron en el Departamento del Atlántico.

Por otra parte, en enero de 2021 no se presentaron cifras más alentadoras, pues si bien pueden verse casos como la captura de Efraín Martínez —un

hombre que asesinó a su pareja trans— (Infobae, 2021) y el de la audiencia pública de mediados de febrero de 2021 para analizar el problema del feminicidio en el país llevada a cabo en la Comisión de la Mujer del Senado (Congreso de la República, 2021), ninguno de ellos logra generar los cambios necesarios; y si bien impulsa la transformación, tales cuestiones siguen dilatando en el tiempo dichos cambios.<sup>78</sup>

Por otra parte, la Corte Constitucional ha enfatizado que en el caso del feminicidio ese elemento subjetivo exige “[...] que el agente haya obrado con un propósito, motivación, móvil o impulso específico para que la conducta sea típica” (Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2016); además, el alto tribunal de lo constitucional sostiene que: “se puede entender que la expresión “por su condición de ser mujer” implica que el homicidio debe ser “el producto de un acto de violencia en su contra, motivado en razones de género y de discriminación” (Ibidem, Sentencia C-539 de 2016).

Por lo tanto, entender el alcance de la expresión “mujer por su condición de ser mujer y por motivos de identidad de género” de la Ley 1761 de 2015 en

<sup>78</sup> Estas cifras dan el contexto necesario para comenzar a sensibilizar a los sentenciadores en la materia y a la sociedad, visibilizando la labor de la Policía Nacional y a los grupos sociales que impulsan la materialización de los derechos de los grupos contra mayoritarios. Pese a ello, algunos de los jueces entrevistados reconocieron que existe un sesgo por parte de las instituciones al momento de valorar los hechos que pueden dar lugar a que se sancione un feminicidio en una mujer trans como un homicidio, por lo cual, se hace hincapié en la necesidad de resolver dicho problema (la falta de consciencia sobre la aplicabilidad del tipo penal en mujeres trans) a partir de la concientización.

casos de feminicidio contra mujeres trans es esencial y, dicho entendimiento, no puede lograrse si no se brindan las capacitaciones necesarias a los operadores de justicia. Es por todo ello que la Corte Constitucional invita a una lectura armónica del tipo penal de feminicidio frente a todo el ordenamiento jurídico.

Además de todo lo expuesto, vale la pena mencionar que, en los casos de las 6 víctimas trans en la ciudad de Barranquilla en el periodo enero-junio del año 2020 reportadas por Caribe Afirmativo (2020), la no adecuación típica de sus asesinatos bajo el tipo penal de feminicidio implicaría una flagrante vulneración a las garantías mínimas que fueron promulgadas a partir de la Constitución Política de 1991.

Es importante también tener en cuenta que desde 2015 las cifras de violencia contra mujeres trans han disminuido conforme a los datos del Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TvT) del Transgender Europe (TGEU) and Carsten Balzer (2020) donde se posiciona a Colombia entre los países que, en el periodo 2008-2015, registra entre 101 y 250 casos de homicidio en mujeres trans, solo por debajo de México y Brasil donde las cifras ascienden a más de 250 en el conteo global; por lo tanto, si bien el panorama luce favorable, es necesario sumar esfuerzos por reducir aún más dichas cifras.

Por último, es importante destacar que el feminicidio, gracias a su elemento subjetivo, es sin lugar a duda aplicable por identidad de género en las mujeres trans. Basta una lectura consensuada del tipo penal y una comprensión plena de la dogmática penal para aceptar el hipotético y dar aplicabilidad en el mundo real; sin embargo, mientras existan trabas

institucionales y prejuicios personales por parte del aparato jurisdiccional, la aplicabilidad prevista por el legislador no se verá materializada por fuera de la Sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Garzón (Huila), que condenó al agresor por feminicidio de una mujer trans.

## Propuestas de solución jurídica: reinterpretación, nueva interpretación o necesidad de reforma jurídica

Una posible solución a la falta de empatía por parte de algunos operadores de justicia frente a la aplicabilidad del tipo penal de feminicidio por identidad de género sería impartir capacitaciones que generen consciencia y den pautas claras frente a las características particulares del feminicidio. Si bien todas las personas entrevistadas (jueces) manifestaron conocer la norma, hubo dificultades para mencionar detalles o explicar en qué consiste el tipo penal de feminicidio; además, los jueces penales de circuito de Barranquilla no tienen claridad sobre la finalidad de la norma, razón por la cual, resulta lógico afirmar que con base a dicha falencia se dan negativas ante la posibilidad de la aplicabilidad en mujeres trans.

Reconocer la importancia del feminicidio en el contexto de violencia basada en género que se vive en un país como Colombia es esencial, en la medida en que los impartidores de justicia empiecen a mostrar mejor y mayor conocimiento frente a la norma sobre la cual se les cuestionó. No obstante, sus respuestas parecen indicar que el tipo penal de feminicidio, a su juicio, está supeditado a las causales que la norma incluye en su parte descriptiva.

El problema con esa postura es que las posibles causas que pudieran motivar al sujeto activo de la conducta enunciada, en algunos casos en el elemento descriptivo del tipo penal, es percibido como que supera el simple hecho de tratarse de condiciones especiales y lo ubica como una condición excepcional para que pueda configurarse el feminicidio en mujeres trans. Si bien las personas entrevistadas muestran cierto conocimiento frente al tema puntual, sus respuestas indican que, en el hipotético caso en que conocieran una causa en la que bien pudiera encajar el tipo penal de feminicidio, lo estarían condicionando —en su mayoría— a cualquiera de las causales que se describen en el tipo penal.

Al hablar de los antecedentes del actual tratamiento jurídico del feminicidio en Colombia, se hizo una breve mención al Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala [Corte IDH, 2014], donde se llevó a conocimiento del alto tribunal de derechos humanos una causa en la cual una menor fue asesinada, debido a que habría sido catalogada como prostituta. No obstante, dicha situación, además de discriminatoria, era falsa.

Este caso concreto resalta una situación que ha sido vista como un problema generalizado

en los casos de violencia basada en género: los protocolos y recomendaciones dados por organismos internacionales o internos no están siendo respetados ni acatados por los operadores judiciales o los diversos organismos encargados de la investigación de delitos como el feminicidio. Esta misma situación se replica, por ejemplo, en México donde Newsweek México reportaba en 2017 que al menos 9 casos de violencia de género no estaban siendo investigados bajo los protocolos adecuados.

En el caso colombiano, son 11 las principales deficiencias presentes en la práctica actual de la investigación de feminicidios según la Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación [2014] las cuales, en síntesis, son: [i] desconocimiento del contexto; [ii] falta de legislación; [iii] falta de alertas tempranas y coordinación institucional para responder a la problemática; [iv] falta de asistencia legal; [v] reconocimiento de derechos de las mujeres; [vi] interpretación sesgada de la normativa que limita la perspectiva de género; [vii] prejuicios; [viii] falta de garantías de las familias de las víctimas durante los procesos judiciales; [ix] revictimización; [x] procesos forenses ineficientes, y [xi] falta de cohesión en los procesos forenses.

Con base en lo anterior, se desarrollaron una serie de reglas mínimas que deben adoptarse e implementarse en las investigaciones por casos de feminicidio. Su propósito es resolver si el acto de violencia desproporcionada, efectivamente, encuadra en una conducta como la que reprocha

la Ley Rosa Elvira Celis y, además, brindar las garantías mínimas tanto a las víctimas como a los familiares, cumpliendo así con los protocolos y recomendaciones dados por órganos internacionales que se verán al final de este inciso.

Así las cosas, la primera regla es la “Obligatoriedad y caracteres de la investigación del feminicidio” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 12], que consiste en la obligación que tienen los Estados de investigar los casos de feminicidio sin discriminación o dilación alguna como puede ser el caso de las trabas impuestas al padre en el caso de Véliz Franco estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda regla es el “Respeto por la dignidad de las víctimas” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 12 y 13], que se refiere tanto a la memoria de las víctimas fallecidas como a la de las víctimas sobrevivientes. En este, donde se incluyen medidas como evitar el contacto con el agresor o incluso extender la protección a los testigos que pudieran servir y soportar las versiones sobre las cuales se construya el caso.

La tercera regla es la “Exclusión de prejuicios y estereotipos de género en el desarrollo de la investigación” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 13] que, como se vio al hablar del caso ante la Corte IDH, tachar de prostituta a la menor o utilizar ese oficio como excusa para no adelantar las

diligencias debidas será un signo de alerta.<sup>79</sup>

La cuarta regla es la “Participación activa de las víctimas en el proceso de investigación y protección de sus personas” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 14], que aplica en casos en los que la víctima ha sobrevivido a la agresión.

La quinta regla, “Investigación de feminicidios de mujeres especialmente vulnerables y protección de estas” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 14 y 15], se encuentra estrechamente ligada a la anterior, dado que el proceso de investigación determinará si efectivamente se hará el reproche por parte del ordenamiento penal a quien cometiere el injusto.

La sexta regla, “Derecho de acceso a la justicia de las víctimas y a un proceso debido” [Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 15], surge a raíz de situaciones como las del Caso Véliz Franco estudiado por la Corte IDH, pues los prejuicios motivaron a los distintos actores intervinientes en el proceso de investigación a desconocer las garantías mínimas de la víctima y de sus familiares al no adelantar las diligencias necesarias para resolver el feminicidio de la menor.

Igualmente, la séptima regla, “Deber de crear registros y elaborar estadísticas e indicadores de

<sup>79</sup> Las instituciones involucradas en el proceso penal están llamadas a perseguir los presuntos infractores del ordenamiento penal y no a prejuiciar o estereotipar a las personas que, en este caso, se trataría de víctimas; para el caso concreto del objeto de estudio, las mujeres trans deberían entonces ser vistas como víctimas de violencia basada en género y no bajo ningún estereotipo que las dejara por fuera del cobijo que ofrece el tipo penal del feminicidio, ya que excluirlas significaría revictimizarlas.

violencia contra las mujeres y de su sometimiento a la Administración de Justicia, para ser aplicados en políticas públicas” (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 15 y 16), se instituye bajo la necesidad de documentar el estado de la situación de violencia que sufren las mujeres y cómo se está atacando dicha problemática desde las diversas instituciones encargadas de la investigación y juzgamiento de los delitos relacionados con la violencia contra la mujer.

Es por todo lo anterior que la octava regla exige que tanto Fiscalía, Defensoría del Pueblo, jueces y demás operadores de justicia involucrados en el proceso penal participen activamente y en coordinación para esclarecer los hechos, por ejemplo, y resolver los casos de violencia contra la mujer. Por tal motivo, esta regla contempla la “Exigencia de actuación conjunta y coordinada de todos los participantes en el proceso investigador” (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 16).

Por su parte, la novena regla, “Establecimiento de pautas y recomendaciones para el tratamiento de la información por los medios de comunicación en las investigaciones de feminicidio” (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 16 y 17), se encuentra estrechamente vinculada con la décima y última regla: “Exigencia de cooperación internacional eficaz” (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, p. 17), ya que depende de la organización y del trabajo conjunto entre diversas instituciones del orden interno e internacional, así como de las pautas dictadas en la guía de recomendaciones estudiada y de que las recomendaciones de diversos órganos

internacionales sean llevadas a cabo, de tal suerte que se garanticen los derechos de las víctimas y sus familias.<sup>80</sup>

Es necesario mencionar que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014) desarrolló un Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), que consta de ocho capítulos en los cuales se abordan todas las temáticas en relación con el feminicidio, desde su concepción hasta los elementos para la construcción de la teoría del caso.

Del documento en mención interesa resaltar que, por una parte, presenta un minucioso y detallado estudio sobre la violencia contra la mujer, el feminicidio y la violencia basada en género; por otro lado, que a diferencia de la Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio (Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014), desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014) sí se tuvo en cuenta al hablar de feminicidio a las mujeres trans, sobre todo en lo que tiene que ver con los siguientes tres puntos: (i) la concepción de las mujeres y hombres trans en el contexto; (ii) el

<sup>80</sup> Es importante destacar que si bien las recomendaciones son hechas con base en instrumentos universales de derechos humanos y demás que han sido creados en procura de la protección y búsqueda de la eliminación de toda forma de maltrato, discriminación o violencia contra la mujer, aún falta un largo camino por recorrer para incluir activamente a las mujeres trans, sus derechos y sus necesidades a este tipo de recomendaciones, dado que falta claridad y profundidad en los análisis y estudios propuestos en el marco de la violencia contra la mujer que tengan en cuenta también a las mujeres trans.

delicado costo que deben pagar por su condición, y (iii) la indubitable aplicación del concepto feminicidio a personas trans.

En consecuencia, y más allá de la aplicación o no aplicación de las reglas propuestas por la Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (2014) o los parámetros y lineamientos planteados desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014), existen pautas claras que merecen y deben ser tenidas en cuenta y aplicadas por las personas que integran los diversos órganos de investigación, en colaboración con otras instituciones para eliminar o trabajar en la eliminación progresiva de todas las formas de violencia, discriminación y maltrato contra las mujeres y las mujeres trans en Colombia y el mundo.

## Conclusiones

Se puede afirmar que la aplicabilidad del tipo penal contemplado por el artículo 104A de la ley 599 del 2000 se debe aplicar cuando el sujeto pasivo sea mujer trans, porque se trata de una persona que hizo un proceso de transición por identidad de género, de masculino a género femenino y las causas de la muerte sean atribuidas por el rol que desempeña y a la forma de sentirse identificada en su vida personal y social, así las cosas, debe entenderse y aplicarse que este tipo de delito sean por motivos de rechazo, desprecio, odio, instrumentalización, discriminación o cosificación por parte del sujeto activo porque

no comparte y rechaza a esta población que ha renunciado a su sexo biológico hombre o género masculino siendo este considerado erróneamente más importante y/o dominante y aterrizar en sexo mujer o género femenino visto como el más débil y subordinado lo cual es imperdonable.

Unido a lo anterior, cabe resaltar que en el tipo penal de feminicidio, así como lo afirma Gómez & Urbano (2019), “el sujeto pasivo es calificado, no naturalística o biológicamente, sino normativamente, toda vez que los es por el simple hecho de ser mujer o por cuanto se califica como tal desde una perspectiva de género” (p. 622), seguidamente se cita la Sentencia C-297 de 2016, donde la Corte Constitucional en cumplimiento de sus funciones explica que el “objeto material del delito en sentido estricto se trata de la vida de la mujer o la persona identificada como mujer”. Siguiendo este orden de ideas, resulta de suma importancia el acertado análisis del mismo autor:

No basta el concepto físico-biológico de mujer, puesto que sobraría la redacción subsiguiente que da cuenta de, otra vez, una mujer y el principio de “identidad de género” que hace el artículo 104A del Código Penal.

Por ello, con toda razón, Agatón Santander da cuenta de que un homicidio donde el sujeto pasivo es una mujer transgénero o transexual cuyo sujeto activo procede “por su condición o identidad de género transexual, por odio o rechazo de la mismas” — feminicidio transfóbico— o “la muerte de una mujer lesbiana” a quien se le quita la vida por su orientación sexual —feminicidio lesbóbico—, se convierte en un

tipo especial llamado feminicidio como la expresión más aberrante de “discriminación y violencia” llevada a cabo en una sociedad patriarcal. Para el efecto se apoya, conceptual y normativamente, en los Principios de Yogyakarta sobre Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, al definirse esta como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. [Gómez & Urbano. 2019, pp. 623-624]

Existe una importante dificultad en lo que se refiere a la sistematización de la información estadística en materia de feminicidio de mujeres trans, principalmente, por no considerar a esta población en la categoría de víctimas de feminicidio. Lo anterior implica, por una parte, desconocer su identidad de género y desvirtuar implícitamente la posibilidad de que sus victimarios sean juzgados bajo el tipo penal de feminicidio, así como sus agravantes; dicha situación retarda el avance en la aplicabilidad del tipo penal, pues la transformación en la consciencia colectiva de la sociedad y la institucional depende, en buena medida, de cómo abordamos la problemática a partir de las cifras. Al margen de la problemática en sí misma —la violencia sistemática contra las mujeres trans—, en la actualidad y a lo largo de la historia, es necesario

cambiar el paradigma de cómo la sociedad y las instituciones enfrentan dicha problemática, con el objetivo de generar consciencia e instrumentos idóneos para proteger los derechos de las mujeres trans, incluso, con posterioridad a su muerte, pues las familias de aquellas víctimas que no son vistas como sujeto pasivo del tipo penal de feminicidio sufren el flagelo de perder a un ser querido al que no se le hará justicia por prejuicios sociales y dogmas anacrónicos del sistema judicial.

Es por todo ello que es imperativo entender el tipo penal de feminicidio como un delito aplicable a los asesinatos de mujeres trans a la luz del ordenamiento jurídico interno e internacional, dada la interpretación armónica que exige la Constitución Política como un tipo penal detallado y con una amplia gama de factores para tener en cuenta, siendo la identidad de género el principal factor a considerar en la aplicabilidad de los casos con mujeres trans. El ingrediente subjetivo da lugar a la aplicabilidad en mujeres trans y las preconcepciones anacrónicas que puedan tener operadores de justicia o prejuicios de la sociedad no deben ni pueden sobreponerse a las garantías mínimas que el derecho interno e internacional reconoce a las mujeres transgénero.

## Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991 [Const.]. Gaceta Constitucional N.º 116 de 20 de julio de 1991.

Caribe Afirmativo. [2020, 14 de junio]. Se registra el asesinato de otra mujer trans en las últimas 24 horas en la región Caribe. <https://caribeafirmativo.lgbt/se-registra-asesinato-otra-mujer-trans-las-ultimas-24-horas-la-region-caribe/>

Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. [2003]. Protocolo de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de las mujeres en África.

Congreso de la República de Colombia. [2021, 22 de febrero]. Organizaciones civiles exigen justicia de género, durante audiencia en la Comisión de la Mujer. [Consultado el 9 de abril de 2021]. <https://www.senado.gov.co/index.php/prensa/noticias/2309-organizaciones-civiles-exigen-justicia-de-genero-durante-audiencia-en-la-comision-de-la-mujer>

Congreso de la República de Colombia. Ley 1542 de 2012. Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Diario oficial N.º 48.482 del 5 de julio de 2012.

Congreso de la República de Colombia. 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.º 49.565 del 6 de julio de 2015. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1761\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1761_2015.html)

Congreso de la República de Colombia. Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario oficial N.º 42.836, del 22 de julio de 1996.

Congreso de la República de Colombia. Ley 51 de 1981. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmado en Copenhague el 17 de julio de 1980. Diario oficial: 35794 del 19 de enero de 1982.

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario oficial N.º 44.097 del 24 de julio del 2000. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Contreras, J. [2011] El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 41(115), pp. 331-361.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-297 de 2016. Expediente D-11027. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-297-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-539 de 2016. Expediente D-11293. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-539-16.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. [2014]. Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, Caso 12.578, Serie C N.º 227.

Corte Penal Internacional. [1998]. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 10 de julio de 2002. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\[s\].pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute[s].pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Número de proceso: 41457, número de providencia: SP2190-2015. M. P.: Patricia Salazar Cuéllar.

Cuadro, B. [2013]. Derecho penal en el siglo XXI, entre la sociedad de riesgo y el Estado social y democrático de derecho. *ADVOCATUS*, 21, pp. 37-50.

Defensoría del Pueblo. [2018]. Informe Defensorial: Violencias basadas en género y discriminación; informe ejecutivo. [https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Violencias\\_basadas\\_en\\_genero\\_y\\_discriminacion.pdf](https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Violencias_basadas_en_genero_y_discriminacion.pdf)

Ferrajoli, L. [1995]. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. [Traducido al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés]. Madrid: Editorial Trotta.

Fundación Femicidio. [2021]. Informes. Observatorio de la Fundación Femicidio Colombia [Consultado el 8 de abril de 2021]. <https://www.femicidioscolombia.org/observatorio>

García-Manso, A., Silva e Silva, A. & Silva Barbosa, G. [2019]. Una revisión histórica de las violencias contra mujeres. *Revista Direito e Praxis*, 10(1), pp. 170-197. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/30258.

Gómez, C. y Urbano, J [2019]. Delitos contra la vida y la integridad personal. En Bernal, J., et al. Lecciones de derecho penal: Parte especial. Volumen II [pp. 535-718]. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Infobae. [2021, 13 de enero]. Policía de Barranquilla captura presunto feminicida. Infobae. [Consultado el 8 de abril de 2021]. <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/01/14/policia-de-barranquilla-captura-a-un-presunto-feminicida/>

Lagarde, M. [2008]. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. En *Retos teóricos y nuevas prácticas*. [pp. 209-239]. Bullen, M. & Diez, C. [Coord.]. Universidad Autónoma de México.

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Oficina de Derechos Humanos. [2014]. Guía de recomendaciones para la investigación eficaz del crimen de feminicidio. [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/2014\\_FEMINICIDIO.pdf](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/2014_FEMINICIDIO.pdf)

Ministerio de Salud. Resolución 412 del 2000. Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública. [http://www.saludcolombia.com/actual/htmlnormas/Res412\\_00.htm](http://www.saludcolombia.com/actual/htmlnormas/Res412_00.htm)

Newsweek México. [2017, 6 de junio]. Falla investigación de feminicidios por falta de protocolos. Newsweek México. [Consultado el 04 de julio de 2020]. <https://newsweekespanol.com/2017/06/falla-investigacion-de-feminicidios-por-falta-de-protocolos/>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [2014]. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). [https://acnurdh.org/load/2014/08/Modelo\\_de\\_Protocolo.pdf](https://acnurdh.org/load/2014/08/Modelo_de_Protocolo.pdf)

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Asamblea General. [1952, 20 de diciembre]. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. Abierta a la firma y ratificación el 31 de marzo de 1953 mediante Resolución 640 (VII). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1952. Entrada en vigor: 7 de julio de 1954, de conformidad con el artículo VI Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 2613, Vol. 193, p. 135. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0019.pdf?file=fileadmin/Doc>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Asamblea General. [1979]. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [CEDAW]. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Asamblea General. [1993, 20 de diciembre]. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Asamblea General. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. [1998, 2 de febrero]. Resolución 52/86 de 1998. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/52/86>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. [2000, 31 de octubre]. Resolución 1325 del 2000. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª, celebrada el 31 de octubre de 2000. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/1759.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. [2008, 19 de junio]. Resolución 1820 de 2008. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5916ª sesión, celebrada el 19 de junio de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8217.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. [2009, 30 de septiembre]. Resolución 1888 de 2009. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6195ª sesión, celebrada el 30 de septiembre de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8237.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. [2009, 5 de octubre]. Resolución 1889 de 2009. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6196ª sesión, celebrada el 5 de octubre de 2009. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8236.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. [2010, 16 de diciembre]. Resolución 1960 de 2010. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6453ª sesión, celebrada el 16 de diciembre de 2010. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8324.pdf>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. [1994]. Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”. Adoptada en Belem Do Pará el 09 de junio de 1994. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Presidencia de la República. Decreto 4796 de 2011. Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 8º, 9º, 13 y 19 de la Ley 1257 de 2008 y se dictan otras disposiciones. Diario oficial N.º 48289 del 20 de diciembre de 2011.

Simanca, M. [2020]. Aplicabilidad del tipo penal de feminicidio por identidad de género en caso de muertes de mujeres trans. Posturas de los jueces penales del circuito de la ciudad de Barranquilla [Trabajo de investigación como requisito para optar al título de Magister en Derecho Penal de la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla]. [https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/6455/Aplicabilidad\\_Tipo\\_Penal\\_Feminicidio\\_Identidad\\_G%C3%A9nero\\_Resumen.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/6455/Aplicabilidad_Tipo_Penal_Feminicidio_Identidad_G%C3%A9nero_Resumen.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Toledo, P. [2008]. ¿Tipificar el feminicidio? Anuario de Derechos Humanos, pp. 213-219. <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13660/13942>

Transgender Europe (TGEU) and Carsten Balzer. [2020]. Observatorio de personas trans asesinadas, cifras absolutas [2008-2015]. <https://transrespect.org/es/map/trans-murder-monitoring/>

Vega, H. [2016]. El análisis gramatical del tipo penal. Justicia, 29. pp. 53-71. DOI: <http://dx.doi.org/10.170>



# Violación al derecho de defensa: única causal de nulidad no convalidable

Francia Paulina Guerrero Benavides<sup>81</sup>

## Resumen

El Sistema Penal Acusatorio implementado gradualmente en Colombia trajo a nuestro ordenamiento procesal penal grandes cambios y nuevos retos desde la óptica del derecho de defensa. De igual manera, vivificó, en primer lugar, instrumentos como el de la nulidad, cuando en el desarrollo del proceso se evidencian falencias o situaciones irregulares que atentan contra tan fundamental derecho; y en segundo lugar, escenarios como el desconocimiento de las reglas del proceso, de las etapas procesales y de falencias en una audiencia preparatoria, que es la columna vertebral de la temática probatoria. Dichos factores llevan a utilizar esta herramienta como la opción defensiva más fuerte, como única causal no convalidable que subsana la afrenta y fortalece los derechos y las garantías de quienes por el azar de la vida han incurrido en la comisión de un injusto penal.

81 Defensora Pública, adscrita a la Unidad 15 Municipal de la Defensoría del Pueblo Regional Bogotá. Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

### Palabras claves

**Derecho de defensa.** Derecho reconocido a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso, de ser oída y de hacer valer y probar las propias razones y argumentos, y de rebatir las alegaciones y las pruebas en contra.

**Derechos fundamentales.** Se entiende por derechos fundamentales los atributos de toda persona inherentes a su dignidad, que el Estado debe garantizar, respetar y satisfacer. En su aspecto positivo, son los que otorga la Constitución Política y los que se recogen en los pactos, convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el país.

**Debido proceso.** Sometimiento de las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a las formalidades preestablecidas por las normas jurídicas. Tiene como finalidad la protección de las garantías consignadas en la normatividad.

**Convalidación.** Confirmar o revalidar algo, especialmente un acto jurídico.

**Nulidad.** Ineficacia en un acto jurídico por carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma.

**Sistema penal acusatorio.** El sistema penal acusatorio es un sistema adversarial, donde las partes (la Fiscalía y la defensa) se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve.

## Abstract

The Accusatory Criminal System gradually implemented in Colombia, brought great changes and new challenges to our criminal procedural order from the perspective of Defense Law. In the same way, it revived, in the first place, instruments such as nullity, when in the development of the process there are evidence of shortcomings or irregular situations that threaten against such a fundamental right; second, scenarios such as ignorance of the rules of the process, the procedural stages and shortcomings in a preparatory hearing, which is the backbone of the evidentiary issue. These factors lead to the use of this tool as the strongest defensive option, as the only non-valid cause, which remedies the affront and strengthens the rights and guarantees of those who by chance of life have incurred in the commission of an unjust criminal offense.

### Keywords

**Right of Defense.** Right recognized to every person, in the scope of any process, to be heard and to assert and prove their own reasons and arguments, and to refute the allegations and evidence against.

**Fundamental Rights.** Fundamental rights are understood to be the attributes of every person inherent to this dignity, which the State must guarantee, respect and satisfy. In its positive aspect, they are those granted by the Political Constitution and those included in the international pacts, conventions and treaties signed and ratified by the country.

**Due Process.** Submission of the actions of the judicial and administrative authorities, to the formalities pre-established by the legal norms. Its purpose is to protect the guarantees set forth in the regulations.

**Validation.** Confirm or revalidate something, especially a legal act.

**Nullity.** Ineffectiveness in a legal act as a consequence of lacking the necessary conditions for its validity, be they in substance or form.

**Accusatory Criminal System.** The accusatory criminal system is an adversarial system, where the parties (the Prosecutor's Office and the Defense) face equal opportunities before an impartial judge, who, based on the evidence and arguments, decides whether to convict or acquit.

## Breve reseña histórica

Desde tiempos inmemorables el derecho a la defensa se ha constituido como pilar fundamental de las sociedades, el cual asegura la prerrogativa de la “contraparte” dentro de una situación jurídica. Para ello, basta con dar una mirada a las civilizaciones que florecieron en el mundo antes de la era cristiana y que ya hablaban de la atribución humana de poderse defender frente a una determinada situación en la que se viera inmiscuida. Así por ejemplo, y para hacer referencia al mundo occidental, en la Antigua Roma ya se hablaba de la promoción de los derechos humanos, así sea de manera incipiente, y se contempló la figura del defensor civitatis, mediante la cual se comienza a cristalizar la idea del derecho a la defensa, pues este ya era concebido para la *plebe*.

De igual manera, y a modo de ejemplo, encontramos el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, un órgano jurisdiccional establecido para llevar a cabo los juzgamientos individuales de los militares japoneses por todos aquellos crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la

humanidad cometidos en el curso de la Segunda Guerra Mundial. Fue instituido el 02 de agosto de 1946 y, teniendo como fundamento la Carta de Londres y los juicios de Núremberg, decidieron que debería constituirse una nueva categoría jurídica en todos los aspectos que ello conlleva, pues la envergadura de los punibles que debían juzgar implicaban ubicarse en el contexto histórico en el cual se habían producido, que no era nada menos que la invasión de Japón a la Manchuria en 1933 y las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki como represalia de Estados Unidos por el ataque a Pearl Harbor, por citar solo dos reseñas.

En ese orden de ideas, el capítulo 3.3 del estatuto de este organismo establece que todo acusado debía contar con defensor y que para ejercer tal derecho era necesario presentar memoriales escritos y redactados tanto por el encartado como por su defensor (representante legal) o consejero, donde se expusieran las razones de la inocencia de aquel y de la no aceptación de cargos. Así mismo, el letrado debía estar al tanto de los hallazgos preliminares y

de las conductas endilgadas por la autoridad, para lo cual estaba obligado a efectuar un análisis de estos y presentar alegatos y conclusiones, sin dejar de lado la asistencia a las audiencias de práctica de pruebas y al juicio, inclusive debía estar presente si en algún momento se presentaba un peritaje, debía asistir a este. Como podemos ver, el derecho a la defensa funcionaba como una prerrogativa muy garantista.

A través de los tiempos, esta facultad ha venido tomando más impulso en el proceso de democratización de los países, luego de varios tratados y acuerdos entre naciones que velan por el respeto de los derechos humanos, en los cuales, desde luego, se encuentra incurso la defensa de quienes de una u otra manera resulten implicados en procedimientos jurídicos de diversa índole. Uno de estos instrumentos es el Tratado de Versalles en Europa que, en su artículo 227 de la Parte VII [SANCIONES], establece que habrá un tribunal especial para juzgar a los acusados, pero que les asegurará las garantías esenciales del derecho a la defensa; indica, asimismo, que estará conformado por cinco jueces, nombrados por los países aliados y guiados por los “más altos motivos de la política internacional”; no obstante, subraya que, en todos los casos, el acusado tendrá derecho a nombrar su propio abogado.

Y es que esa democratización de la que aquí hablamos es el proceso que se siguió en América Latina en la década de los años ochenta y noventa, teniendo como referente los instrumentos jurídicos que sobre la materia se adoptaron en el mundo, en especial, los pronunciamientos de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [ratificada por la Ley 16 de 1972]. Esta, por ejemplo, en su artículo 8.2.f declara: “el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Todos estos, como se puede observar en el ejemplo, en ningún momento soslayan el derecho a la defensa, pues lo sitúan como parte importante de todo acto o proceso donde se configure una contienda judicial.

Por supuesto, nuestro país no es ajeno a esta evolución histórica y es así como la Carta Política en su artículo 29 [Capítulo 1. De los derechos fundamentales] señala:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...] **quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;** a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho [Negrilla fuera del texto].

## Introducción e identificación del problema

Los años 2004 y 2005 significaron, para quienes nos enrolamos en la no fácil especialidad del derecho penal, un gran cambio en la legislación penal y, concretamente, en el ámbito procesal penal, que fue denominado por juristas, catedráticos y legisladores como el gran paradigma, quienes, además, lo rotularon como “El nuevo Sistema Penal Acusatorio”. Surgió del Acto Legislativo 003 de 2002, con el que se pretendió superar la gran problemática que existía tras un proceso penal inquisitivo que radicaba toda una gama de poderes en cabeza de la Fiscalía General de la Nación tras la vigencia de la Ley 600 de 2000, donde esta era juez y parte, pues tenía la potestad de expedir órdenes de captura, resolver situaciones jurídicas y calificar procesos. Gracias a la reforma penal, dicho poder dejó de ser la herramienta represora y se enmarcó en el reconocimiento de la dignidad humana del perseguido penalmente, incluido, por supuesto, el respeto a sus derechos de todo orden.

Mucho se ha hablado del sistema penal acusatorio, pero nos centraremos en una de sus partes como punto de partida para el desarrollo de nuestro tema: la violación del derecho a la defensa como único vicio de nulidad no convalidable. Dicha parte versa en todas las etapas, entre ellas, la de juzgamiento, que fue concebida por Benítez Naranjo (2003) así:

[Es aquella que] [t]ranscurre en varias audiencias

[audiencia de apertura del juicio oral, audiencia preparatoria, juicio oral, audiencia de justificación de la pena] en las que: se da lectura al pliego acusatorio, descubriendo la prueba por parte de la Fiscalía [audiencia de apertura del juicio oral]; se adoptan las decisiones relativas a nulidades, se fijan los hechos a debatir y se presentan las pruebas por parte de la defensa [audiencia preparatoria], luego tiene lugar el juicio oral [juzgamiento con principios de concentración, inmediación, contradicción, oralidad y publicidad –obsérvese que no se distingue entre los principios del proceso y los del procedimiento–], y el anuncio del sentido del fallo, y luego viene la dosificación judicial de la pena [audiencia de dosificación de la pena][pp. 38 y 39].

En esa etapa de juicio la defensa debe enfrentarse a la “tripleta” acusadora, pues no es un secreto que el representante que asume este rol debe resistir a la embestida no solo del fiscal, como su contendiente natural, sino del representante de las víctimas y de un Ministerio Público que siempre apoya al ente investigador y, en muchas ocasiones, a un juez que ayuda a aquella cuando esta se equivoca. En este espacio procesal, la nulidad se constituye como un elemento importante a tener en cuenta, sobre todo, cuando se fundamenta en la violación del derecho a la defensa.

Y es que una nulidad procesal se visualiza como uno de los más importantes medios con el que cuenta el ejercicio del derecho de defensa, puesto que busca siempre el respeto al debido proceso, lo que la convierte en una de las más importantes piezas del derecho procesal penal. Así mismo, puede percibirse como el escenario para materializar los derechos fundamentales antes enunciados y consagrados en nuestra Constitución Política e incluso en diversos instrumentos del derecho internacional, lo cual realza la prevalencia de lo realmente justo.

El ejercicio de la actividad defensorial, la praxis y, por tanto, la experiencia demuestran a lo largo del camino procesal que se debe recorrer que, llegada la etapa del juzgamiento, debe hacerse el ejercicio retrospectivo del actuar defensivo, dado que, en un altísimo porcentaje —por citar solo un ejemplo—, los procesos que les son asignados a los defensores públicos ya se encuentran en etapa de juzgamiento. Desde sus inicios, dichos procesos han tenido como defensa técnica a estudiantes de último semestre de derecho o a defensores particulares que, en un criterio de excepcionalidad dentro de la generalidad, han desplegado un actuar jurídico probatorio que lastimosamente no reúne los estándares de una adecuada defensa técnica; por ende, se hallan falencias en etapas preliminares, acusatorias y preparatorias que, luego de un análisis, llevan a recurrir como un elemento justo, válido y de carácter defensivo al instituto de la nulidad.

Así las cosas, cuando nos encontramos en la etapa de juicio y hacemos ese análisis evocativo y hallamos falencias, defectos y, en general, vulneraciones al debido proceso y al derecho de defensa, como

defensores, en ese compromiso profesional y serio, debemos optar por tratar de salvaguardar esos derechos quebrantados y la nulidad será nuestra herramienta.

## Desarrollo jurisprudencial

La salvaguarda al utilizar este instrumento será siempre el debido proceso, un derecho que ha sido definido y tratado como: “una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”<sup>82</sup>. El derecho de defensa del procesado de nuestro “usuario”, como ocurre al interior de la defensa pública, se constituye como derecho fundamental, que es la principal garantía, entendida esta como:

[...] la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales radica en que con su ejercicio se busca impedir la

82 Sentencias de la Corte Constitucional T-458 de 1994, C-339 de 1996, C-1512 de 2000, C-383 de 2005, C-980 de 2010, C-248 de 2013 y T-440 de 2013.

arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado [Corte Constitucional, *Sentencia C-025 de 2009*].

Esta garantía en materia penal se refleja en dos fundamentales y vitales aspectos, tal como lo señala la jurisprudencia:

El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública [Corte Constitucional, *Sentencia C-025-2009*].

Aquí vemos claramente que el derecho a la defensa se convierte en un aspecto imprescindible del debido proceso, pues no se debe perder de vista

que Colombia es un Estado social de derecho. De esa manera se establece en el artículo primero de la Constitución Política que, entre otras cosas, encierra el respeto por la dignidad humana y todo lo que ella comporta; no en vano el preámbulo de este importante instrumento determina fortalecer la unidad de la nación, asegurando a sus integrantes, entre otros, la igualdad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo. En este punto resaltamos aquella porque es la que nos brinda el equilibrio de fuerzas que debe imperar en el trámite penal. Recordemos que el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007—que modificó el artículo 125 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal— destaca los deberes y las atribuciones de la defensa, en lo que se ha denominado “la igualdad de armas”, que significa que todos los sujetos procesales deben gozar de las mismas prerrogativas, con el fin de que la balanza no se incline hacia uno u otro lado y que una de las partes pueda quedar en desventaja.

Desde luego, ello debe concretarse de manera real y material dentro del proceso penal, pues la defensa contiene una serie de garantías que van más allá del simple nombramiento de un abogado, bien sea que este haya sido designado por el Estado, o bien que haya sido nombrado directamente por el implicado. Se concluye, por tanto, que la defensa, al ser parte imprescindible del debido proceso, debe actuar de manera activa dentro de la controversia jurídica, eso sí, respetando los derechos que les asisten a los demás sujetos procesales y actuando desde un principio de lealtad, pero en todo caso ejerciendo sus funciones en procura de que a su prohijado se le garanticen sus facultades judiciales. De ahí que siempre se habla de que la defensa debe ser técnica e integral.

El artículo 14.3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ratificado por la *Ley 74 de 1968*) consagra que toda persona acusada de haber cometido un delito tiene el derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

Ahora bien, el derecho a la defensa no se centra solamente en la controversia probatoria, también se ejerce con la impugnación de las decisiones judiciales, la presentación de alegatos conclusivos, la participación en el juicio oral si a bien lo considera, la suscripción de peticiones respetuosas a las autoridades y una serie de atributos que llevan, en últimas, a que el funcionario judicial valore la tesis de cada uno de los involucrados. Por las razones expuestas, la defensa es inviolable, el Estado no puede reprimirla en ningún proceso bajo ninguna circunstancia y todas estas asignaciones a las que hacemos referencia son del libre arbitrio de quien la ejerce sin que en momento alguno pueda ser obligado a asumir esta u otra actitud.

Sin embargo, es importante preguntarnos en este punto sobre qué pasa cuando se violenta el derecho a la defensa, qué consecuencias tiene el hacerlo y si nuestros operadores judiciales están en la capacidad de reconocerlo y aplicar las sanciones jurídicas a que haya lugar.

Pues bien, los artículos 455, 456, 457 y 458 del Título VI del Código de Procedimiento Penal colombiano [*Ley 906 de 2004*] se refieren a la ineficacia de los actos procesales y contemplan los efectos de trasgredir

el derecho a la defensa, que está contemplado como un derecho fundamental. Específicamente, el artículo 457, *Ibidem*, reza: “**Nulidad por violación a garantías fundamentales.** *Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales [...]*”.

**En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:**

Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

**Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia N.º 20345 del 13 de septiembre de 2006. M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.**

En este sentido, los pronunciamientos del órgano de cierre han sido reiterados en el sentido de dar la importancia requerida a tan significativo derecho,

todo en aras de garantizar el debido proceso dentro del marco jurídico del Estado, que impone a los funcionarios judiciales velar por que se ejerza de manera correcta. Por tanto, no basta con que se haya nombrado un abogado para el encartado, sino que es primordial efectuar todas las gestiones con la debida diligencia y cuidado para oponerse a la pretensión punitiva del Estado.

Para ello ha de observarse con sumo interés que se cumplan los principios rectores que orientan las nulidades, esto es: trascendencia, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación. Todos han sido desarrollados en los varios pronunciamientos de la Alta Corporación, *verbi gratia* en la **Sentencia del 30 de marzo de 2009, radicado 30.710 (Magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos)**, donde explica cada uno y advierte de antemano que estos tienen un carácter concerniente y no excluyente, es decir que deben cumplirse los presupuestos de todos y no solamente de uno o alguno de ellos para decretar la nulidad.

**En ese sentido ha dicho la Corte:**

El adecuado planteamiento de la censura supone cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes. En esa dirección, la alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios concurrentes, no alternativos, de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad. De tal forma que, en razón de su carácter acumulativo, la inobservancia de alguno de ellos comporta la inadmisibilidad del

reproche por nulidad en casación.

Igualmente, es imperioso recordar que, si el reproche en casación apunta a la violación del debido proceso y al derecho a la defensa, es ineludible que el impugnante explique claramente y en forma separada la razón de esa vulneración, en tanto, el primero es un vicio de estructura, y el segundo lo es de garantía.

Si se alega transgresión del debido proceso, debe demostrar que en realidad se configuró una irregularidad en la estructura básica del proceso, esto es, en alguna de las actuaciones concatenadas, sucesivas y armónicas que lo componen, y que la misma es trascendente, de modo que si no se sana es inviable mantenerlo incólume.

La violación del derecho de defensa, por su parte, implica determinar cuál fue la actividad u omisión contrarias al deber de diligencia del profesional, cómo se afectó en concreto al procesado, es decir, la trascendencia del defecto en la decisión del juez, e indicar la fase desde la cual debe retrotraerse la actuación para remediar el defecto [CSJ AP, 17 nov. 2011, rad. 37695].

**Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 51891 del 02 de diciembre de 2020. M. P.: Francisco Acuña Vizcaya.**

Así pues, las nulidades no se limitan a que simplemente haya faltado un abogado, sino a que esta falta se enmarque en irregularidades que sean sustanciales y que vayan más allá y afecten el debido proceso, pues en todas las etapas del proceso se

debe actuar y debe ser unitaria y continua; de no serlo, inclusive se hablaría o podría recurrirse a la tutela como medio jurídico para salvaguardar tan determinante derecho, a la luz de lo estipulado por el artículo 86 de la Carta Magna.

Ahora bien, ciertamente el tratamiento jurídico de las nulidades abarca un amplio espectro que, a su vez, redundan en distintas decisiones jurídicas que impactan el proceso penal, esto es, la anulación de todo el trámite o de solo una parte de este, cuando se invalida la exclusión o rechazo de pruebas en audiencia preparatoria, por citar solo un ejemplo.

## Casos prácticos

- Proceso con radicado: 110016500111201400735, seguido por la presunta comisión de un delito de violencia intrafamiliar ante el Juzgado 33 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, donde en audiencia preparatoria, aquella fue representada por un estudiante de consultorio jurídico, quien no descubrió ni enunció los EMP aportados por la denunciada para su defensa, pero sí se pretendió solicitar que estos se decretaran, decisión que fue rechazada de plano por la titular del despacho, puesto que se había cumplido el rito procesal correspondiente.

Pues bien, cuando se asumió el caso para audiencia de juicio oral, se solicitó la variación de la diligencia para requerir y sustentar una nulidad por violación al derecho a la defensa. Se procedió de tal manera, ya que para este caso el desconocimiento de la técnica

a surtirse en la audiencia de pruebas por parte de quien fungió como apoderada de la encartada no podía ser convalidable con la continuación de la siguiente etapa procesal, esto es, el juicio. Actuar así sería permitir que la procesada llegara al debate público sin elementos probatorios con los cuales hacerle frente a la pretensión punitiva de la Fiscalía, situación que, de suyo, sería bastante gravosa para sus intereses procesales. Así las cosas, el despacho decretó la nulidad por las razones expuestas por la defensa y se retrotrajo la actuación a la audiencia preparatoria para que esta se pudiera comenzar nuevamente.

- Proceso con radicado: 110016000020202004013, seguido en el Juzgado 29 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá por la presunta comisión de un delito de hurto agravado, donde se llevó a cabo el acto procesal de traslado de escrito de acusación bajo el amparo de la Ley 1826 de 2017 –Procedimiento Especial Abreviado– sin el asesoramiento previo del defensor del encartado. En ese orden de ideas, se procedió a la firma del documento por parte de este sin que se le haya permitido previamente dialogar con el apoderado judicial, situación que se expuso en la respectiva audiencia concentrada de la etapa de la solicitud de nulidad. Después de que esta se fundamentó en debida forma con la argumentación fáctica y jurídica correspondiente, fue decretada por el Juez de Conocimiento, quien reconoció que, en efecto, se había presentado una flagrante violación al derecho a la defensa al no haber permitido que el encartado hablara con su representante judicial para que pudiera tomar la

decisión de aceptar o no los cargos endilgados por el ente acusador, pues solo después de esta conversación hubiera llegado a la convicción de tomar la determinación en uno u otro sentido, pero siendo consciente de las consecuencias jurídicas que implican cualquiera de los dos caminos.

- Proceso Radicado: 11001600001320210544 dentro del cual se llevó a cabo audiencia de legalización de captura ante el Juzgado 77 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá DC, donde se decreta la ilegalidad del procedimiento de aprehensión del implicado por cuanto transcurrió un tiempo excesivo desde el momento en que fue privado de la libertad hasta cuando se le permitió entrevistarse con un abogado, que para este caso lo fue un Togado adscrito al Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Así las cosas y al haberse alegado esta falencia por parte del defensor público, se consideró por parte del Juzgado que en efecto se violentó un derecho fundamental para el procesado, cual es el del derecho a la defensa, por cuanto un profesional debió haber asesorado jurídicamente al encartado para que este conociera cuales son las prerrogativas que le asisten, las consecuencias de la vinculación a un proceso penal y en el mismo sentido de la aceptación o no de los cargos que posteriormente serían enrostrados por la Agencia Fiscal a la hora de que esta realizara la formulación de imputación, así como el derecho personalísimo de que el capturado expusiera ante el defensor su versión de los hechos y

podiere contarle lo que pudo haber ocurrido desde su punto de vista.

- Proceso Radicado: 110016000028201803127 donde la defensa solicita que se decrete la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria para que se pueda realizar descubrimiento, enunciación y solicitudes probatorias por cuanto en la oportunidad procesal para ello, quien entonces fungía como defensa no lo realizó, quedándose únicamente con el testimonio del procesado que fuera el único que se pidió para que se decrete, quedando por fuera elementos probatorios de importancia que en igual sentido pueden tener vocación de prosperidad para hacer más probable la teoría del caso de la defensa.

## Conclusiones

Como hemos podido ver a lo largo de este escrito, el derecho a la defensa se ha considerado como de orden superior y es ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional y, más allá de ello, por la Carta Política colombiana que, en su artículo 29, lo contempla como parte intrínseca del debido proceso.

Así las cosas, desconocerlo por quienes actuamos como partes o intervinientes dentro del trasegar procesal implica una grave afrenta no solo a los derechos fundamentales que le asisten a todo procesado, comenzando por su dignidad humana. A raíz de ello, el órgano de cierre se pronunció sobre el tema de nulidades en su jurisprudencia del

30 de marzo de 2009, radicado 30.710, al cual se hizo alusión anteriormente. Allí establece los principios rectores —si se nos permite el término— que orientan la declaración de nulidades y, entre estos, se encuentra el de CONVALIDACIÓN, entendido como “la irregularidad que engendra el vicio [que] puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales”.

Por la misma razón hemos de tener en cuenta esta prerrogativa tan importante es la que se convierte en una arma poderosa que en el transcurso del proceso penal hará frente a la potestad punitiva del Estado en el entendido de que buscara que no haya un desbalance entre las partes y que más bien quien funge como implicado dentro de la actuación penal no se vea abocado a tratamientos y/o decisiones injustas por parte de la administración de justicia, al constituirse como “la parte débil” dentro del andamiaje de aquella. De ahí la conclusión tan importante de que el amparo a la defensa no se puede ni debe convalidar, esto es, no corregir o dejar de lado por el paso del tiempo y/o el silencio de las partes, pues hacerlo atenta de manera ostensible contra el principio pro – homine según el cual impera por encima de cualquier formalismo el respeto por la dignidad humana.

Y es que precisamente esta última parte es clave para entender que el derecho a la defensa es la prerrogativa esencial o primordial que no puede soslayarse desde ningún punto de vista y bajo ninguna circunstancia. De ahí su característica de no convalidarse, es decir, de no ratificarse y, por la misma razón, pasarse por alto o desconocerse para

dar paso a la siguiente etapa jurídico-procesal.

Una pregunta que nos surge cuando se plantea la nulidad de lo actuado es si el juez debería declarar la nulidad de los elementos materiales probatorios presentados y solicitados como medio de prueba en etapa preparatoria por parte de la Fiscalía; así mismo, nos cuestionamos sobre si estos podrían perder todo su valor y eficacia como medio de prueba. Nuestra respuesta a ambos interrogantes es que sí.

Una duda adicional que nos asalta, luego de observar y vivir el día a día del ejercicio profesional, es si los operadores jurídicos están dispuestos a reconocerlo. Lamentablemente lo que nos enseña el litigio es que solo en unas pocas oportunidades se ha dado paso a la institución de la nulidad por haberse conculcado el derecho a la defensa del ciudadano que funge como encartado dentro de una actuación penal. Para concluir, queremos hacer un llamado de atención a quienes ocupan diferentes roles en el actuar jurídico, para que se proponga y resuelva la nulidad del proceso cuando ha faltado representación técnica y hay lugar a ello, por supuesto.

## Referencias bibliográficas

- Benítez Naranjo, H. D. (2003). Comentarios a la reforma de la Fiscalía General de la Nación (Acto Legislativo 03 de 2002). *Revista Opinión Jurídica* 2(4), pp. 37-44. <https://repository.udem.edu.co/handle/11407/1725>
- Bernal Cuellar, J. y Montealegre Lynett, E. (Abril de 2013). *El proceso penal*. Tomo I, 6.a edición. Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. *Diario oficial* N.º 32682 del 31 de diciembre de 1968. <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario oficial* N.º 45.658 del 1 de septiembre de 2004. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Corte Constitucional de Colombia. [1994, 4 de octubre]. Sentencia T-458 de 1994. Expediente N.º 38.768. M. P.: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. [1996, 1 de agosto]. Sentencia C-339 de 1996. Expediente D-1237. M. P.: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.
- Corte Constitucional de Colombia. [2000, 8 de noviembre]. Sentencia C-1512 de 2000. Expediente D-2989. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. [2005, 12 de abril]. Sentencia C-383 de 2005. Expediente D-5392. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. [2010, 1 de diciembre]. Sentencia C-980 de 2010. Expediente D-8104. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. [2013, 11 de julio]. Sentencia T-440 de 2013. Expediente T-3141358. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-248 de 2013. Expediente D-9285. M. P.: Mauricio González Cuervo.
- Carvajal Sarmiento, S. (2019). *Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente*. Universidad de la Sabana.
- Diccionario Jurídico Colombiano – Ecoleyes. <https://ecoley.com/wp-content/uploads/2016/06/DICCIONARIO-JUR%C3%8DDICO-COLOMBIANO.pdf>
- Ledesma Uribe, J. (2012). *La defensa de los derechos humanos en Roma. El defensor de la ciudad en derecho romano*. *Revista Facultad de Derecho*. Volumen 62. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. [1966]. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 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. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>  
Suarez Sánchez, A. (Julio de 2001). El debido proceso penal. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia.



# Críticas a las restricciones impuestas a la solicitud de preclusión

Daniel Medina García<sup>83</sup>

## Resumen

En el presente escrito se expone lacónicamente la fundamentación constitucional de la decisión de preclusión en un proceso penal. A partir de dicha fundamentación se criticarán las posturas jurisprudenciales vigentes, que pretenden desconocer la procedencia de dos tipos de decisiones judiciales que favorecen los intereses de los acusados en un proceso penal: 1) la preclusión por indemnización integral y 2) la preclusión en los supuestos de hecho previstos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, cuando la preclusión se solicita después de presentada la acusación.

<sup>83</sup> Defensor público de la Regional Bogotá de la Defensoría del Pueblo; especialista en Derecho Procesal Penal y en Ciencias Penales y Criminológicas; magíster en Derecho. Correos: drdanielmedina@gmail.com y damedina@defensoria.edu.co

**Palabras clave:** tutela judicial efectiva, principio de legalidad, tendencia acusatoria del proceso penal, indemnización integral.

Critics on the restrictions imposed on the dismissal request

## Abstract

In this essay, we will briefly explain the constitutional grounds of the dismissal of criminal prosecution when it is not practical. Based on this foundations we are going to expose, why we think the current jurisprudential positions infringe the right to be benefited of two types of judicial decisions that favor the interests of the accused in criminal proceedings: 1. Dismissal for full compensation and 2. Dismissal in cases of the article 332 of the Code of Criminal Procedure when it is requested after the indictment.

Key words: Judicial and effective guardianship, principle of legality, accusatory tendency of the criminal proceedings, full compensation.

## Introducción

El Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) en numerables apartes se refiere a la preclusión como una decisión judicial por medio de la cual se pone fin a una investigación o a un proceso penal para renunciar, con efectos de cosa juzgada, a la persecución penal de un delito ante determinados eventos.

Con este artículo no pretendemos explicar la institución procesal de la preclusión, sino presentar críticas al entendimiento que le da la práctica judicial a dos asuntos relativos a esta: 1) la procedencia de la preclusión por reparación integral en nuestro sistema procesal penal vigente y 2) la posibilidad de decretar la preclusión después de presentada la acusación.

Para el ejercicio de la defensa pública resulta importante hacer una aproximación a estos temas

porque, a raíz del pronunciamiento AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se determinó por parte de este alto tribunal que en nuestro proceso penal vigente no es procedente decretar preclusión de la persecución penal por indemnización integral, en los delitos referidos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Esta postura es inconveniente para el acusado porque impide que pueda beneficiarse con la preclusión del proceso, después de indemnizar integralmente a la víctima por los daños causados con el delito, desincentiva que el procesado repare los perjuicios que ocasionó y significa un retroceso en la adopción de un paradigma restaurativo en la justicia penal.

También consideramos desafortunado que tanto

la Corte Constitucional, en la sentencia C – 920 de 2007, como la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP9245-2014 de julio 16 de 2014, indicaran que después de presentado el escrito de acusación no se puede solicitar preclusión por todas las causales del artículo 332 del CPP, sino solo por las causales 1 y 3 de dicho artículo y cuando estas sean sobrevinientes.

Esto obliga a que en los casos en que se presenta acusación, pero no hay posibilidades de que prospere la acción penal emprendida, el acusado deba esperar hasta la terminación del juicio para que se defina su situación jurídica con una sentencia absolutoria, a pesar de que la Fiscalía, como impulsora de la acción penal, considere desde antes de iniciar el juicio que no procede solicitar condena para el acusado.

Debido a estos problemas consideramos de capital importancia estudiar la fundamentación constitucional y legal de la decisión de preclusión del proceso penal, para determinar si la preclusión por indemnización integral, regulada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, debería ser aplicable en nuestro proceso penal vigente y si se puede solicitar la preclusión con posterioridad a la acusación, por todas las causales previstas en el artículo 332 del CPP.

## Marco constitucional de la preclusión

Una de las características más atractivas que tiene nuestro proceso penal es que su configuración no se le ha confiado de manera plena al legislador, sino

que la Constitución también establece pautas que se deben acatar en el proceso penal.

En lo relativo al marco constitucional de la preclusión, podemos observar que se encuentra determinado por algunos principios constitucionales y derechos fundamentales aplicables en el proceso penal y por las disposiciones del texto constitucional que se refieren al tema.

### Principios constitucionales y derechos fundamentales

En la Constitución podemos encontrar principios y derechos fundamentales que orientan la administración de justicia y el ejercicio de la acción penal. Entre los principios y derechos que refieren a la preclusión están los siguientes.

#### Derecho al acceso a Administración de Justicia

Encontramos consagrado este derecho en el artículo 229 de la Constitución Política y se materializa cuando i) se garantiza la participación de los afectados por una decisión en la definición de sus derechos y obligaciones; ii) se evita la imposición de requisitos irrazonables y desproporcionados para acceder a la Administración de Justicia (Picó, 1997, p. 45); y iii) se permite controvertir las decisiones a quienes sean afectados por estas.

Este derecho se manifiesta al momento de acometer la persecución penal o renunciar a esta, cuando se escucha y se garantiza la participación de la víctima y el procesado, al decretar o negar la preclusión (Montoya, 2009, 373-375); cuando se administra justicia sin incurrir en desgastes innecesarios, dispendiosos y onerosos para obtener una decisión

de fondo; y cuando se permite controvertir las decisiones de la Fiscalía que afectan intensamente los intereses de los demás sujetos procesales.

### Proceso sin dilaciones injustificadas

La Constitución en su artículo 29 señala que toda persona tiene derecho a un proceso «sin dilaciones injustificadas», lo que se hace efectivo evitando incurrir en trámites innecesarios. Esto cobra especial relevancia en el trámite de la preclusión, pues cuando la Fiscalía considera que no prosperará su pretensión punitiva por convencerse de que esta no es viable, no debería insistir en el desarrollo de un juicio oral que acarrea un desgaste inocuo.

### Principio de legalidad

Aunque el principio de legalidad tiene el mote de principio, puede entenderse como una garantía o como un mandato de optimización que se cumple en la mayor medida posible y en cuanto más lo permitan las posibilidades reales y jurídicas de una sociedad [Bernal Pulido, 2008, p. 97].

### Legalidad como garantía.

Esta es una garantía que busca que el ejercicio del poder punitivo no desborde los límites establecidos en la ley para no lesionar con el actuar del Estado los intereses legítimos y derechos de los ciudadanos. Esta garantía exige que las funciones y potestades del Estado 1) eviten lo que está prohibido en la ley, 2) cumplan lo que ordena la ley y 3) sin extralimitarse en lo que ordena la ley para respetar el derecho de igualdad de los ciudadanos, evitar la discriminación y procurar seguridad jurídica.

Como manifestaciones de esta garantía podemos

encontrar las siguientes disposiciones de la Constitución:

- «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa»<sup>84</sup>;
- «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»<sup>85</sup>.
- «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento»<sup>86</sup>.

La ley, por su parte regula la forma como los funcionarios públicos deben realizar sus funciones, competencias u obligaciones. En el caso de la Fiscalía, para que el ente acusador ejerza las funciones que le ordenan la Constitución y la ley debe acatar todos los requisitos procedimentales que estas imponen, por ello, si la ley y la Constitución fijan unos requisitos para el ejercicio de la acción penal, el órgano del Estado debe acatarlos para continuar su labor, so pena de no poder ejercer la función legalmente.

### Legalidad como principio

El principio de oportunidad también puede observarse como un mandato de optimización dirigido a los destinatarios de la ley sustancial, para que la apliquen en la mayor medida posible y se cumplan los fines para los cuales se configuró el derecho y el proceso penales [Barbosa, 2005, p. 113]. Así como hay normas que tienen como destinatarios

<sup>84</sup> Constitución Política de la República de Colombia, artículo 29

<sup>85</sup> Constitución Política de la República de Colombia, artículo 121

<sup>86</sup> Constitución Política de la República de Colombia, artículo 122

únicamente a los órganos del Estado [Bobbio, 2005, pp. 80-81], hay otras que pueden tener como destinatarios a los ciudadanos descritos en el supuesto de hecho, que regula la norma y también a los órganos del Estado que deben aplicar la ley [Kelsen, 1982, p. 29; Bobbio, 2005, p. 81].

Entre las normas que van dirigidas a los ciudadanos y a los órganos del Estado encargados de aplicar la ley se encuentran los tipos penales. Decimos que estas normas tienen como destinatarios a los órganos del Estado y a los ciudadanos en general, porque pueden entenderse como una prohibición de cometer un delito para los ciudadanos, pero también como un mandato a las autoridades del Estado para que impongan la pena prevista en la ley ante la comisión de un delito [Balmaceda, 2015, p. 45].

Si una norma ordena aplicar una consecuencia jurídica ante la ocurrencia de un supuesto de hecho, el principio de legalidad dispone que las autoridades del Estado competentes (ente acusador y juzgador) tienen que hacer todo lo que esté en el ámbito de sus competencias para que se imponga la consecuencia jurídica prevista en la norma, ante la ocurrencia del supuesto de hecho previsto en ella [Perdomo Torres, 2005, p. 21].

Por ejemplo, el artículo 103 del Código Penal plantea lo siguiente: «Homicidio: el que matare a otro incurrirá en prisión de doscientos ocho [208] a cuatrocientos cincuenta [450] meses», esta norma puede entenderse como una orden a los ciudadanos para no matar so pena de padecer un castigo, pero también puede entenderse como una

orden a las autoridades competentes de aplicar la ley para imponer una pena de prisión cuando alguien mate a otro.

Si se tiene en cuenta que las funciones y competencias de un juez de conocimiento son declarar la responsabilidad penal de acuerdo con lo probado en juicio e imponer una pena, y las funciones de la Fiscalía son investigar y adelantar la acción penal cuando tenga conocimiento de que una persona mató a otra, estos órganos estatales deberían hacer todo lo que esté en el marco de sus competencias para buscar que se imponga una pena al que mate a otro; es decir, la Fiscalía debería acusar, continuar con el ejercicio de la acción penal y solicitar condena por el delito de homicidio a quien considere que incurrió en el supuesto de hecho de homicidio y el juez debería declarar responsabilidad penal e imponer la correspondiente pena, si se demuestra el supuesto de hecho del tipo penal de homicidio.

### Obligatoriedad de la preclusión

En este orden de ideas, así como se tiene en cuenta que la ley penal le ordena al ente acusador perseguir penalmente las conductas constitutivas de delito, como en el ejemplo citado, el numeral 5 del artículo 250 de la Constitución le impone a la Fiscalía el deber de «Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar», por lo que, en cumplimiento del principio de legalidad, es necesario que la Fiscalía cumpla las funciones que le indica la ley y la Constitución y, solicite la preclusión ante el juez de conocimiento en los casos en los que no haya mérito para acusar.

La ley establece que habrá mérito para acusar «cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe»<sup>87</sup>; por esto, cuando la Fiscalía considere que la conducta delictiva no existió o que el imputado no es su autor o partícipe, será una obligación de esta solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento como lo ordena el numeral 5 del artículo 250 de la Constitución.

De igual forma, la Fiscalía debe considerar que no hay mérito para acusar cuando en su criterio el hecho investigado no sea delito, falten requisitos para continuar con la acción penal (querrela o petición especial) o se evidencie que concurrió una causal de extinción de esta. En estos casos, por mandato constitucional no se debe continuar con la acción penal, por el contrario, se debería solicitar preclusión.

Por consiguiente, así como es una obligación nacida del principio de legalidad acusar ante un juez de conocimiento para que se declare la existencia de un delito y la responsabilidad penal del acusado, también es una obligación que emerge del principio de legalidad solicitar ante un juez de conocimiento la preclusión.

#### Discrecionalidad en la persecución penal

La persecución penal obligatoria del delito por parte del Estado es una función inherente a la existencia del mismo, por ello se debe ejercer la acción penal

en todos los casos en los que se tenga conocimiento de la comisión de hechos con características de delito (Ferrajoli, 2009, p. 569); no obstante, también consideramos que la persecución penal del delito eventualmente puede ceder para satisfacer ciertos fines político criminales o dar una respuesta más adecuada al conflicto social que propicia el delito, que la dada con la imposición de una pena (Gómez Pavajeau, 2016).

Cuando el Código Penal tipifica una conducta, impone a la Fiscalía el deber de perseguirla penalmente, como se explicó renglones atrás, sin embargo, si el legislador la autorizara a renunciar o no iniciar la persecución penal del delito al ente acusador, la obligación de perseguir penalmente los delitos se supeditaría a la voluntad de la Fiscalía, lo que significa que esta obligación podría llegar a ser inexigible o ineficaz.

Para asegurar que la persecución penal del delito sea una función permanente y que, en los casos en los que sí hay mérito para iniciar o continuar con la acción penal, la renuncia de la acción penal sea una facultad justificada y no desidiosa, el artículo 250 de la Constitución estableció lo siguiente:

«La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de este. No podrá, en consecuencia, suspender,

interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado [...]».

Esta norma establece para Fiscalía la obligación general de perseguir penalmente los hechos con características de delito, sin desconocer que hay eventos en los que esta obligación puede ceder para dar paso a la aplicación del principio de oportunidad.

A diferencia de la renuncia a la persecución penal de conductas con características de delitos que se da con la preclusión, la renuncia de la persecución penal que se da con el principio de oportunidad no obedece al cumplimiento del principio de legalidad, ya que el principio de oportunidad opera en los casos en los que sí hay mérito para continuar con la acción penal, solo que se renuncia a la misma en ejercicio de facultades discrecionales, que la Fiscalía puede ejercer o no ejercer, de conformidad con su criterio de conveniencia político-criminal (Mestre, 2008).

#### Derecho de defensa

El derecho de defensa es entendido como la facultad que tiene todo sujeto procesal de defender sus posturas, argumentos e intereses propios y oponerse a las pretensiones que afecten o contradigan sus intereses (Bernal Pulido, 2008, p. 368). La titularidad del derecho de defensa no es privativa del acusado sino de los sujetos procesales que defienden sus intereses legítimos en el proceso, por tanto, podemos indicar que la víctima también es titular del derecho de defensa<sup>88</sup>.

En ejercicio del derecho de defensa, el acusado o la víctima pueden apartarse y controvertir las decisiones de la Fiscalía cuando en su criterio se vulneren o desamparen indebidamente sus intereses legítimos, como puede suceder con la decisión de renunciar a la persecución penal.

#### Tendencia acusatoria del proceso penal

El sistema procesal penal vigente en la Constitución es un sistema con tendencia acusatoria, lo que implica un esfuerzo por garantizar una mayor imparcialidad del juez, una limitación a los poderes del ente acusador para afectar derechos fundamentales y un remozamiento del derecho de defensa, entre otros aspectos característicos.

En la doctrina nacional podemos encontrar autores que han referido que, de nuestro sistema procesal penal con tendencia acusatoria, se puede esperar lo siguiente (Montealegre y Bernal, 2013, pp. 190, 196, 225-231; Urbano Martínez, 2013, pp. 38-41):

- En el proceso penal debe haber un acto procesal previo e independiente, que es la acusación y una etapa procesal separada y posterior, que es el juicio.
- La búsqueda de la verdad y la declaración de responsabilidad en el proceso penal con tendencia acusatoria depende de las versiones que den el ente acusador y la defensa. El juez es un tercero que determina cuál es la versión que se ajusta a la verdad, por tanto, el único funcionario con la capacidad de definir la culpabilidad o la inocencia del acusado debe ser un juez imparcial, no el ente acusador.
- La parte acusadora es un sujeto igual al acusado

87

Código de Procedimiento Penal, artículo 336

88

Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006

y su defensa, y no una autoridad superior a estos.

Como manifestación de la tendencia acusatoria de nuestro proceso penal en la preclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

“La preclusión de la investigación es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación y, por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada.

[...]

La nueva regulación constitucional introducida por el Acto legislativo 03 de 2002 [Art. 250.5 C.P.] separó a la Fiscalía General de la Nación de la facultad de precluir las investigaciones, y asignó de manera expresa tal función al juez de conocimiento. Esta configuración armoniza con los rasgos fundamentales del nuevo modelo de investigación y juzgamiento conforme al cual, no obstante radicar en la Fiscalía la titularidad para el ejercicio de la acción penal, la suerte de esta y la definición del proceso se adscribió al juez<sup>89</sup>”.

## La preclusión en el texto constitucional

Respecto de la preclusión encontramos en el texto constitucional una especial referencia en el inciso 2 del artículo 250, de la siguiente manera: «En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.»

Observamos de la norma constitucional que la solicitud de preclusión es una obligación de la Fiscalía, cuando considere que no hay mérito para acusar, es decir, no se cumplen los requisitos formales y materiales para acusar, no es una facultad que la Fiscalía pueda ejercer de manera voluntaria o discrecional.

En la Constitución, la decisión de precluir no se atribuyó a la Fiscalía, esta solo puede solicitar ante un juez de conocimiento la preclusión cuando crea que no se cumplen los requisitos sustanciales y procesales para continuar con el ejercicio de la acción penal, y es al juez de conocimiento a quien le compete disponer si se precluye o no el proceso. El hecho de que la potestad de precluir un proceso esté en cabeza de un juez imparcial y no de una parte que persigue penalmente al acusado garantiza que la víctima u otro sujeto procesal interesado ejerza el derecho de defensa de sus intereses, contravirtiendo la solicitud de preclusión y acentúa la tendencia acusatoria del proceso, por cuanto, desprovee a la Fiscalía de facultades decisorias para poner fin al proceso penal y al ejercicio de la persecución penal de manera definitiva.

La Constitución solo fijó la facultad de solicitar la preclusión en cabeza de la Fiscalía, no obstante, esto no significa que la ley no pueda permitirle a la defensa, en determinadas circunstancias, solicitar la preclusión. Más adelante se referirán los eventos en los que la defensa pueda requerir la preclusión de la persecución penal.

Sobra concluir este punto indicando que, aunque la Constitución determina que la Fiscalía debe «solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar», esto no impide que se pueda pedir la preclusión con posterioridad a la presentación de la acusación, pues, a pesar de que se hubiera presentado una acusación, pueden ocurrir supuestos de hecho en los que concurren circunstancias que indiquen que no existía mérito para acusar, pese a que ya se hubiera formulado acusación. Verbigracia, cuando se formula acusación sin que haya probabilidad de verdad de «que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe» o cuando se acusa incumpliendo requisitos de procedibilidad de la acción penal.

Es menester recordar que la acusación no es una actuación judicial, sino una pretensión del ente acusador<sup>90</sup>, y por su carácter de solicitud es susceptible de no ser despachada de manera desfavorable, como no es raro que ocurra. Por ello, no es contradictorio ni paradójico que se pueda presentar una acusación y después se determine que no había mérito para acusar porque no se reunían los requisitos materiales o formales exigidos,

pues una cosa es que se presente una acusación y otra es que haya mérito para acusar, es decir, que la acusación cumpla los presupuestos y requisitos sustanciales y procesales.

## Marco legal de la preclusión

No debería ser tan común que después de que la Fiscalía hubiera formulado acusación, esta considere con posterioridad que no es posible declarar responsable penalmente al acusado, pues de haberlo considerado no habría formulado acusación. No obstante, hay situaciones en las que esto puede ocurrir, verbigracia: i) cuando el acusador cambia de consideración después de conocer el descubrimiento de pruebas de la defensa; ii) cuando hay un cambio de criterio jurídico en las altas jerarquías de la Fiscalía y, como consecuencia de esto, se considera más ajustado a derecho sobreseer la persecución penal, como ocurre en los casos en los que un comité técnico de la Fiscalía asume postura sobre determinado proceso; iii) cuando sobreviene un cambio legal o jurisprudencial que hace inviable una solicitud de condena; iv) cuando al acusador le inadmiten, rechazan o excluyen unas pruebas sin las cuales no se puede sustentar con éxito su teoría del caso; v) cuando hay un cambio de funcionario en la Fiscalía por otro que no esté de acuerdo con la acusación formulada; vi) cuando sobreviene una prueba o un hecho que haga inviable la acusación, entre otros eventos.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencias del 23 de julio de 2014 [Rad. 36772] y del 25 de mayo de 2016 [Rad. 43837]; Corte Constitucional, sentencia C-232 de 2016.

En los supuestos aludidos anteriormente consideramos que, no se debería obligar al ente acusador a continuar con la acusación y adelantar una audiencia preparatoria y un juicio oral, porque se causaría un desgaste innecesario a la Administración de Justicia y al ciudadano acusado, y se atentaría contra el derecho a tener un proceso sin dilaciones injustificadas.

### La preclusión

En este escenario es cuando cobra importancia la preclusión. Esta es una forma abreviada de terminar el proceso y consiste en una decisión judicial, con la cual se renuncia con efectos de cosa juzgada a la persecución penal en contra del procesado, por considerarse que no procede una declaración de responsabilidad penal o una condena.

En nuestro proceso penal por expreso mandato de los artículos 331 y ss. del CPP se determinó que esta es una determinación que, en principio, inicia por solicitud de la Fiscalía y la decide el juez de conocimiento.

La Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005 estableció que esta decisión se puede adelantar durante las etapas de indagación, investigación y juicio, por tanto, no es acertado llamarla preclusión de investigación [Pedraza Jaimés, 2014], sino preclusión del proceso o de la persecución penal.

### Causales de preclusión

La preclusión del proceso debe decretarse cuando ocurran los siguientes supuestos de hecho, previstos

en el artículo 332 del CPP y 42 de la Ley 600 de 2000<sup>91</sup>:

- Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
- Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
- Inexistencia del hecho investigado.
- Atipicidad del hecho investigado.
- Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
- Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
- En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva de los artículos 110 y 121 del Código Penal; en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias; en los delitos contra los derechos de autor y en los delitos contra el patrimonio económico, excepto en hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección, y cuando se haya precluido algún proceso penal en favor del procesado por reparación integral, dentro de los cinco años anteriores al momento en que se decida preclusión por reparación integral solicitada.

### Preclusión por indemnización integral

La Corte Suprema de Justicia, durante cerca de 10 años, consideró que en nuestro sistema procesal vigente había delitos en los que era procedente decretar la preclusión

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Penal], sentencia del 13 de abril de 2011, proceso 35946.

cuando el acusado reparara los daños provocados con la comisión del delito, en los supuestos de hecho regulados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000<sup>92</sup>.

Sin embargo, actualmente la Corte Suprema de Justicia profirió la decisión AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020 con la que sostiene que la preclusión por reparación integral, regulada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, no es asimilable a la preclusión en el sistema procesal del CPP actual, sino que es una institución más parecida al principio de oportunidad.

Como consecuencia de esto, en el sistema vigente, para renunciar a la persecución penal de uno de los delitos señalados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, no se debería acudir a la figura de la preclusión por indemnización integral, sino que correspondería aplicar el principio de oportunidad<sup>93</sup>, lo que implica que la preclusión por reparación integral dejaría de operar.

No compartimos la opinión de la Corte porque el artículo 82 del Código Penal establece que «La indemnización integral en los casos previstos en la ley» es una causal de extinción de la acción penal y la Ley 600 de 2000, en su artículo 42, determina que para los eventos que este artículo regula «la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado».

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Penal], sentencia del 13 de abril de 2011, radicación 35946.

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Penal], Auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020, radicación 53293.

La Corte, con la sentencia del 13 de abril de 2011, fijó un precedente judicial que indicaba que la preclusión por reparación integral era una institución de la Ley 600 de 2000 compatible con el CPP vigente y que debía aplicarse en cumplimiento del principio de favorabilidad de la ley en el tiempo. En la aludida sentencia, la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

El principio de favorabilidad de la ley penal, tratándose de materias sustanciales o procesales con proyección sustancial, es perfectamente viable no solo frente a la sucesión de leyes en el tiempo sino también cuando coexisten, como ocurre con la simultánea vigencia de las Leyes 600 y 906. [...] así como es viable aplicar el principio de favorabilidad para asuntos regidos por el sistema de Ley 600 con disposiciones de la Ley 906, bajo la misma lógica lo es proceder en sentido contrario, esto es, traer institutos de la Ley 600 a asuntos tramitados por la 906, como aquí ocurre, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del sistema acusatorio.

En el caso de la especie, como ya se dijo, de lo que se trata es de establecer si resulta procedente acudir al instituto de la reparación integral consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, como causal de extinción de la acción penal, [...] Para la Corte, la aplicación de esta figura en las condiciones reseñadas no solo no pervierte la naturaleza del sistema acusatorio, sino que político criminalmente se ajusta a sus necesidades y a la voluntad del legislador al implementarlo.

Ello se refleja porque resulta compatible con el

modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio [...].

De modo que, ningún obstáculo encuentra la Sala para aplicar en esta coyuntura procesal la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral [...]»<sup>94</sup>.

Pese a las líneas transcritas, en la decisión AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020, la Corte indicó que la institución que regulaba el artículo 42 era una institución que se asimilaba más al principio de oportunidad que a la preclusión, sin embargo, no tuvo en cuenta que aunque el principio de oportunidad es una herramienta provechosa para propiciar la reparación de la víctima, su rasgo más característico es obedecer a la **discrecionalidad** del ente acusador para renunciar a la acción penal en los casos en los que **sí** hay mérito para iniciar o continuar con la acción penal; por su parte, aunque la preclusión también es útil para propiciar la reparación a la víctima, su característica más identificativa es obedecer al principio de **legalidad** para renunciar a la acción penal, cuando no haya mérito para acusar.

La preclusión es una institución con la que se renuncia a la persecución penal, que se distingue por obedecer al acatamiento estricto de la ley, así la Fiscalía no lo considere político-criminalmente conveniente; en cambio, aunque el principio de oportunidad debe respetar lo previsto en la ley, es una institución que obedece eminentemente al criterio de conveniencia política que tenga el ente acusador (Mestre, 2008), de hecho, la resolución que

regula la aplicación del principio de oportunidad es clara en afirmar que «la aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional de la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, no es obligatoria su observancia, aun cuando se cumplan las condiciones de su aplicación»<sup>95</sup>.

La Corte debió haber tenido en cuenta esto al momento de negar la aplicación de la preclusión por reparación integral, en nuestro sistema procesal penal vigente, pues el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, según su literalidad, es una forma de extinguir la acción penal y es compatible con el sistema procesal penal del CPP actual, no una opción político-criminal que la Fiscalía puede adoptar o no adoptar discrecionalmente; es decir, de acuerdo con la Ley 600 de 2000, con la reparación integral a la víctima se extingue la acción penal en los eventos del artículo 42 de la Ley 600 de 2000, así la Fiscalía no esté de acuerdo con ello, por tanto, en estos casos la Fiscalía debería siempre renunciar a la persecución penal por no existir mérito para acusar. Por otra parte, las causales del principio de oportunidad no implican una extinción obligatoria de la acción penal cuando el ente acusador decide aplicarlas, de acuerdo con sus propósitos político-criminales.

Considerar que la preclusión por reparación integral, regulada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, es una institución más afín al principio de oportunidad, sería el equivalente a afirmar que otras causales de extinción de la acción penal como la

prescripción de la acción penal, la población, el desistimiento oportunamente ejercitado en los delitos querellables o la retractación, antes de que se formule denuncia en el delito de injuria, no son causales para extinguir la acción penal, sino eventos para renunciar a la persecución penal cuando la Fiscalía lo considere conveniente, lo que no puede aceptarse porque la ley es clara en afirmar que estos supuestos de hecho extinguen la acción penal.

Por lo anteriormente dicho consideramos que, contrario a lo establecido en la reciente postura de la Corte Suprema de Justicia, la preclusión por reparación integral, al igual que las otras formas de extinción de la acción penal, deben ser entendidas como causales de improcedencia de la persecución penal compatibles con nuestro sistema procesal penal vigente, por ello el medio más apto en el proceso penal vigente para renunciar a la acción penal en los casos de reparación integral, que regula el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, debería ser la preclusión.

### Sujetos procesales legitimados para solicitar la preclusión

Por regla general, la preclusión debería ser solicitada por la Fiscalía, pues un proceso en el que se separan las etapas de juicio e investigación, la investigación para incriminar debe ser dirigida por el acusador, no por la defensa, por tanto, el acusador debería ser el competente para considerar que su investigación conduce a una condena o no, y la etapa para contradecir al acusador por parte de la defensa debería ser el juicio<sup>96</sup>.

A pesar de esto, nuestro CPP concibe cuatro situaciones en las que la defensa puede solicitar la preclusión:

A partir de la presentación de la acusación o inicio de la etapa del juicio, la preclusión puede ser solicitada por la defensa y el Ministerio Público cuando sobrevengan las causales 1 y 3 del artículo 332 del CPP<sup>97</sup>.

En la regulación del procedimiento penal abreviado, de la Ley 1826 de 2017, se advirtió que la defensa puede solicitar la preclusión cuando la conducta acusada no esté tipificada en la ley penal. No existe justificación para que esta causal de preclusión no se aplique en favor de la defensa en los procesos tramitados por el proceso penal ordinario, por ello consideramos que, en virtud del derecho a la igualdad, esta causal también es predicable para el proceso penal ordinario.

El numeral 7 del artículo 332 del CPP indica que se solicitará preclusión cuando se venza el término previsto para que la Fiscalía presente escrito de acusación<sup>98</sup>. Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C - 806 de 2008 precisó que el incumplimiento del término para presentar escrito de acusación es un evento que habilita a la defensa para solicitar la preclusión por iniciativa propia ante el juez de conocimiento por cualquier causal, pero no es «una causal objetiva de extinción de la acción penal».

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), sentencia del 13 de abril de 2011, radicación 35946.

<sup>95</sup> Fiscalía General de la Nación, Resolución 4155 de 2016, artículo 5.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-118 de 2008.

<sup>97</sup> «Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal [...] 3. Inexistencia del hecho investigado [...]».

<sup>98</sup> «Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: [...] 7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código».

Cuando el acusador solicite la preclusión, la defensa podría coadyuvar la solicitud o formular una solicitud de preclusión acumulada a la del acusador, inclusive por causal distinta a la del acusador<sup>99</sup>.

### Oportunidades para solicitar la preclusión

La solicitud de preclusión que hace el acusador ante el juez de conocimiento se puede formular en cualquier momento<sup>100</sup> y cuando sucedan las siguientes causales<sup>101</sup>:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, como los casos previstos en el artículo 77 del CPP y el 82 del CP.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Cuando se indemnice integralmente los perjuicios en los eventos señalados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia dijeron en sentencias C - 920 de 2007 y SP9245-2014 de julio 16 de 2014 respectivamente que, después de que se presentó el escrito de acusación, solo se puede decretar la preclusión cuando sobrevengan

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2010.

<sup>100</sup> Artículo 331 del CPP.

<sup>101</sup> Artículo 332 del CPP y artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

las causales 1 y 3 del artículo 332 del CPP; y en caso de que la Fiscalía considere que no prosperará la pretensión punitiva, deberá practicar todas las pruebas en el juicio y solicitar absolución, ya que, cuando el Fiscal acusa tuvo que haber tenido en cuenta todas las causales de preclusión, y si acusa es porque cree que no se configura ninguna de estas causales.

Esta afirmación suena lógica, sin embargo, no soluciona los problemas que hemos planteado, es decir, la postura que considera que después de presentado el escrito de acusación no es procedente solicitar la preclusión, por todas las causales referidas en el artículo 332 del CPP.

Además, no consulta el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas para los casos en los que la Fiscalía, como impulsora del proceso penal, reflexiona que la acusación presentada no es viable, en tanto no evita los desgastes humanos y presupuestales de adelantar una audiencia preparatoria y un juicio oral, para los casos en los que la Fiscalía considera que no hay forma de que prospere la acusación presentada y, por el contrario, obliga al acusador a adelantar un juicio costoso y dispendioso, a pesar de que se sepa de manera anticipada que habrá una absolución para el acusado.

Esta postura defendida por las Cortes se ajusta a la lógica ideal, pero en la práctica es inconveniente porque obliga al ente acusador a tramitar un juicio oral encaminado a la absolución en casos como los siguientes:

- a. El acusador conoce el descubrimiento probatorio de la defensa o el Ministerio Público

y cambia de opinión sobre la viabilidad de la pretensión punitiva.

- b. Sobreviene una prueba de una causal de preclusión no prevista y distinta a las de las causales 1 y 3.
- c. En la audiencia preparatoria se inadmiten, rechazan o excluyen pruebas del acusador indispensables para sustentar su teoría del caso y el acusador queda inerte en el proceso.
- d. Hay un cambio de funcionario en la Fiscalía por otro que no esté de acuerdo con la acusación formulada por el funcionario al que reemplaza porque considera que no había mérito para acusar.
- e. Hay un cambio de criterio jurídico por parte del acusador después de revisar más detenidamente el caso o luego de someterlo a revisión de un comité técnico de la Fiscalía y se considera que no había mérito para acusar.
- f. Hay un cambio legal o jurisprudencial que hace inviable la teoría del caso de la Fiscalía.
- g.

### Propuesta de interpretación del artículo 332 del CPP, para permitir la solicitud de preclusión después de la presentación de la acusación

En nuestro criterio, las Cortes debieron haber tenido en cuenta que el artículo 331 del CPP dice que «En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión» y que los artículos 332 y 42 de la Ley 600 dicen que la Fiscalía puede solicitar la preclusión por la ocurrencia de siete supuestos o causales.

Consideramos respetuosamente que las Cortes debieron haber hecho otra interpretación del

artículo 332 del CPP, como la que indicaremos a continuación:

- Es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 332 dice que «Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión».
- Así mismo, hay que tener en cuenta que el parágrafo del artículo 332 del CPP no dice que «Durante el juzgamiento, solamente de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión».
- También hay que observar que el parágrafo del artículo 332 del CPP tampoco dice que «Durante el juzgamiento, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, solo podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1º y 3º».

El parágrafo del artículo 332 del CPP no está escrito de alguna forma que impida a la Fiscalía solicitar la preclusión por todas las causales de la ley en la etapa de juzgamiento, este parágrafo solo dice que la Fiscalía **podrá** alegar las causales 1 y 3 del artículo 332 para solicitar la preclusión, pero no indica que **solamente podrá** alegar dichas causales y tampoco que la Fiscalía **no podrá** solicitar la preclusión al invocar cualquiera de las siete causales legales después de presentar la acusación. Este parágrafo lo único que expresa es que la defensa, el Ministerio

Público y la Fiscalía podrán solicitar la preclusión durante el juzgamiento, si sobrevienen las causales 1 y 3, sin que esto restrinja a la Fiscalía en su facultad de solicitar la preclusión en los supuestos del propio artículo 332 del CPP y el artículo 42 de la Ley 600 del 2000 y en las oportunidades que refiere el artículo 331 del CPP [«en cualquier momento» del proceso].

Consideración que las Cortes pudieron haber interpretado el párrafo del artículo 332 orientándose por principios constitucionales, como el derecho a tener un proceso sin dilaciones injustificadas que ya hemos explicado, pero las Cortes dilucidaron el párrafo del artículo 332 bajo una inferencia que hace creer que si la Fiscalía formula una acusación, es porque sabe que no procedía la preclusión, pero como hemos visto, hay situaciones en las que, a pesar de haberse formulado la acusación, la misma Fiscalía puede convencerse de que no va a ser exitosa su pretensión de condena penal.

Desde nuestra óptica, las Cortes pudieron haber interpretado el párrafo del artículo 332 como un párrafo que habilitó a la defensa y al Ministerio Público a solicitar la preclusión en la etapa de juzgamiento, sin embargo, en vez de darle una interpretación permisiva a este aparte las Cortes lo leyeron como una restricción a la Fiscalía que le impide solicitar la preclusión, a pesar de que el artículo 331 del CPP dice que «En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión».

El párrafo del artículo 332 del CPP no dice que la Fiscalía no pueda solicitar la preclusión por todas las causales expuestas en este artículo, después de

iniciar la etapa de juzgamiento, por eso, si la ley no restringe esa facultad de la Fiscalía, las Cortes no debieron haberlo hecho y menos si el artículo 331 dice que «En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión».

En caso de que la interpretación que las altas Cortes le han dado al párrafo del artículo 332 del CPP no sea reformulada, es legítimo que los jueces constitucionales se separen del criterio jurisprudencial de las altas Cortes, siempre y cuando, se fundamenten en motivos claros y sólidos, y reconozcan que la interpretación de las Cortes es un criterio dominante<sup>102</sup>.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que «si bien los máximos tribunales constitucional y de la jurisdicción común han precisado el deber de respetar el sistema de precedentes, igual han enfatizado en que los jueces pueden apartarse de los mismos, siempre y cuando en tal evento cumplan con la carga de reconocer su existencia y argumentar en forma clara y con suficiencia, las razones por las cuales, en el caso concreto, deciden apartarse de tales lineamientos, pues aunque los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta»<sup>103</sup>.

Amparados en esto, los jueces de conocimiento podrían distanciarse respetuosamente del criterio

<sup>102</sup> Corte Constitucional, T-401 de 2015: «El funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente resuelto por el superior jerárquico, siempre y cuando explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición».

<sup>103</sup> Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 42417.

dominante de las Cortes e interpretar el artículo 332 y su párrafo, asumiendo que esta norma lo que hace es darle una oportunidad procesal a la defensa y al Ministerio Público, para alegar la preclusión por las causales 1 y 3 y no impedir que la Fiscalía pueda solicitar la preclusión por cualquier causal del artículo 332 del CPP, después de que se presente la acusación, porque, ni el artículo 332 ni ningún artículo del CPP prohíben expresamente a la Fiscalía pedir la preclusión por cualquier causal, después de presentar la acusación y, por el contrario, el mismo CPP dice que «En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión».

Al seguir esta interpretación u orientación hermenéutica se evitaría un tortuoso juicio oral y un proceso innecesario, que mancille los derechos del acusado cuando la Fiscalía sea consciente de que no será exitosa su pretensión punitiva.

## Conclusiones

La preclusión es una decisión judicial con la cual se administra justicia, se determinad con efectos de cosa juzgada la situación jurídica de quien se encuentra investigado o procesado por la comisión de un delito y se renuncia a la persecución penal por no existir mérito para iniciar o continuar con la acción penal.

La Fiscalía está en la obligación de solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de la persecución penal cuando considere que no hay mérito para acusar, lo que se puede determinar, inclusive, cuando ya se hubiera presentado la acusación.

Por su parte, el juez de conocimiento está en

obligación de resolver con efectos de cosa juzgada, la solicitud que plantee la Fiscalía donde se garanticen los derechos a la defensa, al acceso a la Administración de Justicia y a un proceso sin dilaciones injustificadas de los involucrados en el proceso penal.

La preclusión por indemnización integral es compatible con el sistema procesal adoptado por el CPP y está respaldado en una norma de la Ley 600 de 2000, que coexiste con el actual sistema de tendencia acusatoria, por ello, en virtud del principio de favorabilidad de la ley en el tiempo, debería aplicarse en el sistema procesal regulado por el CPP. Así se hubiere formulado acusación, hay eventos en los que es posible advertir que no había mérito para acusar. En estos casos correspondería tramitar la preclusión de la persecución penal para no someter al procesado a desgastes y perjuicios innecesarios y hacer efectivo su derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas

## Referencias bibliográficas

- Balmaceda, G. [2015]. Estudios de derecho penal general. Universidad de la Sabana.
- Barbosa Castillo, G. [2005]. Principio de legalidad y proceso penal. Revista de derecho penal y criminología [78], páginas 109 a 123.
- Bernal Pulido, C. [2008]. El derecho de los Derechos. Externado de Colombia.
- Bobbio, N. [2005]. Teoría general del derecho [2.da edición] [J. Guerrero trad.]. Temis.
- Ferrajoli, L. [2009] Derecho y razón, teoría del garantismo penal [P. Ibáñez, A. Ruiz, J. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, trads.]. Trotta.
- Fiscalía General De La Nación. [2016]. Resolución 4155 de 2016.
- Gómez Pavajeau, C. [2016]. La oportunidad como principio complementario del proceso penal. Nueva Jurídica.
- Kelsen, H. [1982]. Teoría pura del derecho [2.da edición] [R. Vernengo, trad.]. Universidad Autónoma de México.
- Mestre, J. [2008]. La disponibilidad de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. Universitas [116], páginas 201 a 221.
- Montealegre Linett, E. y Bernal Cuellar, J. [2013a]. El proceso penal. Tomo I [6.ta edición], Universidad Externado de Colombia.
- Montealegre Linett, E. Y Bernal Cuellar, J. [2013b]. El proceso penal. Tomo II [6.ta edición], Universidad Externado de Colombia.
- Montoya, C. [2009]. La protección de la víctima en el sistema penal acusatorio. En El sistema penal acusatorio en el contexto colombiano, compilador Ubaté Ortega J. Universidad Libre, páginas 362 a 381.
- Pedraza Jaimes, M. [2014]. La preclusión de la actuación penal. Revista de la Defensa Caribe [1], páginas 185 a 208.
- Perdomo Torres, J. F. [2005]. Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano. Universidad Externado de Colombia.
- Picó, J. [1997]. Las garantías constitucionales del proceso [José María Bosch editor].
- Rúa, J. y Lopera, J. [2002]. La tutela judicial efectiva. Leyer.
- Suárez, A. [2001]. El debido proceso penal [2.da edición]. Universidad Externado de Colombia.
- Urbano Martínez, J. J. [2013]. El control de la acusación. Universidad Externado de Colombia.



# Análisis jurídico del término de legalización de capturas en Colombia<sup>104\*</sup>

Luis Fernando Otero Hoyos<sup>105</sup>

## Resumen

Con el estudio sobre el término para legalizar una captura en Colombia se examinarán varios aspectos, entre ellos: el habeas corpus como resguardo universal a la libertad como derecho fundamental, el habeas

104  
Arboleda

\*Este artículo forma parte de la investigación que se realizó para optar al título de magíster en Derecho Penal, Universidad Sergio

105  
Abogado, especialista en derecho penal, gestión pública, derechos humanos, magister en Derecho y candidato a doctor en Ciencias Políticas. Actualmente, se desempeña como profesional administrativo y de gestión y docente catedrático de la ESAP.

corpus y el término de legalización de las capturas en Colombia, sus antecedentes, reglamentación y sus características, términos para restringir la libertad. De igual forma, se analizarán algunas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre el término de legalización de las capturas.

**Palabras clave:** captura, habeas corpus, libertad, términos para las aprehensiones.

## Abstract

With the study of the term to legalize capture in Colombia several aspects were examined: habeas corpus as universal safeguard to liberty as a fundamental right, habeas corpus and the term of legalization of catches in Colombia, criminal record, regulations and its characteristics, terms to restrict freedom. Some jurisprudential and doctrinal considerations on the term of legalization of catches study.

**Keywords:** capture, habeas corpus, freedom, terms apprehensions.

## Introducción

En vigencia del sistema penal acusatorio en Colombia, el tema de la legalización de las capturas ha estado rodeado de polémicas y discusiones jurídicas, en cuanto a la aplicación del término de 36 horas.

La libertad es un derecho inalienable e inherente al ser humano y, por ello, posee un rango fundamental en el derecho colombiano, ya sea por la protección que le brinda la Constitución Política de Colombia, o por estar inmerso en incontables tratados y convenciones internacionales, dándole un estatus en el bloque constitucional.

Este derecho describe las acciones propias del hombre y hace al ser humano consciente de sus hechos en la proporción en que ellos son facultativos. Esta es su finalidad, que las personas puedan tener la facultad de permanecer o trasladarse de un sitio a

otro sin ser molestadas o limitadas, a excepción de las restricciones legales.

Se dice que el derecho a la libertad natural es limitado para responder al uso de las libertades de todos los hombres; límites que deben encaminarse por los criterios ineludibles como: (i) las restricciones justificadas y (ii) los fines perseguidos por el Estado a través del derecho penal (*ius puniendi*).

A pesar de ser uno de los derechos más apreciados, en la actualidad es uno de los más vulnerados, tanto en su entorno como en su práctica, ya que existen diversas limitaciones para su goce.

Por ello, con este trabajo se analizarán algunos aspectos como: (i) el término para judicializar a una persona privada de su libertad, (ii) los mecanismos que proceden para defender el derecho a la

libertad, cuando este se considere vulnerado, (iii) consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la aplicación del término de legalización de captura en Colombia, (iv) y, por último, se presentarán las conclusiones respectivas.

## El habeas corpus como protección universal del derecho a la libertad

Se dice que el *habeas corpus* es la figura jurídica que busca impedir capturas arbitrarias al resguardar los derechos esenciales como la vida, libertad y la integridad física. Por eso, es necesario presentar a la persona detenida dentro del término establecido por la ley y la Constitución ante el juez de garantías, quien tendrá la facultad de ordenar la libertad inmediata si no encontrare mérito para la aprehensión.

Por ello es importante no quedarse con la mera consagración constitucional de los derechos esenciales, que entre otras cosas no es absoluta, sino que debe ir acompañada de garantías que respondan a la eficacia del libre proceder de los derechos. En el derecho constitucional se plasma una serie de mecanismos legales que forman el conjunto de garantías de los derechos humanos, como es el caso del Habeas Corpus, que es uno de estos mecanismos de protección de los Derechos Humanos y que se recurre para buscar la defensa o restitución del derecho a la libertad.

En síntesis, el éxito de los derechos obedece tanto a su declaración legal como a la existencia de instrumentos apropiados, eficientes y disponibles para advertir sus infracciones y rebelarse contra ellas, conectado a la ineludible condición material para su completo goce.

Por otro lado, el habeas corpus resulta del ordenamiento jurídico primitivo que surgía con los vocablos latinos *tú tienes el cuerpo*, es decir, que traigas tu cuerpo, lo que significa que, la persona debe recobrar la posesión física de sí misma, en toda su totalidad (Quisbert, 2001).

De acuerdo con lo anterior, se habla de libertad corporal o física y nadie puede despojarla, es decir, nadie puede quitar la libertad de movimiento. De igual manera, el habeas corpus se dice que es el amparo constitucional del derecho a la libertad de las personas. Es de origen abreviado, encaminado a restablecer la libertad que ha sido quebrantada o coaccionada por acciones u omisiones derivadas de autoridades estatales (Zelada, 2003, p 41).

Se precisa que una persona puede solicitar la injerencia de un órgano jurisdiccional que batalle por el restablecimiento del derecho inherente de albedrío, cuando se presume que aparece trasgredido de manera injusta, indebida e ilícita a través de una detención. Además, está predestinado a restituir la libertad como derecho que tiene cada individuo, en los momentos en que está siendo vulnerado.

Por tener la defensa de los derechos humanos, corresponde al ámbito del control difuso.

Cuya reglamentación emana de un precepto constitucional, por ende, es un deber de las autoridades públicas frente a los ciudadanos. Es un trámite breve, específico y preferente, por el que se pide a la autoridad competente la restitución del derecho a la libertad, quebrantado por la aprehensión ilegal, que pueda ser establecida por persona no circunscrita dentro de la rama judicial. Significa que todo individuo que estuviere privado o limitado de su libertad, o se conociere intimidada en su seguridad, guarda el derecho a que un juez con investidura resuelva una sentencia de habeas corpus, a fin de restablecer su libertad. Su objetivo es disponer soluciones efectivas y expeditivas para ocasionales hechos donde se den retenciones no fundadas legalmente, o que acontezcan en situaciones ilícitas.

En otras palabras, el habeas corpus procede cuando una persona es capturada y se le infringen sus garantías, o cuando la detención es legal, como en el caso de las medidas de aseguramiento, pero que dicha privación se prolongue más del término establecido en la carta política o en la norma, lo cual haría que la aprehensión, aun siendo lícita, fuera ilegal.

Según Linares Quintana, el habeas corpus es el desagravio legal que puede instaurar toda persona que ha sido ilícita o ilegalmente despojada de su libertad, bien sea por causa de orden ilegal o porque ha estado formulada por quien no es funcionario competente, el juez examinará la situación y comprobada su ilegalidad ordenará la libertad [1956, p. 381]

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el habeas corpus es el derecho que posee toda persona detenida, al considerarse ilegalmente privada de libertad de locomoción, que le permite solicitar ser llevado ante una autoridad judicial (juez), quien podrá decidir si la persona ingresa a prisión o es dejada en libertad. El juez tiene que resolver si existen causas lícitas para la privación de la libertad material de la persona detenida. Es un procedimiento breve y sencillo [CIDH, 2011].

Con respecto al concepto de habeas corpus se entiende que ninguna persona tiene la potestad de despojar a otra de la libertad de circulación. Esa calificación latina compone las principales expresiones con las que principiaba la disposición legal para pedir la entrega del aprehendido [Fuertes-Planas Aleix, 2007].

## El habeas corpus y el término de legalización de las capturas en Colombia

### 1. Antecedentes

Los orígenes de la acción de habeas corpus en Colombia se remonta a la carta política de 1832, conocida como la Constitución de Nueva Granada, donde se estiman varias disposiciones generales en el Título X.

El artículo 186 traía consignado que la persona que fuera detenida y que pasadas doce horas no se le hubiera informado por qué había sido arrestada, tenía derecho a solicitarlo y el juez a informarlo, y si ninguno de los dos se manifestaba, ambos eran castigados por detención arbitraria [Constitución Política del Estado de la Nueva Granada, 1832].

Asimismo, los artículos 23 y 28 establecían que el habeas corpus era la protección a la libertad personal y que las personas que fueran aprisionadas por disposición del Gobierno, en cualquier circunstancia, ya fuera en época de paz o estado de sitio, y con el fin de evitar disturbios, podían acudir a esta figura cuando pasado 10 días no recobrara su libertad [López, 2011]

Posteriormente, se creó el primer estatuto sobre habeas corpus, que fue el decreto 1358 de 1964, que lo instituyó como un recurso, y podía usarse cuando la persona hubiese sido apresada por más de 48 horas. El juez municipal era quien lo resolvía y tenía un máximo de 24 horas; cualquier persona podía solicitarlo, pero no era válido frente a las sentencias o autos judiciales [Díaz, 2013].

Con la llegada de la Constitución Política de 1991, se le da doble connotación al estipularse como acción y derecho fundamental, pues cualquier ciudadano retenido que se suponga estarlo ilegítimamente, podrá solicitar a un juez de la República, que resuelva su situación jurídica en un plazo máximo de 36 horas, el cual puede decretar la legalidad o ilegalidad de la restricción [Vila, 2007].

Es así, que el artículo 30 de la carta señala que el

habeas corpus busca proteger la libertad personal, motivo por el cual dispuso que toda persona que estuviera privada de esta y creyera estarlo ilegalmente, tenga derecho a recurrir a dicha acción, para que un juez le resuelva en el término de 36 horas.

Que tenor dice:

Artículo 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de 36 horas [Constitución Política de Colombia, 1991].

Por consiguiente, el habeas corpus dispone una presentación del prendido ante el juez y este a su vez, presente sus argumentaciones frente a los orígenes de la captura o las circunstancias de esta, y finalmente, el juez tome una decisión.

No obstante, a la inviolabilidad que tiene el derecho a la libertad, lo importante es la vigilancia jurídica que se realiza en el accionar de las autoridades, cuando una persona aduce estar privada de la libertad injustamente [Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-046, 1993].

La finalidad del habeas corpus es impedir detenciones arbitrarias. Además, forma parte de los derechos fundamentales contemplados en la carta política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo más trascendental es que conforma lo que se denomina bloque de constitucionalidad [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-496, 1994].

Esta doble naturaleza adquirida en el habeas corpus, le otorga una condición superior y exclusiva, que tiene su regulación específica como un medio procesal enfocado a resguardar la libertad, contra detenciones consideradas ilegales [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-010, 1994].

Además, se le da el valor de garantía, señalando que la persona que estuviera privada de su libertad o que consideraba estarlo, podía acudir ante cualquier juez, para que le resolviera su situación jurídica.

De igual forma, el artículo 85 estipula su empleo inmediato, lo que da a entender que no es un trámite complejo y que no requiere de un gran proceso legal, ni de otro suceso para efectos de su aplicación; pero, en su artículo 152, determina que esta figura debe regularse a través de una ley estatutaria [Constitución Política de Colombia, 1991]. También, cabe destacar que cuando el constituyente orientó la propuesta sobre el habeas corpus, se especificó que no puede ser restringido ni interrumpido bajo ningún evento, la finalidad era impedir el prendimiento arbitrario, por autoridad no competente, sin causa legal y sin acatamiento de las normas [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-557, 1992].

Equivalentemente, la Corte Constitucional dijo que el constituyente del 91, le dio la índole de derecho fundamental a fin de brindarle mayor garantía, lo que habilitó su aplicación inmediata y de absoluto acatamiento por parte de las autoridades estatales [Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-046, 1993].

Luego, la Corte señala que el legislador debía crear de manera urgente una ley especial que lo rigiera y señaló un término prudente para elaborarla. Esta ley tenía que ser una ley estatutaria, que tiene un rango superior por el hecho de que se trata de un asunto trascendental dentro la Constitución Política [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-620, 2001].

Por ende, esta figura abarca no solo el derecho a la libertad, sino que agrupa varios derechos fundamentales inherentes a todos los individuos que se hallen privados de la libertad de modo arbitrario. Y al mismo tiempo, como es una acción pública, lo que quiere decir que su titularidad corresponde a todo ciudadano. Es así, que se define como un arma de control externo, al servicio de las personas que se consideran privadas de la libertad de manera arbitraria o ilegal. Igualmente, se manifiesta que esta herramienta es una garantía suprema que protege la libertad individual [Cepeda, 2001].

A la par, es considerado un recurso que se puede emplear cuando los sujetos consideran que han sido detenidos ilegalmente o arbitrariamente, y también cuando siendo lícita su aprehensión esta se prolonga en el tiempo. Los jueces deben examinar y evidenciar cada caso y determinar si existe vulneración al derecho para poder ordenar la libertad de manera inmediata [Naranjo Mesa, 1991]. En este sentido, se concluye diciendo que el habeas corpus es un derecho fundamental que ofrece un seguro a la persona para que se le proteja su derecho a la libertad y además, es una acción constitucional que estima la oportunidad de comparecer ante un juez, para que establezca en qué condiciones un sujeto está privado de la libertad, con el fin de

garantizar si tal estado viola o excluye garantías constitucionales o si la restricción es ilegal [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-187, 2006].

## 2. Reglamentación

Es necesario que para la implementación del habeas corpus se surta un trámite especial. Por esta razón, el legislador crea una ley estatutaria [Ley 1095 de 2006], cuyo fin era la protección de varios derechos fundamentales como la libertad y la integridad física.

Esta garantía la puede solicitar cualquier persona, no se necesita ser abogado, es procedente cuando existe una privación injusta de la libertad y los jueces deben resolverla dentro las 36 horas siguientes. Todos los jueces tienen competencia para resolverla.

Esta solicitud es muy sencilla, pero debe tener un mínimo de requisitos, como son:

- a. Nombres y apellidos del interesado.
- b. Una síntesis del porqué se considera privado de libertad de manera indebida.
- c. Fecha en la que fue aprisionado y el centro reclusión.
- d. Autoridad que ordena la privación de la libertad.
- e. Identificación del solicitante y dirección de domicilio.
- f. Manifestación jurada de que no ha iniciado antes petición de habeas corpus [González, 2000].

En las partes en donde hay dos o más jueces que pueden avocar conocimiento se enviará a reparto. Quien conozca del *habeas corpus*, indagará y

solicitará información a las autoridades que tienen que ver con la detención y estas deben responder, so pena de incurrir en una falta disciplinaria gravísima. Si se considera necesario, se inspeccionará el sitio de reclusión. En todo caso, el juez debe resolver de manera pronta y oportuna esta acción [Ley 1095, 2006].

El juez competente buscará entrevistar a la persona interesada en la acción de habeas corpus y podrá ordenar su conducencia, con el fin de cotejar los sucesos señalados en la solicitud. En caso de que no se pueda trasladar el recluso por circunstancias de seguridad o procedencia, el juez tendrá que ir al lugar de prisión. En todo caso, si el juez considera que no es necesaria la entrevista puede descartarla y fundamentar en la sentencia las razones de su decisión.

Cuando se demuestre el quebrantamiento del debido proceso y de todas las garantías, el juez de conocimiento dispondrá la libertad inmediata del encarcelado. Esta providencia puede ser impugnada una vez notificada y hasta tres días después. Si se impugna, la decisión pasará ante el juez superior dentro de las 24 horas siguientes, en caso de cuerpos colegiados o que existan múltiples jueces se repetirá y a quien le corresponda deberá decidir dentro de los tres días siguientes.

### 3. Características

Visto el grado de importancia que tiene el habeas corpus en Colombia, se pueden instituir algunas características de mayor alcance:

- a. Tiene doble naturaleza: es una garantía y derecho constitucional.
- b. Su reglamentación es por una ley estatutaria.
- c. Lo exige el sujeto que se encuentre privado de la libertad y que considere estarlo arbitrariamente.
- d. Se puede requerir ante cualquier juez de la República.
- e. Se puede pedir en cualquier tiempo.
- f. Lo puede solicitar el interesado o cualquier persona.
- g. Debe resolverse en un plazo de 36 horas [Poveda, 2007].
- h. Término para legalizar una captura**

La pérdida del derecho a la libertad en el trascurso de una causa penal es la máxima demostración de poder que asienta el Estado, pero, de igual manera, es la fase más problemática, pues estamos hablando de la limitación de un derecho muy preciado como es la libertad. Es así, que la norma procedimental penal colombiana trae consignado cuál es el plazo para legitimar una detención.

Primero que todo, hay que tener en cuenta que para quitar la libertad de un individuo es necesario que un juez constitucional, con funciones de garantía, emita una orden, previa solicitud del órgano de persecución penal, quien a través de su delegado expondrá las razones de hecho y derecho por las cuales realiza esta petición. A excepción de asuntos en donde exista detención en flagrancia.

Cuando es surtida la orden de captura y esta se materializa, el aprehendido es colocado a orden de un juez con funciones de control de garantías, en el menor tiempo posible, sin exceder el término de 36 horas, a fin de verificar la legalidad de la actuación.

## Algunas consideraciones de la jurisprudencia colombiana

Al hablar de captura, se tiene que entrar a estudiar el artículo 30 de la carta política, pues esta norma superior señala cuál es el plazo que una persona puede estar privada de la libertad, sin que se le haya resuelto su situación jurídica, cuáles son las acciones que tiene, quiénes las pueden ejercer, en qué momento y ante quién puede solicitar apoyo. Se trata, pues, del medio principal para la defensa judicial de la libertad. Así mismo, esta herramienta procede en otros casos, por ejemplo, cuando la detención es legal, pero se prolonga en el tiempo.

El habeas corpus por excelencia protege el derecho a la libertad, por lo cual un individuo que se considere injusta e ilegalmente privado de ella puede dirigirse a un juez de la República, para que interceda y le garantice la protección de sus derechos fundamentales. En otras palabras, esta figura jurídica permite acudir a instancias diferentes y superiores, en donde se defiende la imparcialidad de la justicia y asegure su defensa [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C- 301, 1993].

Así mismo, esta corte estipuló que el habeas corpus es protector de la libertad corporal. De ahí que dicho procedimiento sea sencillo, informal, ágil y asequible para cualquier persona. Está dirigido a simplificar su aplicación, el juez verifica las causas y circunstancias de la probable detención ilegal y resuelve en término máximo de 36 horas.

Precisamente, por ser guardián de la libertad corporal y además garante de la vida y la integridad física, es indispensable que su trámite sea especial, ágil y eficaz, por lo cual no debe establecerse a través de una ley ordinaria, sino por medio de una ley especial, cuya aprobación requiere unas exigencias de carácter exclusivo. Por ello, la Corte señaló que el habeas corpus no podía seguir regulándose por una ley ordinaria como la que rige el Código de Procedimiento Penal, pues su ideal es garantizar la comparecencia del enjuiciado al proceso. Al contrario que este recurso, busca proteger al máximo el derecho a la libertad [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-620, 2001].

Al respecto, señala Cifuentes [2002] que el conocimiento de la acción de habeas corpus no puede estar limitado solo a los jueces penales, por cuanto en la Constitución se precisa que esta garantía la puede resolver cualquier juez.

Por otro lado, la libertad no es un derecho absoluto, existen situaciones donde es necesario restringir algunos derechos como este, pues a veces el interés superior de la sociedad prima sobre el personal, como en el caso de los estados de excepción donde se limita la libertad personal. Pero esa restricción no puede ser caprichosa, de allí que

se establezcan unas formalidades al respecto, que existan unos motivos fundados y el juez determine su legalidad. Sin embargo, no se puede prolongar infinitamente una aprehensión [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1024, 2002].

También, hay detenciones excepcionales, como las que le concede la Constitución al ente de persecución penal, sin que con ello se esté vulnerando las garantías constitucionales. Pero, sin duda debe garantizarse la libertad ante detenciones ilícitas, de ahí que, en el sistema procedimental de corte acusatorio, el papel que juegan los jueces con funciones de garantías sea muy relevante [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-730, 2005].

Es importante tener en cuenta el término estipulado en la Constitución Política y en la ley procesal penal en Colombia, para los casos donde existan detenciones, estas se deben protocolizar y deben ceñirse a un plazo máximo de 36 horas [Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-163, 2008].

La Corte Suprema de Justicia señala que hay que analizar y realizar una interpretación restrictiva de la normatividad referente a la privación de libertad; entendiendo que la Ley 906 de 2004 establece que la legalización de la captura debe hacerse en un máximo de 36 horas. Este término es obligatorio en lo que concierne al control efectivo a la privación de la libertad.

Es por ello por lo que es necesario, dice la Corte, resolver lo relativo a la privación de la libertad en el plazo estipulado y después se pueden realizar las demás audiencias, para que no se afecte el derecho

fundamental a la libertad. Esto debe hacerse cuando existan casos complejos, donde resulten pluralidad de delitos, capturados, defensores, entre otras situaciones, que ameriten más tiempo y no puedan culminarse dentro del término reglamentado.

Este plazo máximo debe entenderse para efectos de la audiencia de legalización de captura, ya que se hace necesario preservar la libertad individual respecto de una ocasional postergación indebida o arbitraria. Esto debe entenderse, cuando exista complejidad del asunto, en el sentido de que se pueda exceder el tiempo en las demás audiencias preliminares (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32634, 2009).

Igualmente, es importante mirar el carácter perentorio y superlativo del término de aprensión fijado en la Constitución. Se pide que, por la condición apremiante del plazo a que hace acotación el artículo 28 superior, a los funcionarios encargados les corresponde garantizar la eficacia y el acatamiento de ese precepto con los recursos y herramientas que se demandan, para responder oportunamente en los desplazamientos, la estricta administración de justicia y la protección de los derechos tanto del apesado, como de las víctimas y de la comunidad, que se sitúan en opresión con el suceso de la conducta punible. Sobrepassar ese lapso de tiempo vulneraría derechos fundamentales a los capturados. Sin embargo, deja entrever que es posible que se pueda modificar o ampliar el límite para judicializar una aprehensión, pero, para ello, se tendría que reformar la Constitución Política en lo referente a este tema. Como se señaló anteriormente, es necesario que las autoridades

en casos especiales busquen las herramientas que posibiliten, tener a una persona detenida el menor tiempo permitido (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-425, 2008).

Al respecto, la honorable Corte Suprema señala que en todos los asuntos donde hay aprehensión, si las labores propias de policía judicial, fiscalía y demás autoridades relacionadas con el hecho cumplen dentro del plazo improrrogable de 36 horas, la providencia carecerá de soporte legal, es así que el fiscal tiene la posibilidad de dejar en libertad al capturado cuando exista un retardo injustificado y no pueda llevar a ante un juez constitucional con funciones de control de garantías, para que decreta como ilegal la detención (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 37733, 2012).

La Corte plantea que el plazo de las 36 horas, muy a pesar de ser el término legal, pueden darse casos donde ese plazo alcance a excederse y la retención no sea ilegal, sin perjuicio de la mala fe o el proceder injustificado del funcionario que interviene en la aprehensión. Esto no quiere decir que no se pueda ordenar las correspondientes investigaciones a que haya lugar.

De acuerdo con lo anterior, la posición de la Corte Suprema permitiría que se vulnera el plazo máximo, establecido en la ley y en la Constitución nacional, pues al no declararse la retención ilegal, esto se prestaría para abusos y arbitrariedad de los operadores jurídicos, porque no es tan fácil demostrar la mala fe, dejadez o un proceder injusto de los funcionarios que intervienen en una captura. Este alto tribunal sostiene que hay que determinar

el momento a partir del cual se empiezan a contar las 36 horas para la audiencia de legalización de la aprehensión, concretamente en lo referente al término perentorio. Recordando que lo más importante es que se garanticen los derechos de la persona capturada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 42383, 2013).

El término para legalizar capturas en zonas de difícil acceso como en altamar o las selvas colombianas será el menor posible. Por ejemplo, cuando se hace una captura en una embarcación en zonas marítimas, aunque las 36 horas siguen siendo el mandato, aquí se habla del menor tiempo posible, dadas las circunstancias, para dirigirse ante el juez con funciones de control de garantías. Este tiempo se debe contar a partir del instante en que los tripulantes estén en la costa.

De igual forma, pasaría con una persona aprehendida en la selva, que por razones de modo, tiempo y lugar no pueda ser llevada lo antes posible ante la autoridad judicial competente.

En estos casos tendría que demostrarse que se hizo hasta lo imposible por poner a disposición a los retenidos, examinando la buena fe de quien efectúa la captura. Además, el legislador deja un vacío en la norma y la Corte abre la puerta para la procedencia de enormes transgresiones a los derechos humanos, que afectarían la acción de habeas corpus, quedando expuestos al abuso de poder de algunos funcionarios del Estado (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-239, 2012).

De igual forma, la honorable Corte Suprema, al resolver el recurso de habeas corpus, aplicó un test

de ponderación para garantizar varios derechos fundamentales. En este caso los solicitantes alegaron que se les vulneró el derecho fundamental de la libertad y su proceso debido por sobrepassarse las 36 horas, sin que se les hubiere realizado la audiencia de legalización de captura. La Corte señaló que hay situaciones adversas donde la naturaleza juega un papel muy importante, pues no se puede ir en contra de situaciones naturales como las condiciones climatológicas o geográficas.

Además, dado que se trata de un caso real, con el difícil orden público era imposible trasladar a los aprendidos ante el juez constitucional con funciones de control de garantías en el tiempo establecido y que tampoco era posible ingresar al juez y fiscal para realizarla en el lugar donde se encontraba los miembros del Ejército Nacional, en este caso la Corte dio mayor prevalencia a la seguridad y a la vida de los capturados y de la tropa que al derecho a la libertad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 00014, 2011).

Al respecto, sostiene Velásquez que el debido proceso es todo el sistema de protecciones que salvaguarda al individuo procesado, que se asevera a lo ancho de este, de manera rápida y eficiente, con lo que garantizan la seguridad jurídica, coherencia y fundamentación de las providencias judiciales ajustada a la ley (Velásquez V, 2014).

Así las cosas, en el tema que nos atañe es preciso manifestar que para algunos casos el legislador debería establecerse un término distinto, siendo obviamente mucho más amplio, pues las condiciones no son las mismas que para una

detención en situaciones normales. Con ello se podría decir habría que crear una excepción a la regla.

Finalmente, se tiene que decir que el habeas corpus no depende de la presencia de otros mecanismos dentro del proceso penal, porque se trata de una acción principal y no subsidiaria en situaciones de detención arbitraria o de prolongación ilegal de la libertad.

No se puede denegar el habeas corpus por parte de los jueces fundamentando que concurren otros medios dentro del proceso, porque los recursos con los que cuenta la persona en un proceso, tienen un objetivo distinto al que busca el habeas corpus, debe ante todo comprobarse de manera inmediata y sin requisitos previos, la legalidad de la aprehensión (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 32572, 2009).

## Algunas consideraciones doctrinales

La carta política colombiana plasma un capítulo concerniente a los derechos fundamentales, uno de ellos es la libertad, al cual el constituyente le dio gran importancia y un amplio campo de protección. Asimismo, se consagran las excepciones en las cuales se puede restringir. Este asunto ha estado lleno de diversos pronunciamientos por parte de estudiosos del derecho.

A partir de la actual carta política, se adquiere un cuerpo normativo bien estructurado, especificando la prioridad del principio de la libertad como la esencia del proceso penal. El estatuto de procedimiento penal colombiano dispone las situaciones en que se deben imponer las medidas de detención preventiva por parte del juez constitucional con funciones de garantías. Es menester señalar que según lo expone el código, la restricción de la libertad debe ser ordenada por el juez cuando sea estrictamente necesario, para lograr asegurar, ya sea la presencia del implicado o la conservación de la prueba, el amparo de la comunidad o de las víctimas (Aponte Cardona, 2005).

El mismo código de procedimiento penal establece que cuando se hubieran variado las condiciones de aprehensión y sean irrazonables o desproporcionadas, el juez o funcionario competente deberá modificar o revocar la medida; es así que, la norma contempla que el detenido será puesto a la orden del juez constitucional con funciones de garantías antes de vencerse 36 horas.

Sobre esto, Velázquez [2005] y Bernal, y Montealegre [2004] sostienen que no se puede disponer arbitrariamente del capturado ni retenerlo más de lo señalado en la norma, luego hacerlo traería consecuencias jurídicas. Este examen judicial es el que permitirá confrontar el procedimiento efectuado y es la limitante que tienen quienes intervienen en la aprehensión.

Por eso, cuando se trata de la restricción al derecho de la libertad de un individuo, el juez constitucional

de garantías debe garantizar la aprehensión en el menor tiempo posible, sin superar el término establecido, verificándose que los derechos han sido respetados y que el Estado, cuando ha afectado el derecho a la libertad, debe ser muy cauteloso porque con la detención se puede dar arbitrariedad o abuso de autoridad.

Por otro lado, Aponte Cardona [2005] expone que además del momento en que el sujeto aprehendido en flagrancia o sin mandato legal deba ser colocado a la orden del juez de garantías, conviene hacer énfasis u ocuparse en los «motivos fundados» que se tuvieron para realizar la captura, a fin de evitar abusos contra la libertad de las personas. Este autor plantea que el operador judicial debe hacer una inferencia metódica de la ley, fundada en el precepto de limitación especial a la libertad, para ser muy restringidos y rígidos en el razonamiento de esta clase de posibilidades a la hora de apresar una persona.

Asimismo, González [2012] indica que debe apreciarse la razonabilidad de los plazos y términos judiciales y que estos deben efectuarse conforme a la valoración de unos factores como son: la dificultad del asunto, la acción legal del interesado y la diligencia de los funcionarios públicos. Así como evaluar la conexidad entre el plazo razonable y la dilación injustificada, pues se vulneraría el derecho fundamental del debido proceso. En otras palabras, se tiene que analizar la complejidad de los casos para poder determinar los términos, debido a que no todos tienen la misma magnitud y así no se violarían las garantías procesales.

Esta posición coincide con las apreciaciones de la Comisión Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen algunas excepciones para determinar el plazo razonable en que se puede poner a disposición una persona detenida, señalando cuatro criterios: a) la complejidad del caso, b) la conducta de las autoridades, c) la actuación del peticionario y d) los intereses en juego del peticionario en el proceso.

Debe entonces verificarse, junto con el análisis de la complejidad del caso, la conducta de las autoridades y la actuación o circunstancias propias del aprehendido, los términos de inmediatez y de la distancia en cada uno de los supuestos (Álvarez, 2008).

En cambio, Martínez [2006] advierte que una vez originada la detención se cuenta por parte de la autoridad con 36 horas para dejar al detenido a disposición del fiscal y del juez con funciones de control de garantía para la legitimación, pero no puede contemplarse como el término que tiene la policía judicial para comprobar su legalidad. Esta tesis es desacertada y violadora del derecho fundamental de la libertad. Hay quienes sostienen que hay que analizar las condiciones del lugar, el tiempo y modo en que se realizó, pero es peligrosa esta apreciación, porque se transgrede el derecho a la libertad inmediata, igual sucede cuando se retiene una persona por un delito que no admite detención preventiva y se prolonga su detención. En este tipo de eventos se debe invocar la acción de *habeas corpus*.

Del mismo modo, Poveda Perdomo [2007] manifiesta que, al emplear el término de 36 horas para la legalización de una captura, se debe mirar es el límite temporal para realizar la audiencia de control de legalidad e impedir las restricciones ilegales a la libertad, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales sobre las limitaciones a la libertad.

Conjuntamente, estipulan Patiño González [2007] y Matías Camargo [2009] que el límite de tiempo al que hace alusión el artículo 28 de la Constitución tiene un carácter perentorio, en donde se establece que en ningún caso se podrá exceder este término. Debe ser claro cuál es el papel principal que juegan las autoridades con respecto a la eficacia y el acatamiento de esa norma, y considerar el buen ejercicio del mandato judicial y la protección a los derechos de los ciudadanos, de los perjudicados y del detenido.

Por otra parte, Arteaga [2010] esboza que para poner a disposición a un capturado debe mirarse un plazo razonable como herramienta que permita al juez constitucional efectuar un control racional sobre la legalidad de la captura, teniendo en cuenta los medios objetivos de valoración que deben ser ponderados dentro de cada caso.

Entendiendo que la razonabilidad se determina por la puesta a disposición de un capturado ante el juez con funciones de control de garantías sin exceder el término establecido. También, es necesario establecer que esta posición es una indemnidad en defensa de los derechos humanos y que, al juez constitucional, ante todo, le corresponde resguardar la Constitución Política ante los intereses de los intervinientes.

Por su parte, Guerrero [2010] señala que el término para legalizar una captura en Colombia es perentorio, que tiene soporte constitucional y respaldo jurisprudencial, basado en que se está controlando un abuso de poder que perjudica el derecho de defensa del apresado, y que al resolverse se efectúa un control formal y no material por parte del juez, al no tener fundamentos legales suficientes para tomar una medida acertada.

Al igual sostiene Loaiza Guerra [2011] que en Colombia se tiene llevar inmediatamente al capturado ante un juez constitucional con funciones de garantías o antes de transcurrir 36 horas, por ser este el término máximo para considerar la legalidad de la captura, lo cual tiene su amparo constitucional en el artículo 28 y en el artículo 302 del estatuto que regula el procedimiento penal. Por ser una norma prevalece y limita con ello la arbitrariedad de los operadores de justicia, a quienes solamente les quedan cumplir con el contenido de esta. De igual forma, el término de la distancia no puede ser injustificado, deben mirarse las circunstancias pertinentes para determinar la complejidad de cada caso.

Por su parte, Vélez Osorio [2012] considera que le concierne al juez con funciones de garantías salvaguardar los derechos del detenido, y que por ello no le es permitido al funcionario encargado formalizar la detención tomándose el tiempo que crea adecuado para tal actuación, luego se afectaría el derecho a la defensa material y a la libertad del indiciado. Aparte, el Estado debe contar con los medios para poner a disposición al capturado antes de que se venza el término.

Recientemente, Torres [2013] ha señalado que en el sistema procesal penal colombiano se deben examinar las disposiciones constitucionales referentes a la libertad personal y los plazos para restringirla, partiendo de que toda pérdida legítima del derecho a la libertad debe estar sujeta a intervención judicial inmediata. De igual manera, sostiene que este plazo de 36 horas es para la presentación del detenido ante el juez constitucional con funciones de garantías.

La detención tiene que durar el menor tiempo posible y la norma tal como está redactada no permite un término superior a las 36 horas, la excepción sería un término mayor, que en todo caso debe ser razonable de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. También hay que tener en cuenta la complejidad del asunto, el Estado del capturado o en muchos casos de la víctima.

Igualmente, Gómez y Del Villar [2014] manifiestan que en el actual esquema procesal- penal en Colombia una persona que es privada de la libertad debe ser presentada ante el Juez con funciones de garantías, de forma pronta o lo más breve posible, en suma, dentro de las 36 horas subsiguientes, para el respectivo control de legalidad. La captura debe ser de carácter excepcional, temporal y pronta, pues esta medida no puede constituirse como responsable de manera anticipada, sin respetarle el debido proceso. Los casos, primordialmente, con sujetos aprehendidos, habrán de avanzar con la mayor prontitud, pues existe un plazo razonable para la terminación inmediata de la privación, sin perjuicio de que continúe el proceso, así lo exige

el precepto jurídico del sistema interamericano de Derechos Humanos.

## Conclusiones

Todo el conjunto de informaciones examinadas nos permitió realizar un análisis, hacer varias reflexiones y nos dejó muchas preocupaciones, que nos lleva a dar las conclusiones sobre el tema en estudio.

Como se puntualizó, la sola distinción constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente si no va amparada de garantías que respondan a la seguridad del libre uso de los derechos. Este alcance obedece tanto a su aserción constitucional como a la importancia de los instrumentos que evitan sus quebrantamientos, que deben ser eficientes, eficaces y aptos, conectado a la inevitable condición individual para su completo goce.

Sin poner en tela de juicio el habeas corpus, es la herramienta de mayor defensa a la libertad individual, de esta forma lo ha señalado la historia, que nos ilustra que desde periodos antiguos el ser humano ha explorado la manera de protegerse de los atropellos del poderío del Estado. Por ende, no solo está determinada a manera de una solemnidad específica, sino, además es un derecho fundamental que previene la facultad de reclamar ante los órganos jurisdiccionales el restablecimiento de la libertad frente a detenciones ilegales. Es por ello por lo que su consagración constitucional es un elemento que no ha podido ser obviado por la gran mayoría de las constituciones modernas, al establecer en sus normas la importancia de esta garantía.

A la hora de dar aplicabilidad al habeas corpus, se estableció que no podía ser un trámite común y por eso el legislador diseñó un proceso especial y preferente, de cognición limitada (en cuanto solo se suscribe a una situación concreta), dentro de los múltiples procesos que integran las normas adjetivas penales. El proceso en sí mismo tiene características singulares, que tributan a las exigencias de la inmediatez con que debe ser resuelto el conflicto, y a la sencillez que requiere al ser necesaria su invocación por cualquier persona.

Por tanto, teniendo en cuenta su importancia, es necesario poder delimitar los presupuestos legales para privar de libertad a una persona, a fin de estar en condiciones de precisar cuándo procede una petición de habeas corpus. Presupuestos que han de estar en correspondencia con las exacciones de la libertad y la seguridad jurídica, y de esta manera poder justificar las coacciones a un principio tan elemental como la plena libertad: condicionamiento indispensable y exclusivo para el desarrollo integral del ser humano.

Los diversos fallos de los altos tribunales en Colombia dejan en claro que el término máximo para legalizar una detención es de 36 horas. Sin embargo, abre la posibilidad, a través de un análisis sistemático del caso específico, de cambiar dicho término considerando la prevalencia de los derechos fundamentales que sean quebrantados. Sin duda, estos pronunciamientos han servido de apoyo para aclarar ciertas inquietudes vinculadas con los alcances, procedimiento o uno que otro elemento que en lo relacionado a este proceso de orden constitucional no habían quedado

satisfactoriamente claros, pues existen vacíos normativos.

De la razonabilidad del plazo para poner a disposición un capturado ante un juez de control de garantías, cuando el término no puede superar las 36 horas. No obstante, al realizar una ponderación en favor de los derechos humanos, se justificaría la utilización de esta técnica. Aun el más inestable de los países puede ser desmedido o comprometido en parangón con un individuo.

No obstante, algunos doctrinantes consideran que se deben situaciones específicas, tales como la razonabilidad de la aplicación, la razonabilidad del plazo, los motivos fundados y la complejidad del caso.

En la impartición de legalidad no basta con que se cumplan criterios objetivos solamente, se trata de la afectación de un bien constitucional fundamental, en donde el juez tiene el deber de aplicar todo el rigor del caso y buscar la conservación de los derechos fundamentales.

Por último, en Colombia debería existir la posibilidad de que el término para las detenciones contemplara ciertas excepciones, las cuales tendrían que analizar el operador jurídico en cada situación particular.

## Bibliografía

- Álvarez Parra, T. (2008). El habeas corpus y la tutela de la libertad personal. Corteidh. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23321.pdf>
- Aponte Cardona, A. (2005). La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: Hacia una prevalencia del principio de libertad. *Revista Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, 115-117.
- Arteaga, E. (2010). El plazo razonable: criterio para determinar la legalidad de una captura en el proceso penal colombiano. *Revista Justicia Iuris*, 6(14), 25-33.
- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (1995). *El proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Cepeda, M. J. (2001). Mecanismos de protección de derechos en la Constitución de 1991. Biblioteca virtual Luis Angel Arango [version electronica]. Bogotá. Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/Constitución/mecanismos-de-proteccion-de-derechos>
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Jurisdicción constitucional en Colombia. *Revista Scielo*, 8 (1), 283-317.
- Comisión Interamericana Derechos Humanos (Diciembre 2011). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/ppi2011esp.pdf>
- Congreso de la Republica de Colombia (1992), Ley 15.
- Congreso de la Republica de Colombia (1993), Ley 65.
- Congreso de la Republica de Colombia (2000), Ley 599.
- Congreso de la Republica de Colombia (2000), Ley 600.
- Congreso de la Republica de Colombia (2004), Ley 906.
- Congreso de la Republica de Colombia (2006), Ley 1095.
- Consejo Superior de la Judicatura (diciembre de 2006). *Revista Judicial N.º 3*.
- Constitución Política de Colombia (1991). Convención Americana de los Derechos Humanos (noviembre de 1969). Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- Constitución Política de Nueva Granada (1832).
- Constitución Política de Colombia (1886).
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C- 557 de octubre quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C- 301 de agosto dos (02) de mil novecientos noventa y tres (1993), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-046 de febrero quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993), magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-010 de enero veinte (20) de mil novecientos noventa y cuatro

[1994], magistrado ponente Fabio Morón Díaz.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-179 de abril trece [13] de mil novecientos noventa y cuatro [1994], magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-496 de noviembre tres [03] de mil novecientos noventa y cuatro [1994], magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-620 de junio trece [13] de dos mil uno [2001], magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-239 de octubre diecisiete [17] de dos mil dos [2002], magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1024 de noviembre veintiséis [26] de dos mil dos [2002], magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-730 de julio doce [12] de dos mil cinco [2005], magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-163 de febrero veinte [20] de dos mil ocho [2008], magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-425 de abril treinta [30] de dos mil ocho [2008], magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-239 de marzo veintidós [22] de dos mil doce [2012], Juan Carlos Henao Pérez.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 32572 de septiembre cuatro [04] de dos mil nueve [2009], magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32634 de septiembre veintinueve [29] de dos mil nueve [2009], magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 00014 de mayo seis [6] de dos mil once [2011], magistrado ponente Gustavo José Gnecco Mendoza.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 37733 de junio veintisiete [27] de dos mil doce [2012], magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 42383 de octubre dos [02] de dos mil trece [2013], magistrado ponente Fernando Alberto Castro Caballero.  
Díaz Bueno, L. H. [04, 2013]. El habeas corpus en Colombia: un mecanismo de protección a la libertad. *Ius humanidades*. Volumen[41], 50-62.  
Estepa Becerra, M. [Febrero, 2011]. El habeas corpus como derecho fundamental y garantía del derecho a la libertad personal en el sistema interamericano de derechos humanos y la efectividad en el derecho interno colombiano. Congreso redipal virtual IV red de investigadores parlamentarios en liena. Congreso llevado a cabo en, Mexico DF. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-IV-ESP-01-11.pdf>  
Planas Aleix, C. F. [2007]. El «habeas corpus». *Revista electrónica de metodología e historia del derecho*.

Recuperado de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/habeas%20corpus.htm>  
González Navarro, A. L. [2012]. *El proceso penal acusatorio por medio de audiencias*. Bogotá D.C: Leyer.  
Gómez Pavajeau, C.A., & Del Villar Delgado, D.D. [2014]. *Estándares Internacionales Vinculantes que rigen la detención preventiva*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.  
Guerrero, O.[2010]. *Control de Garantía*. Bogota D.C: Consejo Superior de la Judicatura.  
Linares Quintana, S. (1956) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Volumen V.  
Loaiza, G. [2011]. El juez con funciones de control de garantías frente al derecho de defensa. *Projusticia: centro de estudios para el desarrollo de la justicia*. Medellín. Recuperado de <http://www.projusticia.org.pe/site.php?plantilla=contenido&ncategoria1=109&ncategoria2=111&ncategoria3=194&ncontenido=8047>  
López Palacios, D. P. [2011]. *El habeas corpus: derecho fundamental y garantía constitucional*[tesis de grado]. Universidad de Medellín. Recuperado de <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1208/El%20habeas%20Corpus.%20Derecho%20fundamental%20y%20garant%C3%ADa%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>  
Martínez Rave, G. [2006]. *Procedimiento penal colombiano sistema acusatorio*. Bogotá: Temis.  
Matías Camargo, E. [2009]. Régimen de libertad en el sistema penal acusatorio colombiano. *Revista Republicana* , 13-37.  
Naranjo Mesa , V. [1991]. *Teoría constitucional e instituciones políticas* . Bogotá: Temis.  
Patiño González, M. C. [2000]. *El habeas corpus*. *Derecho del Estado*. Volumen [8], 127-158.  
Patiño González, M. [2007]. *Libertad personal habeas corpus y estados excepcionales*. Bogota: Ibañez.  
Poveda Perdomo, A., Poveda Perdomo, A., & Poveda Perdomo, C. [2007]. *El habeas corpus en el ordenamiento jurídico colombiano* . Bogota: Doctrina y ley Ltda.  
Quisbert, E. [2001]. *Acción de Hábeas Córpus*. Oocities:Geocities *Derecho constitucional*. La Paz, Bolivia. Recuperado de <http://www.oocities.org/derechoconstitucional2001/habeascorpus.pdf>  
Torres Silvera, C. J. [2013]. Legalización de la captura: Derechos y garantías. *Revista Pensamiento Americano*, 6[11], 69-96.  
Velásquez, F. [2005]. Colombia: hacia un derecho penal expansionista. *Revista Berbíqui*, 5-20.  
Velásquez, F. [2014]. *Manual de Derecho Penal Parte General* . Bogotá : Ediciones Jurídicas Andrés Morales Vélez Osorio , L. G. [2012]. *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Universidad de Antioquia.Vila, I. [2007]. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. LegisZelada Bartra, J. V. [2003]. *El Hábeas Coprus y las resoluciones del tribunal constitucional*[tesis de doctorado]. Universidad Mayor De San Marcos. Recuperado de [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/zelada\\_bj/t\\_completo.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/zelada_bj/t_completo.pdf)



# Delito de reclutamiento ilícito

Antoine Joseph Stepanian Santoyo<sup>106</sup>

## Resumen

Uno de los componentes dogmáticos del delito de reclutamiento ilícito es la edad de la víctima, ya que indistintamente se dirige contra personas menores de edad; sin embargo, a través de las diversas legislaciones e interpretaciones jurisprudenciales, esta se ha ubicado, en unos casos, en menores de 15 años y, en otros, en menores de 18 años. Ello reviste especial importancia si se atiende que esta diferencia constituye el núcleo esencial del delito, en hacer o no la conducta como punible.

## Abstract

One of the dogmatic components of the crime of unlawful recruitment is precisely the age of the victim, since it is indistinctly directed against minors; however, through the various laws and jurisprudential interpretations

<sup>106</sup> Abogado de la Universidad Incca de Colombia, con especializaciones en Investigación Criminal de la Escuela de la Policía general Santander e Investigación criminal y Juzgamiento en el Sistema penal acusatorio de la Universidad Católica de Colombia, auspiciada por la Unión Europea y la Defensoría del Pueblo de Colombia. Con cerca de 30 años de experiencia profesional en la Rama Judicial y el Litigio Profesional. Actualmente adscrito a la Unidad de Postulados de justicia Transicional de la Regional Bogotá.

it has, in some cases, been placed in children under the age of 15 and, in others, in children under the age of 18. This is of particular importance if it is addressed that this difference is at the essential core of the crime whether or not punitive conduct is done.

**Palabras clave:** reclutamiento ilícito, protocolo adicional de Ginebra, estatuto de Roma, protocolo optativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, Sentencia C-203 de 2005.

**Keywords:** Illicit Recruitment, Additional Protocol to Geneva, Rome Statute, Optional Protocol to the Convention on the Rights of Children, judgment in C-203 of 2005.

## A manera de Introducción

La vulnerabilidad de las personas menores de edad ha permitido que los grupos armados los incluyeran en sus filas, en algunos casos aceptados voluntariamente, en otros, obligados. Esta práctica representa, además de constituirlos en víctimas directas del conflicto armado, un reto legislativo para que los Estados cumplan con los preceptos propios y foráneos para su protección.

A través de diversos instrumentos internacionales, normas de orden legal interno en Colombia, del bloque de constitucionalidad y de las diversas interpretaciones en sentencias de constitucionalidad, se ha materializado la protección de los menores de edad.

Sin embargo, esa protección se ha tornado poco efectiva debido a que con el trasegar del tiempo, la edad, considerada como elemento normativo del reclutamiento ilícito, ha tenido diversos hitos sin atender que, ante la inmadurez psicológica del individuo, la imposibilidad de comprender el conflicto armado, el cubrimiento de las necesidades básicas del menor, la falta de oportunidades educativas y la total ausencia del Estado, lo han hecho vulnerable para ser objeto de reclutamiento.

Incluso, en un principio se aceptó que las fuerzas regulares tuvieran en sus filas a personas mayores de 15 años, edad que debió ser aumentada a 18 años en cumplimiento de los compromisos adoptados.

Los convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia dan cuenta de que la protección del menor es un derrotero marcado por la comunidad de naciones, donde no solo se le ha protegido para su participación en conflictos armados, sino también en las relaciones laborales ordinarias a las que pueden ser destinados, siempre y cuando se cuente con los permisos legales adoptados por el Estado a través de las leyes de la República.

No me detendré a hacer un estudio sociológico de los motivos del reclutamiento o de la voluntariedad del menor para su inclusión en los grupos armados, su consideración como víctima conlleva a un análisis normativo y jurisprudencial con el que se espera despertar un interés académico en el lector, referente a varios matices que se presentan con la diversa protección que al menor se le ha dado.

## 1. Problemática

El delito de reclutamiento ilícito se consagró como forma de protección al menor en su vinculación a las fuerzas armadas, regulares o irregulares, sin embargo, ha sido diversa y variada la determinación de la edad, para acreditar cuál debe ser tenida en cuenta en este delito para considerarse víctima.

(i) El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, vigente desde el 15 de febrero de 1996, refuerza las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra señalando las garantías fundamentales para la población civil, en el que se prohíbe expresamente que los menores de 15 años sean reclutados o participen de hostilidades por parte de fuerzas o grupos armados.

(ii) En Colombia, como una forma de legislación de protección del derecho internacional humanitario, mediante la Ley 742 de 2002, se determinó que el delito de reclutamiento ilícito es cometido cuando la persona menor de edad reclutada tenga 15 años de edad o menos y con la ley antes mencionada Colombia ratifica el pacto de Roma y quedamos obligados con sus disposiciones. Pero esta norma no rige para Colombia ni puede ser aplicada por los jueces colombianos y solo cuando se den las causales previstas en el artículo 17 del Pacto, el fiscal de la Corte Penal Internacional podría asumir el conocimiento de delitos de genocidio, de guerra o de lesa humanidad cometidos en el territorio nacional.

(iii) El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 incorpora la norma del protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, que prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas o grupos armados regulares de un Estado y su participación en las hostilidades<sup>107</sup>. Esta convención sí rige para nosotros porque al ser ratificada se convirtió en legislación interna, y debe recordarse que las leyes aprobatorias de tratados tienen un mayor valor desde la perspectiva de su vigencia y, por tanto, la misma, prima sobre lo previsto en leyes ordinarias, como es la que expidió el Código Penal colombiano.

(iv) El Código Penal colombiano, normatizado en la Ley 599 de 2000, en lo relativo a los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, describe en el artículo 162 el reclutamiento ilícito.<sup>108</sup>

(v) El Gobierno colombiano aprobó y ratificó el Protocolo Optativo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, aprobado en Nueva York el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000), con la expedición, el 10 de julio de 2003, de la Ley 833 de 2003, el cual refiere que toda forma de participación de niños en los conflictos armados, sea directa o

<sup>107</sup> Este instrumento internacional de derechos humanos se incorporó a la normatividad interna con la Ley 12 de 1991; hace parte del denominado bloque de constitucionalidad. Colombia ratificó esta convención con una reserva, de tal forma que para el país se entiende que la edad a la que se refiere el mencionado artículo es la de dieciocho años.

<sup>108</sup> Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...].

indirecta, es nociva para los menores de edad; y en lo tocante a la preeminencia valorativa sobre la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano, el principio constitucional de favorabilidad, porque es evidente que para los procesados es más favorable que la edad a tener en cuenta para la configuración de este delito sea para víctimas menores de 15 años y no de 18 años.

Los derechos de los niños son igualmente prevalentes y aquí nos enfrentamos a un conflicto de derechos constitucionales, ya que en la Ley se describe como menores de 18 años y en la Constitución, en aplicación del bloque de constitucionalidad, la protección para los menores de 15 años, debido a que esta norma es de rango constitucional y no legal.

(vi) La Sentencia C-203 de 2005 del 08 de marzo de 2005, al conocer de una demanda contra un aparte del artículo 19 de la Ley 782/02, estableció que la edad de 18 años para determinar como víctima del delito de reclutamiento ilícito solo puede ser tenida en cuenta a partir del proferimiento de este fallo de constitucionalidad, y en hechos cometidos con anterioridad se debe atender que la edad es de 15 años, ya que al hacer parte del bloque de constitucionalidad sus efectos son futuros y no retroactivos. Y, además, solo será procedente su adecuación típica cuando el reclutamiento sea forzado, no voluntario, y con relación a actividades bélicas.

(vii) La Sentencia C-007 de 2018, al hacer la revisión automática de la Ley 1820 de 2016, expedida sobre normas de amnistía, indulto y tratamientos especiales, declaró la exequibilidad de los artículos 30, 46, 47, 52 y 57, concretamente por la expresión

«[...] reclutamiento de menores conforme con lo establecido en el Estatuto de Roma» que se condiciona al entendimiento de las conductas constituyan ese delito cometido hasta el 25 de junio de 2005, -momento en que entró en vigencia el protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niños no son susceptibles de amnistía, indulto ni renuncia a la persecución penal, si el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años de edad; a partir de ese momento serán sujeto pasivo los menores de 18 años.

## 2. Tratamiento por parte de la judicatura en la praxis, jurisprudencia o en el derecho viviente en general

### 2.1. Fundamentos normativos

El artículo 44 de la Constitución Política reconoce como derechos de la infancia: (i) su prevalencia sobre los derechos de los demás, (ii) la existencia de una responsabilidad, para su protección, compartida entre la familia, la sociedad y el Estado, y (iii) algunos de esos derechos son prevalentes para los niños y conexos para los adultos.

Así mismo, el artículo 93 de la carta política establece la prevalencia de los tratados internacionales de

derechos humanos, ratificados por Colombia como integrante del bloque de constitucionalidad, sin que puedan ser limitados en estados de excepción.

## 2.2. Derecho Internacional Humanitario

2.2.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha contemplado la protección prevalente de los derechos de los menores; así con el Estatuto de Roma, es claro al señalar que prohíbe reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar en las hostilidades.

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, del 8 de junio de 1977, en su artículo 1 desarrolla y completa el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en condiciones aún vigentes. El Título II referente al Trato Humano, respecto de las garantías fundamentales, consagra en el derecho de los niños y señala en su numeral 3: «Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular [...] c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; [...]» (cursivas añadidas).

En el marco del DIH por su parte, el reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad en los conflictos armados, es una conducta prohibida. En el caso del Protocolo II, las conductas proscritas para las fuerzas o grupos armados son el reclutamiento y la participación en las hostilidades, sin que se

distinga si se trata de una participación directa o no. Lo anterior es relevante, teniendo en cuenta que en el artículo 4 (d) refuerza de manera concreta que aun si la participación es directa en el conflicto, -esto es si se trata de un combatiente-, la protección especial prevista en el campo del Derecho Penal Internacional, para las conductas punibles como crímenes de guerra, son reclutar o alistar, sin importar si fue forzoso o voluntario, niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades, ya sea por fuerzas armadas o por grupos armados irregulares. Al no ser diferenciado si el reclutamiento es voluntario o forzoso para menores de 15 años, la conducta de reclutamiento ilícito siempre será punible.

En el instrumento complementario al Estatuto de Roma<sup>109</sup>, Elementos de los crímenes, se establece los hechos que conforman el crimen de guerra, de utilizar, reclutar o alistar niños.

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en fuerzas armadas o grupos, o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.

<sup>109</sup> El Estatuto de Roma en lo referente a los crímenes de guerra establece en el artículo 8, numeral 2, literal b, xxvi, «[...] reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades [...]» y solo tendrá intervención en las hipótesis del artículo 17 del pacto, citado con el fin de demostrar que la protección es para menores de 15 años de edad.

4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.

5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La Convención sobre los Derechos del Niño ordena a los Estados parte:

[...] adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades y que se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados parte procurarán dar prioridad a los de más edad [...].

A pesar de que el artículo 38 de la Convención estableció como edad mínima mayor de 15 años para permitir cualquier participación de los menores en hostilidades y en todas las formas de reclutamiento en las fuerzas armadas y en los distintos grupos armados, dicho mandato fue revisado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quien adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en conflictos armados y, sobre el aumento de la edad mínima para el reclutamiento y la participación de menores en conflictos armados, pasando de los 15 a los 18 años

de edad. Los artículos 3<sup>110</sup> y 4<sup>111</sup> del mencionado protocolo lo prevén como un derecho de protección especial y no deben ser reclutados ni por ejércitos regulares o irregulares.

2.2.2. Con posterioridad a la expedición de la Convención, se adopta el «Protocolo Adicional a la Convención de los Derechos del Niño, [Asamblea General Naciones Unidas- Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, su vigencia se fijó a partir del 12 de febrero de 2002], relativo a la participación de personas menores de 18 años en los conflictos armados». En el artículo primero de esta convención se aumenta la edad mínima de 15 a 18 años, para que los miembros de las fuerzas armadas estatales puedan ser reclutados y participar directamente en hostilidades y en el artículo 4 se establece que «los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben, en ninguna circunstancia, reclutar o utilizar en

<sup>110</sup> Artículo 3. Los Estados parte elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1) teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

<sup>111</sup> Artículo 4. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

hostilidades a menores de 18 años»<sup>112</sup>.

Este nivel de protección a los menores, es impulsado desde el artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, generando protección en conflictos armados en su Art. 38 que armoniza con el Estatuto de Roma, pero refuerza la protección añadiendo dos situaciones adicionales: (i) Los Estados parte se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad y, (ii) Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados parte procurarán

112 Artículo 1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.

Artículo 2. Los Estados parte velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 3 1. Los Estados parte elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales, por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1) teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial; 2) cada Estado parte depositará, al ratificar el presente protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción; 3) los Estados parte que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) ese reclutamiento sea auténticamente voluntario, b) ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal, c) esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar, d) esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional; 4) cada Estado parte podrá ampliar su declaración en cualquier momento mediante notificación a tal efecto dirigida al secretario general de las Naciones Unidas, el cual informará a todos los Estados parte. La notificación surtirá efecto desde la fecha en que sea recibida por el secretario general; 5) la obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados parte administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 4. 1) los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años; 2) los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

dar prioridad a los de más edad.

2.2.3. En 1998, la Organización de las Naciones Unidas expidió el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, y en el numeral VII del literal (e) de su artículo 8 define que «reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades» constituye un crimen de guerra por afectar de manera muy grave la conciencia de la humanidad.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-578 de 2002, señaló que, en el Derecho Penal Internacional, el reclutamiento o alistamiento y la utilización de menores de 15 años de edad para participar en los conflictos armados, es una conducta objeto de reproche internacional y así se precisó:

“.../...las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Por ejemplo, ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Sólo puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, cuando se den las condiciones y se cumplan los requisitos en él previstos.

Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación. De ahí que el artículo 88 del mismo establezca que “los Estados Parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”. (resalto, subraya y cursive míos)

El Estatuto de Roma es una norma convencional de derecho internacional que obliga exclusivamente a los Estados firmantes, cuando se produzca cualquiera de las hipótesis contempladas en el artículo 17; por ello, sus disposiciones genéricas de los tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma son a priori ius cogens.

La vinculación de nuestro país a la Corte Penal Internacional está prevista en el artículo 93 de la C. N., en virtud del Acto Legislativo 02 de 2002, en su artículo 1º estableció que el Estado puede reconocer jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos del Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

Conforme con ello, y ante la tensión entre la aplicación del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política) y una norma contenida en el Código Penal (artículo 162), atendiendo la edad

de la víctima, solo será posible la configuración punitiva de 15 años de edad para que el delito de reclutamiento ilícito se cometa hasta el 08 de marzo de 2005 y a partir de esa fecha, la edad para la configuración delictiva se aumentó a los menores de 18 años de edad.

### 3. Dificultades para la defensa y la incidencia negativa en los derechos convencionales, constitucionales y legales de los procesados

La problemática surge en la edad que legislativamente se tenga para tener como menor de edad a una persona víctima de reclutamiento ilícito, si lo es desde los 15 años o por el contrario lo debe ser desde los 18; conforme con los artículos 9, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, las garantías referenciadas en los tratados internacionales de derechos humanos y DIH forman parte del bloque de constitucionalidad y con mayor rigor en lo referente a la protección para los menores vinculados a los conflictos armados en el derecho interno, se han expedido además normas protectoras tales como:

3.1. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Ley 12 de 1991, precisa en el artículo 1º que, «[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

3.2. La Ley 418 de 1997, en lo que concierne a la acción punitiva del Estado y a la persecución de las conductas proscritas en contra de los menores por reclutamiento ilícito forzado y utilización de niños y niñas en el conflicto armado, establece en el artículo 14 que será sancionado con prisión de 3 a 5 años:

[...] quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Desde su vigencia y en concordancia con que, al momento de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, Colombia asumió una postura totalmente garantista, al prohibir el reclutamiento de menores de 18 años en las fuerzas armadas.

3.3. La ley 548 de 1999 consagró en el derecho interno la prohibición de incorporación de menores de 18 años al servicio militar obligatorio y prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997, como un esfuerzo encaminado a proteger a niños, niñas y adolescentes de la participación o reclutamiento en las fuerzas militares.

3.4. Colombia aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional mediante la Ley 742 de 2002 y, por tanto, el carácter de crimen de guerra del delito de reclutamiento; específicamente, el Estatuto señala el delito de reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

Sin embargo, al momento de ratificar el Estatuto de Roma, el Congreso de la República lo hizo con la salvedad prevista en el artículo 124 de un período de siete años, contados a partir de la fecha en que el Estatuto entró en vigor, o sea, el 1º de noviembre de 2002, y no se aceptó la competencia de la Corte Penal Internacional sobre la categoría de crímenes de guerra, entre los cuales está el delito de reclutamiento ilícito. Por tanto, solo a partir del 1º de noviembre de 2002 la Corte Penal Internacional tuvo plena jurisdicción y de manera excepcional puede investigar y juzgar hechos delictivos consumados en Colombia, cuando se presenten las hipótesis previstas en el artículo 17 del Estatuto, para investigar y sancionar el reclutamiento de menores de 15 años en Colombia<sup>113</sup>.

Además, declara la competencia de la Corte Penal Internacional para los llamados crímenes de guerra, que conforme al mismo estatuto en el artículo

113 Artículo 124. Disposición de transición. No obstante, lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un estado, al hacerse parte en el presente estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de acuerdo con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la conferencia de revisión que se convoque, según el art. 123, párrafo 1.

8, 2. a) consisten en infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y enlista actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra; el literal b) xxvi) hace referencia a reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

En 1997, se aprobaron los Principios de Ciudad del Cabo, resultado de un simposio organizado del 27 al 30 de abril por UNICEF y la organización no gubernamental Grupo de Trabajo sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, para formular estrategias destinadas a evitar el reclutamiento de niños, desmovilizar a los niños soldados y ayudarles a reintegrarse en la sociedad.

Ello devino en la promulgación de dos importantes documentos: (I) Los Compromisos de París<sup>114</sup>, para proteger a los niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas armadas o grupos armados,

114 Los compromisos de París para proteger a las niñas y niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y los principios y directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados fueron adoptados en la conferencia internacional «Liberemos a los niños de la guerra», celebrada en París en febrero de 2007. La unión de estos pactos consolida el conocimiento y la experiencia humanitaria a en el mundo para proteger a los niños, impedir su reclutamiento en fuerzas o grupos armados (o liberarlos de ellos) y reintegrarlos a la vida civil. Los compromisos y los principios de París son la base fundamental de los principios y prácticas recomendadas en Ciudad del Cabo sobre el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de los niños soldados en África (principios de Ciudad del Cabo), aprobados en 1997. Unicef, la oficina del representante especial del secretario general para asuntos relacionados con los niños y los conflictos armados y el Gobierno de Francia han presentado foros anuales de seguimiento ministerial desde 2007, durante la sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en colaboración con miembros del grupo de dirección de los principios de París. Copresidido por UNICEF y Save the Children, el grupo de dirección de los principios de París anima a los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y la sociedad civil a seguir los compromisos y principios de París y sus directrices en todo lo que concierne a la financiación, el apoyo activo y la programación para cuidar y proteger a los niños vinculados a fuerzas o grupos armados.

y (II) Los Principios de París, un documento complementario que contiene los principios y directrices sobre los niños asociados con fuerzas armadas o grupos armados.

3.6. Con la Ley 1098 de 2006 se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, reconociéndose la necesidad y garantía de asegurar el interés superior del menor y, por ello, determinó que la edad de protección es de menor de 18 años (artículo 3), en lo relacionado con la edad determinante para considerar a una persona víctima de un delito de reclutamiento ilícito.

3.7. La Ley 1448 de 2011 conocida como la Ley de víctimas, dispone en el parágrafo 2 del artículo 3 que:

Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

3.8. De la tensión de las normas internas, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, surge establecer cuál es la edad que se tendrá en cuenta para la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que nos conduce a instaurar cómo se responderán frente a este crimen contra los niños víctimas del reclutamiento ilícito y, con ello cómo va a repercutir la edad de reclutamiento en el tratamiento de los casos de Amnistía e Indulto, es decir, cómo van a

responder los guerrilleros de las FARC-EP que tienen condición de víctima y victimario.

Mediante Ley 1820 de 2016 se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales a los integrantes de las FARC-EP que suscribieron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, además de los agentes de la fuerza pública que incurrieron en conductas típicas, incluso constitutivas de violaciones de derechos humanos, en el marco, o en relación directa o indirecta, con el conflicto armado interno.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-007-18 analizó la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, denominada regla de exclusión de amnistías, indultos y renuncia a la persecución penal. El alto tribunal decide declarar la exequibilidad condicional del artículo 23 de esta ley, que establece:

1. A nivel internacional se consolida por medio del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, la proscripción de reclutamiento hasta los 18 años de edad, instrumento que entró a regir en Colombia desde el 28 de junio de 2005.

2. Los menores de 18 años que son reclutados u obligados a participar en el conflicto armado colombiano son víctimas de diversas violaciones a sus derechos fundamentales, por lo que en su condición de víctimas tienen derecho a «conocer la verdad, acceder a la justicia y obtener una reparación adecuada por este hecho», como consecuencia de

esto, la Justicia Especial para la Paz debe cerciorarse que en los casos de reclutamiento de menores de 18 años y mayores de 15 años, cuando el estándar del Protocolo Facultativo de la convención de los Derechos de los Niños en Conflictos Armados no estaba consolidado, no se incurre en la comisión de otro tipo de conductas no amnistiables que deben ser debidamente investigadas de oficio por ese tribunal.

3. El reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes es un crimen que no termina con la comisión inicial sino que tiene una naturaleza continua y permanente por lo que se sigue cometiendo hasta tanto se cumpla la mayoría de edad o se abandone la fuerza armada, por lo que «el reclutamiento de niños entre 15 y 18 años antes de la consolidación del estándar [28 de junio de 2005] no sería considerado un crimen de guerra, a menos que al momento de la mencionada consolidación siguieran vinculados a los grupos armados».

En esta misma decisión declara la exequibilidad condicionada del numeral 10 del artículo 28 de la Ley 1820 de 2016, que consagra dentro de las funciones de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas [SDSJ] la de:

[...] decidir sobre la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, resulten responsables de delitos no amnistiables, de conformidad con lo establecido

en los principios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en esta materia, [en el entendido] [...] de que los niños, niñas y adolescentes que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto armado interno son víctimas y tienen derecho a ingresar a las rutas pertinentes para la reincorporación.

Para llegar a la anterior conclusión la Corte Constitucional se basa en los siguientes fundamentos, en primer término:

(i) Toda persona menor de 18 años que haya sido reclutada en el marco del conflicto armado es víctima.

(ii) En concordancia con su calidad de víctimas y el numeral 11 de los Principios de París del año 2007, los Estados tienen la obligación de «garantizar que todos los niños y niñas menores de 18 años que están o han sido reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y están acusados de crímenes contra el derecho internacional, sean considerados principalmente como víctimas de violaciones contra el derecho internacional y no como presuntos responsables. Hay que tratarlos de conformidad con las normas internacionales para la justicia de menores, [...]».

(iii) En los casos en donde la Sala decida no renunciar a la persecución penal, esta deberá «tomar en consideración, al momento de decidir sobre la sanción aplicable a su condición de personas menores de 18 años, incluidos los principios que guían la función de la pena en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; y el enfoque restaurativo y

prospectivo de las sanciones de la Jurisdicción Especial para la Paz»

(iv) Es necesario que respecto al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [SIVJRNR] adopte un enfoque diferencial que tenga en cuenta la especial afectación sufrida por los menores de edad en el conflicto armado, «que contribuya a su reintegración familiar y comunitaria; que les permita superar el estigma derivado de su participación en el conflicto; que tome en consideración la situación de los hijos e hijas nacidos de niñas reclutadas».

4.1. Sentencia C-209 de 1999, conforme con el artículo 93 de la carta política, expresa que los tratados y convenios internacionales integran la Constitución Nacional y sus disposiciones tienen la misma jerarquía constitucional. Así, no están conformados solo por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo compuesto por el Derecho Internacional Humanitario [DIH], ocupándose de conciliar el principio de la supremacía de la Constitución [art. 4], con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos [art. 93 C.P.].

Sumado a lo interior, indica que para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno, «es necesario que se den dos supuestos a la vez, [i] el reconocimiento de un derecho humano, y [ii] que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción».

Según el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño [adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49], en cuanto a la protección concreta relacionada con niños y niñas vinculados a los conflictos armados, el artículo 36 de la Convención señala genéricamente que los «Estados parte protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar». En lo que respecta al reclutamiento y participación de los menores por la fuerza pública o grupos armados irregulares, la Convención consagra el deber de los países firmantes de:

- i. Respetar los preceptos del DIH;
- ii. prevenir la participación de los menores en hostilidades;
- iii. no reclutar menores de 15 años en las fuerzas armadas estatales y
- iv. promover la reintegración social de los niños que participen en conflictos armados.

En ese sentido, los artículos 38 y 39 de la Convención que se cita, consagran las siguientes premisas:

Y en el numeral segundo del artículo 38, se indica: «2. Los Estados parte adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades [...]».

Se ha reforzado la protección de los menores frente a su reclutamiento y participación en grupos

armados regulares o irregulares, en el marco jurídico internacional.

4.2. La Sentencia C-203 de 2005, proferida por la Corte Constitucional el 08 de marzo de 2005, al resolver una demanda contra un aparte del artículo 19 de la Ley 782 de 2002, expone:

En este sentido, y dado que en el derecho de nuestro país la mayoría de edad se fija en términos generales a los 18 años -de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño-, ha de entenderse que en el ordenamiento jurídico colombiano, la protección especial que provee el Derecho Internacional Humanitario se extiende a todos los menores de 18 años que resulten afectados por el conflicto armado, sin perjuicio de que en cada caso individual se tengan en cuenta los criterios-guía objetivos establecidos en las distintas normas de las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos Adicionales como medios para fijar el grado de protección reforzada de la que es titular un menor en concreto.

Como conclusión parcial, en primer término, la edad de 18 años para determinar como víctima del delito de reclutamiento ilícito solo puede ser tenida en cuenta a partir del proferimiento de este fallo de constitucional, el 08 de marzo de 2005, ya que al hacer parte del bloque de constitucionalidad sus efectos son futuros y no retroactivos. Y en segundo término solo será procedente la adecuación típica por este delito cuando el reclutamiento sea forzado, no voluntario, y con relación a actividades bélicas.

4.3. En cuanto a la distinción que las normas del DIH

hacen entre niños y adolescentes, en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-157 de 2007, que dicha distinción no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno e indica que el legislador puede establecer diferencias de trato entre sujetos que tienen menos de 18 años, pero la diferencia no puede perjudicar el esquema de protección del menor.

4.4. La Sentencia C-240 de 2009 resuelve demanda contra el artículo 14 de la Ley 418 de 1997 y el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, al referirse al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, indicó que dicho instrumento internacional propende por hacer efectivo el principio del interés superior del menor, a partir de las siguientes restricciones al reclutamiento:

(i) el aumento en la edad mínima para el reclutamiento obligatorio por parte de las fuerzas armadas de los Estados, a los 18 años. En segundo lugar, (ii) autoriza el reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas de los países miembros, a menores de 18 años, pero establece medidas de salvaguardia que garanticen que el reclutamiento será efectivamente voluntario por parte de los Estados Parte. Y (iii) prohíbe sin excepción alguna, el reclutamiento y utilización de menores de 18 años en conflictos bélicos por los grupos armados no estatales, resaltando el compromiso de los países de velar porque ello no ocurra en sus respectivas jurisdicciones.

Esto, no solo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del mencionado protocolo, que le impone a los Estados el deber de elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas a los 18 años, sino también, en plena observancia del artículo 13 de la Ley 418 de 1997, modificado por la Ley 1738 de 2014, que establece que «[l]os menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar [...]».

Sobre el particular, el artículo 8 del citado Estatuto prevé expresamente que se entiende por crímenes de guerra, entre otros, «reclutar o alistar menores de 15 años en las fuerzas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades».

## Controversia y contradicción respecto del pensamiento imperante en las decisiones judiciales

### 1. Corte Constitucional

En la Sentencia T-514 de 1998 se explica que el interés superior del menor de edad es el reconocimiento de una «caracterización jurídica específica» por su naturaleza prevalente de sus

intereses y derechos, imponiendo, dentro de los presupuestos del principio de solidaridad del Estado social de derecho, a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde con esa prevalencia «que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad».

Así las cosas, ha determinado que se requiere efectivamente de un ejercicio de ponderación y valoración por parte de la autoridad competente para cada caso en concreto, con el propósito de hacer la distinción entre víctimas de la violencia generada por delincuencia común o por el conflicto armado y así definir si existe esa relación cercana y suficiente para ser amparada por la Ley 1448 de 2011 o leyes similares.

La Corte Constitucional ha señalado en Sentencia C-225 de 1995 que los niños, las niñas y los adolescentes que han sido vinculados al conflicto armado se encuentran protegidos por el Derecho Internacional Humanitario desde una doble perspectiva: «(i) en su calidad de civiles afectados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas en conflictos armados internacionales y no internacionales».

Como civiles afectados en las hostilidades, la Corte Constitucional ha destacado que niños, niñas y adolescentes están expuestos a riesgos especiales en el marco del conflicto armado, de los cuales ha resaltado algunos, tales como “[i] de ser

víctimas de crímenes individual y deliberadamente cometidos contra su vida e integridad personal por los actores armados, [ii] de reclutamiento forzado por los grupos armados ilegales, [iii] de ser víctimas excesivamente frecuentes de minas antipersonal y material bélico sin explotar, [iv] de ser incorporados a los comercios ilícitos que soportan a los grupos armados ilegales, [v] de ser víctimas de los alarmantes patrones de violencia sexual contra niñas y adolescentes -y también contra niños-, y [vi] de soportar las estrategias de control social de los grupos armados ilegales que operan en amplias zonas del país, las cuales llevan implícitas pautas de control que restringen y ponen en riesgo a los menores de 18 años”.

Con relación al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y Construcción de una Paz Estable y Duradera, la Corte Constitucional en desarrollo del control automático de constitucionalidad de los instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo, ha considerado en diversas sentencias, citadas a continuación, para establecer exclusión de beneficios de amnistías, indultos o renuncia a la persecución penal y la determinación de los tipos penales nacionales relacionados con el reclutamiento ilícito, ha considerado:

En primer lugar, en la Sentencia C-007 de 2018, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 «Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones», el tribunal inicia su análisis sobre el reclutamiento ilícito de menores, manifestando que

«este hecho de la guerra no debe repetirse nunca más en la historia nacional y resaltando, además, la obligación definitiva del Estado y la sociedad de hacer de los niños territorios de paz».

Indica en esa oportunidad que, dentro de las conductas excluidas de beneficios de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal se encuentra «el reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma» instrumento que consagra como crimen de guerra.

Debido a esto, reitera lo establecido en la Sentencia C-240 de 2009, en donde se determina que los tipos penales nacionales relacionados con el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes deben entenderse que castigan «(i) el reclutamiento (entendido como participación forzada), (ii) el alistamiento (comprendido como participación voluntaria) y (iii) la utilización de personas menores de cierta edad en el conflicto armado interno». Por otra parte, y en relación con la disparidad entre la edad consagrada en el Estatuto de Roma y el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados, este último que eleva la edad de protección de reclutamiento de 15 a 18 años de edad.

## Decisiones de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá

### 1. Con relación al reclutamiento ilícito se ha dicho:

6.3.7. Patrón de reclutamiento ilícito en el conflicto armado colombiano, estructura paramilitar Bloque Central Bolívar.

[...] para el caso del BCB, dicha «imagen de poder» no resultó ajena a las zonas donde operó esta estructura paramilitar, en tanto fue determinante para la comisión de los hechos conocidos por la Sala, y particularmente los que fueron presentados por la Fiscalía dentro del patrón denominado por ella, Reclutamiento Ilícito.

[...] Lo anterior, conllevó a diferentes dinámicas que se vieron reflejadas en un ambiente de legitimación social del fenómeno paramilitar que había en las zonas de influencia del BCB. Dicha legitimación, dio lugar a una desviada comprensión de lo que en realidad se configuraba en un crimen configurado en el Reclutamiento Ilícito, al considerar, por ejemplo, que el ingreso de un menor de edad a la estructura paramilitar era una oportunidad laboral, o en el peor de los casos, donde eran los civiles de la región quienes inducían a los menores a que integraran una estructura paramilitar.

Del control formal y material de estos cargos, se

pudo conocer que las funciones que desarrollaron estos NNA al interior de la estructura paramilitar fueron las siguientes:

Patrullero [...] b) Lancharo [...] c) Comandante de Escuadra [...] d) Urbano y posteriormente Comandante de Escuadra [...] e) Enfermero de Combate [...]<sup>115</sup>.

## 2. En otro pronunciamiento se indicó:

[...] 490 [...] 1. En fallos anteriores la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá se ha pronunciado ampliamente sobre el marco jurídico internacional aplicable a los casos de reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes (NNA) por parte de grupos armados ilegales, como son: los Convenios de Ginebra de 1949 y las obligaciones aplicables en virtud de sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, su Protocolo facultativo de 25 de mayo de 2000 y el Protocolo II; el Convenio número 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, y la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008, por lo que en esta oportunidad no se hará mención a dicho estudio normativo [...].

<sup>115</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Magistrada ponente: Alexandra Valencia Molina. Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación: 110016000253201300311 n.i. 1357. Estructura paramilitar: Bloque Central Bolívar.

492. Solo se dirá que, en la normatividad nacional, este tipo penal sanciona a quien reclute u obligue a participar en las hostilidades a menores de 18 años, prohibición que establece un límite en la edad mucho mayor a los 15 años que se establece en el Protocolo II de 1977 y el Estatuto de Roma. La Corte Constitucional ha señalado que los NNA en los conflictos armados se encuentran protegidos por el DIH desde una doble perspectiva:

[...] (i) en su calidad de civiles afectados por las hostilidades y (ii) como sujetos vinculados a ellas en conflictos armados internacionales y no internacionales, de acuerdo con los artículos 77 del Protocolo I y al artículo 4 del Protocolo II adicionales a los Convenios de Ginebra, respectivamente, siendo el reclutamiento y la participación de menores de 15 años de edad en los conflictos armados, una conducta prohibida por el DIH. Los Estados parte se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios y se obligan a enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido infracciones graves contra esos tratados o a transferirlos a otro Estado para que los enjuicie, siendo de resaltar que la distinción que las normas del DIH hacen entre niños y adolescentes en lo que respecta al marco de protección particular a los menores de 15 años reclutados o utilizados en el conflicto, no desvirtuaba la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años en el ordenamiento interno, dado que el esquema de protección constitucional colombiano cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Magistrado ponente: Eduardo Castellanos Roso. Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Rad. 11-001-60-00 253-2006 80536 rad. Interno 1177. Condena a Indalecio José Sánchez Jaramillo.

## 3. En un tercer pronunciamiento expresó:

[...] Así mismo, indicó la referida Corporación que «para el caso de Colombia, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados y el Convenio 182 de la OIT, relativo a las peores formas de trabajo infantil (Ley 704 de 2001), resultan ser instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, que forman parte del Derecho Interno y que incorporan obligaciones para los Estados parte relacionadas con asegurar la protección de los menores en situación de conflicto armado.

En Sentencia C - 203 de 2005, la alta instancia de lo constitucional indicó que, con independencia de la participación de los menores en la comisión de graves delitos o violaciones a las normas del derecho internacional humanitario, lo cierto es que su participación como integrantes de grupos armados en el conflicto armado los hace ser víctimas de este en la modalidad de reclutamiento forzado, el cual jamás puede verse como voluntario e informado. Por el contrario, dice que un menor siempre es manipulado y su voluntariedad al entrar a un grupo armado ilegal siempre es aparente, ya que a pesar de expresar un «sí», su inmadurez psicológica y emocional, así como el desconocimiento que del mundo de la guerra tiene, impide que su consentimiento sea realmente libre e informado.

Al respecto mencionó:

Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales -muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente «voluntaria», los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes los llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales).

En el Auto 251 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, por medio de la cual se decretó el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, el Tribunal constitucional fijó el criterio frente a la obligación que tiene el Estado para evitar o contrarrestar las causas del reclutamiento forzado de menores. En dicho pronunciamiento indica que el alistamiento de menores por parte de los actores ilegales comporta la vulneración de una pluralidad de derechos.

De igual modo, aseguró la Corte Constitucional que:

El reclutamiento forzoso de niños, niñas y adolescentes por los grupos armados ilegales es una de las causas principales de desplazamiento en el país, a través de cuatro mecanismos causales distintos: (i) el desplazamiento forzado de familias y comunidades enteras, ante el riesgo de que sus niños, niñas y adolescentes sean vinculados al conflicto armado, bien sea por amenazas recibidas directamente contra la vida de los menores o de sus familias, por el peligro generalizado existente en una región determinada, o porque uno o más miembros de la familia o la comunidad ya han sido reclutados y se quiere evitar que otros también lo sean; (ii) el desplazamiento forzado de las familias de los menores de edad efectivamente reclutados, puesto que el reclutamiento de un niño, niña o adolescente implica una presión y persecución para sus parientes, por parte de los actores armados enfrentados; (iii) el desplazamiento forzado de las familias de los menores de edad que han sido reclutados pero han desertado, para proteger sus vidas; y (iv) el desplazamiento forzado únicamente de los niños, niñas o adolescentes en riesgo, que son enviados o se trasladan a otros lugares para preservarlos o preservarse del peligro de reclutamiento.

En relación con cualquiera de estos cuatro tipos de procesos, es claro que el enfoque diferencial estricto de prevención del desplazamiento forzado debe abordar como tema de primera prioridad el de la supresión del reclutamiento forzado mediante la prevención de los factores que lo causan y la atención a sus víctimas.

Por su parte, en el Auto 092 de 2008, de idéntica naturaleza al anterior, la Corte Constitucional advirtió que una de las consecuencias del reclutamiento forzado de mujeres, jóvenes y niñas se daba en el campo de la libertad y formación sexual a través de la violencia sexual cuyo rasgo característico era el de tratarse de una conducta reiterada y sistemática. Así, indicó que entre las conductas presentadas en ese contexto se tenía:

[i] la violación, [ii] la planificación reproductiva forzada a través de distintos medios, pero principalmente mediante la colocación de dispositivos intrauterinos y el uso de otros métodos anticonceptivos, en contra de su voluntad y sin información sobre las consecuencias de su implantación, en tanto «orden» de obligatorio cumplimiento, [iii] la esclavización y explotación sexuales, [iv] la prostitución forzada, [v] el abuso sexual, [vi] la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, [vii] el embarazo forzado, [viii] el aborto forzado y [ix] el contagio de infecciones de transmisión sexual.

Aseguró igualmente que este tipo de comportamientos eran propios de todos los grupos armados ilegales, pues:

[...] se ha reportado por numerosas entidades nacionales e internacionales, de manera consistente y reiterada, que los miembros tanto de las guerrillas -de las FARC y el ELN- como de los grupos paramilitares desmovilizados y en proceso de reconfiguración- que operan a todo lo largo del territorio nacional realizan este tipo de actos en forma sistemática en el curso de sus actividades criminales.

De manera adicional, se indicó que los menores que son reclutados forzosamente se exponen a sufrir una situación de vulneración de derechos por conductas propias del conflicto, entre las que se destacan las de:

i) minas antipersonal [MAP] y municiones abandonadas sin explotar [MUSE]; ii) están en permanente riesgo de ser incorporados a los comercios ilícitos que sustentan a los grupos armados ilegales: tráfico de drogas y trata de menores; iii) viven bajo la amenaza de ser víctimas de persecución por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas implementadas por los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional.

Así las cosas, resulta evidente que la conducta de reclutamiento forzado, que implica la participación de menores de edad en el conflicto, vulnera de manera grave los derechos fundamentales de tales menores, pero, además, que se trata de una conducta en sumo grado reprochable que genera el espacio propicio para la violación de una serie de garantías constitucionales adicionales, que han de ser protegidas por el Estado y que comportan la necesidad de una investigación y juzgamiento rigurosos [...]»<sup>117</sup>.

Se observa que en estas decisiones se condena a los paramilitares desmovilizados conforme con los

117 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Magistrada ponente: Uldi Teresa Jiménez López. Radicación: 110012252000201400059. Postulados: Iván Roberto Duque Gaviria y 273 del BCB. Bogotá d. C., diecinueve [19] de diciembre de dos mil dieciocho [2018].

acuerdos que suscribieron los diferentes grupos de las autodefensas y en las versiones libres entregadas a la Fiscalía General de la Nación o en las audiencias de imputación de cargos, ante magistrados de control de garantías o las audiencias concentradas ante magistrados de conocimiento de las salas de decisión de los Tribunales superiores, que cuentan con Sala de Justicia y Paz. Sin diferencia alguna se les ha imputado, acusado e incluso condenado por el delito de reclutamiento ilícito cometido en menores de 18 años, sin atender la vigencia de la Sentencia de constitucionalidad del 08 de marzo de 2005 [C-203-2005], con la que la Corte Constitucional marcó el hito jurídico para la penalización de esta conducta.

En el marco de las conversaciones de La Habana, las delegaciones del Gobierno nacional y las FARC-EP llegaron a un acuerdo sobre los niños soldados y su salida de los campamentos. Los puntos centrales de tal negociación fueron dos. (I) Con relación a los menores de 15 años se acordó que abandonarían los campamentos, para lo cual se programaría su entrega inmediata y, (ii) respecto de los mayores de 15 años, se llegó a un compromiso con la elaboración de una hoja de ruta para la salida de todos los demás menores de edad, así como la creación de un programa integral especial para su atención.

Los Diálogos de Paz adelantados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP dieron finalmente vida al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en el que se definió la protección integral de los derechos de los menores de edad vinculados al conflicto armado, como un propósito compartido, resultado de lo cual, acordaron medidas especiales

para su protección.

Se especifica en el numeral 3.2.2.5 la reincorporación para los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC-EP, y serán objeto de medidas de especial atención y protección que se discutirán en el Consejo Nacional de Reincorporación en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación del Acuerdo Final [CSIVI] y que incluirán los principios orientadores que serán de aplicación a los menores de edad y los lineamientos para el diseño del Programa Especial, conforme a lo establecido en el Comunicado Conjunto N.º 70, 15 de mayo de 2016, para garantizar la restitución de sus derechos con enfoque diferencial, priorizándose su acceso a la salud y a la educación.

El Acto Legislativo N.º 01 de 2016, por el cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, confirió al presidente de la República una habilitación legislativa extraordinaria y excepcional para expedir decretos con fuerza material de ley, de naturaleza instrumental, pues tienen por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo de paz. Así, mediante Decreto 2027 de 2016, se creó el Consejo Nacional de Reincorporación, como instancia que define actividades, cronograma y adelanta el seguimiento del proceso de reincorporación de los integrantes de las FARC-EP a la vida legal.

El Acto Legislativo 1, del 4 de abril de 2017, creó el

Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, determinó la estructura de la JEP, las funciones de los órganos que la componen y precisó otros aspectos sobre su competencia y naturaleza.

## Propuestas de solución jurídica: reinterpretación, nueva interpretación o necesidad de reforma jurídica y conclusiones

Estimo que como solución jurídica se deben presentar las siguientes propuestas:

1. A partir de la Sentencia C-203 del 8 de marzo de 2005, la conducta de reclutamiento ilícito queda definida en su elemento normativo de la siguiente manera (i) los menores de quince años que a esa fecha, 08 de marzo de 2005, hayan sido reclutados, esta incorporación se entiende ilícita y por tanto, penalizada y, a partir de la fecha en cita, 08 de marzo de 2005, la Corte Constitucional señaló que será ilícito y, por tanto punible, cualquier reclutamiento a menor de 18 años de edad, ya que al hacer parte esta sentencia de constitucionalidad del bloque constitucional sus efectos son futuros y no retroactivos.

2. Con relación a los menores adultos de 15 a 18 años quienes se hayan incorporado a un grupo al margen de la ley de manera voluntaria es una conducta atípica.

3. La defensa se debe centrar en discutir la tipicidad de la conducta en el delito de reclutamiento ilícito si su reclutamiento, forzado, fue luego de los 15 años de edad en cualquier tiempo; ello porque este delito es la reproducción e incorporación de los delitos de lesa humanidad a la legislación colombiana y por virtud del artículo 93 de la Constitución nacional hace parte del bloque de constitucionalidad y su interpretación se debe ceñir a la normatividad internacional, es decir, a lo descrito en el artículo 18 del Estatuto de Roma, para definirlo en 15 años y no en 18 años.

4. Para la configuración del delito de reclutamiento ilícito se debe tener en cuenta que este se haya realizado con fines bélicos y descartar cualquier otra actividad, como la de rancho, «raspachines», informantes, etc.

5. El Gobierno colombiano expidió, el 10 de julio de 2003, la Ley 833 de 2003 aprobatoria del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, rige en Colombia desde el 25 de junio de 2005; esta fecha fue tomada en cuenta por la Corte Constitucional para la participación de niños, niñas y adolescentes en el conflicto, como crimen de guerra y el estándar de edad del sujeto pasivo, como persona menor de 15 años.

6. La Corte Constitucional concluye entonces que la

expresión «reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma», contenida en distintas disposiciones de la Ley 1820 de 2016 (artículos 23, 30, 46, 47, 52 y 57) debe entenderse así: «el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha».

7. Son amnistiables los delitos de reclutamiento forzado perpetrados contra los menores de edad, sean niñas o niños, que tuviesen menos de 18 años y más de 15 a junio de 2005 a la firma del Acuerdo de paz suscrito entre el Gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP.



# El hurto por medios informáticos en el derecho penal colombiano. Aspectos dogmáticos y prácticos en su aplicación.

Teddy Enrique Llanos Sarmiento\*

## Resumen

Ante la forma como se encuentra descrito el artículo 269-I del Código Penal colombiano, es importante destacar cómo se podría estudiar la aplicación jurídica de este, dentro del contexto del delito de hurto, como una de las clases de atentados informáticos, concebidos entre los tipos penales, que protegen la información y de los datos en el Estatuto punitivo actual, según lo que desarrolla la Ley Estatutaria 1273 de 2009, como protectora del derecho fundamental de la intimidad, la cual adiciona tales delitos con vocación de permanencia. Esto hace parte del análisis que en estas cortas líneas se presentará, a partir de otros

aspectos teóricos como la tipicidad, la seguridad jurídica, paratipicidad, tipos penales en blanco y otras figuras jurídicas dentro del marco del ámbito punitivo.

**Palabras clave:** delitos informáticos, tipicidad, antijuridicidad, internet, bien jurídico, circunstancias de agravación.

\*Abogado, especialista en Derechos Humanos, magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre sede Bogotá, docente catedrático de la Universidad Libre sede Barranquilla en el área de Derecho Penal; Profesional Administrativo y de Gestión grado 19, Área Penal; Defensoría del pueblo Regional Atlántico.

## Abstract

Given the way in which article 269I of the Colombian criminal code is described, it is important to highlight how the legal application of it could be studied, within the context of the crime of theft as one of the classes of computer attacks, conceived within the types criminal laws that protect information and data in the current punitive Statute, according to what is developed by statutory law 1273 of 2009 as a protector of the fundamental right to privacy, which adds such crimes with a vocation of permanence and which is part of the analysis, which In these short lines it is intended to approach starting from other theoretical aspects such as typicity, legal certainty, Paratypicity, criminal types in White and other legal figures within the framework of the punitive field.

**Keywords:** computer crimes, typicity, unlawfulness, internet, legal right, aggravating circumstances.

## Introducción

Los desarrollos tecnológicos dados gracias a las tecnologías de la información y la comunicación han traído como consecuencia la utilización de los sistemas informáticos por algunas personas para el servicio del delito, es por eso, que el legislador colombiano se ha visto en la necesidad de crear tipos penales que tienen como finalidad primordial la evitación de la impunidad, así mismo, la investigación y juzgamiento de las personas que infrinjan los elementos descriptivos correspondientes a estos. Esta disertación, se realiza en pro de analizar la

descripción del tipo penal de Hurto por medios informáticos, adicionado por la Ley 1273 de 2009, como forma de verificar si este tiene una viabilidad jurídica para ser endilgados a los crackers o piratas informáticos en su labor criminal y si con la atribución de tales tipos penales, de la forma como están establecidos, podría darse la existencia de una doble incriminación, del fenómeno de la paratipicidad o una creación de tipos penales superfluos que se encuentren tipificando lo ya establecido. Circunstancia que puede resultar confusa, en cuanto

al respeto de las garantías jurídicas y procesales al momento de su investigación, tipificación, y judicialización.

## Planteamiento del problema

El hecho de crear, por parte del legislador, el delito de hurto por medios informáticos [269-I CP] dentro de los reatos que protegen la información y los datos, hace que se verifique una descripción redundante, en la medida en que se parte de que en nuestra legislación penal colombiana se encuentran los ingredientes normativos en lo atinente a la disposición que establece el hurto, teniendo en cuenta sus formas de calificación y agravación [Arts. 239 y 240 del Código Penal].

Lo anterior quiere decir y es dirigido a violaciones contra el bien jurídico protegido del patrimonio económico, como delito fin y como propósito teleológico, de quien ingresa en un sistema informático con la intención al menoscabo de los derechos patrimoniales del sujeto pasivo o pasivos, por medios diferentes dentro de un contexto de herramientas tecnológicas, valiéndose de estrategias o de maniobras intelectivas propias del mundo del cibercrimen, que permitan al sujeto agente hacerse con un provecho ilícito, ya sea para él o para terceros.

Pregunta: ¿Es necesaria y segura jurídicamente la tipificación del delito de hurto por medios informáticos, como protector del bien jurídico de la información y de los datos?

Para entrar a resolver este galimatías se deben precisar los siguientes aspectos dogmáticos y conceptuales: tipicidad, seguridad jurídica, delitos informáticos y hurto por medios informáticos y semejantes.

### 1. Tipicidad

El principio de tipicidad en el derecho penal colombiano resulta ser, a la luz del artículo 9 del Código Penal de nuestro Estado, la primera característica de la conducta punible en la teoría del delito, constituyéndose como el primer filtro que se realiza ante comportamientos que trasgreden la normativa penal, en consonancia y en la medida en que se valora y se tiene en cuenta el análisis sobre si el comportamiento realizado por el sujeto agente, camine o cabalgue en la adecuación descriptiva de algún tipo penal para ser atribuido.

La teoría del tipo fue considerada por Beling, a partir de la necesidad de incluir en el estudio del derecho penal una forma descriptiva con aquellos elementos prohibidos, que el legislador puntualiza en el supuesto de hecho de una norma penal. La dogmática penal en su generalidad tiene a la tipicidad como una de las características de la conducta punible y como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.

Muñoz Conde en su texto Teoría General del delito, pagina 31, define la tipicidad como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.

Por lo anterior, se desprende el razonamiento con el fin de diferenciar el concepto de tipo al concepto de tipicidad. El primero hace relación directa a esa forma descriptiva de la conducta prohibida y el segundo se desprende del análisis de los elementos comportamentales necesarios (lo factico), que se tipifican y son coherentes con los ingredientes normativos en el tipo correspondiente establecido y objeto de adecuación, y que constituye un juicio de tipicidad.

La tipicidad ha sido un concepto que limita en gran manera el poder sancionatorio del Estado en cuanto a derecho penal se refiere, toda vez que solo se pueden considerar como delitos a aquellos comportamientos adecuables en la norma penal misma (nullum crimen, nulla poena sine lege). Por tal razón, muchas conductas podrán ser antijurídicas o que van en contra del ordenamiento jurídico, pero en materia penal serán antijurídicas solo las descritas en virtud de la tipicidad.

A la tipicidad se le atribuyen tres funciones, a saber:

**a. Función garantizadora:** como se dijo antes, es vital reconocer en el hecho de limitar a la antijuridicidad, en el evento de que solo puedan ser tenidas en cuenta conductas descritas en la norma penal, a su vez, esto constituye una garantía constitucional como se encuentra en el artículo 29 de la carta constitucional: «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».

**b.** En ese orden de ideas, no se puede atribuir responsabilidad penal a una persona, de conformidad a su actuar o a su omisión, en la medida en que tal aspecto factico o comportamiento no se adecúe en el estatuto punitivo como conducta punible, es más, el artículo 6 del código de las penas lo reafirma cuando establece: «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. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco».

**c. Función fundamentadora:** así como un grupo de soldados defiende un castillo o una fortaleza, así mismo los tipos penales protegen y le dan color de razón a su existencia, esto es, al bien jurídico; es este el objetivo de protección porque este mismo es el derecho que se menoscaba cuando hay trasgresión de la norma penal, es por esto por lo que solo deben tenerse como conductas relevantes para la ciencia criminal, las ilícitas y punibles, aquellas previstas por el legislador en función de salvaguardar el respectivo objeto jurídico, como en tales casos lo constituye la vida, el patrimonio económico, la libertad individual etc.

Otros aspectos importantes para esta función tienen que con las formas de participación criminal y las calidades en que actúa el mismo; así mismo, a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fue cometida la conducta punible.

**d. Función sistematizadora:** Esta función abarca

lo referente a la relación que existe entre la parte dogmática del código penal colombiano [delito, características de la conducta punible, tentativa, participación criminal y demás] con lo que está establecido en la parte especial del código antes anotado, como lo es, los diferentes reatos o tipos penales según la descripción de la conducta prohibida descrita de forma inequívoca, expresa y clara. Algunos doctrinantes hacen énfasis en la coherencia que debe haber entre la parte general contentiva de los elementos propios de la teoría del delito [dogmática] y la parte especial [delitos en general] del Código Penal.

Con relación a lo anterior sobre la funciones de la tipicidad sintéticamente esbozadas, cabe dentro del tema planteado, el análisis en el sentido de demostrar si estas tres operan de igual forma en el hurto por medios informáticos, de conformidad con el artículo 269-I del Código Penal colombiano y la verificación de la hipótesis, en los casos en que la finalidad sea la de apropiarse de lo consignado, como en cuentas bancarias, y resulte de ello una conducta antijurídica en la medida en que sea lesiva a los bienes jurídicos [antijuridicidad material] y que se dé la existencia de la concreta contradicción entre la conducta desplegada por el agente y la trasgresión del canon penal, lo cual culmina en la concreción del resultado.

## 2. Principio de seguridad jurídica

Las normas desde el punto de vista a la colectividad a la que van dirigidas, deben ser objeto de confianza

por parte de los ciudadanos, lo que ha de generar que el cumplimiento de la ley sea en un constante deber ser y no en creación de preceptos inestables o removibles o que estén sujetos a cambios que no garanticen o alteren la confianza legítima ya sea en lo legal o en lo jurisprudencial; al respecto Giraldo Molano y otro [pág. 17; 2016] afirma este principio como uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho. «Los ciudadanos deben estar en condiciones de anticipar las posibles intrusiones del Estado que pueden afectarlos y actuar de acuerdo con ello».

En el caso de la investigación se trae esta figura y se vislumbra el hecho de tipificar una conducta que genere confusión a los ciudadanos en la vulneración de un bien jurídico, como lo es la información y los datos, cuando realmente se tenga como propósito criminal el apoderamiento del patrimonio económico, sea total o parcial de otro, con medios informáticos de activos de terceros, en donde para tipificar dicha conducta se requiere de forma implícita el acceso abusivo al sistema informático de la entidad bancaria o financiera, en la que se encontraran consignados activos económicos de la posible víctima.

## 3. Delitos informáticos

Estos tipos penales, consagrados y adicionados al Código Penal con la promulgación y publicación de la Ley Estatutaria número 1273/2009, fueron creados en consecuencia de los avances tecnológicos en la comunicación, en los sistemas informáticos, en las formas de acceso a estos, lo cual, nos catapulta a entender que no solo existe un lugar tangible o

sensorial para experimentar un espacio virtual, donde circula información codificada por medio de canales informáticos.

Podemos ver cómo el mundo real se relaciona con el mundo digital, en la medida que experimentamos por este medio, visitar galerías, ciudades e intervenir en el mundo real con tan solo un clic. Esta forma de interactuar, estriba en buena medida por la fuerza del internet y de ella deriva, también, su potencialidad ofensiva sobre bienes jurídicos protegidos en el espacio real, pero vulnerables a ataques con modernas armas procedentes de un espacio nuevo y todavía poco conocido.

Esta relación espacio virtual y real, trae consigo de manera concreta la vulnerabilidad de bienes jurídicos, es por eso por lo que se crea la necesidad de la regulación normativa en el ciberespacio, sobre todo en conductas que deben ser sancionadas, toda vez que la cantidad de usuarios que ingresan a las redes constituye una real dificultad para la justicia, en lo que tiene que ver con la investigación y juzgamiento de personas que usan el sistema de internet para cometer conductas criminosas.

Esta clase de delitos, aparte de tomar importancia por el auge tecnológico, son también importantes, desde lo normativo y sancionatorio en la medida en que, en nuestro país por la ley estatutaria precitada, existe un catálogo de estas conductas punibles que se integran en el ordenamiento penal, en el título VII BIS de donde se extraen las siguientes:

## De la protección de la Información y de los datos

- Acceso abusivo a un sistema informático [269-A].
- Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación [269-B].
- Interceptación de datos informáticos [269-C].
- Daño informático [269-D].
- Uso de software malicioso [269-E].
- Violación de datos personales [269-F].
- Suplantación de sitios web para capturar datos personales [269-G].
- Circunstancias de agravación punitiva [269-H].
- Hurto por medios informáticos, [269-I] (objeto de estudio en este artículo).
- Transferencia no consentida de archivos [269-J].

Para lo concerniente, “*el cibercrimen está puntualmente encaminado por las acciones delictivas de los cibercriminales en contra de cualquier persona, cuando utilizan un cerebro electrónico para navegar en la web, en comportamientos contrarios a derecho que están referidos en la ley colombiana de los denominados delitos informáticos, en donde*

las evidencias virtuales, como también la localización del ciberinfractor se efectúa con rapidez, porque pueden ser recolectadas con mayor alcance que en otro tipo de ciberasalto, ello, dada la traza que dejan esas acciones en el espacio virtual” (Palomá Parra PAG 159, 2021).

Alberto Suárez Sánchez [Pág. 59], en su manual sobre este tema, cita a Rovira del Canto, quien expone al delito informático como un delito pluriofensivo, por lo que permite la conjugación de la protección de bienes jurídicos tradicionales, individuales y colectivos, con la tutela de los intereses derivados de la información en sí misma. Esto es entendible, pues con la consumación de estos reatos se podría estar vulnerando no solo el derecho de información o datos, sino también el derecho al patrimonio económico, el derecho a la intimidad, los derechos morales de autor, la integridad moral entre otros.

En cuanto a los instrumentos internacionales, se encuentra el convenio sobre cibercriminalidad que se realizó en Budapest el 23 de noviembre de 2009, en la medida de que el Consejo de Europa y otros Estados firmantes se comprometían en la lucha a la prevención de la criminalidad en el ciberespacio con la implementación de una legislación apropiada con la mejor cooperación internacional.

Por lo tanto, es importante acotar el reconocimiento de Colombia del instrumento internacional en el párrafo anterior mencionado mediante ley 1928 del 24 de Julio de 2018, en donde resulta imperativo para el país con la adherencia a esta convención de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su

derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. Las partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático [Convenio sobre la delincuencia, Budapest 2001] en las cuales Colombia se compromete según lo publicado en la página web de la cancillería del gobierno colombiano a lo siguiente:

“- Actualizar y complementar la legislación nacional a los estándares internacionales contra la cibercriminalidad.

- Formalizar y dinamizar los canales de intercambio de información con los países miembros del Convenio, para facilitar las investigaciones judiciales sobre hechos delictivos de carácter transnacional.

- Acceder a proyectos y programas para la transferencia de conocimientos, apoyo investigativo, soporte tecnológico y acciones conjuntas bilaterales y multilaterales.

- Mejorar la cooperación judicial internacional, avanzar en los temas de evidencia digital, y participar en las estrategias conjuntas en materia de cibercriminalidad”. [<https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/colombia-adhiere-convenio-budapest-cibercriminalidad>]

Es entonces un panorama que se traduce que, en este campo delictual, en donde se debe ir en respeto de lo convencional y del derecho interno

estrictamente en lo punitivo, en sincronía con las intromisiones tanto para el consejo de Europa como para los Estados partes, lo que se ha convertido en una preocupación mundial el hecho de los obstáculos técnicos y judiciales en el control al acceso ilícito de estas fuentes de comunicación que se darían en aquellas acciones de la cibercriminalidad en todo el mundo, en las cuales, se da el acceso no autorizado, daños informáticos, violación de datos personales, estafa virtual etc.

Lo que suscita también una fuerte dificultad ante la investigación de estos crímenes por lo globalizado del asunto, toda vez que una persona que se encuentra en el Japón puede cometer delitos a través de las redes de internet a personas de otro país, lo que resulta ser un obstáculo para cualquier investigación, a efectos de determinar responsabilidad penal y sobre todo en análisis del aspecto de soberanía jurídica o indagaciones a personas de otro país, lo que hace requerir unas fuertes políticas de cooperación internacional.

Es por eso, que algunos autores se lanzan a doctrinar y a aconsejar en la medida que ven la necesidad de que se puedan implementar tribunales internacionales a efectos de que se puedan encontrar a los autores y/o partícipes (Crackers; personas que ingresan al sistema informático abusivamente con fines delictivos) de tales ofensas al bien jurídico pertinente con los hechos y que no dependa solo de la jurisdicción nacional tal tarea, sino que se comprometa a la comunidad internacional en la lucha de este flagelo criminal como por ejemplo la creación de una jurisdicción mundial para el efecto.

En nuestro país, se aborda el tema desde lo legal, lo investigativo desde la ley antes anotada, lo que se traduce en la inclusión del grupo de delitos establecidos anteriormente, pero llama profundamente la atención el hecho de que estos en muchas ocasiones son realizados por los cibercriminales para sacar ventajas ilícitas o para vulnerar bienes jurídicos, pero en esta oportunidad centraremos la atención en el:

#### 4. Hurto por medios informáticos y semejantes

El artículo 269-I del código de las penas reza:

*El que, superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático, u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este código.*

Para entender los conceptos técnicos que se encuentran como ingredientes del tipo penal para aspectos académicos, es necesario concretar las siguientes definiciones:

**a. Sistema informático:** el concepto sobre sistema informático lo traemos del convenio sobre cibercriminalidad, Budapest, 23 de noviembre de 2001 donde se designa como «todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en

ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos».

**b. Sistema electrónico:** consiste en que “el sistema electrónico es un conjunto de circuitos que interactúan entre sí para obtener una consecuencia común” [Palomá Parra 2012; PAG 58].

**c. Telemática:** la telemática se define como una “combinación de telecomunicaciones con la informática e incluye el estudio, diseño y administración de las redes y servicios de comunicaciones de datos. La telemática también considera servicios como el e-learning, [educación a distancia o semipresencial - aprendizaje electrónico] comercio electrónico y televisión digital, entre otros” [Palomá Parra; 2012 PAG 58].

**d. Identificación biométrica:** “la biometría debe ser utilizada esencialmente para acceder a las cuentas de una entidad financiera e impedir ingreso a quien no puede demostrar ser el ciberusuario referido. De esa manera, a través de esta restricción virtual habría mayor seguridad en el campo operativo de la banca y no tantos asaltos, hurtos y pérdidas billonarias de dinero en la web, por eso, la identificación para este medio biométrico mejoraría la seguridad en la utilización del extraordinario medio de comunicación de internet a través de un cerebro electrónico. Se disminuirían los ataques de esas organizaciones de delincuentes” [Palomá Parra 2021 pág. 84].

Kaspersky citado por Palomá Parra [Pág., 85, 2021] define la biometría como, «medidas biológicas, o características físicas, que se pueden utilizar para identificar a las personas. Si bien la clasificación de huellas dactilares, el reconocimiento facial y los exámenes de retina son todas formas de tecnología biométrica, también son las opciones más conocidas».

**e. Sistema de autenticación:** “la autenticación es el proceso a través del cual se comprueba toda la información almacenada de un ciberusuario en el ente bancario, la cual se confirma con el ingreso del password o contraseña que el usuario escribir, esta es la clave personal, única e intransferible, que permitiría, de confirmarse, acceder al siguiente paso, al instante este segundo movimiento virtual del proceso de control y seguridad informática, como se observó, se usó para poder acceder a cualquier transacción, puesto que siempre será requerido a través de contraseñas o signos que cada ciberusuario crea para poder introducirse al sistema informático de la entidad financiera”. [Palomá Parra 2021 págs. 86,87].

**f. Autorización:** “es el sistema mediante el cual se le permite a los usuarios de la red a través de un login, password, tarjeta inteligente, verificación de voz, de escritura de huellas, de patrones oculares, acceder o conectarse a un determinado sitio web o autorizar la realización de una operación. Dicho sistema realiza la autenticación de la identidad digital del remitente de una comunicación como una petición para conectarse; así como determina

qué accesos tiene autorizados dicho usuario” [Paloma Parra 2012 pág. 58].

**g. Confidencialidad:** “es el bien intangible perteneciente a la ciberpersona, la cual de ninguna forma puede ser objeto de publicidad sin su respectiva autorización, y cuando esta ha sido obtenida de manera ilícita, puede conllevar acciones penales o administrativas por violación de los datos personales. En nuestra nación existen diferentes legislaciones en la materia con un marco normativo sólido, desde la constitución nacional pasando con la protección de varias leyes en esa temática” [Palomá Parra 2021 págs. 89,90].

Ante las definiciones anteriores, es menester aclarar que nos sirven para entender los pasos hacia el acceso al sistema informático, lo cual trae consigo por parte de las entidades privadas y públicas la garantía de la salvaguarda de derechos importantes como el habeas data o derecho de la intimidad, establecido tanto en normas legales, constitucionales y convencionales, lo que nos ilustra en forma de glosario, acerca de que si va en compañía del dolo para hurtar dineros de cuentahabientes y demás, estaríamos en presencia del estudio de un delito, el cual es materia de denuncias por ciudadanos desde el año 2010 hasta octubre de 2020, aproximadamente, en más de 65.000 noticias criminales sobre lo concerniente de conformidad a la estadística que plasma el tratadista Paloma parra en su página 71 del texto la Organización de 2021.

Por lo anterior, es importante concretar los aspectos jurídicos necesarios para analizar lo referente a la

tipificación de esta conducta y del bien jurídico a proteger, según el espíritu de la norma impreso por el legislador [PALOMÁ 2021 pág. 71].

Por ejemplo, el sujeto agente que accede sin autorización a la página web de una corporación bancaria y hace transferencias o desvíos de dinero, con la finalidad de hurtar activos, que recae en cuentahabientes como ejemplo principal, denota un propósito claro de un provecho ilícito económico directo, sin tener que decir que el acceso sin autorización pueda concursar con el hurto por ser un acto copenado, es decir hace parte del comportamiento en la medida que este, se requiera para conseguir el fin perseguido. Como sucede en el caso de la persona que va a una casa a robar cometiendo su propósito criminal y se le pueda endilgar por esto, el hurto y la violación de habitación ajena, siendo que podríamos estar en presencia de un concurso aparente de tipos penales en hermenéutica, de los principios del concurso propios como el de la consunción [lo cual se absorbe la violación de habitación ajena como una forma de calificación del hurto, Art 240, numeral 3], que sería el aplicable en el anterior caso, también se encuentra el principio de subsidiariedad, alternatividad y especialidad que resuelven los problemas sobre la resolución de un concurso aparentes en otros casos.

Lo que es útil para aplicarlo de forma semejante al investigarse conductas de hurto por medios informáticos en el evento que se tendría que incluir o analizar el Art 239 y ss. del C.P. dentro de la conducta de hurto en lo relativo a la utilización de un sistema informático, evitando con esto, lo que tiene que ver

con atribución de un tipo penal[269-l] que no tiene sanción y que se satisface en demasía en riqueza descriptiva en el hurto calificado, tipos penales que se adecuan finalísimamente en el orden de que se requiere como requisito sine quanon, el acceso abusivo del sistema para poder lograr el propósito, lo cual absorbería (principio de consunción) el acceso de cierta manera enriqueciendo y fortaleciendo la tesis del hurto calificado.

Así las cosas, tenemos que nuestro Código Penal dentro del delito de hurto establece:

*“Hurto: El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en...”*

Art 240: Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes...”

Para lo que nos interesa, es vital comprender, que se refiere por parte del legislador cuando le da relevancia como una circunstancia de calificación del hurto

*“el quehacer delictivo respecto del delito anotado, también se puede acotar que está en constante evolución, hoy en día ha llevado a los delincuentes a superar las combinaciones electrónicas, de seguridad con el firme objetivo de sustraer bienes ajenos, situación que el legislador compara a cerraduras por su mayor integridad, monitoreo y confiabilidad, como lo son la alarma, dispositivos, sensores de diferente naturaleza”* [VIVEROS

*CASTELLANOS pág. 515 tomo I, 2020]. como sucede con el ejemplo de A que logra descryptar la clave de acceso al apartamento de uno de sus admiradores y en compañía de B quien recibe la mitad de las ganancias ilícitas, se apropian de dos costosas pinturas.*

En este aspecto El tratadista ALBERTO SÁNCHEZ en su texto Delitos contra el patrimonio económico (pág. 525) observa lo pertinente haciendo una acotación sobre el concepto de Seguridad Electrónica *“como aquellos mecanismos que de manera automática funcionan ante la presencia de cualquier estímulo, como por ejemplo las alarmas. Se superan las seguridades electrónicas, cuando se vencen aquellos sofisticados medios privados de defensa, que han sido colocados por el titular de la relación posesoria para dificultar o evitar el apoderamiento de las cosas”*.

En definitiva, habría la necesidad de analizar si en el contexto de la seguridad informática, podría haber adecuación en el tipo penal de hurto calificado cuando establece al final del numeral 4 en el sentido de “u otras semejantes” para referirse a otros medios de seguridad en las cuales podamos contemplar la posibilidad de que sean de parecida vulnerabilidad de la seguridad electrónica como el caso anteriormente mencionado en relación con las alarmas.

Según la RAE lo semejante es lo “Que semeja o se parece a alguien o algo” partiendo de la intrusión de un agente en el sistema informático sin la correspondiente autorización, de quien tiene el derecho a acceder mediante la figura

del administrador de la plataforma o quien tiene la legitimidad para ingresar como el caso de los cuentahabientes o clientes de una entidad bancaria o financiera.

En este sentido, encontramos algunos aspectos relevantes en el caso de que para efectos de la seguridad electrónica, se vulneran en la medida de que se venzan aquellos sofisticados medios privados de defensa que han sido colocados por el titular de la relación posesoria, para dificultar o evitar el apoderamiento de las cosas [Suárez Sánchez pág. 525, 2013], siendo coherente con el concepto de seguridad informática, el cual, según lo arriba enunciado en el tipo penal de hurto por medios informáticos, nos habla de sistemas de autenticación y de autorización, entonces podemos asimilar en cierta forma el ingreso y la violación de medio electrónicos, así como se asemeja al medio informático en lo que a violación de posibles contraseñas, ante lo cual podría un hacker dentro de labores lícitas o un cracker dentro de las labores delictivas, entrar como es el segundo caso, sin autorización y consumando un hurto usando todo un engranaje de conocimientos técnicos y de tecnologías que permitan en este caso apoderarse de activos o de dineros ajenos.

Ahora bien, aunado a lo ya reflexionado, podemos tener como semejantes el hecho de ingresar a una residencia, violando claves de acceso con la superación de estas, de un sistema informático y en este sentido nos cuestionamos en lo siguiente ¿porque el legislador crea un tipo penal o realiza el juicio de tipicidad, en eventos en los que para garantizar que una persona responda penalmente

por la conducta de acceso abusivo de sistema informático? ¿se requiere solamente la entrada subrepticia al mismo? ¿Mas en el tema de finalismo que nos convoca cuando el móvil es para acceder a apoderarse de sumas de dinero?, entonces allí es donde se resalta la vulneración o la violación al bien jurídico del patrimonio económico y no en la medida de que no sea importante la información y los datos como aspecto que protege el legislador, sino que en estos eventos estamos en presencia de formas de cometimiento como lo podría ser el hecho de quien hurta utilizando medios motorizados o cualquiera de las formas concretas en las modalidades del hurto calificado.

Esta disertación académica gana terreno, cuando miramos el rol del legislador y buscamos el espíritu de la norma, lo que nos lleva a reflexionar sobre la falta de necesidad de la creación del artículo 269l, a su vez y siendo reiterativo en esto, es la misma norma la que remite en su sanción y tipicidad al artículo 240 del Código Penal colombiano ya anotado con anterioridad, siendo un tipo dependiente e incompleto, ante lo cual, algunos tratadistas lo llaman PARATIPO PENAL para dar a entender tipos penales de iguales características o que ya describen el mismo comportamiento delictivo lo que de cierta manera el profesor REYES ECHANDÍA (págs. 274-275 y 278) hizo también mención a la problemática de los paratipos penales, cuya similitud o identidad con los tipos en blanco merece analizarse, más aún cuando continúan utilizándose con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico. Decía el maestro que los paratipos se encuentran diseminados en códigos diversos al penal, como el de procedimiento penal o de comercio, ora en leyes especiales que se ocupan

de materias diferentes a la punitiva. [Sandoval 1999 pág. 99, Nuevo Foro Penal N.º 61]

Se trata de una descripción casuística hecha por el legislador, que se encuentra asimilada o referida a un tipo penal. Considera que de todas maneras deberá aclararse si la conducta real se adecua o no al tipo, porque en algunos casos el paratipo no reúne todas las exigencias del tipo respectivo, es decir, la adecuación debe hacerse en el tipo, al cual se asimila o refiere. Si la conducta concreta no reúne la exigencia del tipo habrá atipicidad, no obstante que el paratipo haga esa asimilación.

Se refiere también a los casos en que el paratipo no solamente describe conductas que no encuadran en el tipo asimilado, sino que la referencia punitiva no establece con precisión el tipo a que se refiere. Aquí habría un desconocimiento al principio de la tipicidad [SANDOVAL 1999 pág. 99, NUEVO FORO PENAL N.º 61]

Al final dirá que en todos los casos de paratipicidad cobra importancia el principio contenido en el artículo 3º del Código Penal y debe mantenerse incólume que no hay delito sin tipicidad [SANDOVAL 1999 pág. 99, NUEVO FORO PENAL N.º 61]

Dada la disertación, tenemos el concepto de paratipicidad asociada con normas de otras ramas del derecho como lo es en materia tributaria o en el orden administrativo de forma foránea al derecho criminal, que puedan tipificar conductas delictivas, lo que a grandes rasgos es similar para lo relativo a los tipos penales en blanco, como normas penales que remiten a ordenamientos del orden extrapenal

como sucede por ejemplo con el delito de adopción irregular, que nos remite a verificar los requisitos extrapenales para la concesión de una adopción, para observar la existencia o no de la vulneración del mismo, ya que habría atipicidad en relación a que no se satisfaga la falta de las exigencias de la norma objeto de observancia, como en este caso sería toda la reglamentación sobre las formas de adopción de forma regular. Sumado el análisis que tenga que hacer conforme a los tipos penales en blanco, con relación al principio de reserva legal, en lo concerniente, que en algunos países se contempla la posibilidad de la falta de factores objetivos de la tipicidad y de la falta de ingredientes normativos suficientes para que hablemos de tipos penales completos, que brinden una seguridad jurídica en el ciudadano, en el profesional del derecho y en los operadores judiciales.

Para ir en coherencia con lo antes dicho, la corte en Sentencia: SP1245-2015 del 11 de febrero de 2015 establece sobre el tema:

“HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES - Tipo penal de naturaleza subordinada y compuesta «Se trata de un tipo penal de naturaleza claramente subordinada y compuesta. En efecto, la descripción normativa, en su tipo objetivo positivo y en la consecuencia jurídica, no consagra la conducta reprochada, el objeto material, ni la sanción correspondiente, sino que, en cuanto se refiere al comportamiento antijurídico y al referido objeto sobre el que recae la acción prohibida, efectúa un reenvío normativo al tipo base de hurto [artículo 239 de la Ley 599 de 2000] y a la disposición que lo califica [canon 240 ejusdem] para determinar la

sanción imponible».

HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES - Elementos: sujeto activo indeterminado / HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES - Tipo penal de medio concreto o determinado: establece modalidades o mecanismos específicos de apoderamiento «El precepto examinado -269I- solamente se ocupa de establecer el sujeto activo indeterminado-nocualificado o común y unisubjetivo - del punible y de consagrar unos específicos ingredientes normativos, que lo identifican como un tipo de medio concreto o, si se quiere, determinado, por cuanto estructura una modalidad o mecanismo específico de desapoderamiento de la cosa mueble ajena, a saber, superar las seguridades informáticas mediante i) la manipulación del sistema informático, la red de sistema electrónico, telemático u otro semejante o ii) la suplantación de una persona ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos».

Que según lo plasmado, se considera por parte de la investigación, estar en desacuerdo con relación a tener en cuenta al delito objeto de estudio como un tipo penal subordinado lo que difiere del principio de seguridad jurídica, que puede entrar a crear confusión entre los bienes jurídicos a aplicar y que partiendo de que uno de los elementos del tipo penal subordinado es que para su aplicación no debe ser una situación legal especial, sino concreta, en el entendido de que se tenga claridad de lo reglamentado y que lo que depende de otro tipo penal es el aspecto punitivo como el caso de las circunstancia de agravación o de atenuación correspondiente, por eso trayendo

lo que acota el DR. YEZID VIVEROS en su obra de DERECHO PENAL GENERAL CASUÍSTICO define al tipo penal subordinado como: “son aquellos que desde el punto de la aplicación punitiva dependen necesariamente de la demostración de elementos que integran el tipo básico [homicidio agravado, hurto calificado, hurto agravado, lavado de activos con circunstancias específicas de agravación, acceso carnal violento agravado, secuestro agravado en circunstancias de atenuación punitiva, peculado en circunstancias de atenuación punitiva, etc.]”.

Por lo cual, resulta digno de aclarar académicamente, en pro del análisis y de la polémica, que en el caso que nos ocupa se trata de un tipo penal que protege bien jurídico distinto al que dice remitirse, en donde no se agrava la pena, sino que adolece de la misma, lo cual se desestima cuando queremos pensar que es un tipo penal subordinado como la corte lo ha considerado.

## Conclusiones

1. En lo que respecta al tipo penal de hurto por medios informáticos previo análisis del problema planteado anteriormente de manera muy focalizada y con remisión al estado del arte en lo pertinente, se colige que la finalidad en los casos del apoderamiento de dineros o transferencias no consentidas por parte de su titular con violación de seguridad informática es de la hermenéutica establecer si se puede considerar un medio semejante lo mencionado en el artículo 240 del Código Penal numeral 4. “violando o superando seguridades electrónicas

u otras semejantes”, así mismo se concrete la violación en estos casos del bien jurídico del patrimonio económico, como Derecho que se vulnera cuando la finalidad o el propósito criminal es el de recibir un provecho ilícito propio o para terceros mediante el uso del sistema informático cumpliéndose así lo pertinente dentro de los presupuestos normativos de los artículos 239 y 240 del Código Penal y no del 269I, según lo analizado a lo largo y ancho de este artículo.

2. Por lo anterior y como conclusión académica producto del manejo de este interesante tema se considera no ser necesaria la existencia del artículo 269I en lo que respecta a la forma como se encuentra establecido y lo cual resulta de una repetición o como una intrusión de acuerdo con lo observado y que ni siquiera podemos hablar de tipos penales en blanco o de paratipos en la medida de que este tipo penal subyace al interior del estatuto punitivo del artículo 240 del Código Penal numeral 4 y el mismo no hace parte o no existe dentro de la reglamentación extrapenal o por fuera del ámbito punitivo.
3. Con relación a la vulneración del bien jurídico de la información y de los datos en lo pertinente al hurto mediante herramientas informáticas, se considera que no es posible en estos casos revisar la vulneración de los mismos, en la medida de que en lo ya planteado, la investigación se inclina por la aplicación del delito de Hurto calificado por el numeral cuarto del art 240 del Código Penal Colombiano, resultando de manera consumada el medio

informático en la finalidad de conseguir el resultado de apoderamiento de cosa mueble ajena.

4. En el mismo aspecto se tiene como presupuesto de lo anterior, el caso de que un acceso abusivo al sistema informático se realice con la finalidad distinta a la de apropiación de fondos y demás, se estaría revisando la tipicidad en cuanto a la importancia del acceso abusivo del sistema informático como lo contempla el 269A o de lo que resulte de la adecuación de los hechos según la posible transgresión de otros tipos penales a la luz de lo factico.

## Recomendaciones

Se recomienda con todo respeto, a la corporación legislativa de nuestro Estado, se revise lo pertinente para que se pueda considerar según el análisis previo que se hiciera, el retiro de este tipo penal 269I (Hurto por medios informáticos) y darle interpretación y aplicación dentro de los delitos contra el patrimonio económico en lo que corresponde a las circunstancias del hurto dentro de sus formas de calificación.

## Bibliografía

Aplicada y consultada:

- ALONSO DE ESCAMILLA AVELINA Y OTROS; Grooming- Stalking- Bullyng-Sexting- Ciberodio- Propiedad intelectual- Problemas de perseguibilidad- Ciberpornografía infantil. Coordinador: MARCELO A. RIQUELT; Hammurabi, José Luis Depalma, editor; 2014
- FLÓREZ PRADA IGNACIO; CRIMINALIDAD INFORMÁTICA; Aspectos sustantivos y procesales; 2012.
- GIRALDO MOLANO ADRIANA Y OTRO; ALTERACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA POR CAMBIO JURISPRUDENCIAL; Uniacademia LEYER; 2016.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO; TEORÍA GENERAL DEL DELITO, Segunda edición; editorial TEMIS 2008.
- Palomá Parra LUIS ORLANDO; LA ORGANIZACIÓN, Modalidades del crimen en el ciberespacio, Ediciones Ibáñez; 2021.
- Palomá Parra LUIS ORLANDO; DELITOS INFORMÁTICOS, [En el ciberespacio] Ediciones jurídicas Andrés Morales; 2012.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ JAIME; Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista; Revista FORO PENAL 1999.
- SUAREZ SÁNCHEZ ALBERTO, MANUAL DEL DELITO INFORMÁTICO EN COLOMBIA, Universidad Externado de Colombia; 2016.
- SUAREZ SÁNCHEZ ALBERTO; DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO, Universidad Externado de Colombia; 2013
- VIVEROS CASTELLANOS YEZID Y OTROS; DERECHO PENAL ESPECIAL CASUÍSTICO I Ediciones doctrina y ley; 2020
- VIVEROS CASTELLANOS YEZID Y OTROS; DERECHO PENAL GENERAL CASUÍSTICO Ediciones doctrina y ley; 2020
- Normas, Convenciones y sentencias:
- Sentencia de Casación, Radicado 42924; : SP1245-2015 Magistrado ponente: EIDER PATIÑO CABRERA; 11 de febrero de 2015.
- Ley 599 del 2000 – CÓDIGO PENAL; 25 edición, Legis.
- CONVENIO SOBRE LA CIBERCRIMINALIDAD; Budapest el 23 de noviembre de 2009
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE.[2021].



# La verdad material y los hechos jurídicamente relevantes (HJR), como elementos fundamentales del sistema penal acusatorio.

Edilberto Carrero López.<sup>118</sup>

## Resumen

Es un artículo que busca analizar la verdad material dentro del proceso penal colombiano, en donde se resalta la importancia de los HJR, ya que la indebida aplicación conllevaría a violaciones a los principios como; la impunidad, el habeas corpus, el debido proceso, la igualdad de armas, entre otros, y si a esta estipulación se le brinda la trascendencia que requiere estaremos más cerca de decisiones justas.

<sup>118</sup> Edilberto Carrero López, es abogado penalista, litigante y defensor público, por más de 15 años, en la actualidad pertenece a la Oficina especial de Apoyo, especialista en derecho penal y derechos humanos – derecho internacional humanitario, realizó estudios de maestría en derecho penal, actualmente está en cuarto semestre de doctorado en derecho en la universidad Santo Tomas de Aquino.

## Abstrac

It is an article that seeks to analyze the importance of material truth focused on the aspect of HJR, within the judicial operation of colombian criminal prosecution system, since the improper application of HJR, must be emphasized that society needs the State to insist on material truth, since it is a form of search for fair decisions.

**Palabras claves:** Verdad material, hechos jurídicamente relevantes y decisión justa.

**Key words:** Material truth, legally relevant facts and fair decision.

## Introducción

Empiezo este escrito de acuerdo a lo planteado por el profesor Alejandro Castaño:<sup>119</sup>

*“para lograr una definición más específica del concepto de derecho, lo que se observa es que involucra muchos más aspectos de la experiencia humana. En esta dirección afirma massini que: La comprensión integral de la realidad jurídica es un dato de experiencia, por supuesto de una experiencia abierta e integral, en el que la realidad jurídica se integra con elementos de diverso orden; Werner Goldschmidt distingue tres niveles en lo que él llama el “mundo jurídico”: el de los valores o de la justicia, el de las normas y el de las conductas sociales...”*

Es así como el aspecto fáctico debe ser entendido en un contexto general, pero con varias precisiones, ya que si bien es cierto es indispensable para entender

<sup>119</sup> Castaño B. Alejandro [2013] Introducción a la razón práctica del derecho. Ed. Escuela de filosofía y humanidades de la Universidad Sergio Arboleda.

el escenario jurídico, y ver cómo se perciben esos hechos por las partes del proceso penal, desde esta apreciación inicial es donde se empiezan a construir los HJR. La sociedad colombiana aspira a tener fallos justos, procesos claros, reglas procedimentales que no generen incertidumbre. Por eso debemos tener presente nuestros valores, los ordenamientos jurídicos, entendidos como un conjunto de normas tanto constitucionales, legales, con aplicación el bloque de constitucionalidad y los aspectos culturales para poder establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Se pretende realizar un análisis desde la hermenéutica jurídica en torno al concepto de verdad, de forma sistémica, para ver si su articulación con la normatividad penal es coherente e interactúa con el fin del proceso penal, así como indagar si la estipulación fáctica, se adecúa a la verdad material. Es preciso revisar la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia y ver la notabilidad de los hechos jurídicamente relevantes y cómo

afectan la decisión judicial, solo para establecer si son correlativas con la función social y personal del derecho penal.

Surge una pregunta que se entiende por verdad, aspecto que no me ocupare en este artículo y si es o no relevante que la misma tenga una finalidad dentro del proceso penal, se plantearan unas ideas al respecto y algunas sugerencias para intentar solucionar estos inconvenientes, ya que es fundamental que los hechos jurídicamente relevantes estén bien plasmados en la audiencia de imputación y acusación.

## 1. Identificación de la problemática y regulación normativa

¿Qué está sucediendo en Colombia con la verdad material, respecto al indebido o mal elaborado planteamiento de los hechos jurídicamente relevantes? La jurisprudencia se ha pronunciado respecto a este tema, solicitando a la fiscalía que realice una adecuada realización del aspecto fáctico y al juez que haga un control formal de esos HJR.

Se debe analizar la forma como se adelantan las audiencias, la habilidad de los participantes, dentro del trámite legal, tales como la forma de incorporar una prueba, desarrollo de los testimonios, peticiones especiales, exclusión de pruebas, etc., esto puede distorsionar la verdad, y llegar a

hacer interpretaciones de los HJR de acuerdo a la conveniencia de las partes, dejando a un lado la finalidad que es obtener sentencias justas, esta es una obligación de la Fiscalía y de los jueces de la república. La ritualidad dentro del proceso penal está ocasionando vulneraciones al ejercicio del derecho de la defensa y esto es por la alta exigencia que algunos jueces tienen, de dar fiel cumplimiento a un aspecto de costumbre, dejando a un lado lo que la sociedad espera del derecho penal.

¿Será que el Estado y la sociedad han renunciado a tener una sentencia justa en donde quede establecida la verdad o simplemente ya no les interesa? Nuestros jueces deben luchar por obtener la verdad de acuerdo con su análisis experto y la valoración probatoria que sea incorporada en el juicio. Se debe establecer cuál es la alternativa procesal que debe reinar, y esta deberá ser objetiva e imparcial. Si los jueces hacen un control formal de los HJR en la audiencia de imputación y acusación, se lograría, por ejemplo, saber cuál es la acusación por parte del procesado y así ejercer el derecho a la defensa, la víctima podría tener mayor claridad de si sus pretensiones quedaron establecidas de acuerdo con la vulneración que tuvo en el acto delictivo por parte de su agresor, la fiscalía tendría las bases para adelantar su plan metodológico coherente y finalmente el juez se acercará a la decisión justa.

De lo contrario, puede surgir un limbo jurídico con infinidad de situaciones mal elaboradas, lo que da como resultado impunidad y falta de acceso a la justicia. De esta forma, nos alejamos cada vez más de la verdad material, se vulnera al derecho de la defensa y, lo más grave, faltaremos a los fines del

Estado, lo que representa un atentado contra la sociedad.

## 2. Breve bosquejo de la figura planteada por la Doctrina

Es preciso comenzar con el planteamiento de Michele Taruffo, en su obra *Hacia la decisión justa*, donde dice «lo que interesa remarcar es que la relación dialéctica entre normas y hecho comienza por el hecho y no por la norma [...]» ( p. 167), y es tan importante esto que si se parte de los hechos mal planteados o indebidamente expuestos, se va a tener una errónea adecuación típica, que en términos judiciales nos llevaría a muchas falencias en el desarrollo del proceso. Lamentablemente en nuestro país es una mala costumbre y esto se traduce en infinidad de nulidades e impunidad, absoluciones o, aún peor, condenas sin un fundamento jurídico real.

Además, Carnelutti manifiesta «si el proceso es un combate la defensa vendría a ser un arma que los combatientes poseen para vencer y en últimas intentar convencer al juez con sus argumentos». Bajo estos términos, que son muy reales y es una batalla en donde muchas veces se trata de ganar a como dé lugar, esto atenta contra los elementos esenciales del sistema judicial, si bien es cierto que puede entenderse así, también se debe tener en cuenta que hay unos derechos fundamentales de las personas que se ven involucradas en estos procesos penales, y por ellos es que se insiste

en la importancia de que las reglas de juego del sistema penal acusatorio sean idóneas, claras, legales y constitucionales, para que los habitantes del territorio nacional tengan las garantías mínimas cuando se enfrenten a la justicia penal.

Por su parte, el doctor Enrique del Río González<sup>120</sup> sostiene que «el derecho de defensa se activa cuando se adquiere la condición de imputado, la cual se da, una vez la Fiscalía ha formulado la imputación ante el Juez de control de garantías, o con la captura. Y que, desde ese momento iniciará la contienda en plena igualdad de armas con respecto de la Fiscalía». Esta nueva calidad que adquieren las personas por las imputaciones realizadas y las implicaciones que esto ocasiona, debe ser analizada por los defensores y representantes judiciales de víctimas, teniendo en cuenta que los usuarios del servicio se van a ver afectados y, lo más indicado es que los HJR estén siempre bien planteados y no den luz de incertidumbre, e indebidas imputaciones que causan daño al sistema penal y a las garantías legales y constitucionales.

Ahora, me parece importante buscar la definición de la palabra hechos, que según el diccionario de la RAE<sup>121</sup> se define como: «Circunstancias fácticas en que se funda una resolución o un escrito de parte. «En los antecedentes de hecho (de las sentencias) se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados. Las pretensiones de las partes o interesados, los

<sup>120</sup> Del Río González Enrique [2019]. *Del derecho de defensa en la indagación*. Ed. Ibáñez. pág. 55.

<sup>121</sup> <https://dpej.rae.es/lema/hechos>.

hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado, y los hechos probados en su caso» [LEC, art. 209.2.a) <<En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la administración [LJCA, art. 56.1)».

Mientras que Taruffo define los hechos como: «el proceso puede ser interpretado como un conjunto de narraciones que son construidas y propuestas por diversos sujetos y desde diferentes puntos de vista, es decir, como por los abogados, por los testigos, por los consultores técnicos y por último el juez»<sup>122</sup>. Esto nos lleva a realizar un análisis serio cuando se acogen los hechos jurídicamente relevantes del inicio del proceso penal, ya que todos los intervinientes de este están en la obligación a realizar esta construcción, para poder tener unas reglas de juego claras y establecer qué comportamiento penal es el que se está investigando. Estas narraciones que se plantean son variadas y ajustadas de acuerdo con los intereses que tengan las partes, pero esto es otra cosa, acá lo que se debe tener claro es que estas narraciones individuales deben ser bien recopiladas e interpretadas, de una forma lógica y racional para que con posterioridad hagan parte integral de los HJR.

Cuando se hace referencia a la interpretación, se

<sup>122</sup> Taruffo Michele. [2020]. Hacia la decisión justa. Ed. Ceji y grupo editorial Zela. pág. 176.

observa cómo Taruffo<sup>123</sup> dice: «primero se establece que una circunstancia es relevante en base a criterios de valores metajurídicos, y luego aquella circunstancia es definida como jurídicamente relevante en base a alguna interpretación de una norma» [p. 176).

Es claro que partimos de infinidad de narraciones de los intervinientes del proceso y estas deberán encuadrarse en el tipo penal escogido por el ente acusador, y es ahí donde se presentan inconvenientes que atentan contra los derechos de los procesados y de las víctimas, ya que no se tiene la adecuada experiencia en la escogencia de los hechos jurídicamente relevantes. Pero esto no es el final, se debe aceptar que no se sabe sustraer estos HJR e incorporarlos en la imputación de cargos, cuando se parte de cero, es más fácil iniciar el camino hacia la obtención de un resultado positivo y no renunciar a ellos, porque se afectaría la verdad. Taruffo cita a Jerome Bruner<sup>124</sup> en la pág. 184 refiriéndose a la teoría del proceso como una teoría narrativista si: «tiende a interpretar el proceso como una secuencia de narraciones constructivistas por los diferentes sujetos que actúan en él, es decir, las partes, los testigos y el propio juez, con el objetivo de describir los hechos que son relevantes para la decisión».

Esta teoría es útil para este estudio porque permite demostrar cómo a través de las distintas narraciones expuestas por todos los intervinientes del proceso se puede llegar a la comprobación

<sup>123</sup> Taruffo Michele. [2020]. Hacia la decisión justa. Ed. Ceji y grupo editorial Zela. p. 176.

<sup>124</sup> Taruffo Michele. [2020]. Hacia la decisión justa. Ed. Ceji y grupo editorial Zela. Pág.184.

de estas, teniendo en cuenta los elementos de prueba que fortalezcan o debiliten cada de los hechos planteados y de esta forma lograr un acercamiento a la verdad material. Es por ello por lo que independientemente de la hipótesis propuesta, esta deberá tener un lenguaje claro y entendible como elemento integral de comunicación, ya que de lo contrario no podrá ser entendido por los demás intervinientes del consenso, es por ello, que debemos emplear un lenguaje sencillo y en donde exista una retroalimentación jurídica que sirva para tener la certeza de lo ocurrido. Con ello se insiste en no renunciar a la verdad material, y uno de los elementos que se consideran importantes es la estipulación de los HJR.

Ahora refiriéndonos a la obra de Francisco Muñoz Conde<sup>125</sup>, quien a su vez cita a Hassemmer: «de qué sirve la vinculación a la ley, si el juez puede escoger libremente los hechos, a los que luego, eso sí, aplica la ley con estricto cumplimiento de las reglas». Esto es muy cierto, aunque siempre se debe partir de la premisa de unos HJR claros y concretos, para no caer en la incertidumbre jurídica, es de suma importancia tener la claridad de los hechos y apoyados en el acervo probatorio, ya que solo de esta forma se obtendrán sentencias justas. Y se deben tener hipótesis vencedoras, en donde se resalten las premisas, tanto principales como secundarias, y se llegue a la respectiva conclusión. Esto se hace muy engorroso cuando no están debidamente consagrados los HRJ. Y el tema es complicado, ya que la mala praxis judicial hace que se narren hechos de forma subjetiva y leyendo

<sup>125</sup> Muñoz Conde Francisco [2007]. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. tercera edición. Ed. Hammurabi. Pág 42.

todos los elementos probatorios recibidos hasta ese momento, realizando un descubrimiento probatorio que no es el momento procesal para hacerlo y ocasionando una mala imputación.

Muñoz Conde, al referirse a la prioridad del juez, establece lo siguiente: «la primera misión del Juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad»<sup>126</sup> [p. 45]. Esta tarea es de carácter trascendental en el proceso y por ello se deberá tener claridad en los elementos que posee el juez, tales como su experiencia, su lógica, su conocimiento jurídico, para poder hacer la interpretación real de los hechos que se le presentan. Pero, si se plantean bien los HJR y, con base en ellos, la hipótesis soportada con los medios de prueba suficientes para demostrarla, esto ayudaría al Juez para poder definir unas consecuencias jurídicas dentro del proceso ya que tendría la claridad de las hipótesis expuestas, y podría analizarlas de forma. Al Juez le interesa llegar a la verdad material, entendida esta como aquella que corresponde con la verdad de los hechos, los acontecimientos que sucedieron.

Muñoz Conde, al referirse al derecho procesal penal, cita al jurista Antonio Machín, quien dice<sup>127</sup>:

[...] tiene su corazón dividido entre dos amores; por un lado, el derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el derecho constitucional que le impone determinados límites

<sup>126</sup> Muñoz Conde Francisco [2007]. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. tercera edición. Ed. Hammurabi. Pág 45.

<sup>127</sup> Muñoz Conde Francisco [2007]. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. tercera edición. Ed. Hammurabi. Pág 51.

en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce.

En este aspecto se debe resaltar la realidad judicial que está prevaleciendo, en tanto en aras del derecho a la defensa y el debido proceso se está vulnerando enormemente los derechos del afectado del proceso penal, en donde las víctimas solo son utilizadas para iniciar el respectivo trámite judicial, dejándolas después abandonadas y sin ninguna expectativa. Es triste ver cómo con la bandera de protección al victimario se han establecido ritualidades que atacan el proceso y por supuesto el resultado del mismo. Pero, también se vulnera la verdad con la protección o su supuesta violación de los derechos consagrados en la carta constitucional, en situaciones tales como: no estar obligado a declarar, el principio de proporcionalidad, la ponderación de derechos, el debido proceso, el habeas data, entre otras.

Cuando pensamos con objetividad debemos buscar la verdad y es posible hallarla en el proceso penal, muchos dirán que no, pero no se debe renunciar a ella. Es justo insistir en que el proceso debe ser un escenario de transparencia e igualdad, en donde la Fiscalía General de la Nación y el juez indaguen hasta encontrarla; esto fortalece la confianza de los administrados de un país que desee tener seguridad jurídica.

El camino fácil es renunciar, seguir con todas nuestras falencias y recibir todo con complacencia, pero eso sería un facilismo grave. La invitación es a actuar de acuerdo con nuestro mandato constitucional y legal, respetando a todos los intervinientes del

sistema penal, generando un ambiente idóneo lleno de legalidad, armonía y en donde verdaderamente todos busquemos que en el proceso reine la verdad material y el ente acusador debe redactar los HJR en sus audiencias de imputación y acusación de forma clara y concreta.

Al respecto el profesor Juan Carlos Velasco<sup>128</sup> dice: “el consenso anhelado por Habermas no es como a veces se presenta de manera caricaturesca, un pariente cercano de la unanimidad, sino un proceso de ajuste entre mentes e intereses discrepantes e incluso contrapuestos. Aunque el objetivo de la acción comunicativa es la consecución del consenso, no es cierto que la teoría habermasiana no deje espacio para el disenso fecundo y creador. Por el contrario, Habermas señala que: “cuanto más discurso, tanta más contradicción y diferencia. >Cuanto más abstracto el acuerdo, tanto más plurales los discensos con que podemos vivir sin violencia.”<sup>129</sup> En cualquier caso el consenso es el objetivo, pero la discusión es el camino”.

Esta teoría del consenso es posible que a través de ella nos acerquemos a llegar a un punto de discernimiento en donde las partes del proceso penal lleguen a entender el camino ideal para lograr establecer unos HJR que nos den la claridad que se espera y que las reglas queden expuestas de forma natural, evitando suspicacias o indebidas interpretaciones que terminarían afectando el buen desarrollo del proceso.

<sup>128</sup> Juan Carlos Velasco [2013] HABERMAS EL USO PUBLICO DE LA RAZON. Ed. Alianza. Pág. 76.

<sup>129</sup> Habermas Jürgen [1990] El pensamiento postmetafísico. Ed. Tauros Madrid. Pág. 181

Fuera de la posible presión del poder instituido en el Estado, respecto al adelantamiento u olvido de la actividad judicial, estas situaciones externas no pueden ser excusa para renunciar a la verdad material.

Esta búsqueda de la verdad material es un desafío enorme, que nos involucra a todos los responsables de que el sistema penal cumpla su función constitucional, lo más fácil sería manifestar la imposibilidad de obtener la verdad dentro del proceso penal acusatorio. Si bien es cierto que existen varios retos para las partes, tales como; el procedimiento penal, las ritualidades, el derecho constitucional, la justicia mediática, entre otras. Es preciso partir de la base de la investigación y esta no es más que HJR, no se trata de plantear cualquier relato o impresión personal, sino lo que verdaderamente sucedió frente a la relación existente con la conducta punible escogida por la Fiscalía. La mala praxis de enredar los relatos en las audiencias de imputación o acusación, están causando un desgaste de la actividad investigativa, judicial, generando impunidad e inseguridad jurídica. Esta situación causa una falla estructural del procedimiento y dejando a un lado la importancia de la prevalencia de los derechos fundamentales tanto de la víctima como del procesado. Se debe dejar de pensar que el proceso penal es una guerra de mentiras y trucos, puesto que si tenemos las reglas y los HJR claros y concretos se podrá construir una teoría del caso real, con una hipótesis lógica que pueda tener éxito en el juicio oral, o terminar el proceso con un allanamiento o preacuerdo.

Para dar mayor claridad a lo expuesto es este

artículo, es posible utilizar las herramientas que han sido desarrolladas y estudiadas por el profesor Jürgen Habermas<sup>130</sup> en su obra Facticidad y Validez, donde expone que:

“La razón comunicativa empieza a distinguirse de la razón práctica, porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macro-sujeto estatal – social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa.”

Cuando se hace referencia a la razón comunicativa, se refiere a un consenso basado en el diálogo, se busca llegar a un acuerdo mediante la racionalidad comunicativa, entendida como: 1. Todas las personas que hacen parte de la sociedad pueden participar en el discurso, pero esta participación puede ser activa o pasiva. 2. Cualquier persona que sea miembro de la respectiva sociedad puede problematizar cualquier información, esto se refiere a poder incluir o excluir cualquier afirmación, pudiendo expresar sus opiniones, deseos y necesidades con libertad sin ningún tipo de coacción.

La validez de la norma radica en que todos los afectados acepten de forma libre sus consecuencias, es decir, que solo son válidas las normas que sean aprobadas por todos los participantes en un discurso ético.

Es necesario partir de que los sujetos se comunican a través de los actos de habla, en donde el

<sup>130</sup> Habermas Jürgen [2001]. Facticidad y Validez. Ed. Trotta. Tercera edición.. pág. 65

lenguaje debe ser entendible para todos ya que de lo contrario no habría comunicación dialéctica, por ello es importante partir del conocimiento de las partes y manejar un consenso que haga que la retroalimentación sea válida y sirva para la construcción del escenario jurídico deseado. Se debe dejar de utilizar un lenguaje supuestamente “jurídico”, que muchas veces nadie entiende, para acercarnos a una comunicación real y efectiva, lo más sencilla posible, para que se entienda por todos los intervinientes dentro del proceso penal.

Sobre el tema de estudio, el profesor Sergio Bernardineli en un artículo titulado La teoría consensual de la verdad de Jünger Habermas, manifiesta que:

El que habla debe elegir una proposición comprensible, para que el que habla y el que escucha puedan entenderse el uno al otro; el que habla debe entender la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero, para que el que escucha pueda compartir su saber, el que habla debe querer exteriorizar las propias intenciones de modo verdadero, para que el que escucha pueda creer [tener confianza] en aquello que dice; el que habla debe tener finalmente buscar la expresión justa en consideración de las normas y valores vigentes, para que el que escucha la pueda aceptar de modo que ambos, el que habla y el que escucha, puedan ponerse de acuerdo en orden a un fundamento normativo reconocido [...]. El fin de una comunicación es la provocación de un estar de acuerdo que termina en la comunión intersubjetiva de la comprensión recíproca, del saber participado y de la confianza recíproca. El estar de acuerdo reposa

sobre la base del reconocimiento de las respectivas pretensiones de validez: comprensibilidad, verdad, sinceridad y justicia en relación con normas y valores.

En este aspecto se debe resaltar la importancia de aplicar esta teoría de Habermas en busca de la verdad, y parte de la existencia de un aspecto de libertad, consenso e igualdad de los intervinientes con la finalidad de poder concretar los HJR, desde una perspectiva orientada en un léxico común y entendible entre las partes, porque no es claro en muchas oportunidades el mismo, y esto genera un problema esencial de la comunicación, ya que si partimos de conceptos diferentes no vamos a llegar a una conclusión lógica. Por ello se debe tener una guía para la construcción de estos hechos y propongo la teoría consensual de la verdad.

El tratadista colombiano German Pabón Gómez<sup>131</sup>, en su obra La cuestión de la verdad en el sistema acusatorio, dice lo siguiente:

Despojar a la verdad jurídica de contenidos de objetividad y cubrirla con el manto de la subjetividad o subjetivismo por el solo hecho de que en el proceso de conocimiento interactúen las facultades intelectivas del sujeto cognoscente, es dar lugar a que la simple subjetividad de este pase a constituir el valor determinante individual, acerca de lo que es o no, verdad jurídica.

Debemos partir de que nuestros jueces son personas idóneas para cumplir con tan alto cargo y responsabilidad, no solo ante la ley sino ante la

<sup>131</sup> Pabón Gómez German. [2019]. La cuestión de la verdad en el sistema acusatorio. Grupo Editorial Ibáñez. pág. 147

sociedad, por ello la discusión no debe basarse sobre la subjetividad del juez, sino sobre cómo se plantean los hechos jurídicamente relevantes y como el escoge, la hipótesis correcta apoyada del acervo probatorio. Se debe tener en cuenta, que nuestros jueces son seres humanos con tendencias y costumbres normales de cualquier miembro de la sociedad, Por ello, la jurisprudencia lo llama para que realice un control formal de los HJR, planteados por el ente acusador y aclarados por la defensa.

### 3. Tratamiento por parte de los fiscales y jueces en la praxis, jurisprudencia o en el derecho viviente en general.

La Fiscalía General de la Nación y sus delegados son los responsables de iniciar y llevar hasta su terminación el proceso penal. Esta facultad los obliga a realizar un esfuerzo real, por un lado deben estar interesados en la obtención de la verdad material y, por otra parte, cuando dan inicio a la acción penal en la audiencia de formulación de imputación, deben consagrar los hechos jurídicamente relevantes. En la actualidad, se han acostumbrado a presentar argumentaciones poéticas o dramáticas de los hechos, lo que ha propiciado un inicio incierto para la protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal <sup>132</sup> . Los hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba:

Es frecuente que en la imputación y/o en la acusación la Fiscalía entremezcle los hechos que encajan en la descripción normativa, [hecho indicador ] con los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, [medio de Prueba]e incluso con el contenido de los medios de prueba. De hecho, es común ver acusaciones en las que se transcriben las denuncias, los informes ejecutivos presentados por los investigadores, entre otros (p. 14).

En tal virtud, el CSJ ha resaltado que el hecho jurídicamente relevante es aquel hecho que se encuadra dentro de la conducta punible consagrada en la ley penal, por otra parte, los hechos indicadores, son los que sirven para deducir al anterior. Y por último, los medios de prueba son aquellos que sirven de base para la construcción de las diferentes hipótesis planteadas por las partes del sistema penal y generarían el fallo judicial según la probanza jurídica.

La misma sentencia<sup>133</sup> dice:

Al estructurar la hipótesis, la Fiscalía debe especificar los hechos jurídicamente relevantes (en este caso, entre ellos, que el procesado fue quien le disparó a

<sup>132</sup> C.S.J. – Sala Penal. Radicado No. 44.599 de marzo de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

<sup>133</sup> C.S.J. – Sala Penal. Radicado No. 44.599 de marzo de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

la víctima]. Si en lugar de ello se limita a enunciar los datos o hechos indicadores a partir de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante, la imputación y/o la acusación es inadecuada (pág. 16).

En esta situación es donde surge un problema que atentaría contra el inicio del proceso penal, ya que como lo manifiesta esta jurisprudencia, sería inadecuada y esto generaría infinidad de vulneraciones, tanto al derecho a la defensa como al derecho de las víctimas. Es importante no guardar silencio ante estas situaciones e insistir en la adecuación correcta de los HJR, para tener un inicio claro, concreto y determinante, que logre un encuadre exacto de la teoría del caso.

## 4. Dificultades que se generan para la defensa y la incidencia negativa en los derechos convencionales, constitucionales y legales de los procesados.

Este artículo busca superar esta situación de los HJR, mal enunciados, que generan nulidades, errores, malas acusaciones, indebida tipificación, etc, y nos

alejamos cada vez más de la búsqueda irrenunciable de la verdad material, situación lamentable para nuestro estado social y democrático de derecho. Es indispensable que la defensa también busque que esos HJR, sean claros y concretos, ya que de lo contrario no va a poder realizar su teoría del caso correctamente, vulnerando los derechos fundamentales del procesado.

Esto parece claro y se diría que, hasta obvio, pero en nuestra realidad legal se observa que no se está realizando y por ello parece que se busca es hacer la relación dialéctica, al contrario, primero debe ser la norma penal y después se adecúan los hechos. Por todo esto, es importante retomar este tema y tratar de tener algunas premisas indispensables, que nos sirvan para entender el fenómeno y poder corregirlo en protección de los derechos y garantías de los procesados o víctimas del proceso.

El hecho ingresa al proceso a través de las diferentes narraciones de las personas que los percibieron de forma directa o indirecta. Estas narraciones deberán ser analizadas de acuerdo con la valoración probatoria que haga el juez, pero lo complicado es que cuando se pretende incluir las narraciones en la audiencia de imputación, se estaría realizando un descubrimiento probatorio y no la simple enunciación, es así como, le corresponde al Juez realizar el control formal de la imputación y acusación, y no sobra que la defensa solicite aclaración de estos HJR.

El artículo 288 del Código de Procedimiento Penal

colombiano<sup>134</sup>. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

2.- Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

Esto lo dice claramente la ley, entonces la pregunta sería ¿por qué no se realiza y aceptamos imputaciones indebidas que vulneran los derechos fundamentales de los vinculados al proceso penal? Y en infinidad de casos los jueces dicen que está claro cuando no es así, teniendo que adivinar cuál es la hipótesis que se pudo probar con el acervo probatorio llevado a Juicio.

## Controversia y contradicción respecto del pensamiento imperante en las decisiones judiciales.

Considero que los jueces deben hacer un control formal de los HJR cuando sean planteados, tanto en la audiencia de imputación, como en la de

acusación, por ello es necesario que actúen de acuerdo con el mandato legal y constitucional. El Juez debe muchas veces adivinar cuál es la hipótesis que plantea la Fiscalía, o suponerla de acuerdo a los elementos probatorios existentes enunciados, y esto genera incertidumbre ya que la defensa no está en la misión de adivinar los HJR expuestos, porque la interpretación generaría vulneración al derecho a la defensa. Como lo manifiesta el profesor Taruffo en su obra<sup>135</sup>, «si el problema de la decisión consiste en la elección entre varias hipótesis de decisión, se puede decir que el problema de la decisión justa corresponde al problema de la elección de la mejor decisión». Esto que a primera vista se ve sencillo, es muy complicado porque como se insiste en que si partimos de HJR, que no tienen la calidad de tales, el ente acusador realizará una adecuación indebida y de esa forma la defensa planteará su estrategia con base en suposiciones y no en HJR. Así las cosas, al juez como persona idónea, con un alto grado de respeto y credibilidad, le toca escoger la mejor hipótesis y realizar la respectiva valoración probatoria, para concluir con la decisión esperada por la justicia y la sociedad.

La construcción de los hechos que interesan al proceso penal está dada, en primer lugar, por las narraciones naturales realizadas por las personas que perciben los mismos; en segundo lugar, esta percepción inicial es acomodada o tergiversada por las partes para sustentar su hipótesis. Este cambio de la narración resulta en una verdad material lesionada, cambiada, ocasionando la tergiversación de lo sucedido y generando decisiones injustas y

134

Ley 906 de 2004 (agosto 31).

135 Taruffo Michele. [2020]. Hacia la decisión justa. Ed. Ceji y grupo editorial Zela. p. 509.

en varios caos en contra del ordenamiento jurídico. Sobre este tema, la profesora Marina Gascón ha dicho<sup>136</sup> :

Ciertamente, el escepticismo ante los hechos tuvo el mérito de llamar la atención sobre esta parte olvidada del razonamiento judicial al subrayar que un número de problemas no nacen de la interpretación de los enunciados normativos, sino de la fijación de los hechos, invitando así a un más reflexivo examen de estos aspectos.

Se resalta la importancia de que los HJR sean la estructura del proceso penal, y por ello se les debe exigir que se presenten de forma clara, que no tenga suspicacias o indebidas denominaciones, ya que por un lado se generaría vulneración al derecho de defensa y por otro la incertidumbre respecto a la búsqueda de la verdad material.

La construcción de los hechos que interesan al proceso penal está dada, en primer lugar, por las narraciones naturales realizadas por las personas que perciben los mismos; en segundo lugar, esta percepción inicial es acomodada o tergiversada por las partes para sustentar su hipótesis. Este cambio de la narración resulta en una verdad material lesionada, cambiada, ocasionando la tergiversación de lo sucedido y generando decisiones injustas y en varios caos en contra del ordenamiento jurídico. Sobre este tema la profesora Marina Gascón ha dicho: <sup>137</sup> *“Ciertamente, el escepticismo ante los*

<sup>136</sup> Gascón Abellán Marina [2004]. Los Hechos en el Derecho. Ed. Marcial Poin. p. 40.

<sup>137</sup> Gascón Abellán Marina [2004]. Los Hechos en el Derecho. Ed. Marcial Poin. Pág. 40.

*hechos tuvo el mérito de llamar la atención sobre esta parte olvidada del razonamiento judicial al subrayar que un número de problemas no nacen de la interpretación de los enunciados normativos, sino de la fijación de los hechos, invitando así a un más reflexivo examen de estos aspectos.”*

Es muy pertinente darle la relevancia que merece la clara, concreta descripción de los HJR, para que el ente acusador con base en ello se acerque cada vez más a la verdad material.

## Propuestas de solución jurídica: reinterpretación, nueva interpretación o necesidad de reforma jurídica.

La propuesta es estar atentos en la audiencia de imputación y acusación, y exigir e insistir siempre que observemos que no se están exponiendo de forma debida los HJR. Al ente acusador para que aclare, adicione, explique lo que genera dudas o vacíos en la solicitud realizada, en el evento que esto no se logre se debe solicitar al Juez que realice el control formal de la audiencia. Subsana estos yerros y aplicando lo ordenado por la jurisprudencia nacional.

Los defensores públicos hemos contribuido a la

transformación positiva del ejercicio del derecho de nuestros usuarios y por ello, cuando asumimos líneas estratégicas de litigio coordinadas, se logran cambios positivos para la aplicación de la ley y la jurisprudencia.

## Conclusiones

- Entender la importancia de los HJR, como aquellos que se encuadran dentro de la conducta punible. Partiendo de ello se debe solicitar al fiscal que los adecue correctamente y si no es posible pedirle al Juez que ejerza el control formal y corrija esa indebida exposición de los hechos.

## Bibliografía

- Carnelutti, F. (2004). *Cómo se hace un proceso*. Temis.
- Castaño, A. (2013). *Introducción a la razón práctica del derecho*. Escuela de filosofía y humanidades de la Universidad Sergio Arboleda.
- Del Río González, E. (2019) *Del derecho de defensa en la indagación*. Ibáñez.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los Hechos en el Derecho*. Marcial Poin.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez* (3.ª edición). Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa*. Trotta.
- Muñoz Conde, F. (2007). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal* (3.ª edición). Hammurabi.
- Pabón Gómez, G. (2019). *La cuestión de la verdad en el sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Juan Carlos Velasco (2013) *Habermas El uso público de la razón*. Ed. Alianza. Madrid.
- Real Academia Española. *Hechos*. En *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado el 13 de agosto de 2021. <https://dpej.rae.es/lema/hechos>
- Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Ceji y Grupo Editorial Zela.

- No se puede aceptar que con solo hechos indicadores se pretenda hacer la audiencia de formulación de imputación o la audiencia de acusación. Ya que esto es inaceptable y generaría muchas vulneraciones al derecho de defensa y al derecho de las víctimas.

- Es fundamental solicitarle al Juez que realice el control formal a estas audiencias de imputación y acusación, de acuerdo con lo ordenado en la ley y jurisprudencia.

- ¿Si renunciamos a la verdad material, entonces estaríamos de acuerdo con que en el proceso penal debe reinar la falsedad?



**Defensoría  
del Pueblo**  
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

**Defensoría del Pueblo de Colombia**  
Calle 55 N° 10-32  
Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.  
Código Postal: 110231  
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

**[www.defensoria.gov.co](http://www.defensoria.gov.co)**