

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/382071530>

Montalvo/Zuluaga/Astrain (coords.). Rotter/Bonilla/Arns de Oliveira/Martínez (eds.). Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica, Würzbur...

Book · July 2024

CITATIONS

0

READS

405

7 authors, including:



Cristina Montalvo

Universidad del Atlántico

19 PUBLICATIONS 2 CITATIONS

SEE PROFILE



John Zuluaga

Universidad Andrés Bello

25 PUBLICATIONS 37 CITATIONS

SEE PROFILE

*III Workshop de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana
de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Würzburg, 2024.*

Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica

COORDINADORES:

Cristina E. Montalvo Velásquez
John Zuluaga Taborda
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

EDITORES:

Jorge Segismundo Rotter
José Martín Bonilla Leonardo
Marlus Arns de Oliveira
Susana Martínez Nava

Desafíos actuales del Derecho penal y la
Política criminal en Alemania y Latinoamérica

III Workshop de la Sociedad Internacional
Germano Latinoamericana de Ciencias
Penales (SIGLA-CP),
Würzburg 2024.

Coordinadores:

Cristina Montalvo Velásquez
John Zuluaga Taborda
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

Editores:

Jorge Segismundo Rotter
José Martín Bonilla Leonardo
Marlus Arns de Oliveira
Susana Martínez Nava

La presente edición, 2024

Con el auspicio de la Universidad del Atlántico (Barranquilla, Colombia).

- © 2024 Edición y presentación:
Cristina Montalvo Velásquez, John Zuluaga Taborda,
Jorge Segismundo Rotter, José Martín Bonilla Leonardo,
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Marlus Arns de Oliveira,
Susana Martínez Nava
- © 2024 De los capítulos originales:
Alanis Mendívil Castillo, Alexander Díaz Pedrozo, Arturo Rivera García, Beatriz H. Bolaño García, Christian Scheechler Corona, Cristhian A. Cerna-Ravines, Cristina Montalvo Velásquez, Daniela Alejandra León González, Elsy Torres Fernández, Faviola Elenka Tapia Mendoza, Geremy Barrios Torres, Guadalupe Liliana Pérez Tinajero, Hugo Oscar Granja Pérez, Jhuliana González, John A. Carlin Sánchez, John José Libreros Díaz, Jorge Segismundo Rotter, José Alfredo Rivera Ramírez, José Francisco Márquez Guerra, José Martín Bonilla Leonardo, Karla Escárcega Robledo, Laura María Bastidas Zambrano, Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, Lorena Cabrera Izquierdo, Luis Andrés Jiménez Patiño, Luis Felipe Guerrero, Luisa Liliana Gutiérrez Herrera, Marcela Gómez, Mariela Vargas Prentt, Mateo Carrillo, Miguel Ángel Ballestas Reyes, Percy André Sota Sánchez, Rodolfo González Espinosa, Ronal Hanco, Sara Valentina Díaz Figueroa, Sergio Rodríguez Prieto, Silvia Patricia López González, Sofía Bustamante Álvarez, Susana Martínez Nava, Thathyana Weinfurter Assad, Zunny Valeth Rodríguez.
- © 2024 De la presente edición:
Sello editorial
Universidad del Atlántico
[HTTPS://WWW.UNIATLANTICO.EDU.CO/DEPARTAMENTO-DE-INVESTIGACIONES/
EDITORIAL-UA/](https://www.uniatlantico.edu.co/departamento-de-investigaciones/editorial-ua/)
Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias
Penales (SIGLA-CP), 2024.
[HTTP://SIGLACP.ORG](http://siglacp.org)
Eckhaus Verlag, 2024.
[HTTPS://ECKHAUS-VERLAG.DE](https://eckhaus-verlag.de)
Hecho el depósito que exige la ley.
Editado e impreso por Eckhaus Verlag
Eselsweg 19b, 99510 Ilmtal-Weinstraße – Alemania
Gráfico del título: Zoya © AdobeStock

ISBN 978-3-945294-56-7 (Print)

Los capítulos que integran el presente libro son resultados de investigación que han sido evaluados y aprobados por pares académicos. Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica

III WORKSHOP DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL GERMANO LATINOAMERICANA DE CIENCIAS PENALES (SIGLA-CP),
WÜRZBURG 2024.

COORDINADORES:

Cristina Montalvo Velásquez
John Zuluaga Taborda
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

EDITORES:

Jorge Segismundo Rotter
José Martín Bonilla Leonardo
Marlus Arns de Oliveira
Susana Martínez Nava

—2024—



Sello Editorial
**UNIVERSIDAD
DEL ATLÁNTICO**



ECKHAUS  VERLAG

Contenido

Lista de Siglas y Abreviaturas	9
Presentación	15

PARTE I

Derecho penal económico y lucha contra la corrupción

1. La regulación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas colectivas en el sistema mexicano. Inconsistencias, contradicciones y omisiones <i>Luis Felipe Guerrero Agripino</i>	19
2. As “criptomoedas” e os problemas dos contornos da tipicidade penal no delito de evasão de divisas no Brasil <i>Thathyana Weinfurter Assad</i>	33
3. Un desafío para la sucesión de responsabilidad penal entre personas jurídicas en el Perú: El due diligence de Compliance Penal <i>Percy André Sota Sánchez</i>	47
4. Inoperancia de la Cláusula de Equivalencia en Conductas Omisivas de Servidores Públicos en Colombia <i>Mariela Vargas Prentt</i>	61
5. La extinción de dominio como herramienta político–criminal y manifestación de la huida del Derecho penal para recuperar activos. ¿Qué nos queda después del Derecho Penal en Latinoamérica? <i>Ronal Hanco Llocle</i>	81
6. La necesidad de la aplicación de las restricciones a los derechos humanos para el combate al crimen organizado en América Latina: La IA como alternativa en la aplicación de los test de restricción. <i>Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria</i>	101
7. COT (Crimen Organizado Transnacional) – El orden del caos en la instrumentalización migratoria. Estudio jurídico penal para el abordaje del Crimen Organizado Transnacional. <i>Luis Andrés Jiménez Patiño</i>	115
8. Evolución y alcance del crimen organizado: Los desafíos que representa para la política criminal en México <i>Hugo Oscar Granja Pérez</i>	127

9. Clientelismo y corrupción en los procesos electorales de Colombia
Alanis Mendivil Castillo, Marcela Gómez Gómez 139

PARTE II

Retos de la criminología y la política criminal

10. La necesaria influencia del garantismo penal en el derecho disciplinario:
Hacia una política criminal integral
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos 155
11. Política criminal y derechos humanos, el binomio propio de un
Estado constitucional
Susana Martínez Nava 169
12. Retos y desafíos de la política criminal legislativa en México:
Hacia la unificación de la legislación sustantiva penal
Karla Alejandra Escárcega Robledo 183
13. El Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho
Silvia Patricia López González 195
14. El Minimalismo Jurídico en el Sistema Penal Garantista
Sergio Rodríguez Prieto 203
15. Aproximación desde la victimología verde al caso de los
ecosistemas colombianos como nuevos sujetos de derechos:
Río Atrato y Vía Parque Isla de Salamanca
Miguel Ángel Ballestas Reyes, José Francisco Márquez Guerra 215
16. El feminicidio en Colombia vs. el Asesinato de la mujer por el hecho
de ser mujer en Alemania
Mateo Valentín Carrillo Restrepo, Beatriz Helena Bolaño García 235
17. El Estado social y política criminal: Alemania y Venezuela
Laura María Bastidas Zambrano 255

PARTE III

Retos del Derecho penal y procesal penal

18. La reforma procesal penal en Latinoamérica entre el reduccionismo
utilitarista y el atomismo efectista. Análisis crítico desde los
postulados de la doctrina euro continental
José Martín Bonilla Leonardo 273

19.	La política criminal en los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, particularmente en explotación sexual y pornografía. Actualidad y proyecciones en el derecho penal chileno <i>Christian Scheechler Corona</i>	291
20.	Tipo Penal de Violencia Vicaria como mecanismo de combate a la Violencia cometida por razón de Género <i>Jorge Segismundo Rotter Díaz</i>	305
21.	Los listados de prohibición de subrogados penales en el estado constitucional social de derecho <i>Alexander Díaz Pedrozo</i>	321
22.	Eutanasia y suicidio asistido: una comparación entre la visión legal alemana y colombiana <i>Sofía Bustamante Álvarez</i>	331
23.	Desmoronamiento y Norte de la Entrevista Forense en “Actos sexuales con menor de Catorce Años”: Un Análisis desde la Legislación Colombiana <i>Luisa Liliana Gutiérrez Herrera</i>	347
24.	Presente y futuro de la resocialización del delincuente de cuello blanco. A propósito del Programa de Intervención en Delitos Económicos de España. <i>Cristhian A. Cerna-Ravines</i>	363

PARTE IV

Derechos Humanos y Justicia transicional

25.	Desafíos del Derecho Penal en México. El tipo penal de desaparición forzada de persona cometido por particulares <i>Rodolfo González Espinosa</i>	381
26.	Retos para la imputación conjunta de hechos de violencia sexual y violencias basadas en género ante la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada a los macrocasos 08 y 11 <i>Daniela Alejandra León González</i>	395
27.	El fenómeno de los matrimonios forzados en el macrocaso 11 ante la JEP: un análisis crítico sobre las Uniones sexoafectivas forzadas en las filas de las FARC-EP en Colombia <i>Sara Valentina Díaz Figueroa</i>	409
28.	Contexto y patrones de macro-criminalidad en los asesinatos sistemáticos contra líderes sociales y defensores de derechos humanos en Colombia: Un estudio aplicado en el post-conflicto <i>Cristina Montalvo Velásquez, Jhuliana González Castro</i>	425

29.	Justicia restaurativa versus populismo punitivo. Una propuesta para reducir los índices de hacinamiento en las cárceles colombianas <i>Elsy Torres Fernández</i>	451
30.	Prejuicio e impunidad en el acceso a la justicia para las víctimas de tortura en México <i>Faviola Elenka Tapia Mendoza</i>	467
31.	El posconflicto en Colombia: avances y obstáculos <i>John José Libreros Díaz</i>	481
32.	La política criminal desde la perspectiva constitucional en materia de justicia penal en el sistema penitenciario mexicano <i>José Alfredo Rivera Ramírez</i>	491

PARTE V

Tecnología, innovación y Derecho penal

33.	El Derecho Penal frente a la Tecnología de Automatización Vehicular <i>Zunny Valeth Rodríguez, Cristina Montalvo Velásquez</i>	509
34.	Regulación de los Ciberdelitos en El Convenio de Budapest: Aspectos Normativos y Desafíos de Cooperación Internacional a partir de la Comparación entre Colombia Y Alemania <i>Jeremy Barrios Torres, José Francisco Márquez Guerra</i>	533
35.	Nuevas formas de discriminación racial mediante el uso de sistemas de automatización en las decisiones penales <i>Arturo Rivera García, Lorena Cabrera Izquierdo</i>	555
36.	Sonría, lo estamos filmando: Los sistemas de reconocimiento facial. Un análisis constitucional y iusfilosófico <i>John A. Carlin Sánchez</i>	573
37.	Restricciones a la libertad personal: Interjurisdiccionalidad y el impacto de la inteligencia artificial <i>Guadalupe Liliana Pérez Tinajero</i>	591
	Lista de Autores	611

Lista de Siglas y Abreviaturas.

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ADM	Automated decision-making (“Toma de decisiones automatizadas”)
AFST	Allegheny Family Screening Tool
AL	Acto Legislativo
art., arts.	artículo, artículos
ART	Agencia de Renovamiento Territorial
ASI	Abuso sexual infantil
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (Instituto Federal de Medicamentos y Productos Sanitarios)
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Alemania)
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat (“Ministerio Federal del Interior y de la Patria”)
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (“Oficina Federal de Seguridad en Tecnologías de la Información”)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de Estupefacientes)
c.	contre
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAJAR	Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo
cap.	Capítulo
CAS.	Crime Anticipation System
CCJ	Comisión Colombiana Juristas
CCTV.	Closed Circuit Television (“Circuito de televisión cerrada”)
CDPC	European Committee on Criminal Problems (“Comité Europeo de Problemas Penales”)
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (“Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”)
CEV	Comisión para el Esclarecimiento de la Violencia (Colombia)
Cfr.	confróntese
CIAC	Conflicto Interno Armado Colombiano
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIEFDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CINEP	El Centro de Investigación y Educación Popular (Colombia)
cit.	Citado
CLH	Crimen de Lesa Humanidad
CMDPDH	Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos

CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México)
CNE	Consejo Nacional Electoral (Colombia)
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales (México)
COE	Convention On Cybercrime (“Convenio sobre el cibercrimen”)
Comp.	Compilador(a)
COMPAS.	Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions
Coord.	Coordinador(a)
COT	Crimen Organizado Transnacional
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPDDH	Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos
CPEUM	Constitución política de los Estados Unidos de México
CPF	Código Penal Federal (México)
CPP	Código de Procedimiento Penal
CREDHOS	Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento
crít.	crítico, críticamente
CSJN.	Corte Suprema De Justicia De la Nación
CTI	Cuerpo Técnico de Investigación (Colombia)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários (Brasil)
D/doc.	document(o)
DD.HH.	Derechos Humanos (también DH)
DEA	Drug Enforcement Administration
DGHS	Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben (Sociedad Alemana para la Muerte Humanitaria)
Dir.	Director
DOF	Diario Oficial de la Federación (México)
DPN	Departamento de Planeación Nacional (Colombia)
ECI	Estado de cosas institucionales (relativo al problema carcelario en Colombia)
ed.	editor/edición
eds.	Editores
EE.UU.	Estados Unidos
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ENISA	European Union Agency for Cybersecurity (“Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad”)
ENPOL	Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad
EOF	European Observatory on Femicide (“Observatorio Europeo sobre el Femicidio”)
EPC	Espacios penitenciarios y carcelarios
EPL	Ejército Popular de Liberación (Colombia)
EPS	Entidad promotora de salud (Colombia)
ER	Estatuto de Roma
ESAP.	Escuela Superior De Administración Pública (Colombia)
et al.	<i>et altera</i> (latín: ‘y otros’)
et. seq.	<i>et sequens</i> o <i>et sequential</i> (latín: ‘y siguientes’)

etc.	Etcétera
EU INTCEN	Intelligence and situation center of the European Union (“Centro de inteligencia y situación de la unión europea”)
EU	European Union (“Unión Europea”)
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Colombia)
FGN	Fiscalía General de la Nación (Colombia)
FTB	Freitodbegleitungen (asistencia al suicidio)
GAO	Grupo Armado Organizado
GAOML	Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley
GDO	Grupos de Delincuencia Organizada
GRAI	Grupo de Análisis de la Información (Colombia)
GREVIO	Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica.
HART.	Harm Assessment Risk Tool
IA	Inteligencia artificial
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Colombia)
IPC	Instituto Popular de Capacitación Índice de la Percepción de la Corrupción
IPS	Institución prestadora de salud (Colombia)
IRCT	International Rehabilitation Council for Torture Victims
JAC	Juntas de Acción Comunal (Colombia)
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
JyP	Justicia y Paz
LEAJEP	Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
LFGR	Ley de la Fiscalía General de la República (México)
LGBTI	Lesbianas, Gais, Bisexuales y Transgénero
LGMDFP	Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (México)
LNEP	Ley Nacional de Ejecución Penal (México)
loc. cit.	<i>locus citatus</i> (latín: ‘lugar citado’)
LOFGR	Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República (México)
LSI-R.	Level of Service Inventory-Revised
M.P.	Magistrado Ponente
MLAT	Mutual Legal Assistance Treaty (“Tratado de asistencia legal mutua”)
MOE.	Misión de Observación Electoral
MPF	Ministério Público Federal (México)
NCA	Nationales Cyber-Abwehrzentrum (“Centro Nacional de Ciberdefensa”)
NDAS.	National Data Analytics Solution
nm.	número/s marginal/es
NNA	Niñas, niños y adolescentes
nro.	número
nros.	Números

OACNUDHC	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
OPF	Organización Femenina Popular
OMS	World Health Organization (“Organización Mundial de la Salud”)
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONU-Women	United Nations-Women (“Organización de las Naciones Unidas-Mujeres”)
Op. Cit.	Obra citada
p./pág.	página/s
PAL	Proyectos de Acto Legislativo
parág./para.	parágrafo/s
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (United Nations Development Programme)
por ej.	por ejemplo
PPL	Personas privadas de la libertad
PPP	Plan de Persecución Penal (México)
RAE	Real Academia Española
RENADET	Registro Nacional del Delito de Tortura (México)
RFB	Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil
RNPDNO	Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas
RUV	Registro Único de Víctimas (Colombia)
s., ss.	siguiente, siguientes
SAE.	Society of Automotive Engineers
SAT: S	Sistemas de Alertas Tempranas
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
SEDENA	Secretaría de la Defensa Nacional
SEGOB	Secretaría de Gobernación (México)
SEMAR	Secretaría de Marina (México)
SENAME	Servicio Nacional de Menores de Chile
sic	<i>sicut</i> (latín: ‘textualmente’)
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIGLA-CP	Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Colombia).
SNAP.	Supplemental Nutrition Assistance Program
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas (Colombia)
SSPC	Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozessordnung (“Ordenanza de Procedimiento Penal”)
t.	tomo
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TOAR	Trabajos, Obras y Actividades con contenido Restaurador-Reparador (Colombia)

TPIR	Tribunal Penal Internacional de Ruanda
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Colombia)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization ("Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura")
UNTOC	Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos
UPH	Universo provisional de hechos
URSS	Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas
v.	versus
VA.	Vehículos autónomos
VBG	Violencias basadas en género
vol.	Volumen
VS	Violencia Sexual

Apresentação

Neste momento de reencontro no 3º. Workshop da SIGLA-CP é importante lembrarmos de nossos passos anteriores.

O 1º. seminário – quando da fundação da SIGLA-CP (Sociedade Germano Latino Americana de Ciências Penais – ocorreu em Weimar no ano de 2019. O pilar do evento foi uma homenagem aos 100 anos da Constituição de Weimar mas muito especialmente o seminário presencial tratou de “La Constitución de Weimar em los desafios del siglo XXI – una mirada desde Latinoamérica”. Os 12 artigos que foram longamente debatidos em nosso Seminário propiciaram que ao final do magnífico evento fundássemos a SIGLA-CP.

O 2º. Workshop, também em Weimar, no ano de 2022, contou com 14 artigos amplamente discutidos entre companheiros de toda América Latina. Foi o momento de consolidação da SIGLA-CP. O seminário foi dedicado ao Professor Doutor Sebastian Scheerer – que nos acompanhou durante toda semana, participando ativamente das discussões. O tema foi “Constitución y Política Criminal Pos-pandemia”.

Ao final, na assembléia da SIGLA-CP, animados com o crescimento de nossa querida Sociedade tratamos de decidir que bienalmente – nos anos pares – realizaremos o workshop da SIGLA-CP na Alemanha, e decidimos por realizar dois grandes eventos no ano de 2023. O 1º. deles no formato de uma Escola de Ciências Penais – nos anos ímpares – e outra na cidade de Curitiba, no Brasil, com o formato dos workshops da nossa sociedade.

A 1ª. escola de Ciências Penais para Latinoamérica se realizou na Cidade de Guanajuato, México, em junho/23 e foi organizada pela SIGLA-CP com a Universidad de Guanajuato. O tema, conforme proposto, foi a construção de uma dogmática penal própria para América Latina. A 2ª escola se realizará em Barranquilla, Colômbia, conjuntamente com a Universidad del Atlántico de Colômbia.

O evento da SIGLA-CP, em Curitiba, Brasil, ocorreu em outubro de 2023, em parceria com o IBDPE – Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Ao final deste evento, que foi um sucesso como os demais, realizamos uma sessão solene da SIGLA-CP, confirmando-se o calendário da SIGLA-CP para 2024.

Neste 3º evento nos reunimos na Alemanha – como não poderia deixar de ser – e pela 1ª vez em Wurszburg. Com apoio do Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, e organização do Prof. Dr. John Zuluaga, tratamos de debater os “Desafios actuales del Derecho penal y la Política criminal em Alemania y Latinoamérica”. Foram selecionados 41 textos para este livro. Textos que contemplam a qualificação técnica do conteúdo mas também uma representação plena de toda América Latina.

São textos originais dos queridos professores e acadêmicos Alanis Mendivil Castillo, Alexander Díaz Pedrozo, Arturo Rivera García, Beatriz H. Bolaño García, Christian Scheechler Corona, Cristhian A. Cerna-Ravines, Cristina Montalvo Velásquez, Daniela Alejandra León González, Elsy Torres Fernández, Faviola Elenka Tapia Mendoza, Jeremy Barrios Torres, Guadalupe Liliana Pérez Tinajero, Hugo Oscar Granja Pérez, Jhuliana González, John A. Carlin Sánchez, John José Libreros Díaz, John Zuluaga, Jorge Segismundo Rotter, José Alfredo Rivera Ramirez, José Francisco Márquez Guerra, José Martín Bonilla Leonardo, Karla Escárcega Robledo,

Laura María Bastidas Zambrano, Leandro Eduardo Astrain Bañuelos, Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, Lorena Cabrera Izquierdo, Luis Andrés Jiménez Patiño, Luis Felipe Guerrero, Luisa Liliana Gutiérrez Herrera, Marcela Gómez, Mariela Vargas Prentt, Mateo Carrillo, Miguel Ángel Ballestas Reyes, Percy André Sota Sánchez, Rodolfo González Espinosa, Ronal Hancoco, Sara Valentina Díaz Figueroa, Sergio Rodríguez Prieto, Silvia Patricia López González, Sofia Bustamante Álvarez, Susana Martínez Nava, Thathyana Weinfurter Assad e Zunny Valeth Rodríguez.

O livro – assim como as apresentações dos textos no workshop, aborda distintos temas que conduzem a reflexão sobre 5 (cinco) eixos.

O 1º. eixo sendo o “derecho penal económico y lucha contra la corrupcion”.

Neste tópico discutimos sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas no sistema mexicano, e também no sistema peruano; questão das criptomonedas e sua tipicidade penal no Brasil; servidores públicos e possíveis condutas omissivas na Colômbia; questões relacionadas ao crime organizado e transnacional; e ainda, entre outras, questões relacionadas a corrupção.

O 2º eixo abordamos os “retos de la criminología y la politica criminal”, tratando de questões de política criminal, garantismo, direitos humanos, vitimologia, feminicídios e estado social.

O 3º eixo foi sobre os “retos del derecho penal y procesal penal”, tratando de reformas processuais penais na América Latina; política criminal relativa a menores; violência de gênero; eutanásia; e, ressocialização, entre outros temas.

O 4º eixo dos artigos selecionados tratou de “derechos humanos y Justicia transicional” abordando os desafios desta matéria tão sensível, inclusive sobre o pós conflito na Colômbia; justiça restaurativa; questões relacionadas as vítimas, matrimônios forçados e questões de gênero.

Finalmente, no eixo final, tratamos de “tecnología, innovación y Derecho Penal” com abordagem relativa ao direito penal e carros autônomos; ciberdelitos; novas formas de discriminação racial com automatização de decisões; reconhecimento facial e os impactos da inteligência artificial.

Temos certeza que todos aqueles que vieram ao evento estão radiantes diante da magnitude de tantos temas aqui retratados.

Que venha o evento de 2026! Viva a SIGLA-CP

Cristina Montalvo Valásquez
John Zuluaga Taborda
Jorge Segismundo Rotter
José Martín Bonilla Leonardo
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
Marlus Arns de Oliveira
Susana Martínez Nava

Würzburg, Alemanha, julho/2024

PARTE I

Derecho penal económico y lucha
contra la corrupción

*Luis Felipe Guerrero Agripino**

1. La regulación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas colectivas en el sistema mexicano. Inconsistencias, contradicciones y omisiones.

Resumen: Este estudio aborda el tratamiento sistemático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, particularmente en el sistema mexicano, destacando sus rasgos específicos y algunos problemas que de ellos se derivan. Se parte de un marco de referencia común, desde las bases de la teoría general del delito, para explorar alternativas de interpretación, sistematización y aplicación en el contexto mexicano.

Palabras clave: Derecho penal, teoría del delito, injusto, culpabilidad, programa de cumplimiento (*criminal compliance program*), Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Penal Federal.

Abstract: This study addresses the systematic treatment of criminal liability of legal entities, particularly in the Mexican system, highlighting its specific features and some problems that arise from them. It starts from a common framework of reference, from the bases of the general theory of crime, to explore alternatives for interpretation, systematization and application in the Mexican context.

Keywords: Criminal law, theory of crime, unjust, guilt, compliance program (*criminal compliance program*), National Code of Criminal Procedures, Federal Criminal Code.

* El presente trabajo contó con la asistencia técnica de Diego Eduardo Guerrero Orozco, estudiante de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

Introducción.

El tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas¹ es uno de esos temas que, de alguna manera, toma distancia del discurso tradicional del derecho penal. No obstante, para su abordaje resulta necesario optimizar las estructuras existentes de la teoría general del delito, se trata de asumir problemas nuevos con instrumentos técnicos previamente contruidos. Esa directriz marca el desarrollo del presente trabajo, el cual se focaliza en el sistema mexicano, sobre todo a partir de una reforma de 2016.

Primeramente, se hace un breve panorama criminológico y político criminal, así como las principales tendencias en el tratamiento jurídico penal de las personas jurídicas. Después, con base en los recursos disponibles de la teoría general del delito, se esboza un modelo de imputación común para el tratamiento de la responsabilidad autónoma de las organizaciones corporativas.

Con base en ese marco de referencia, nos adentramos al sistema mexicano. Se destacan sus particularidades, sobre todo, la que se deriva de su pluralidad de códigos penales —uno federal y uno en cada entidad federativa, incluyendo el de la Ciudad de México— y, en contrapartida, la directriz desde una legislación procesal única, para todo el país.

Se aluden inconsistencias, excesos e insuficiencias que saltan a la vista en la regulación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, y se sugieren algunas pautas para su tratamiento. Al final, se pone de manifiesto el riesgo que representa la insuficiencia o defectuosa regulación —o aplicación— de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra realidad latinoamericana, particularmente, en el contexto mexicano.

Ante un tema tan complejo, con todas sus aristas visibles —y quizás otras que aún no alcanzamos a apreciar— en el desarrollo del presente trabajo, prevalece la pretensión de exponer con claridad los principales problemas detectados y explorar rutas para su mejor tratamiento.

1. *Panorama.*

1.1. **Rasgos criminológicos y político criminales.**

El incremento de la violencia y la delincuencia representa uno de los principales problemas de México. La situación se complica porque, precisamente, la existencia de ese problema, se vuelve el caldo de cultivo para que diversos actores políticos y sociales oportunistas, con afanes protagónicos, pretendan sacar provecho de la situación; promueven sin análisis, ni recato una mayor intensidad punitiva. Es tan patético su afán por posicionarse como portavoces o salvadores de ese gran drama, que resulta dudoso si en verdad desean que se atempere, pues se les acabaría gran parte de su discurso.

De esa manera, al problema real de la criminalidad se le agrega el del populismo punitivo. Sostiene Alejandro Nava: “... las fronteras del derecho penal se quiebran ante una expansión de exigencias irracionales provenientes de los medios de comunicación, la sociedad civil y los legisladores. Ese es el concepto del populismo punitivo”.² En palabras de Quintero Olivares, prevalece

1 En lo sucesivo, nos referiremos indistintamente a dichas entidades, sólo como personas jurídicas, organizaciones corporativas, o como personas morales.

2 NAVA, ALEJANDRO, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2021,

una especie de “turbulencia —entendida como situación permanente de conflicto o insatisfacción social o tensión entre sentimientos irreconciliables”.³

Ahora bien, esta proclividad se da sobre ciertas manifestaciones de la criminalidad, aquella que es más visible y propicia mayor pánico en la sociedad. Homicidios, feminicidios, secuestros, robos, extorsiones, representan delitos altamente perceptibles. En cuanto al *modus operandi*, el referente obligado en el discurso es la *delincuencia organizada*—lo que se pueda entender de ella, los cárteles de la droga y agrupaciones de *malandros* feroces dispuestos a transgredir el orden social. El discurso construido con ese tipo de expresiones suele resultar *atractivo* para ciertos sectores de la sociedad que, desafortunadamente, suelen ser la mayoría.

Mientras eso sucede hay otras expresiones de la criminalidad menos visibles, poco atractivas mediáticamente, pero que llegan a afectar bienes jurídicos a gran escala como la economía nacional, el medio ambiente, la paz laboral, y un largo etcétera. Sólo que los estereotipos de esas manifestaciones están alejados de la delincuencia que salta a la vista.

Desde 1939, en un discurso pronunciado ante la Sociedad Americana de Criminología, Sutherland, ubicó otro tipo de criminalidad, *la de cuello blanco*. Destacó que el fenómeno de la delincuencia no es exclusivo de las capas socioeconómicas más bajas, sino que se trataba de un fenómeno social mucho más generalizado de lo que aparentemente se pensaba.⁴

Apreciaciones criminológicas en ese sentido, se han reflejado en estudios de relieve en el campo del derecho penal. Principalmente se han generado en torno a cierto tipo de delitos, sobre todo los de orden económico⁵, y sobre mecanismos e instancias mediante las cuales se delinque, situados en el desarrollo de la sociedad contemporánea, y la expansión del derecho penal como respuesta a ese fenómeno⁶.

Uno de los objetos de estudio abordados bajo esta perspectiva, es la delincuencia colectiva, la que sucede más allá del *modus operandi* común de la unión de varias personas que ocasionalmente delinquen. Es así como, por ejemplo, adquiere singular relevancia el análisis de la delincuencia organizada, en sus diversas manifestaciones. Pero no es la única vertiente, para los efectos del presente estudio, delimitamos otra: la delincuencia realizada por las personas jurídicas. Estamos hablando de organizaciones lícitas que cometen delitos desde el seno de dichas corporaciones.

Generalmente esa expresión de la criminalidad la asociamos al ámbito empresarial, lo cual es comprensible, pues representa el principal foco de atención, aunque tiene otros alcances, como más adelante lo abordaremos.

p. 3.

3 QUINTERO, GONZALO, *A dónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, p. 18.

4 C.f.: BAJO, MIGUEL, *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978, p. 45. Dicho autor, al referirse a la descripción del perfil de ese tipo de criminalidad, sostiene que “la obra de Sutherland produjo un impacto similar al proporcionado por la obra de Lombroso”.

5 C.f.: TIEDEMANN, KLAUS, *poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.

6 C.f.: SILVA, JOSÉ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades contemporáneas*, Civitas, Madrid, 1999.

1.2. Formas de regulación.

Un principio que prevalecía aún no hace muchos años —prácticamente hasta el siglo XX— era el *societas delinquere non protest*. Bajo este principio, sólo las personas físicas delinquen, no las personas jurídicas; podrá haber consecuencias para ellas, derivadas de la comisión de delitos, pero no delinquen.⁷

Luego, han surgido otros modelos de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Escapa del objetivo del presente estudio hacer un análisis comparativo al respecto. Sólo para fines de nuestra exposición, ubicaremos dos grandes tendencias: las que supeditan la responsabilidad de las personas jurídicas a la realización del delito de alguno o algunos de sus integrantes, y la responsabilidad penal autónoma. Bajo esta última vertiente, la persona jurídica puede ser responsable penalmente, independientemente de que sus integrantes puedan o no serlo.

Se trata de una regulación compleja, no exenta de grandes interrogantes, por lo menos desde el punto de vista dogmático. Antes de entrar al estudio particular de este modelo en el sistema mexicano, trataremos de establecer un marco de referencia general, a partir de las bases generales de la teoría general del delito. Acudimos a las aportaciones de la dogmática jurídica construida a lo largo de años, etapas y procesos que no podemos soslayar. Como bien refiere Zaffaroni: “La dogmática es sin duda un método mucho más depurado que el burdo positivismo, pues aporta soluciones más precisas, razonadas y previsibles para los casos concretos, al tiempo que da coherencia al sistema”.⁸

Se trata de aprovechar al máximo las construcciones sistemáticas existentes para aplicarlas a nuevas figuras, modalidades y expresiones de la criminalidad actual. Y al apreciar la evolución y transformaciones sociales vigentes, en muy poco tiempo, seguramente vendrán pruebas más intensas para el derecho penal.⁹

2. Marco de referencia para la imputación penal de las personas jurídicas.

A continuación, se ubican los principales rasgos comunes en la regulación de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, en concordancia con las estructuras de la sistemática del delito.

2.1. Contenido del injusto.

2.1.1 La organización como medio y fin.

Hay un presupuesto criminológico que marca la construcción sistemática: La ubicación de la estructura corporativa como un medio y como un fin, porque, es precisamente en el seno la estructura organizacional de donde emerge la realización del delito, bien sea que se haya cometido a su nombre, en su beneficio, o en virtud de los medios que ellas proporcionen. Precisa-

7 C.f.: AZZOLINI, ALICIA, “Panorama de la parte general del Código penal. Responsabilidad de las personas jurídicas colectivas”, *La justicia penal en México. Balance de dos décadas (2000–2020)*, Cords.: Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021, pp. 212 y ss.

8 ZAFFARONI, RAÚL, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2016, p. 49.

9 C.f.: GUERRERO, LUIS, *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. Actualidad y futuro*, Grañén Porrúa, México, 2020.

mente en ello radica la ratio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de una dimensión organizacional que trasciende al ámbito penal.¹⁰

2.1.2. *El carácter imprescindible de la acción humana.*

La acción —sea cual fuere el contenido que se le dé—, es la piedra angular de la construcción sistemática del delito. El derecho penal se hace presente con la “obra del ser humano”¹¹. Es el *significado*¹² de lo que la persona humana hace o deja de hacer, lo que adquiere relevancia en el ámbito delictivo.

Pues bien, para determinar el contenido del injusto en el ámbito de las personas jurídicas, también resulta imprescindible asumir como base la acción humana. Dicho claramente: La existencia de conductas realizadas por personas físicas son las que desencadenan el contenido del injusto penal. Las personas integrantes de la organización son quienes realizan los elementos del tipo penal respectivo y, al hacerlo de manera antijurídica, puede transmitirse la responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Ahora bien, la acción humana realizada por quienes integran la organización debe reunir los elementos del tipo penal respectivo, y que no se actualice ninguna causa de justificación, esto es, que realice el injusto. Se trata, en estricto sentido, de importar el principio de accesoria limitada que se aplica para determinar los roles en el ámbito de la autoría y participación. No es necesario que, además del injusto, la acción de la persona física comprenda la culpabilidad, pues de ser así, prácticamente quedaría diluida la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas y estaría supeditada a la responsabilidad individual.

En ese sentido, nada impide que, por ejemplo, en las personas físicas se actualizara una excluyente de culpabilidad. Por ejemplo, un comportamiento realizado mediante coacción, lo cual, no necesariamente excluiría la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2.1.3 *El debido control de la organización y su proyección en el contenido del injusto.*

Al contenido del injusto respectivo realizado por las personas físicas, le acompaña el *indebido control de la organización*. Esta categoría trasciende en diversos ámbitos del análisis de la sistemática del delito:

- a) En primer término, como una cláusula normativa abierta, a la que debe dársele contenido, de acuerdo con la naturaleza de la organización.
- b) *A contrario sensu*, cuando se cuenta con un debido control de la organización, se traduce en un elemento en sentido positivo, dado que excluye el injusto, aún y cuando el delito se haya realizado por las personas físicas.
- c) El debido cumplimiento permea en toda la estructura del delito y en sus consecuencias. Sus limitaciones o deficiencias, de presentarse, se ponderan en la culpabilidad. O bien, su cumplimiento parcial, puede propiciar una atenuación de la pena.

10 C.f.: BALLESTEROS, JULIO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: breve referencia desde la jurisprudencia”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XC (edición de aniversario), México, 2023, pp. 428, 431.

11 C.f.: JESHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho penal (parte general)*, trad.: José Luis Manzaneros Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 234, nota 3. Destaca esa expresión “significativa”, de autores como Radbruch y Roxin.

12 C.f.: VIVES ANTON, TOMÁS, *Fundamentos del sistema penal. (Acción Significativa y Derechos Constitucionales)*, 2ª edición, estudio preliminar de M. Jiménez Redondo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

El debido control, se traduce en contar con un programa de cumplimiento, mejor conocido como el *criminal compliance program*. Su contenido es diverso, incluye aspectos como: la existencia de un modelo de organización, gestión, control y prevención de delitos, adoptado, y vigilado por el órgano directivo respectivo, y ejecutado de manera efectiva por las instancias idóneas de la corporación¹³.

Dicho programa incluye protocolos, normas técnicas, lineamientos acordes a la naturaleza de la organización; también incorpora políticas, estrategias y acciones encaminadas a prevenir los riesgos que se pueden traducir en la realización dolosa o culposa de delitos, por parte de las personas físicas pertenecientes a la organización, con facultades o capacidades para actuar en nombre de ella. Los esquemas pueden variar debido al objeto y perfil de cada organización. Feijoo Sánchez sintetiza el contenido del programa de cumplimiento de la manera siguiente:

“[...] lo relevante es que parten de un enfoque basado en el riesgo. Es decir, no se concretan legislativamente los controles y medidas preventivas que se deben adoptar, sino que es la propia organización a partir de su identificación, valoración y análisis de sus riesgos penales la que debe adoptar los controles pertinentes (autorregulación regulada). Además de ello se establece que existen ciertas herramientas mínimas de gestión de la legalidad que deben concurrir para que el modelo sea creíble e idóneo como un órgano específico, canales de denuncias y obligación de informar de incumplimientos, un sistema disciplinario y un sistema de verificación y mejora continua”¹⁴.

Se trata de un contenido eminentemente de dirección, gestión y administración, cuyas directrices y coordinadas vinculan al derecho penal, pero su contenido técnico va más allá, involucra diversas disciplinas —en virtud de la naturaleza de la organización— y mecanismos organizacionales y gerenciales de diversa índole.

Recapitulando, el programa del cumplimiento (el *criminal compliance program*), será el hilo conductor para la determinar la existencia o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Permea en todo el contenido del injusto como se detalla a continuación.

Los principios de la imputación objetiva, en cuanto a la **creación y realización de riesgos**, adquieren relevancia en el actuar de las personas físicas de la organización,¹⁵ y los programas de cumplimiento representan un referente de gran utilidad para las valoraciones al respecto.

La acción de las personas físicas pertenecientes a la organización puede concretar el injusto mediante la acción, en sentido positivo, como de manera **omisiva**. También, en este ámbito, el programa de cumplimiento puede resultar un marco de referencia para delimitar las fuentes de la posición de garante, elemento básico para los delitos de comisión por omisión.¹⁶

La intervención de los integrantes de la organización admite cualquier posibilidad de la **autoría** (directa, mediata o coautoría), así como de la participación (instigación o complicidad).

13 C.f.: ONTIVEROS, MIGUEL, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018. Se trata de un documento que logra concretar los elementos de un programa de cumplimiento de manera didáctica y accesible a diversos perfiles.

14 FEIJOO, BERNARDO, “ Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino de responsabilidad de personas jurídicas por la comisión de delitos: dos modelos relevantes para el debate mexicano”, *Criminalia*, op.cit., pp. 468 y 469.

15 C.f.: OJEDA, CUAUHTÉMOC Y GUERRERO, LUIS, *La imputación objetiva*, Universidad de Guanajuato, México, 2002.

16 C.f.: GUERRERO, LUIS, “Algunas consideraciones sobre la omisión. Especial referencia a su tratamiento en el Código Penal para el Estado de Guanajuato”, *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez* (obra colectiva), Universidad de Guanajuato, México, 2004, pp.113–157.

Pueden darse una gran diversidad de supuestos, así como los alcances del dominio del hecho, cuando la estructura del tipo así lo posibilite, o bien la determinación de la infracción del deber, en las figuras que solo admitan esta posibilidad.

En cuanto al contenido del tipo subjetivo, se aplican las reglas comunes para determinar la comisión **dolosa o culposa**. Particularmente, en la realización del tipo culposo, el programa de cumplimiento es un referente para determinar la inobservancia del deber de cuidado.

Por otro lado, la realización del tipo penal, por parte de la persona física, puede suceder hasta su fase de consumación o sólo en grado de **tentativa**, y en ambos casos el desvalor del injusto se proyecta a la persona jurídica colectiva.

Asimismo, para determinar el injusto de las personas que actúan en nombre, a favor o por medio de la organización, es necesario analizar las circunstancias concretas para verificar la presencia o no de las **causas de justificación**. De actualizarse alguna, no se concreta el injusto de la persona física y, en consecuencia, tampoco de la persona jurídica.

2.2. El contenido de la culpabilidad derivado de la ausencia o déficit del cumplimiento organizacional.

Esta categoría debe limitarse a la determinación del merecimiento de pena de la organización. Desde luego, aquí no tienen injerencia consideraciones ontológicas o psicológicas de la organización en su conjunto, ni de las personas pertenecientes a ella que realizaron el injusto. En la culpabilidad corresponde analizar las particularidades de la actuación corporativa, exclusivamente, con base en el alcance o la deficiencia en su programa de cumplimiento. La **exigibilidad de un determinado comportamiento organizacional** emerge de los alcances y aplicación de su programa de cumplimiento. Cabe aclarar que esta valoración no significa que dicho programa deba analizarse hasta esta sede, al margen del injusto. Más bien se ubica en el injusto, y proyecta sus alcances a la culpabilidad, cuando hay deficiencias en el cumplimiento, lo cual, en este último supuesto, servirá como un referente de valoración que se verá reflejado en la cuantificación de la pena¹⁷.

En otras palabras, si el programa de cumplimiento cubre todos los requerimientos, no se actualiza el injusto. En el caso de algún déficit, éste será valorado a la luz de la culpabilidad, para otorgarle sustento a la pena que se imponga.

Asimismo, aún en los casos en los que se determine que el déficit en el programa del cumplimiento conlleva la actualización de la culpabilidad, existe la posibilidad de que su existencia sirva para atenuar la pena.

3. Regulación en el sistema mexicano.

El tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema mexicano se ha transformado mediante una reforma legislativa sucedida en 2016. Centraremos nuestro análisis a partir de esa reforma.

17

C.f.: ROXIN, CLAUDIUS, "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", *Cuadernos de política criminal*, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, n° 46, año 1992, pp. 174 y 175.

3.1. Unidad procesal y pluralidad sustantiva.

Una peculiaridad del sistema penal mexicano es que cuenta con un código de procedimientos penales de aplicación para todo el país, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), y una diversidad de códigos penales: un Código Penal Federal (CPF), y uno por cada entidad federativa. A continuación, se ponen de relieve algunas consecuencias derivadas de esta peculiaridad legislativa.

- a) Falta de uniformidad en la construcción de la dogmática jurídica penal.
- b) Se obstaculiza el desarrollo teórico y jurisprudencial, así como la enseñanza del derecho penal.
- c) Hay disparidad en la respuesta penal, dado que ante supuestos de hecho iguales, el tratamiento y las consecuencias jurídicas varían en cada entidad federativa.
- d) En la legislación procesal se regulan aspectos de orden sustantivo. Es decir, en el CNPP se establecen preceptos correspondientes a la teoría general del delito¹⁸. Esta es una constante que prevalece en tal legislación, lo cual suele propiciar problemas de aplicación, sobre todo, cuando no hay congruencia con las legislaciones sustantivas de los estados¹⁹.

Precisamente, en el CNPP —desde su creación en 2014— se encuentra el principal fundamento de la regulación de las personas jurídicas, no sólo el procesal sino también el sustantivo. Luego, como se había mencionado, mediante una reforma en 2016, se reguló la responsabilidad penal autónoma de las organizaciones corporativas.

3.2. Aspectos controvertidos.

A las dificultades técnicas propias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su regulación en el sistema mexicano presenta otras complicaciones. Abordaremos algunas de ellas. No son las únicas, sino las que, al menos hasta el momento, consideramos de mayor relevancia.

Basaremos nuestro estudio principalmente desde el CNPP. Para tal efecto, cuando resulte pertinente transcribiremos los textos normativos específicos, resaltando los términos o expresiones respectivas que se estiman relevantes para el análisis en cuestión.

3.2.1 Requerimiento de la actuación de las personas físicas

Como lo referimos en el apartado anterior, la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas no implica autonomía de acción. La acción es obra de persona o personas físicas específicas. Por eso adquiere sentido el primer enunciado del artículo 421 del CNPP: “*Las personas jurídicas serán responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen... Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir...*”

18 P. ej.: el artículo 405, donde se regulan los requisitos para dictar una sentencia absolutoria,

19 Incluso, se cuestiona la inconstitucionalidad de dichos preceptos, dado que excede la facultad del Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), quien limita su facultad para expedir una legislación única en materia procedimental, pero no en la parte sustantiva. C.f.: LÓPEZ, ÁNGEL, “Apuntes sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema federal mexicano”, op.cit., pp. 491 y 492.

En contrapartida, el párrafo quinto de ese artículo señala que **“Las causas de exclusión del delito..., que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas...”**

A la vista de ambos preceptos, surge la siguiente interrogante: ¿Es necesario que las acciones de las personas físicas hayan realizado todos los elementos del delito para que se pueda atribuir la responsabilidad de la persona jurídica? O, en contrapartida, si por alguna circunstancia, se excluyera el injusto, en la persona física (bien sea porque no se reunieran los elementos del tipo, o se actualizara alguna causa de justificación), ¿aun así podría darse la responsabilidad penal de la persona jurídica?

Consideramos que cualquiera de los dos extremos sería desafortunado. Por un lado, si se requiere que, para la responsabilidad autónoma, la persona física haya cometido todo el delito, no habría autonomía como tal, sino una supeditación plena a la responsabilidad individual. Carecería de sentido la reforma de 2016 al CNPP.

Por otro lado, si la responsabilidad de la persona jurídica se actualiza por algo que no configura un injusto, significaría una extralimitación del derecho penal, una afectación al principio de legalidad.

Nuestra postura es —como en el apartado anterior lo referimos— que mínimamente se requiere que se actualice el injusto por parte de la persona física. Es decir, que, a la responsabilidad penal de la persona jurídica, le anteceda, por lo menos, un comportamiento típico y antijurídico, de quien lo haya realizado en su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen.

Esta delimitación se robustece al ubicarnos en el párrafo quinto del artículo 422 del CNPP, al establecer el requerimiento sistemático para la imposición de consecuencias jurídicas a las personas morales. Aunque se trata de la regulación otro tema —el cual más adelante abordaremos— se vincula con el que estamos analizando, por el alcance sistemático. Dicho requerimiento se limita a **“la comisión de un hecho típico y antijurídico”**. La precisión de este requisito mantiene congruencia con el requerido a la persona física, a fin de que traslade sus alcances a la responsabilidad de la persona jurídica.

3.2.2. Ubicación sistemática y alcances del programa de cumplimiento.

Se ha generado controversia en cuanto a la doble ubicación del programa de cumplimiento en el CNPP, y otra más en el CPF²⁰. Dicha controversia se debe a lo siguiente:

- a) En el primer enunciado del artículo 421 del CNPP se establece que “Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos [...] cuando se haya determinado que **además existió inobservancia del debido control de organización**”. De aquí se desprende que cuando exista dicha inobservancia se actualiza el injusto. A *contrario sensu*, de existir dicho programa y ejecutarse debidamente, excluye el injusto.
- b) No obstante, en el artículo 422 del CNP, al momento de regular la individualización de las sanciones, vuelve a hacer referencia a dicho programa, pero particularmente en sede **culpabilidad**. Invoca dicho precepto, “a) *La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma* [...] e) *El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias*”.

- c) Además, en el CPF (último párrafo del art. 11 Bis), el programa de cumplimiento se asume como una posibilidad de atenuación de la pena. Dicho precepto señala: *“En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones **podrán atenuarse** hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas, **contaban con** un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico”*.

Es necesario acudir a las bases de la teoría general del delito, para tratar de desenredar ese *amasijo legislativo*. Como precisamos en el apartado anterior, la actuación de las personas físicas (por lo menos, a título de la realización del injusto) y la existencia o no del programa de cumplimiento, son la base para determinar la presencia o no de las categorías del delito. Desde esa perspectiva, es posible alinear el tratamiento siguiente:

- a) Si se cuenta con el programa de cumplimiento, y su órgano e instancias respectivas le otorgaron el debido seguimiento, **no se actualiza el injusto**, por lo cual no es necesario continuar con el análisis de las demás categorías. Nos ceñimos a la misma metodología que seguimos –para todos los casos– mediante el estudio estratificado del delito.
- b) En el caso de que exista un **déficit** en el programa de cumplimiento, ese déficit será la base para, según las circunstancias específicas, el juzgador determine el nivel de **culpabilidad**, lo cual servirá de soporte para cuantificar el merecimiento de pena.
- c) Aun en los casos en los que se actualice la culpabilidad, el juzgador aún podrá valorar los alcances del programa de cumplimiento para efectos de la imposición de la pena, y optar por una **atenuación**.

Desde luego, esta interpretación es forzada, sobre todo, en virtud de la redacción del último párrafo del artículo 11 Bis del CPF, pues al programa de cumplimiento sólo le concede relevancia como alternativa para atenuar la pena. Sin embargo, lo que debe prevalecer es el tratamiento básico derivado del CNPP, pues así se puede lograr una mayor consistencia sistemática y dar una respuesta penal más racional. Incluso, en el último de los casos, prácticamente resulta inaplicable el precepto referido del CPF (último párrafo del artículo 11 Bis), dado que, en estricto sentido, al actualizarse ese supuesto, se excluye el injusto, y punto.

3.2.3. *El tratamiento de las sanciones y las consecuencias jurídicas.*

Obviamente, las sanciones a las personas jurídicas son diferentes a las de las personas en lo individual, principalmente porque con las organizaciones no es posible considerar la pena de prisión. Por otro lado, además de las sanciones, también hay consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del delito. Y, precisamente de este marco diferenciador —entre sanciones y consecuencias jurídicas— también se presenta una situación controversial.

En el artículo 422 del CNPP, en su primera parte, enuncia las sanciones que se les podrá aplicar a las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia: Sanción pecuniaria o multa; decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; publicación de sentencia; disolución, y da la pauta para que otras legislaciones determinen otras.

Como habíamos referido, de acuerdo con este mismo precepto, para la imposición de las sanciones, se toma en consideración **el grado de culpabilidad**. Pero, en contrapartida, el párrafo

quinto del artículo 422 del CNPP señala: “Las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de **un hecho típico y antijurídico**, podrá imponérseles una o varias de las siguientes consecuencias jurídicas [...]”

Algunas de esas consecuencias son, por ejemplo, la suspensión de actividades; clausura de sus locales o establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión, entre otras.

Este mismo tratamiento se reafirma en el artículo 410 del CPF que al respecto establece: “... Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de **la conducta típica y antijurídica**”.

Al respecto surgen las siguientes interrogantes:

- a) Si para la imposición de las consecuencias jurídicas sólo se requiere el injusto, en consecuencia, el programa de cumplimiento debe ser cabal; no admite la posibilidad de un cumplimiento parcial o deficitario, pues tales valoraciones corresponden a la culpabilidad; o
- b) Más bien, en estos casos, la valoración sobre los alcances del programa de cumplimiento se debe hacer desde el propio injusto. Aunque en este caso se aprecia una insuficiencia sistemática; y
- c) En estricto sentido, no cabría la posibilidad de atenuar la consecuencia jurídica, a la luz de la valoración del programa de cumplimiento, pues el precepto que posibilita la atenuación (último párrafo del artículo 11 Bis del CPF) sólo se constriñe a las penas al señalar. “En todos los supuestos de las **sanciones podrán atenuarse...**”

Además de la dificultad sistemática, queda la duda sobre cuál es el criterio político criminal para diferenciar entre una pena y una consecuencia jurídica, para las personas jurídicas. Incluso, una consecuencia podría ser mucho más intensa que la pena. Piénsese, por ejemplo, en la severidad de consecuencias jurídicas como la suspensión de actividades, o la clausura de sus locales o establecimientos, en comparación con penas como la publicación de la sentencia o una multa de poca monta.

3.2.4. Los *numerus clausus* en las legislaciones de las entidades federativas

El último párrafo del artículo 421 del CNPP, señala: “Las personas jurídicas serán penalmente responsables **únicamente** por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas”.

Este requerimiento tiene la bondad de propiciar mayor seguridad jurídica. No obstante, conlleva las siguientes dificultades:

- a) A la fecha, han legislado tal catálogo, el CPF, y 9 Códigos penales de las entidades federativas²¹. Faltan 23. Aunque tal omisión no implica impunidad del todo para las personas jurí-

21 Además del CPF, los códigos penales de las entidades federativas que han regulado el catálogo de delitos susceptibles de cometerse por las personas jurídicas son los de: Aguascalientes, Jalisco, Estado de México, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

dicas, dado que existe la posibilidad de la actualización de los delitos de orden federal.²²

- b) No hay uniformidad en los delitos susceptibles de cometerse por parte de las personas jurídicas en el país. Van desde el homicidio, terrorismo,²³ hasta otros como la violación, atentados al pudor²⁴, pasando por delitos contra el consumo, delitos contra la economía pecuaria²⁵, responsabilidad profesional, ciberacoso, sustracción y apropiación del agua²⁶, entre otros. También se aprecian algunas omisiones, por ejemplo, el CPF no incorporó los delitos contra la vida y la integridad personal.²⁷
- c) Se debe tener especial cuidado en el ámbito de aplicación de la ley penal. Hay personas jurídicas de alcance nacional y multinacional, por lo cual no siempre es fácil determinar los alcances de las conductas de quienes integran dichas organizaciones ni los impactos que tienen.

3.2.5. La diversidad de organizaciones.

La mayoría de las aportaciones teóricas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas se ha centrado sobre las organizaciones empresariales a gran escala. Es una tendencia explicable, pues es en ese ámbito donde resultan más palpables y sensibles las afectaciones de los bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos.

Sin embargo, el espectro es mucho más amplio. El segundo párrafo del artículo 421 del CNPP, invoca: “El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales [...]”.

Abarca, por ejemplo, sindicatos, partidos políticos,²⁸ asociaciones civiles sin fines de lucro, organismos no gubernamentales, etc. Este alcance tiene repercusiones en la diversidad de los contenidos de los programas de cumplimiento.

4. Consideración final.

Toda regulación penal trae consigo implicaciones de diverso orden; beneficios, costes y riesgos. La impunidad, el exceso y la injusticia, se hacen presentes cuando no hay una adecuada regulación o cuando falla la implementación.

22 Contempla 16 delitos regulados en el CPF y remite a varios contemplados, respectivamente, en 22 leyes especiales.

23 C.f.: artículo 24 del Código Penal de Puebla.

24 C.f.: artículo 21 del Código Penal de Aguascalientes.

25 C.f.: artículo 11 Quinquies del Código Penal del Estado de México.

26 C.f.: artículo 58 del Código penal de Tamaulipas.

27 C.f.: ONTIVEROS, MIGUEL, op. cit., p. 57. Acertadamente refiere: “Es una contradicción: no se entiende por qué el legislador federal considera que una empresa puede secuestrar, robar, explotar y traficar órganos de personas, pero no lesionarlas o matarlas, pues si pueden extraerles órganos (hipótesis de trata de personas), pueden lesionarlas o matarlas también”.

28 Sin embargo, en ninguna de las legislaciones que han regulado el *numerus clausus* se han incorporado los delitos electorales.

Zaffaroni, al abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la realidad de América Latina, pone el dedo en la llaga, al referir un riesgo latente: La operatividad altamente selectiva. Sostiene que es una vana ilusión pensar que representa una utilidad real para nuestra economía de mercado, y es ilusorio pensar que el poder punitivo controlará a las agencias de control. Es determinante al señalar:

“Con eso se quiere dar la impresión de mayor rigor contra el control del capital especulativo y sus maniobras financieras. No obstante, en nuestra realidad opera como fomento de la concentración de capital y eliminación de las empresas productoras más débiles. Es casi imposible que afecten alguna corporación cuyos gerentes cometan ‘macrodelitos’, salvo en el rarísimo caso de retiro de cobertura para molestar a otras competidoras más poderosas. Por otra parte, en nuestras economías, una sanción que afecte severamente a una corporación genera la amenaza del desempleo de miles de trabajadores que, por cierto, ningún gobierno quiere”²⁹.

Indudablemente nos encontramos ante grandes polémicas, dicotomías y dilemas. De un lado, continuar en la búsqueda de un derecho penal mínimo, racional y garantista, tratando de acudir a la dogmática para encontrar las alternativas más favorables posibles. Y, de otro lado, atender nuevos problemas sociales y maneras diversas de afectar bienes jurídicos de las personas y de la colectividad, aunque para ello se tengan que flexibilizar principios y construcciones dogmáticas del derecho penal.

Por lo que concierne a la regulación vigente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema mexicano, si no se le pone el cuidado debido, prevalece el riesgo de darse en *letra muerta* o de generar abusos, distorsiones o excesos.

A esa incertidumbre, le debe hacer frente el trabajo académico, el debate y la disertación con la mejor intención de, por lo menos, hacer visibles los problemas detectados y buscar las mejores vías para su abordaje. Esa es la finalidad de este trabajo.

Bibliografía.

AZOLINI BINCAZ, ALICIA, “Panorama de la parte general del Código Penal. Responsabilidad de las personas jurídicas colectivas”, *La justicia penal en México. Balance de dos décadas (2010–2020)*, Coords.: Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Universidad Nacional Autónoma de México.

BAJOO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid, 1978.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, JULIO, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: breve referencia desde la jurisprudencia”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, UBIJUS, año XC (edición de aniversario), n° 1, México, 2023.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino de responsabilidad de personas jurídicas por la comisión de delitos: dos modelos relevantes para el debate mexicano”, *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, UBIJUS, año XC (edición de aniversario), n° 1, México, 2023.

29 ZAFFARONI, RAÚL, *Dogmática jurídica penal para nuestra América*, Diálogos, Ediar, Buenos Aires, 2023, p. 77.

- GUERRERO AGRIPINO, LUIS FELIPE, *El derecho penal ante la industria 4.0 y otras complejidades sociales. Actualidad y futuro*, Grañén Porrúa, México, 2020.
- GUERRERO AGRIPINO, LUIS FELIPE, "Algunas consideraciones sobre la omisión. Especial referencia a su tratamiento en el Código Penal para el Estado de Guanajuato", *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez* (obra colectiva), Universidad de Guanajuato, México, 2004.
- JESHECK, HANS-HENRICH, *Tratado de derecho penal (parte general)*, trad.: José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- LÓPEZ, ANGEL, "Apuntes sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema federal mexicano", *Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, UBIJUS, año XC (edición de aniversario), n° 1, México, 2023.
- NAVA TOVAR, ALEJANDRO, *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2021.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y Guerrero Agripino, Luis Felipe, *La imputación objetiva*, Universidad de Guanajuato, México, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *A dónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004.
- ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.
- ROXIN, CLAUDIUS, "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", *Cuadernos de política criminal*, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, n° 46, año 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades contemporáneas*, Civitas, Madrid, 1999.
- TIEDEMANN, KLAUS, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.
- VIVES ANTON, TOMÁS, *Fundamentos del sistema penal. (Acción significativa y Derechos constitucionales)*, 2ª edición, estudio preliminar de M. Jiménez Redondo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZAFARONNI, EUGENIO RAÚL, *Dogmática jurídica penal para nuestra América*, Diálogos, Ediar, Buenos Aires, 2023.
- ZAFARONNI, EUGENIO RAÚL, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2016

Thathyana Weinfurter Assad

2. As “criptomoedas” e os problemas dos contornos da tipicidade penal no delito de evasão de divisas no Brasil.

Resumo: Diante do novo cenário econômico e financeiro brasileiro e mundial, no qual os criptoativos já possuem relevante papel, é necessário revisitar alguns institutos jurídicos para que se estabeleçam corretos limites em sua interpretação. Exemplo disso, no âmbito do direito penal econômico, é o delito tipificado, no Brasil, sob a rubrica de evasão de divisas (artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986), que trata, inclusive, de “moeda”. Assim, o presente artigo busca delimitar contornos e estabelecer reflexões quanto à tipicidade penal de referido crime, levando-se em conta os conceitos de moeda versus “criptomoedas” (estas como espécie do gênero criptoativos).

Palavras-chave: criptomoedas; evasão de divisas; tipicidade; criptoativos, direito penal econômico.

Abstract: Given the new Brazilian and global economic and financial scenario, in which cryptoactives already play a relevant role, it is necessary to revisit some legal institutes so that correct limits can be established in their interpretation. An example of this, within the scope of economic criminal law, is the crime classified, in Brazil, under the heading of currency evasion (article 22, of Federal Law nº 7.492/1986), which also deals with “currency”. Thus, this article seeks to delimit its contours and establish reflections regarding the criminal nature of this crime, taking into account the concepts of currency versus “cryptocurrencies” (the latter as a species of the cryptoactive genre).

Keywords: cryptocurrencies; currency evasion; typicality; cryptoassets, economic criminal law.

Introdução.

Atualmente, palavras como Bitcoin, Ethereum, Tether USDT, BNB, Solana, XRP estão nos noticiários e são, na verdade, algumas das “criptomoedas” hoje existentes¹. Não é possível negar que esta espécie de criptoativo faz parte de uma nova realidade mundial eis que, inclusive, recentes notícias no Brasil mencionam a possibilidade autorizada pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários) de “contrato futuro de Bitcoin” na Bolsa nacional².

O Direito acompanha – muitas vezes em passos demorados – a realidade – que caminha, ao menos na parte da tecnologia – a passos largos. A filosofia por trás dos criptoativos – remontando a sua origem – foi desencadeada pela grave crise mundial de 2008, sendo importante mencionar que “o Bitcoin foi criado em razão do desencanto de uma comunidade de ativistas quanto à credibilidade nos sistemas financeiros e na política monetária dos países ditos desenvolvidos. Buscou-se, assim, criar uma rede que permitisse a transferência de um ativo digital dotado de um valor atribuído pela comunidade. Objetivou-se eliminar intermediário de maneira que as operações ocorressem livremente, a depender da vontade das partes e da internet”³.

Quando se trata de direito penal, em que a tipicidade tem contornos estritos, os conceitos dos elementos que compõem o tipo são deveras importantes. Na descrição do crime, no direito penal brasileiro, sob a rubrica “evasão de divisas” existe a referência à moeda. E diante do cenário atual dos criptoativos, a doutrina e a jurisprudência pátrias passaram a se debruçar sobre a possibilidade (ou não) de a “criptomoeda” ser lida como “moeda” para a hipótese penal em tela, o que demonstra ser o tema um atual desafio do Direito Penal na América Latina.

O artigo em tela tem por finalidade analisar, portanto, a problemática dos contornos e limites da tipicidade penal no crime de evasão de divisas no contexto atual dos criptoativos, notadamente as chamadas “criptomoedas”, estabelecendo algumas reflexões a respeito.

Na primeira seção, serão abordados conceitos preliminares sobre moeda e “criptomoeda”, com suas distinções e regramentos importantes existentes no Brasil até esse momento.

Posteriormente, na segunda seção, será explicado o tipo penal de evasão de divisas, definido no artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986, com algumas anotações quanto a cada uma de suas três modalidades, com vistas a estabelecer a reflexão pretendida nesse trabalho.

Na sequência, a terceira e última seção debaterá sobre os problemas atuais dos contornos da tipicidade penal no delito de evasão de divisas no campo das “criptomoedas”, pontuando reflexões necessárias e as dificuldades do tema no atual cenário financeiro e econômico.

1. Moedas x criptomoedas: conceitos preliminares e regramentos específicos.

De acordo com a Constituição da República de 1988, a competência para emitir **moeda** é da União (art. 21, inciso VII), exercida exclusivamente pelo Banco Central (art. 164, caput). E, con-

1 Dados extraídos do sítio eletrônico: <[HTTPS://BR.INVESTING.COM/CRYPTO/CURRENCIES](https://br.investing.com/crypto/currencies)> Consulta em 25 de março de 2024.

2 Dados extraídos do sítio eletrônico: <[HTTPS://WWW.INFOMONEY.COM.BR/ONDE-INVESTIR/CVM-APROVA-LANCAMENTO-DO-CONTRATO-FUTURO-DE-BITCOIN-PELA-B3/](https://www.infomoney.com.br/onde-investir/cvm-aprova-lancamento-do-contrato-futuro-de-bitcoin-pela-b3/)> Consulta em 29 de março de 2024.

3 BRAGA, MARIANA STUART NOGUEIRA; SILVA, MARCO ANTONIO MARQUES DA, Criptoedas e o crime de evasão de divisas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXVII, v. 31, n. 2, p. 89.

soante o artigo 48, inciso XIV, cabe ao Congresso Nacional, nos termos ali delimitados, dispor quanto a matérias de competência da União, inclusive sobre “*moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.*”

No Brasil, inclusive, a Lei Federal nº 9.069/1995 (Lei do “Plano Real”, resultado da conversão de medida provisória reeditada mais de dezena de vezes) dispôs que a unidade do Sistema Monetário Nacional passaria a ser o Real (art. 1º), em substituição ao antigo Cruzeiro Real.

Já a criptomoeda é uma espécie do gênero criptoativo:

“Os criptoativos são ativos digitais que existem apenas no ambiente online e que utilizam a criptografia como base de funcionamento. Eles podem servir para transferir valores (tokens de pagamento), para executar operações e acessar serviços (tokens de utilidade) e mais.

O funcionamento da maioria dos criptoativos se baseia no uso da blockchain. Esse é um tipo de protocolo de registro e validação de operações, mantido pela própria rede de usuários. Nesse modelo, as operações são registradas em blocos de informações e cada uma tem um código (chamado de hash).

Quando um bloco é preenchido, outro é criado com o próprio código e com o código do anterior. Assim, forma-se uma sequência interligada, dando origem a uma corrente de blocos. [...]

O primeiro ativo desse tipo foi a criptomoeda. Essa é uma moeda digital ou virtual que pode ser utilizada para realizar operações e pagamentos”⁴.

No Parecer de Orientação CVM nº 40, de 11 de outubro de 2022 (p.1), a Comissão de Valores Mobiliários (autarquia brasileira), sem pretender ser taxativa quanto ao conceito, elucidou da seguinte maneira:

“Criptoativos são ativos representados digitalmente, protegidos por criptografia, que podem ser objeto de transações executadas e armazenadas por meio de tecnologias de registro distribuído (Distributed Ledger Technologies – DLTs). Usualmente, os criptoativos (ou a sua propriedade) são representados por tokens, que são títulos digitais intangíveis.”

A Lei Federal nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022 (“marco legal das criptomoedas”), que, dentre outros, dispôs “*sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais*”, conceituou ativo virtual em seu artigo 3º:

A Lei Federal nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022 (“marco legal das criptomoedas”), que, dentre outros, dispôs “*sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais*”, conceituou ativo virtual em seu artigo 3º:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento, não incluídos:

4 Dados extraídos de <HTTPS://BLOG.HURST.CAPITAL/BLOG/CRIPTOATIVOS-CONFIRA-O-QUE-SAO-EXEMPLOS-E-COMO-INVESTIR/?UTM_TERM=&UTM_CAMPAIGN=%5BS%5D+-+INSTITUCIONAL&UTM_SOURCE=ADWORDS&UTM_MEDIUM=-CPC&HSA_ACC=2645488982&HSA_CAM=12199345152&HSA_GRP=130512847587&HSA_AD=691062118031&HSA_SRC=-G&HSA_TGT=DSA-2277944489228&HSA_KW=&HSA_MT=&HSA_NET=ADWORDS&HSA_VER=3&GAD_SOURCE=1&G-CLID=CjoKCCQjwwYSwBHDcARISAOyLOf1jGA6AXQPQKkXFTtZFNrdFgDoS8QRN9CocnXQWAEbvLOYGX050oIGALAL6EALw_wcB> Consulta em 25 de março de 2024.

- I moeda nacional e moedas estrangeiras;
- II moeda eletrônica, nos termos da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013;
- III instrumentos que provejam ao seu titular acesso a produtos ou serviços especificados ou a benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos e recompensas de programas de fidelidade; e
- IV representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Parágrafo único. Competirá a órgão ou entidade da Administração Pública federal definido em ato do Poder Executivo estabelecer quais serão os ativos financeiros regulados, para fins desta Lei.”

E, posteriormente, o Decreto Federal nº 11.563, de 13 de junho de 2023, que regulamentou a Lei Federal nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer competências ao Banco Central do Brasil, preconizou no artigo 1º que à autarquia cabe:

- I regular a prestação de serviços de ativos virtuais, observadas as diretrizes da referida Lei;
- II regular, autorizar e supervisionar as prestadoras de serviços de ativos virtuais; e
- III deliberar sobre as demais hipóteses estabelecidas na Lei nº 14.478, de 2022, ressalvado o disposto no art. 12, na parte que inclui o art. 12-A na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.”

Assim, compete ao Banco Central do Brasil (autarquia federal) a regulamentação e, no próprio texto legal, diferenciou-se ativo virtual de moeda nacional ou moeda estrangeira (quando, no inciso I, delimitou que estas não estariam incluídas no conceito de ativo virtual tratado pela lei de regência).

No que tange à obrigatoriedade de prestar informações quanto a operações realizadas com criptoativos, a Receita Federal do Brasil emitiu a Instrução Normativa nº 1.888, de 03 de maio de 2019, com as alterações promovidas pela Instrução Normativa nº 1.899, de 10 de julho de 2019, pela qual se estabeleceu, no artigo 1º, “a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)”, assim dispondo, na sequência:

“Art. 6º Fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º:

- I a exchange de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil;
- II a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:
 - a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou
 - b) as operações não forem realizadas em exchange.

§ 1º No caso previsto no inciso II do caput, as informações deverão ser prestadas sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

§ 2º A obrigatoriedade de prestar informações aplica-se à pessoa física ou jurídica que realizar quaisquer das operações com criptoativos relacionadas a seguir:

- I compra e venda;

- II permuta;
- III doação;
- IV transferência de criptoativo para a exchange;
- V retirada de criptoativo da exchange;
- VI cessão temporária (aluguel);
- VII dação em pagamento;
- VIII emissão; e
- IX outras operações que impliquem em transferência de criptoativos.”

Para os fins da Instrução Normativa (que torna, pois, obrigatório, nos moldes acima, a informação das operações com criptoativos à Receita Federal – o que importará, sobretudo, aos crimes contra a ordem tributária), definiu-se, como criptoativo (artigo 5º, inciso I), “a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal.”. Ainda, conceituou-se como exchange de criptoativo (artigo 5º, inciso II) “a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.”

Note-se, por derradeiro, que o tema é tão atual e de grande debate, que o Banco Central do Brasil já informou, oficialmente, que lançará o “DREX” – que será o Real, mas em moeda digital. Ocorre que, neste caso específico, será regulado por aludida autarquia e emitido somente por esta, dependendo de um banco ou de outra instituição para o futuro uso do cidadão⁵, conforme relatos extraídos de seu sítio eletrônico oficial.

Ao menos com as informações até aqui existentes, já é possível diferenciar o DREX (“Real digital”), ainda que em ambiente de *blockchain* e criptografia, da atual “criptomoeda”, tal como o Bitcoin, pois o DREX será, *a priori*, de fato uma “moeda virtual”, eis que emitida pelo Banco Central e dependente de um banco ou outra instituição, diferentemente das “criptomoedas”, espécies de criptoativos, que não são emitidas pela autarquia e independem de uma instituição bancária para sua existência.

Feitos esses apontamentos e estabelecidos os conceitos preliminares, passa-se a dispor sobre o delito de evasão de divisas.

2. O tipo penal de evasão de divisas no Brasil.

Ao artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986, define o crime de evasão de divisas no Brasil, cominando a respectiva sanção, nos seguintes termos:

5 <[HTTPS://WWW.BCB.GOV.BR/ESTABILIDADEFINANCEIRA/DREX](https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex)> Consulta em 29 de março de 2024. 20h33m.

“Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

Da descrição legal, é possível separar três condutas típicas, quais sejam: **i)** a de efetuar operação de câmbio não autorizada, com a finalidade de promover evasão de divisas; **ii)** promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior e **iii)** manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente.

Ressalta-se que o advento do crime de evasão de divisas no Brasil, na década de 80, tratou-se de novel disposição no direito pátrio – muito relacionado com a época econômica então vivida – com uma inflação histórica descontrolada e grave crise, marcada pela recessão, pelo desemprego e pelas elevadas taxas de juros.

Daí a se buscar proteger, por meio da incriminação de condutas, sejam as reservas cambiais, seja a política econômica e financeira brasileira. Prado assim sintetiza o objetivo da lei:

“O que se almeja com essa previsão típica é evitar que a moeda, a divisa e os depósitos saiam do país ou nele deixem de entrar e, conseqüentemente, impedir que o Brasil tenha sua economia prejudicada, pois é por meio deles que o país procura manter seus compromissos (v.g., o pagamento da dívida externa). Igualmente, objetiva-se no parágrafo único desse dispositivo evitar que o particular mantenha depósitos não declarados à repartição federal competente, como forma de sonegar os impostos devidos e se livrar da fiscalização.”⁶.

Observa-se que as três modalidades previstas são tidas como normas penais em branco, eis que, em cada uma, exige-se uma complementação. “Exige-se que se trate de operação de câmbio *não autorizada*, que o envio da moeda ou de divisa ocorra *sem autorização* legal e a manutenção de *depósitos não declarados*”⁷.

Na primeira modalidade (*caput*), que é a de efetuar operação de câmbio não autorizada, com a finalidade de promover evasão de divisas, tem-se que operação de câmbio são negócios jurídicos “[...] *de compra e venda de moeda estrangeira ou nacional, ou, ainda, os negócios jurídicos consistentes na entrega de uma determinada moeda a alguém em contrapartida de outra moeda recebida*”⁸. Exige-se “[...] *dolo específico de promover a fuga de divisas. A realização de operação de câmbio apenas para adquirir moeda estrangeira com vista a guardá-la, como proteção contra a desvalorização da moeda nacional, e.g., não configura o tipo*”⁹. Para o tipo delimitado no *caput*, entende-se que não há necessidade, para consumação delitiva, que a evasão efetivamente aconteça, bastando a realização da operação de câmbio não autorizada, *com a finalidade* de evadir divisas (esta, se ocorrer, estará no campo de exaurimento e não de consumação do crime).

6 PRADO, LUIZ REGIS, *Direito penal econômico* [livro eletrônico]: 2.ed. em e-book baseada na 7.ed. impressa. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, seção 7 de 40.

7 PAULSEN, LEANDRO, *Crimes federais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 312.

8 MOSQUERA, ROBERTO QUIROGA, *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 110.

9 PAULSEN (*supra* nota 7), p. 313.

A segunda modalidade (promover, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior), que é a da primeira parte do parágrafo único, exige que a saída da moeda ou da divisa ocorra, sem a autorização legal. No entanto, salienta-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal nº 470 (conhecida como “Mensalão”), entendeu – nas operações conhecidas como “dólar-cabo” – que “[...] *aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, também incorre no ilícito de evasão de divisas*”.

A terceira e última modalidade (manter no exterior depósitos não declarados à repartição federal competente), constante da segunda parte do parágrafo único, é tratado como uma “[...] *evasão imprópria, haja vista que não se trata de saída do País ou remessa de divisas para o exterior, mas somente a conservação de depósitos, que inclusive podem ter origem no próprio exterior*”¹⁰.

Note-se que houve, pela Lei Federal nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, em relação ao delito de evasão de divisas, causa de extinção de punibilidade, com a possibilidade de regularização dos ativos e pagamento de imposto de renda e multa.

O que se busca, no presente artigo, é, a partir dos conceitos estabelecidos, passar a traçar alguns limites e ponderar reflexões quanto ao tipificado crime de evasão de divisas no novo cenário econômico dos criptoativos.

3. Os problemas atuais dos contornos da tipicidade penal no delito de evasão de divisas no âmbito das “criptomoedas”.

No direito penal brasileiro vige o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição da República de 1988, pelo qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*” e “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*”.

Depois das primeiras incorporações históricas de referido princípio, acabou “generalizando-se por todas as legislações penais ocidentais, sob a fórmula latina do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, inaugurada por Feuerbach”¹¹. Essa fórmula, com função de garantia da lei penal, tem quatro desdobramentos, “*a saber: a) nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; b) nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; c) nullum crimen, nulla poena sine lege stricta; d) nullum crimen, nulla poena sine lege certa*”¹².

O princípio da legalidade, com seus quatro importantes atributos, veda o emprego de retroatividade para criminalizar ou agravar a sanção (*praevia*), proíbe o uso do costume para fundamentar e/ou agravar delitos e sanções (*scripta*), bem como a analogia para criminalizar e/ou punir comportamentos (*stricta*) e proíbe, também, que a lei penal seja indeterminada (*certa*).

Mais do que isso: quando se trata de analisar o perfeito encaixe do comportamento praticado em comparação à conduta descrita pela lei, a importância das relações tipo versus tipicidade é singular, não sendo diferente o trato ao crime de evasão de divisas. Afinal, como sintetiza Mestieri:

10 MASI, CARLO VELHO, *O crime de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre, Pradense, 2013, p. 106.

11 SANTOS, JUAREZ CIRINO, *Direito penal: parte geral*. 2.ed. Rev. e ampl. Curitiba, ICPC, Lumen Juris, 2007, p. 20.

12 TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS, *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 14ª tiragem. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 22.

“Tipo é a representação legal absoluta do injusto. Um dado comportamento humano, ainda que ilícito, apenas será considerado criminoso na hipótese de se identificar absolutamente com um modelo de previsão inscrito no Código Penal ou em alguma lei ou disposição de caráter criminal. É precisamente essa identidade entre a previsão abstrata e um dado fato da vida, atribuível ao comportamento humano, que permite a integração do direito penal: a tipicidade.

Por isso se diz estar o tipo na lei e a tipicidade, na ação.

Por outro lado, o sistema do *nullum crimen, nulla poena sine lege* determina que a criação jurídica no Direito Penal se traduza mediante fórmulas precisas e absolutas – os tipos penais, criação fundamental do moderno sistema penal. Assim, o princípio da garantia da reserva legal é complementado e ganha conteúdo pela recepção da teoria da tipicidade. É a função de garantia do tipo penal, sintetizada na conhecida fórmula de Ernst von Beling: ‘keine Verbrechen ohne Tatbestand’, ou seja, não há infração criminal sem o correspondente tipo penal.”¹³.

Pois bem.

Destacou-se, na seção anterior, que o delito de evasão de divisas, tal como prevê o tipo penal do artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986, possui três modalidades. No que aqui interessa, debate-se se seria ou não possível a sua prática no mercado das chamadas “criptomoedas”, sem que, com isso, fosse violado de alguma forma o princípio da legalidade penal (em qualquer de seus atributos).

Aliás, num viés histórico para compreensão da tipificação do crime de evasão de divisas, é de se notar que a atualidade brasileira (e mundial) no âmbito da economia está já bastante alterada (comparativamente à década de 80, quando entrou em vigor a aludida lei penal), o que traz ao país questionamentos sobre a atual legitimidade penal *versus* a liberdade na circulação de bens e valores, num cenário em que os criptoativos já integram a nova realidade mundial. A propósito, cita-se:

“No entanto, não só a economia global se alterou radicalmente, mas também a economia brasileira. O mundo tornou-se uma plataforma bem menos compartimentada no que se refere ao sistema financeiro – as operações são globais e a tecnologia permite que se transfira valores de um para outro país de forma simples, rápida e segura. O Brasil, por sua vez, logrou algum êxito em minimizar os efeitos inflacionários, e estabilizar a economia nacional.

Assim, a legitimidade da tutela penal a proteger as divisas nacionais e a não saída “oficial” de valores resta extremamente duvidosa. Vários mecanismos estão no mercado para aumentar a fluidez dos recursos mundo afora, e a proteção penal nesse sentido contradiz tendência mundial de liberdade de circulação de valores e bens.

As criptomoedas são exemplo claro disso. Como já analisado, ainda são tratadas como bem/patrimônio, e estariam fora da proteção prevista para o mercado financeiro, mas com certeza promovem a circulação de valores pelo mundo sem que seja feita qualquer imposição no que se refere às soberanias nacionais.”¹⁴.

13 MESTIERI, JOÃO, *Manual de direito penal: parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 117.

14 ARAUJO, MARINA PINHÃO COELHO; SOUZA, LUCIANO ANDERSON DE, (Coord.), *Direito penal econômico* [livro eletrônico]: *Parte Geral e Leis Penais Especiais*. 2.ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022. 2. ed. em e-book baseada na 2 ed. Impressa, RB-4.26.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Conflito de Competência e, posteriormente, *Habeas Corpus*, traçou preliminar entendimento no sentido de que operação envolvendo “criptomoedas” poderia ensejar responsabilização pelo delito de evasão de divisas, na hipótese assim delineada (no HC):

[...] No julgamento do CC n. 161.123/SP (da minha relatoria, DJe 5/12/2018), a Terceira Seção desta Corte, embora tenha rechaçado a competência federal para o processamento do inquérito objeto daquele incidente, reconheceu que a operação envolvendo criptomoedas poderia ensejar a prática do crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei n. 7.492/1996), desde que o agente viesse a adquirir a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. [...]”¹⁵.

Veja-se, no entanto, que acabou por comparar a “criptomoeda” a uma “moeda virtual”, sendo que, na realidade, como já visto, não se trata de “moeda virtual”, e sim de uma espécie de criptoativo (ativo virtual).

Inclusive, até para a finalidade de se decretar, por exemplo, eventual indisponibilidade de bens e valores na esfera processual penal, há diferenças e dificuldades (não objeto desse trabalho, mas o que se pontua para se compreender o alcance dos conceitos). Daí porque atualmente existem entendimentos no sentido de que “[...] *somente há que se falar em penhora forçada de criptoativos nos casos em que existe uma entidade ou intermediador envolvido nas operações e/ou custódia de criptoativos*”¹⁶, que seriam as corretoras de criptoativos (*exchanges*).

Quando se estuda o histórico da criação dos criptoativos e se compreende que a “criptomoeda” tem conceito fundamental diferente do de moeda, há que se realizar algumas ponderações sobre referido enquadramento. Aliás, Stella, ao conceituar as “criptomoedas”, sintetiza:

“Criptomoeda, ou moeda criptografada, é um ativo digital denominado na própria unidade de conta que é emitido e transacionado de modo descentralizado, independente de registro ou validação por parte de intermediários centrais, com validade e integridade de dados assegurada por tecnologia criptográfica e de consenso em rede.

Trata-se de instrumentos desenhados para viabilizar transferências de valores em rede de maneira segura e independente de um sistema de intermediação financeira.

As características mais relevantes para a diferenciação conceitual entre criptomoedas e outros valores escriturais são: i) serem denominadas na própria unidade de conta; e ii) possuírem estrutura operacional descentralizada, com governança definida primordialmente no software por meio do qual funcionam.”¹⁷.

Se assim o é, a própria nomenclatura pela qual ficou conhecido o ativo digital (“criptomoeda”)

15 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC: 530563. RS 2019/0259698-8, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de Publicação: DJ 05/09/2019.

16 GOMES, DANIEL DE PAIVA; GOMES, EDUARDO DE PAIVA; CONRADO, PAULO CESAR, (Coord.), *Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso* [livro eletrônico]: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, RB, 83-3.

17 STELLA, JULIO CESAR, Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. *Revista da PGBC*—V. 11—N. 2—Dez. 2017, p. 151.

pode levar a entendimentos dissonantes, que não necessariamente refletem o seu verdadeiro significado.

Há vozes no sentido da possibilidade de configurar-se, em tese, o delito de evasão de divisas com o uso de “criptomoeda” (Velho¹⁸). Nunes, a esse respeito, conclui:

“Em relação aos delitos de sonegação fiscal, evasão de divisas (na modalidade prevista no caput do art. 22 da Lei 7.492/86) e lavagem de dinheiro, existirá a possibilidade de configuração, em tese, de ilicitude no uso do bitcoin, se houver comprovação dos requisitos da respectiva atividade criminosa, devendo ser criteriosamente analisado no caso concreto. (artigo 3^a do comunicado Bacen n.º 31.379, de 16 de novembro de 2017).

De outra parte, ainda que não regulamentado pelo BACEN e/ou CVM, a utilização do bitcoin como meio para realização de operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país, poderá configurar, em tese, os delitos de evasão de divisas previsto no caput do art. 22 da Lei n.º 7.492/86 ou as modalidades de evasão-envio (intermédio da utilização da técnica do “bitcoin-cabo”) e evasão-depósito (manutenção de divisas em contas no exterior não declaradas ao Bacen, quando oriundas da utilização da negociação de bitcoin como meio para aquisição de moeda estrangeira)”¹⁹.

No entanto, a exemplo de Braga/Silva, o contrário também se percebe (ou seja, de que não poderia se enquadrar no crime de evasão de divisas), a ver:

“A norma penal não abarca o envio de valores virtuais para outra localidade, ou seja, trata-se de risco próprio da sociedade global essa nova tecnologia.

A partir da análise do bem jurídico tutelado pela norma penal referente à evasão de divisas, quer seja a política cambial, já se pode ter o alerta de que a criptomoeda não compõe a política cambial em virtude de não ser integrante da moeda fiduciária estatal. Por isso, a criptomoeda não é objeto tutelado pelo crime de evasão de divisas.

Assim, a saída de criptomoeda transfronteiriça ou manutenção de moeda virtual não se subsume ao tipo penal referente à evasão de divisas, em qualquer de suas formas. Além disso, a troca de criptomoe-das transfronteiriça não é considerada operação de câmbio, nem a política cambial brasileira precisa se valer da tutela penal, pois possui meios próprios do direito administrativo sancionador.

Ademais, o crime de evasão de divisas é de constitucionalidade duvidosa, uma vez que não salvaguarda bem jurídico de valores constitucionalmente eleitos”²⁰.

Ainda, há de se levar em conta a vedação da analogia para pior, eis que tratar a “criptomoeda”, que na verdade é ativo digital (e não moeda em sentido jurídico), como se moeda fosse, seria suprir uma lacuna legislativa especificamente quanto ao delito de evasão de divisas e, com isso,

18 <[HTTPS://WWW.MIGALHAS.COM.BR/DEPESO/398833/O-CRIME-DE-EVASAO-DE-DIVISAS-E-OS-CRIPTOATIVOS](https://www.migalhas.com.br/DEPESO/398833/O-CRIME-DE-EVASAO-DE-DIVISAS-E-OS-CRIPTOATIVOS)> Consulta em 30 de março de 2024.

19 NUNES, LEANDRO BASTOS, *A utilização do bitcoin-cabo na condição de meio para configuração do crime de evasão de divisas*. Em: <[HTTPS://WWW.ANPR.ORG.BR/ARTIGOS/A-UTILIZACAO-DO-BITCOIN-CABO-NA-CONDICAO-DE-MEIO-PARA-CONFIGURACAO-DO-CRIME-DE-EVASAO-DE-DIVISAS](https://www.anpr.org.br/artigos/a-utilizacao-do-bitcoin-cabo-na-condicao-de-meio-para-configuracao-do-crime-de-evasao-de-divisas)> Consulta em 20 de março de 2024.

20 BRAGA, SILVA (*supra* nota 3), p. 108.

adotar prática vedada em direito penal, eis que afrontaria o princípio da legalidade, notadamente em seu atributo de *lex stricta*.

A proibição da analogia, conforme explica Ferrajoli:

[...] é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada 'analogia antecipada'. Também em relação à proibição à analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é *in malam partem*, enquanto é admitido caso seja *in bonam partem*, ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade²¹.

Impende salientar – o que se traz também para reflexão – que a Lei Federal nº 14.478/2022 (“marco geral das criptomonedas”) inseriu uma alteração na Lei Federal nº 7.492/1986 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e, como visto, onde está disposto o delito de evasão de divisas). Todavia, a alteração foi para acrescentar o inciso I-A, no artigo 1º, a fim de equiparar à instituição financeira “I-A – a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia”.

Ainda, a mesma lei (nº 14.478) acrescentou ao Código Penal brasileiro a conduta típica do atual artigo 171-A (no capítulo de ‘estelionato e outras fraudes’), narrando o crime de “organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.”

Também, a citada novel lei de 2022 estabeleceu aumento de pena no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/1998 (de lavagem de capitais), para fins de dispor que “§ 4º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada, por intermédio de organização criminosa ou por meio da utilização de ativo virtual.”

Ocorre que, especificamente quanto ao artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986, que trata da evasão de divisas, a Lei Federal nº 14.478/2022 não promoveu qualquer alteração. Assim, entende-se que, se o Congresso Nacional o quisesse, teria acrescido ao artigo 22 a específica disposição quanto a ativos digitais.

Considerações Finais.

“Criptomoeda” é, na verdade, um criptoativo, ou seja, um ativo digital e não corresponde ao conceito jurídico de **moeda**, que se estabelece a partir das disposições sobre competências de emissão estabelecidas no próprio texto constitucional.

21 FERRAJOLI, LUIGI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 351.

Quando se percorre o histórico de criação do “Bitcoin”, “criptomoeda” que ficou bastante conhecida após a crise de 2008, verifica-se que a ideia era buscar a existência de um ativo digital sem um intermediário, com a utilização da tecnologia *blockchain*, a fim de se ter um sistema incorruptível, público e auditável, no viés da filosofia liberal.

Se, de um lado, a tecnologia caminha a acelerados passos, traçando novo cenário para a economia mundial, o Direito tem dificuldades em compreender, em certa medida, os conceitos do novo instituto e a regulamentação do tema dos criptoativos, apesar de já existir, ainda não abrange toda a realidade.

No que tange, especificamente, ao delito de evasão de divisas, verificou-se que existem vozes em ambos os sentidos quando se trata das “criptomoedas”: de um lado, a possível tipicidade e, de outro, sua impossibilidade.

Ocorre que, se passar a se admitir o suprimento de vazios legislativos (para os que assim consideram), estar-se-ia admitindo a analogia *in malam partem* – vedado pelo princípio da legalidade, especificamente em seu atributo de *lex stricta*. Isso porque não se pode ler o ativo virtual (“criptomoeda”) como se **moeda** fosse, para fins de sancionar comportamentos, como se **evasão de divisas** fosse.

Até porque, da própria análise do artigo 22, da Lei Federal nº 7.492/1986, que preconiza o delito de evasão de divisas, verifica-se que a Lei Federal nº 14.478/2022 (conhecida como o “marco legal das criptomoedas”) não promoveu qualquer alteração (limitou-se, na lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, acrescer o inciso I-A, no artigo 1º). Todavia, em outras leis, a nº 14.478 o fez, a exemplo de ter inserido o artigo 171-A, no Código Penal brasileiro, além do aumento de pena no artigo 1º, da Lei Federal nº 9.613/1998 (de lavagem de capitais).

Assim, entende-se que, se o Congresso Nacional o quisesse, teria acrescentado ao artigo 22 a específica disposição quanto a ativos digitais.

De todo modo, entende-se que os contornos da tipicidade penal no delito de evasão de divisas devem ter limites rígidos quando se trata de “criptomoedas”, seja por estas não serem, na verdade, moedas em sentido jurídico, seja porque os criptoativos são um novo cenário no mundo e, especificamente quanto ao delito definido no artigo 22, não houve alteração legislativa de modo a abarcar comportamentos com eles praticados. Caso contrário, o princípio da legalidade penal – com toda sua importância para evitar abusos no direito de punir – estaria ameaçado.

Referências.

ARAUJO, MARINA PINHÃO COELHO; SOUZA, LUCIANO ANDERSON DE, (Coord.), *Direito penal econômico* [livro eletrônico]: *Parte Geral e Leis Penais Especiais*. 2.ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022. 2. ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa.

BRAGA, MARIANA STUART NOGUEIRA; SILVA, MARCO ANTONIO MARQUES DA, Criptoedas e o crime de evasão de divisas. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXVII, v. 31, n. 2, p. 84–113, mai/ago 2022, ISSN 2318-8650.

Brasil. Banco Central do Brasil. *O que é o DREX?* Disponível em <[HTTPS://WWW.BCB.GOV.BR/ESTABILIDADEFINANCEIRA/DREX.](https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/drex)> Consulta em 29 de março de 2024.

- Brasil. Comissão de Valores Mobiliários. *Parecer de Orientação CVM nº 40, de 11 de outubro de 2022*. Os CriptoAtivos e o Mercado de Valores Mobiliários. Aprovado em 2022.
- Brasil. *Constituição da República Federativa de 1988*. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1988.
- Brasil. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal brasileiro. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1941.
- Brasil. *Decreto nº 11.563, de 13 de junho de 2023*. Regulamenta a Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer competências ao Banco Central do Brasil. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2023.
- Brasil. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1964, retificado em 1965.
- Brasil. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1986.
- Brasil. *Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995*. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1995.
- Brasil. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1998.
- Brasil. *Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2016.
- Brasil. *Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022*. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2022.
- Brasil. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa nº 1.888, de 03 de maio de 2019*, alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.899, de 10 de julho de 2019. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2019.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. HC: 530563. RS 2019/0259698-8, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data de Publicação: DJ 05/09/2019.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Dezembro/2022.
- GOMES, DANIEL DE PAIVA; GOMES, EDUARDO DE PAIVA; CONRADO, PAULO CESAR, (Coord.), *Criptoativos, Tokenização, Blockchain e Metaverso* [livro eletrônico]: aspectos filosóficos, tecnológicos, jurídicos e econômicos. 1. ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

- FERRAJOLI, LUIGI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. Trad. Juarez Tavares et al. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- Hurst Capital. *Criptoativos: confira o que são, exemplos e como investir!* Disponível em <[HTTPS://BLOG.HURST.CAPITAL/BLOG/CRIPTOATIVOS-CONFIRA-O-QUE-SAO-EXEMPLOS-E-COMO-INVESTIR/?UTM_TERM=&UTM_CAMPAIGN=%5BS%5D+-+INSTITUCIONAL&UTM_SOURCE=ADWORDS&UTM_MEDIUM=CPC&HSA_ACC=2645488982&HSA_CAM=12199345152&HSA_GRP=130512847587&HSA_AD=691062118031&HSA_SRC=G&HSA_TGT=DSA-2277944489228&HSA_KW=&HSA_MT=&HSA_NET=ADWORDS&HSA_VER=3&GAD_SOURCE=1&GCLID=Cj0KCQjwwYsWBHDCARISAOYLoFj1GA6AXQPQkKXFTtZFNrDFGDoS8QRN9CocNXqWAEbVLoYGxO5oolGAALa6EALw_wcB](https://blog.hurstcapital.com.br/blog/criptoativos-confira-o-que-sao-exemplos-e-como-investir/?utm_term=&utm_campaign=%5BS%5D+-+INSTITUCIONAL&utm_source=ADWORDS&utm_medium=CPC&utm_acc=2645488982&utm_cam=12199345152&utm_grp=130512847587&utm_ad=691062118031&utm_src=G&utm_tgt=DSA-2277944489228&utm_kw=&utm_mt=&utm_net=ADWORDS&utm_ver=3&utm_gad_source=1&utm_gclid=Cj0KCQjwwYsWBHDCARISAOYLoFj1GA6AXQPQkKXFTtZFNrDFGDoS8QRN9CocNXqWAEbVLoYGxO5oolGAALa6EALw_wcB)> Publicado em 08 de julho de 2022. Consulta em 25 de março de 2024.
- INFOMONEY. *CVM aprova lançamento do contrato futuro de Bitcoin pela B3*. Disponível em <[HTTPS://WWW.INFOMONEY.COM.BR/ONDE-INVESTIR/CVM-APROVA-LANCAMENTO-DO-CONTRATO-FUTURO-DE-BITCOIN-PELA-B3/](https://www.infomoney.com.br/onde-investir/cvm-aprova-lancamento-do-contrato-futuro-de-bitcoin-pela-b3/)> Publicado em 28 de março de 2024. Consulta em 29 de março de 2024.
- INVESTING. *Criptomoeda: todas as criptomoedas*. Disponível em <[HTTPS://BR.INVESTING.COM/CRYPTO/CURRENCIES](https://br.investing.com/crypto/currencies)> Consulta em 25 de março de 2024.
- MASI, CARLO VELHO, *O crime de evasão de divisas na era da globalização*. Porto Alegre, Pradense, 2013.
- MESTIERI, JOÃO, *Manual de direito penal: parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MOSQUERA, ROBERTO QUIROGA, *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. São Paulo, Dialética, 1999.
- NUNES, LEANDRO BASTOS, *A utilização do bitcoin-cabo na condição de meio para configuração do crime de evasão de divisas*. Em: <[HTTPS://WWW.ANPR.ORG.BR/ARTIGOS/A-UTILIZACAO-DO-BITCOIN-CABO-NA-CONDICAO-DE-MEIO-PARA-CONFIGURACAO-DO-CRIME-DE-EVASAO-DE-DIVISAS](https://www.anpr.org.br/artigos/a-utilizacao-do-bitcoin-cabo-na-condicao-de-meio-para-configuracao-do-crime-de-evacao-de-divisas)> Consulta em 20 de março de 2024.
- PAULSEN, LEANDRO, *Crimes federais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.
- PRADO, LUIZ REGIS, *Direito penal econômico* [livro eletrônico]: 2.ed. em e-book baseada na 7.ed. impressa. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- SANTOS, JUAREZ CIRINO, *Direito penal: parte geral*. 2.ed. Rev. e ampl. Curitiba, ICPC, Lumen Juris, 2007.
- STELLA, JULIO CESAR, *Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas*. *Revista da PGBC* – V. 11 – N. 2 – Dez. 2017.
- TOLEDO, FRANCISCO DE ASSIS, *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 14ª tiragem. São Paulo, Editora Saraiva, 2008.
- VELHO, LUÍS OCTÁVIO OUTEIRAL, *O crime de evasão de divisas e os criptoativos*. Em: <[HTTPS://WWW.MIGALHAS.COM.BR/DEPESO/398833/O-CRIME-DE-EVASAO-DE-DIVISAS-E-OS-CRIPTOATIVOS](https://www.migalhas.com.br/depeso/398833/o-crime-de-evacao-de-divisas-e-os-criptoativos)> Publicado em 13 de dezembro de 2023. Consulta em 30 de março de 2024.

Percy André Sota Sánchez

3. Un desafío para la sucesión de responsabilidad penal entre personas jurídicas en el Perú: El due diligence de Compliance Penal.

Resumen: Este trabajo tiene por objeto exponer los fundamentos y críticas a la cláusula de transferencia y sucesión de responsabilidad penal entre las personas jurídicas, según la regulación de la Ley N° 30424, y advierte que la *Due Diligence* de Compliance Penal podría ser la solución para encontrar una aplicación razonable y constitucional de las cláusulas de transferencia de responsabilidad penal, pero que su construcción y desarrollo progresivo son un necesario desafío para la dogmática penal.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal, due diligence, transferencia de responsabilidad penal, sucesión de responsabilidad penal, Ley N° 30424.

Abstract: This paper exposes the foundations and criticisms of the clause of transfer and succession of criminal liability between legal entities, according to the Law No. 30424, and warns that the Due Diligence of Criminal Compliance matters could be the solution to find a reasonable and constitutional application of the clauses of transfer of criminal responsibility, but that their construction and progressive development are a necessary challenge for the criminal dogmatics.

Keywords: criminal liability of legal entities, criminal compliance, due diligence, transfer of criminal liability, succession of criminal liability, Law No. 30424.

I. Introducción

En el Perú la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas se introdujo con la Ley N° 30424. Si bien la doctrina penal se viene encargando de estudiar e interpretar estos criterios de imputación y las funciones del *Compliance* Penal, hay algunos aspectos que están pasando inadvertidos como es el hecho que, en nuestra legislación, la responsabilidad penal de una persona jurídica también puede ser transmitida o sucedida a otra en el marco de las operaciones de *M&A*, o de una *Escisión*, lo que de per se contrapone a los principios de responsabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas. En este ámbito cobra relevancia el proceso de *Due Diligence de Compliance Penal*, que si se realiza adecuadamente va a generar —además de conocer las *red flags* en materia penal y de *compliance* penal del *Target*— que no se transfiera la responsabilidad penal del *Target* a la persona jurídica adquirente o resultante.

II. Interpretación dogmática de los presupuestos para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en la Ley N° 30424.

1. ¿Responsabilidad penal o administrativa?

La Ley N° 30424, titulada Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal, tiene su fuente en el art. 31 bis del Código penal español¹, donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el Decreto Legislativo 231/2001 de Italia, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aunque en la doctrina penal italiana hay autores que sostienen que estamos ante una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas².

En el Perú, la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad genera debate en la doctrina, entre quienes afirman que estamos ante una responsabilidad administrativa y quienes señalan que la responsabilidad es penal. Para Gómez-Jara Diez si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión³; por el contrario, para Caro Coria estamos ante un fraude de etiquetas⁴, ya que la Ley N° 30424 regularía un sistema de responsabilidad penal; sin embargo, dicha explicación pareciera obvia y no coadyuvaría en la determinación de la naturaleza jurídica de este nuevo tipo

1 Debe recordarse que en el Derecho penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo con la Ley Orgánica 5/2010 y, posteriormente, se modificó con la Ley Orgánica 1/2015.

2 Por todos, *Vid.* DE VERO, G., “La responsabilità penale delle persone giuridiche”, en *Trattato di diritto penale. Parte generale* (Grosso/Padovani/Pagliaro, dir.), Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 3–30 y 305–336. Así también, *Vid.* FOFANI, L., “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia” en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann. (Urquiza/ Abanto/ Salazar, coordinadores), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, pp. 115–124

3 GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el Perú*, 1ra. Ed., Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 23–24.

4 Por todos, *Vid.* CARO CORIA, C., “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los Criminal Compliance Programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2019, T. 123, pp. 117–158 (en p. 136). Cfr. CARRIÓN DÍAZ, J., “¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo N° 30424”, en *Ius Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 7, 2018, pp. 213–227 (en p. 218).

de responsabilidad. Nuestro punto de vista es que la Ley N° 30424 implementa un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir del cual se debe inferir un esquema conceptual que garantice una aplicación racional de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que atienden al sustrato mismo de la persona jurídica, sobre la base de los cuales se puede afirmar una capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas, lo que además se pone de manifiesto por la función que la Ley otorga al compliance en la atribución de responsabilidad penal.

2. Función del *Compliance* Penal en el sistema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El *Compliance* penal cumple una función en la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas; por tanto, existiría una relación entre *Compliance* penal y responsabilidad de las personas jurídicas⁵. Si esto es correcto, surge la interrogante sobre cuál es la función del *Compliance* penal en esta materia. Al respecto, Nieto Martín sostiene que esto depende del modelo de responsabilidad que se siga. En el sistema vicarial o de heteroresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido; lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece carece de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica⁶. De hecho, como bien señala en la doctrina Coca Vila, la decisión legislativa de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención de delitos es acertada⁷.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el valor que una legislación otorgue al *Compliance* penal, es decir, si atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona jurídica, nos permite obtener mayores elementos para interpretar la legislación y de esta manera poder identificar cuál es el sistema de imputación de responsabilidad acogido por dicha legislación. Si en la legislación se le otorga al *Compliance* penal solo un valor de atenuante de la responsabilidad, podríamos afirmar *prima facie* que se acoge un sistema de imputación vicarial. Sin embargo, si el principal valor otorgado al *Compliance* penal es servir de eximente de responsabilidad penal/administrativa, entonces podemos afirmar *prima facie* que se regula un sistema de imputación

5 Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., " Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)", en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (KHULEN/ MONTIEL/ ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑIGO, editores), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 264. Para este autor, "frente a lo que parece ser la posición mayoritaria, la relación entre compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es contingente y, en cualquier caso, no decisiva. Es decir: puede haber compliance con o sin RPPJ y no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas menos aún que sea un grado de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permitan superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de última ratio".

6 NIETO MARTÍN, A., "Introducción", en *El Derecho penal económico en la era Compliance* (L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15–16.

7 COCA VILA, I., "Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad "penal" empresarial en el ordenamiento jurídico español", en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. COCA VILA y A. URIBE MANRÍQUEZ, coord.), Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 145–169 (en p. 159).

basado en la “culpabilidad de empresa”⁸. En el mismo orden de ideas, en la doctrina penal hay autores como Seminara⁹, Foffani¹⁰ y Gómez-Jara Diez¹¹ que ubican al Compliance penal dentro de la estructura de la culpabilidad de las personas jurídicas, en donde la implementación y puesta en funcionamiento de un adecuado Sistema de Gestión de *Compliance* penal excluiría la culpabilidad de la empresa.

III. *Transferencia o sucesión de responsabilidad penal entre personas jurídicas. Un ejemplo: Las operaciones de M&A.*

1. Aspectos básicos de las operaciones de concentración empresarial y M&A en la legislación peruana.

En la Ley General de Sociedades del Perú, Ley N° 26887, se regulan las operaciones de Fusiones y Adquisiciones (*Merger and Acquisition—M&A*), en la Sección correspondiente a la Reorganización de Sociedades, entre los artículos 333° a 395° de la Ley. Para efectos de la presente investigación, nos interesan aquellos supuestos de operaciones de concentración empresarial en los que resultará un cambio en la personalidad jurídica, por lo que dejaremos de lado el análisis de las operaciones de Transformación ya que, como bien advirtió Elías Laroza, la transformación se

-
- 8 En la doctrina penal hay posiciones contrarias y sumamente respetables. Por ejemplo, hay quienes ubican al Compliance penal dentro del injusto de la persona jurídica; por todos, Vid. G. Heine, “Modelos de responsabilidad jurídico (penal) originaria en la empresa”, *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (C. GÓMEZ-JARA DIEZ, editor), Ara Editores, Lima, 2012, p. 47. Hay otros quienes ubican al Compliance penal dentro de la teoría de la imputación objetiva de las personas jurídicas; por todos, Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance. En especial al Compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Pacífico, Lima, 2017, pp. 122–123. Por último, hay quienes ubican al Compliance penal dentro de la estructura de la acción típica de la persona jurídica, Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (BAJO FERNÁNDEZ/ GÓMEZ-JARA DIEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ, coord.), 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 43”.
- 9 SEMINARA, S., “Compliance y Derecho penal: La experiencia italiana”, en *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN, directores), Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, p. 132, quien sostiene “como se puede ver la responsabilidad del ente gira en torno a la omisión de modelos organizativos: en este sentido, la construcción de los *compliance programs* como fundamento de la imputación subjetiva cumple una lógica de garantía una vez superado el *versari in re illicita*”.
- 10 FOFFANI, L.; “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia”, en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann (Urquiza/ Abanto/ Salazar, coord.), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011, p. 120, para quien “la imputación subjetiva—el aspecto más original del nuevo sistema— se fundamenta en un complejo mecanismo inspirado en el sistema norteamericano de los *compliance programs*, sobre la base de los cuales el legislador ha pretendido expresamente dar vida a una inédita forma de culpabilidad de la persona jurídica. De tal forma que la culpabilidad supone que la empresa no haya adoptado o no haya implementado correctamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la realización de delitos correspondientes al tipo cometido en el caso concreto”.
- 11 GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DIEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ, coord.), 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 107, para quien “las concepciones modernas de la culpabilidad en la persona física relacionan este concepto con el de fidelidad al derecho o disposición jurídica que le es exigible a un ciudadano en democracia. Sin poder entrar aquí en mayores detalles, el equivalente funcional en el ámbito de la persona jurídica es una defectuosa cultura de *Compliance*. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresariales puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho o expresado de otra manera, de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, constituye la base de su culpabilidad. Cuando no tienen una adecuada cultura de *Compliance* la persona jurídica está generando una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”.

realiza sin que se produzca cambio alguno en la personalidad jurídica del ente transformado¹².

La fusión de empresas es una operación de concentración empresarial y se da cuando dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, pudiendo adoptar dos formas. La primera, que es la fusión por creación de una nueva sociedad, se da cuando la fusión se realiza para constituir una nueva “sociedad incorporante”, lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios a la nueva sociedad. La segunda, que es la fusión por absorción, se da cuando se realiza la absorción de una o más sociedades por otra “sociedad existente”, lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y, al igual que el supuesto anterior, se traslada en bloque y a título universal los patrimonios a la sociedad absorbente.

En la doctrina Alonso Soto señala que tres notas resultan esenciales para caracterizar las operaciones de fusión: la integración de patrimonios, de los socios y de las relaciones jurídicas de las sociedades que intervienen en el proceso, de modo que puede decirse que al finalizar el proceso se produce una integración de personas jurídicas¹³, siendo especialmente relevante la integración o agrupación de socios y de las relaciones jurídicas, ya que nuestra Ley General de Sociedades no permite el *squeeze-out* ni el *cash out merger*. Estos elementos esenciales de la fusión permiten distinguir estas operaciones de concentración empresarial de otras similares que, según la Ley, no llegan a calificar como operaciones de fusión y que en la doctrina se denominan fusiones impropias, como son la formación de una *Holdiing* que adquieran el control de una o más sociedades existentes, la tenencia de acciones o participaciones por un grupo de socios que les dé control sobre determinadas sociedades, la creación de una sociedad–gerente común a un grupo de sociedades que controle la dirección y administración de estas, entre otras¹⁴.

Asimismo, estos elementos esenciales permiten distinguir las operaciones de Fusión de las operaciones de Adquisición (*Acquisition*), que como bien señala Alonso Soto no es Fusión la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones y lo mismo sucederá cuando la adquisición de todas las acciones o participaciones vaya seguida de la disolución de la sociedad participada o se produzca la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra porque, en principio, no habrá en estos casos una integración de las personas jurídicas¹⁵.

Por otro lado, la escisión es otra forma de reorganización empresarial reconocida en la Ley, la cual se produce cuando una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, recibiendo los socios o accionistas de las sociedades escindidas las acciones o participaciones de las nuevas sociedades o de las absorbentes. De acuerdo con nuestra legislación, la escisión puede adoptar las siguientes formas. Primero, cuando la escisión se realiza a través de la división de la totalidad

12 ELÍAS LAROZA, E., *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú, T. II*, 2ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 359.

13 ALONSO SOTO, R. “Las operaciones de fusión”, en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (J. ÁLVAREZ ARJONA / A. CARRASCO PERERA, coordinadores), Aranzadi Thomson Reuters, 2004, pp. 497–518 (en pp. 498–499).

14 Sobre ello, por todos, *Vid.* ELÍAS LAROZA, *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú, T. II*, 2ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 397.

15 ALONSO SOTO, R., “Las operaciones de fusión”, en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (J. ÁLVAREZ ARJONA / A. CARRASCO PERERA, coordinadores), Aranzadi Thomson Reuters, 2004, pp. 497–499 (en p. 499).

del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez, y que producen la extinción de la sociedad escindida. Segundo, cuando la escisión se realiza a través de la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez, pero en este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que procede a realizar un reajuste de su capital social.

2. Aproximaciones conceptuales al procedimiento de Due Diligence.

En materia de M&A es una práctica habitual la utilización del procedimiento de *Due Diligence* de forma previa a la adopción de una decisión de fusión, adquisición o escisión, e incluso en las decisiones de inversión realizadas a través los fondos de inversión. En sentido amplio, podemos definir al *Due Diligence* como la investigación que realiza el equipo de la empresa compradora sobre la empresa objetivo para determinar el valor, los riesgos y todas las variables que puedan afectar en el futuro a la empresa a comprar; en un sentido estricto, el *Due Diligence* se define como el análisis de los riesgos de la empresa que se desea adquirir¹⁶.

Con este procedimiento de diligencia debida se obtendrán datos relevantes de los que se carecían al inicio de las negociaciones de M&A, para advertir los riesgos legales —que pueden ser penales o de *compliance*, u otros—, reputacionales y operativos, así como para determinar el valor real del *Target* (cuando estamos ante una operación de adquisición) o de las sociedades que podrían participar en una fusión o escisión; por ejemplo, para la determinación del valor real, Ferrero Álvarez – Calderón nos propone como metodologías la determinación del valor en libros, valor de reemplazo, valor de capitalización bursátil, compañías comparables, transacciones comparables, flujo de caja desconcentrado y a otros factores relevantes¹⁷.

3. ¿Cómo opera la transferencia de responsabilidad penal entre las personas jurídicas en las operaciones de M&A?

Tanto las legislaciones peruana, italiana, española y chilena regulan las cláusulas de transferencia de responsabilidad o cláusulas *anti-elusión* como se las conocen en la doctrina¹⁸, con algunas acertadas diferencias solo en el caso de la legislación italiana. Desde nuestro punto de vista, estas cláusulas son peligrosas por cuanto lo que se busca transferir es una responsabilidad penal en el marco de operaciones de M&A, lo cual no solo resulta desalentador para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, sino que también podría ser inconstitucional.

En el caso de la legislación peruana, el art. 2 de la Ley N° 30424 regula en forma genérica la transferencia de responsabilidad al señalar que la reorganización empresarial o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica, no impiden la atribución de responsabilidad a la misma. De acuerdo con esta regulación, se atribuirá responsabilidad penal “a la misma” persona jurídica que cometió el delito, con lo cual pareciera que no habría una transferencia de respon-

16 GARCÍA ESTÉVEZ, P., *Fusiones comentadas. Análisis de las fusiones más importantes de los últimos años*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 32.

17 Por todos, Vid. FERRERO ÁLVAREZ-CALDERÓN, G., “Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú”, *Revista Advocatus*, Universidad de Lima, N° 9, 2003, pp. 317–328 (en p. 320).

18 Por todos, Vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *InDret*, N° 2, 2020, pp. 195–224 (en p. 198).

sabilidad; sin embargo, con posterioridad la misma disposición legal agrega que cuando ocurra la reorganización empresarial, se podrá transferir la sanción de multa en función del patrimonio transferido.

En el caso de la legislación española, el art. 130 numeral 2) señala que la reorganización empresarial no extingue la responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades resultantes. Esta regulación es similar al art. 18 de la Ley Chilena N° 20393. Por último, la legislación italiana regula estos aspectos con mayor claridad y con cierto grado de racionalidad, desde el art. 28 al 33 del Dec. Leg. 231/2001. Así, con relación a la transformación de la persona jurídica, al no producirse cambio en la personalidad jurídica, se señala que su responsabilidad no se ve afectada. Con relación a las operaciones de Fusión, se regula que la persona jurídica resultante será responsable de los delitos que cometieron las personas jurídicas que participaron en la fusión. En los casos de escisión, la responsabilidad de la entidad escindida también será trasladada. Por último, se regulan los supuestos de transferencia de la empresa en cuya actividad se cometió el delito, en donde se regula tan solo una obligación solidaria al pago de la multa, pero con un criterio acertado no se traslada la responsabilidad penal.

4. Finalidad político criminal de la transferencia de responsabilidad.

Es razonable que el Estado busque combatir la criminalidad de empresa a través de la instauración de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que se persiga sancionar al autor del delito que, a diferencia de las personas naturales, el propio ordenamiento jurídico le permite utilizar herramientas para reorganizarse y cambiar de personalidad jurídica; es decir, para transformarse en otro ciudadano corporativo. Consideramos que esta es la finalidad político criminal que buscan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, es decir, evitar que la persona jurídica responsable de un delito “desaparezca”—en términos ontológicos—o que se reorganice y pierda su personalidad jurídica, lo que generaría situaciones de impunidad. Similar opinión sostuvo la Fiscalía General del Estado Español en la Circular 1/2011 del 1 de junio de 2011¹⁹.

Es plausible esta finalidad político criminal y, en el campo práctico, no generaría mayores inconvenientes si estuviéramos solo frente a supuestos de transformación de personas jurídicas, donde no se pierde la personalidad jurídica. Sin embargo, esta finalidad político criminal carece de legitimidad ante supuestos de fusiones y adquisiciones, en donde las sociedades adquirientes, resultantes u absorbentes no tienen participación alguna en los delitos cometidos previamente. Adicionalmente, la ausencia de legitimidad se desprende del hecho mismo que esta cláusula es contraria a los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

5. Aportaciones de la jurisprudencia en el Derecho comparado.

La transferencia o sucesión de responsabilidad penal en el marco de operaciones de concentración empresarial, fue objeto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en el Derecho comparado. Por ejemplo, en el caso del Banco Santander S.A. el Juzgado Central de Instrucción

¹⁹ En la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, se sostuvo que *“en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión”*.

Nº 4 de la Audiencia Nacional dictó, el 15 de enero de 2019, un auto judicial que declaraba la sucesión procesal con relación al Banco Popular Español S.A., al haberse producido una operación de fusión por absorción. Sin embargo, vía recurso de Apelación, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional emitió la Resolución Nº 246/2019 de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, a través de la cual se revocó la resolución impugnada y se sostuvo que:

“En el caso de autos, el Banco Santander, S.A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, por qué de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”²⁰.

En el caso de la empresa Iron Mountain que absorbió a la empresa Recall France y su filial Intradis, quienes estarían involucradas en la presunta comisión de un delito debido a la destrucción involuntaria de bienes ajenos por efecto de un incendio provocado por el incumplimiento de obligaciones de seguridad o prudencia impuestas por la Ley, la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia emitió la Sentencia Nº 2333 de fecha 25 de noviembre de 2020, a través de la cual se fijaron los siguientes nuevos criterios jurisprudenciales en materia de transferencia de responsabilidad penal de las personas en el marco de una operación de fusión-absorción:

“21. Sin embargo, este enfoque antropomórfico de la operación de fusión-absorción debe cuestionarse porque, por un lado, no tiene en cuenta la especificidad de la persona jurídica, que puede cambiar de forma sin ser liquidada. por otro lado, no tiene relación con la realidad económica. (...) 34. En el estado actual del derecho interno, la interpretación del artículo 121-1 del Código Penal que autoriza el traspaso de responsabilidad penal entre la sociedad absorbida y la sociedad adquirente es la única forma de permitir que la sociedad adquirente sea sancionada económicamente por los hechos. comprometida antes de la fusión por la sociedad absorbida. (...) 41. Al respecto, debe considerarse que la existencia de fraude contra la ley permite al juez dictar una sanción penal contra la sociedad adquirente cuando la operación de fusión-absorción tenía por objeto hacer que la sociedad absorbida escapara de su responsabilidad penal. Esta posibilidad es independiente de la implementación de la mencionada directiva del 9 de octubre de 1978”²¹.

20 Resolución de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Nº 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, p. 24.

21 Sentencia Nº 2333 de fecha 25 de noviembre de 2020 (18-86.955) de la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia.

IV. *Transferencia o sucesión de responsabilidad penal entre personas jurídicas: ¿signos de un sistema vicarial?*

Al analizar las citadas cláusulas de traslado de la responsabilidad penal podemos observar que no se hacen referencias a criterios de imputación y/o de culpabilidad de la persona jurídica adquirente, resultante u absorbente, según sea el caso, de una operación de M&A. Por ello, en la doctrina penal se discute si aquí opera un traslado objetivo de responsabilidad penal. Sobre este punto, Montiel señala que la responsabilidad sucesoria es de carácter objetivo, lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante²².

En otras palabras, si en una operación de M&A una de las personas jurídicas intervinientes incurrió —previamente— en la comisión de un delito que genere su responsabilidad penal, este estigma del Derecho penal o la declaratoria de culpabilidad será transferida a las sociedades adquirentes, resultantes u absorbentes, siendo innecesario verificar si en éstas últimas se cumplen con los presupuestos de imputación de los artículos 3 de la Ley 30424, 5 del Decreto Legislativo Italiano 231/2001, 31 Bis del Código Penal Español o 3de la Ley Chilena N° 20393. Es decir, las personas jurídicas adquirentes, resultantes u absorbentes responderán penalmente y serán declaradas culpables, en virtud de esta transferencia automática de responsabilidad, a pesar de no haber participado en el delito previamente cometido.

V. *Necesario desafío para la dogmática penal: La construcción científica de un procedimiento de Due Diligence de Compliance Penal, como presupuesto para evitar la inconstitucional transferencia o sucesión automática de responsabilidad penal entre las personas jurídicas*

En la doctrina penal se postula que una forma de evitar la transferencia de responsabilidad en operaciones de M&A es la realización de un *Due Diligence de Compliance Penal* previo a la operación de concentración empresarial. Así, Ortiz de Urbina y Cigüela proponen que el efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de análisis de riesgos penales en los procedimientos de *due diligence* que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión²³.

Una posición similar sostuvo la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Resolución N° 246/2019 de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, donde sostuvo que:

22 MONTIEL, J., "Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del *compliance* y el derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año X, N° 6, Julio, 2020, pp. 47–59 (en p. 54). En el mismo sentido, *Vid.* I. Ortiz de Urbina Gimeno / J. Cigüela Sola, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución", en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. SILVA SÁNCHEZ, dir.), Atalier, Barcelona, 2020, pp. 73–95 (en p. 93), al sostener que "Los términos del art. 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación".

23 ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. / CIGÜELA SOLA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución", en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. SILVA SÁNCHEZ, dir.), Atalier, Barcelona, 2020, pp. 73–95 (en p. 94).

“Por ello, las entidades cuando van a llevar a cabo una operación mercantil de este tipo, durante las due diligence (investigación exhaustiva de las entidades implicadas) previa a la fusión, deberán detectar la posible comisión de infracciones penales en el seno de las entidades que se fusionan o que habiéndolas detectado no las hayan denunciado a las autoridades, o de alguna manera las hayan ocultado, criterios éstos manejados por la Fiscalía para imputar los delitos a los sucesores corporativos en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones”²⁴.

Este criterio propuesto por la doctrina no es un presupuesto de las legislaciones italiana, española y chilena, pero sí lo es en la legislación peruana. Entonces, surge la interrogante de qué significa la realización de un procedimiento de *Due Diligence de Compliance Penal*. Consideramos que la interpretación correcta de este proceso debe implicar las siguientes etapas.

En primer lugar, la verificación razonable del delito que puede haber cometido o participado la persona jurídica que será parte en la reorganización empresarial, siempre y cuando este delito forme parte del catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para verificar la comisión o participación en el delito, no es necesario la existencia de una sentencia condenatoria firme, pues basta el inicio de una investigación a nivel del Ministerio Público o Fiscalía, para que se identifique esta operación con una *red flag*.

En segundo lugar, la verificación respecto a si la persona jurídica que será parte en la reorganización empresarial tiene un sistema de gestión de *Compliance Penal* implementado, de acuerdo con los requisitos mínimos establecidos en la legislación. En tercer lugar, la verificación respecto al razonable funcionamiento de este sistema de gestión de *Compliance Penal*, lo que no implica que de haber funcionado correctamente el delito se pudo evitar. Es decir, es razonable inferir que el sistema de gestión de *Compliance Penal* funciona y aún así el delito se cometió.

En cuarto lugar, verificar razonablemente si el delito fue cometido en beneficio de la persona jurídica que será parte en la reorganización empresarial. En último lugar, la verificación razonable respecto a si el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente el sistema de gestión de *Compliance Penal*.

Como se puede apreciar, estos requisitos que postulamos son similares a los presupuestos de la imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica en la legislación peruana, con lo cual queremos darle coherencia sistémica y racionalidad al procedimiento de *Due Diligence de Compliance Penal*.

VI. *Críticas contra la cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

Las críticas a este sistema de transferencia automática de responsabilidad penal son varias y las más relevantes son de orden constitucional, por lo que consideramos que esta cláusula es inconstitucional. Se critica esta cláusula atenta contra el principio constitucional de culpabilidad penal. No debemos olvidar que, si estamos ante un sistema de responsabilidad penal de

24 Resolución de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional N° 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, p. 26–27.

las personas jurídicas, éstas deben responder sobre la base de su culpabilidad. Adicionalmente, Montiel agrega que esta transferencia de responsabilidad pareciera romper con el principio de personalidad de las penas²⁵.

Conforme expusimos *supra*, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por fundamentar modelos teóricos que justifiquen la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, de acuerdo con la interpretación de las respectivas legislaciones; sin embargo, estos esfuerzos teóricos no pueden fundamentar las cláusulas de traslado automático de responsabilidad penal, lo que rompería cualquier sistema de responsabilidad basado en el principio de culpabilidad.

Somos de la opinión que estas cláusulas de traslado de responsabilidad son una clara muestra de errores de técnica legislativa, ya que la legislación, por un lado, reconoce específicamente presupuestos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas basados en el criterio de culpabilidad de empresa y, por otro lado, en el mismo cuerpo normativo se regula una responsabilidad objetiva o por traslado automático, lo cual es contrario al principio de culpabilidad.

Ahora bien, esta crítica tiene sentido si estamos ante un sistema de responsabilidad penal, ya que si estuviéramos ante un sistema de responsabilidad administrativo, estas cláusulas de traslado automático de responsabilidad no serían ilegítimas. Como bien sostiene Zabala López-Gómez, la cuestión relativa al traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de Derecho administrativo, como en materia fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil, las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes²⁶.

VII. Conclusiones.

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aún se encuentra en proceso de desarrollo dogmático en la República del Perú, no advirtiéndose pronunciamientos judiciales que desarrollen a nivel jurisprudencial este sistema. Sin embargo, podemos recurrir a la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas de aquellos países en los que sus legislaciones sirvieron de fuente para la Ley N° 30424.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas apuntan que, en estos países se regula, en la práctica, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la cual la imputación de responsabilidad tiene que ver con factores de la propia organización y se da una especial relevancia al *Compliance* Penal como eximente o atenuante de la responsabilidad penal, según se haya implementado *ex ante* o *ex post* a la comisión del delito.

Hemos observado que la doctrina penal, así como la jurisprudencia en menor medida, se

25 MONTIEL, J., "Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del *compliance* y el derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año X, N° 6, Julio, 2020, pp. 47-59 (en p. 53).

26 ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., "M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica", en *InDret*, N° 2, 2020, pp. 195-224 (en p. 204).

han encargado de fundamentar teóricamente cómo es que responderían penalmente las personas jurídicas y bajo qué presupuestos de imputación, así como cuál es el sistema de imputación de responsabilidad recogido en la concreta legislación penal estudiada.

Sin embargo, con relación al instituto de la cláusula de transferencia de responsabilidad penal entre las personas jurídicas, hemos encontrado algunos pocos estudios en la doctrina y escasos pronunciamientos jurisprudenciales que aún se encuentran en el proceso de desarrollo de cómo debe operar dicha institución.

Sin embargo, con relación al instituto de la cláusula de transferencia de responsabilidad penal entre las personas jurídicas, hemos encontrado algunos pocos estudios en la doctrina y escasos pronunciamientos jurisprudenciales que aún se encuentran en el proceso de desarrollo de cómo debe operar dicha institución.

También se ha verificado la relevancia del procedimiento de *Due Diligence de Compliance* Penal en las operaciones de *M&A*, como presupuesto para liberarse de las cláusulas de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que está expresamente regulado en la legislación peruana. Sin embargo, advertimos que, aunque la doctrina propone este mecanismo para liberar la transferencia de responsabilidad, las legislaciones italiana, española y chilena no lo regulan expresamente.

Por último, hemos elaborado críticas constructivas contra la cláusula de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas, advirtiéndose su inconstitucionalidad por vulneración de los principios penales de culpabilidad y de personalidad de las penas, los cuales deben orientar un correcto o genuino derecho penal empresarial.

Bibliografía.

1. Libros y revistas.

- ALONSO SOTO, R., "Las operaciones de fusión", en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (J. Álvarez Arjona / A. Carrasco Perera, coordinadores), Aranzadi Thomson Reuters, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español", en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bajo Fernández/ Gómez-Jara Diez/ Feijoo Sánchez, coord.), 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.
- CARO CORIA, C., "La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los Criminal Compliance Programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2019, T. 123.
- CARRIÓN DÍAZ, J., "¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo N° 30424", en *Ius Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 7, 2018.
- COCA VILA, I., "Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad "penal" empresarial en el ordenamiento jurídico español", en *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, (I. Coca Vila y A. Uribe Manríquez, coord.), Ideas Solución Editorial, Lima, 2018.
- DE VERO, G., "La responsabilità penale delle persone giuridiche", en *Trattato di diritto penale. Parte generale* (Grosso/Padovani/Pagliaro, dir.), Giuffrè Editore, Milano, 2008.

- ELÍAS LAROZA, E., *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú*, T. II, 2ª Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles” en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (M. Ontiveros Alonso, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.
- FERRERO ÁLVAREZ-CALDERÓN, G., “Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú”, *Revista Advocatus*, Universidad de Lima, N° 9, 2003.
- FOFFANI, L.; “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia” en *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal*. Libro homenaje a Klaus Tiedemann (Urquiza/ Abanto/ Salazar, coordinadores), Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2011.
- GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance. En especial al Compliance anticorrupción y antilavado de activos*, Pacífico, Lima, 2017.
- GARCÍA ESTÉVEZ, P., *Fusiones comentadas. Análisis de las fusiones más importantes de los últimos años*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bajo Fernández/CómeZ-Jara DieZ/ Feijoo Sánchez, coord.), 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el Perú*, 1ra. Ed., Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La Culpabilidad penal de la Empresa*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- HEINE, G., “La responsabilidad penal de las Empresas: Evolución internacional y Consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal '96. Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*, Editorial Grijley, Lima 1996.
- HEINE, G., “Modelos de responsabilidad jurídico –(penal) originaria de la empresa”, en *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Propuestas globales contemporáneas* (C. Gómez –Jara Diez, editor), Ara Editores, Lima, 2012.
- LAMPE, E-J., *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003.
- LAUFER, W., “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”. Heine, Günter/ Lampe, Ernst Joachim/ Laufer, William S./ Gómez-Jara Diez, Carlos/ Strudler, Alan. *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Ara Editores, Lima, 2012.
- MONTIEL, J., “Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del compliance y el derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año X, N° 6, Julio, 2020.

- NIETO MARTIN, A., "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa* (A. Nieto Martín, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., "Introducción", en *El Derecho penal económico en la era Compliance* (L. Arroyo Zapatero/ A. Nieto Martín, directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- ORTIZ DE URBINA GIMENO I. / CIGÜELA SOLA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución", en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General y Especial* (J. SILVA SÁNCHEZ, dir.), Atalier, Barcelona, 2020.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)", en *Compliance y teoría del Derecho Penal* (KHULEN/ MONTIEL/ ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑIGO, editores), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./ CHIESA, L., "Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU", en *Tratado sobre Compliance, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (J. Gómez-Colomer, dir.), T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SEMINARA, S., "Compliance y Derecho penal: La experiencia italiana", en *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Mir Puig/ Corcoy Bidasolo/ Gómez Martín, directores), Editorial B de F, Buenos Aires, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J., "La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho español", *Fundamentos de Derecho Penal de la Empresa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2013.
- TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico*, Grijley, Lima, 2009.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., "M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica", en *InDret*, N° 2, 2020.

2. Jurisprudencia

Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Resolución de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional N° 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, p. 24.

Sentencia N° 2333 de fecha 25 de noviembre de 2020 (18-86.955) de la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia.

Mariela Vargas Prentt

4. Inoperancia de la Cláusula de Equivalencia en Conductas Omisivas de Servidores Públicos en Colombia.¹

Resumen: El propósito del presente texto académico evidencia que algunas conductas omisivas de los servidores públicos generan reacciones mediáticas y coyunturales en clave a la inoperancia de la cláusula de equivalencia en Colombia; por tal razón, se acudió al estudio de siete casos penalmente relevantes.

Palabras clave: cláusula de equivalencia, comisión por omisión, deber jurídico especial, dinero, Estado, impunidad, posición de garante, servidor público.

Abstract: The purpose of this academic text shows that some omissions by public servants generate media and conjunctural reactions in terms of the ineffectiveness of the equivalence clause in Colombia; For this reason, the study of seven criminally relevant cases was used.

Keywords: equivalence clause, commission by omission, special legal duty, money, State, impunity, guarantor position, public servant.

¹ Varias de las reflexiones planteadas en este documento académico ya han sido presentadas en mi tesis doctoral "La responsabilidad penal de los agentes del Estado de cara a los comportamientos punibles de comisión por omisión" y en el artículo de reflexión "Los agentes del Estado y los comportamientos punibles de comisión por omisión"; por tanto, lo ahora desarrollado debe apreciarse como la ampliación teórica de lo advertido.

Introducción.

Las conductas omisivas de ciertos servidores públicos de Colombia causaron rechazo y censura generalizada en clave de lo sucedido con los centenares de muertes por hambre física o desnutrición de niños y niñas de la etnia *wayuu*; los treinta y tres niños calcinados en la ciudad de Fundación; las numerosas muertes de personas ocasionadas por los arroyos de Barranquilla; los muertos por el derrumbe del puente Chirajara, los colapsos de los edificios Space de Medellín y Blas de Lezo de Cartagena; los decesos, lesiones y daños resultantes de la caída de las corralejas de El Espinal, Tolima, entre otros. Todo lo anterior, parece evidenciar la inoperancia en el territorio nacional de la cláusula de equivalencia frente a los comportamientos omisivos de algunos servidores públicos, lo que refleja el poco y a veces inadecuado manejo que desde el campo de la administración de justicia se le ha dado a dicha figura; situación que se ha reflejado en su escaso desarrollo teórico si se le compara con la de países europeos, particularmente Alemania y España.

En este orden, se señala que la normatividad jurídica y los estudios relacionados con estas, por si solos no son aptos para resolver los desafíos que sobre el tema vive Colombia. Es verdad que ellas existen, que de alguna manera en el país se conocen sus avances teóricos, pero también lo es, que su efectividad no es coherente en el contexto de su aplicación, especialmente en el campo penal donde la cruda realidad del argumento numérico apunta al ámbito de la impunidad que permea casi todos los niveles de la criminalidad, pero con mayor notoriedad en la judicialización de algunos servidores públicos por conductas punibles de comisión por omisión.

Desde esta perspectiva, gira el presente documento académico, destacándose que los progresos teóricos permiten una mejor resolución de los casos prácticos; sin embargo, de nada sirven si no son atendidos en un momento dado para su solución razonable y justa, pero sin olvidar que su legitimación y fundamentación se halla en el contexto social donde se apliquen. Lo anterior se traduce en que la normativa jurídica y los problemas sociales deben ir concatenados para que su interpretación y aplicación sea efectiva.

En consecuencia, por razones metodológicas se abordarán las conductas omisivas de ciertos servidores públicos colombianos frente a insucesos que afectan no solamente a una persona o grupo de personas, sino que también impactan a los coasociados. En este sentido, se traerán a colación los casos precedentemente citados frente a la figura de la cláusula de equivalencia, sus orígenes y desarrollos, la responsabilidad penal de los servidores públicos y el rompecabezas que implica la estructuración de los delitos de comisión por omisión, para luego relacionarlos como casos difíciles donde el dinero o la impunidad pueden estar presente en el campo de la administración de justicia colombiana.

1. Consideraciones preliminares.

La indiferencia y las circunstancias de *comfort* pueden instalar a algunas personas en una dinámica omisiva, a tal punto que no se puede mirar para otra parte ni mucho menos cerrar los ojos ni los oídos ante la palmaria y cruel realidad que se proyecta en ciertas y particulares conductas omisivas de los servidores públicos del Estado, mismas que entrañan dolor y criminalidad.

Antes de abordar el eje temático materia del presente escrito es necesario precisar algunos tópicos con el propósito de limitarlo. De manera que se concretará el alcance de la expresión

servidor público como también se destacará que en este asunto no se aspira a agotar o cerrar discusiones que todavía permanecen inconclusas como las relacionadas con las diversas teorías que tratan de fusionar los conceptos de acción y de omisión, ni tampoco se pretende ser exhaustivos en la elaboración de constructos relacionados con las categorías dogmáticas que integran las conductas punibles de comisión por omisión.

Tanto es así, que se considera que la conformación de los punibles de esta naturaleza ha sido calificada como un acertijo o un rompecabezas, cuyas piezas primero hay que identificar muy bien para luego ubicarlas y darles el alcance que fuera necesario para después elaborar la figura desde el ámbito jurídico-penal, interpretativo, argumentativo y probatorio. Situación que adquiere una mayor complejidad cuando los posibles responsables se identifican con servidores públicos cuya competencia institucional es reforzada por tratarse de garantes de los bienes jurídicos más importantes de los coasociados.

De manera que cuando en el texto de estas reflexiones se aluda a servidores públicos su alcance se ceñirá sin más a lo previsto en el art. 20 del Código Penal colombiano².

1.1 La conducta humana y los punibles de omisión.

En el panorama histórico del Derecho Penal se han surtido dos tendencias. La denominada del Derecho Penal de Autor y la del Derecho Penal de Acto. La primera, reconocida porque tiene en cuenta aspectos inherentes a la persona del delincuente como su carácter, sus tendencias, sus preferencias, su ideología, su temperamento, su manera de ser y demás; proclama lo que la persona es. La segunda, se fundamenta en el principio de acto que apunta a lo que la persona hace, su comportamiento, sus externalidades.

En el Derecho Penal de Acto surge la necesidad de definir lo que se entiende por acción, procurándose abarcar la omisión dentro de esta. Asunto que se torna de gran complejidad, dándose sobre el tema una especie de renuncia. En tal sentido, Göessel apunta a que son tan cercanas que es muy difícil, muy complejo fijar linderos precisos. Afirma que esto se podrá procurar por una parte desde los ámbitos prejurídicos, ónticos, desde la apreciación de las cosas y por otro lado, desde la perspectiva normativa, mediante una valoración. Igualmente señala que, puede enfocarse desde un punto de vista conceptual negativo de acción, “evitable no evitación” que pretende establecer la acción como una forma especial de omisión³. Más adelante Günther Jakobs alude a la materia señalando al efecto que,

“(…) se impone la sospecha de que toda la diferenciación entre acción y omisión hoy ya no sea especialmente importante. A mi juicio la sospecha es acertada e intentaré a continuación aportar unas pruebas de ello (...) la diferencia entre acción y omisión atañe a una cuestión técnica y no a un aspecto sustancial (...). La configuración de la sociedad, a cuyo mantenimiento debe contribuir el derecho penal, no cris-

2 Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.” Código Penal Ley 599 de 2000 Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004- Ley 600 de 2000, Bogotá, Legis Editores S.A., 2023, p. 7.

3 GÖESSEL, KARL-HEINZ. *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984, p. 42.

taliza en naturalismos como la diferenciación entre comisión y omisión, sino en instituciones, como la que se basa en una posición solamente negativa o la basada en un *status positivo*⁴.

Surtida la discusión aparece en el ámbito del Derecho Penal la cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión con sus enfoques filosóficos, jurídicos y de política criminal y desde luego, rodeada con un halo controversial que vale la pena reseñar a continuación.

1.2. La cláusula de equivalencia.

Por el momento la situación queda saldada, pero sobreviene otra polémica, que tiene sus orígenes a finales del siglo XIX respecto a si se deben sancionar más benignamente las omisiones bajo la óptica de que aquellas producen mayor alarma social; por ejemplo, la acción de matar a puñaladas frente a matar a una persona someténdola a la privación de alimentos, sobre todo cuando el agente está obligado a su manutención. Surgiendo al efecto, diversidad de enfoques cuyo grueso estuvo encaminado a equipararlas; desde esta perspectiva gira la cláusula de equivalencia, equiparación o correspondencia entre la acción y la omisión.

Es por ello importante traer a colación lo expresado por el filósofo alemán Günther Jakobs, quien en su momento señaló lo siguiente:

“La cláusula de equivalencia no es, p.ej., una red de seguridad para cazar al vuelo las inseguridades en la fundamentación de deberes de responder, rigiendo más bien para aquellos delitos en los que la acción descrita típicamente no se agota en cualquier causación del resultado, sino que únicamente ciertos modos de acción realizan el tipo. En estos delitos vinculados a determinado comportamiento, la complementación con una versión omisiva debe llevarse a cabo también en correspondencia con la descripción de la acción”⁵.

A continuación, se abordarán de manera sucinta algunos aspectos relacionados con la génesis y avances teóricos de la controversial figura.

1.2.1. Orígenes y desarrollos.

El foco de la polémica se encontraba en Europa, principalmente en Italia y Alemania. Según el penalista español Jesús María Silva Sánchez fue en Italia donde se plasmó en el Código Rocco el enfoque de un principio de equiparación entre ciertas omisiones y las causaciones activas de carácter delictivo; perspectiva que fue tenida en cuenta en la reforma penal alemana y plasmada en el Código Penal de ese país en el parágrafo 13 donde se tuvo en cuenta que quien tiene un deber específico de evitar un resultado lesivo a un bien jurídico y no lo hace, responde como si lo hubiera realizado.

Prosigue Silva Sánchez que a partir de ese momento se propagó la formulación germánica, con mínimos cambios en los códigos penales austríaco, portugués, español y de ahí en adelante, se extendió a algunos países latinoamericanos⁶.

4 JAKOBS, GÜNTHER, “Acción y omisión en el Derecho penal”. *Cuaderno de conferencias y artículos*, 59 (2000). p. 7, 20 y 35.

5 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 954.

6 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. “El delito de omisión”. *Revistaderecho.ucn.cl*/ 28.03.1994, Disponible en <HTTPS://DOI.ORG/10.22199/S07189753.1993.0001.00004> (visto por última vez el 22.12.2023). p. 41–52.

En este sentido cobra interés traer a consideración lo ocurrido con dicha cláusula en la legislación penal colombiana, particularmente su consagración en el Código Penal vigente, esto es, en la Ley 599 del año 2000.

1.2.2. La cláusula de equivalencia y el Código Penal colombiano.

En Colombia la cláusula de equivalencia jurídica encierra una equiparación punitiva sin excepciones, pues da el mismo tratamiento a quien incumple un deber jurídico especial de impedir un resultado lesivo que a quien lo produce de manera positiva; es decir, mediante un hacer o actuar. De manera que queda proscrita toda consideración moral, religiosa o ética que sugiera proponer o postular cualquier disminución o atenuación punitiva como sucede, por ejemplo, en la legislación penal alemana. Desde esa perspectiva la mencionada cláusula es una fórmula producto de la política criminal de algunos Estados, que a la postre dejan su aplicación en las manos de los jueces que en un momento dado podrían quebrantar los principios de tipicidad inequívoca, de mínima intervención y proscripción de la analogía en materia penal. Su consagración, subyace en el Código Penal, a saber:

ART. 25.— **Acción y omisión.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PAR. — Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales⁷.

Frente a la posible vulneración del principio de legalidad surgió la necesidad de la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para morigerar sus alcances interpretativos⁸. Lo expresado en virtud de un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria proferida contra una juez civil municipal del país, precisamente por un punible de peculado culposo de comisión por omisión. Este evento no fue de impacto social ni tuvo el auge publicitario desplegado por los medios de comunicación, tal como se produjo con los otros insucesos que se abor-

7 cf. SILVA (*supra* nota 6), p. 9 y 10.

8 cf. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Bogotá, Radicado 25536. 27.07.2006. M.P. Álvaro Pérez Pinzón.

darán más adelante; no obstante, pudo captar la atención de los interesados en materia penal porque en esta oportunidad la Sala realizó un ejercicio hermenéutico de los alcances de la citada disposición penal.

Seguidamente, se aludirá a los servidores públicos y la temática tratada.

1.2.3. *La responsabilidad penal de los servidores públicos y el rompecabeza de los delitos de comisión por omisión.*

Es oportuno —por la dificultad que implica tratar de sintetizar esta compleja materia— traer a consideración lo que al respecto señala el penalista Fernández Carrasquilla: “(...) *Pese al esfuerzo manifiesto en la redacción del artículo 25 del C.P., las cláusulas de equiparación siguen siendo muy genéricas y se corre siempre el albur de confundir las fuentes jurídicas de vigilancia con los simples deberes morales o sociales.* Se trata, pues, de un instituto a manejar con gran prudencia a fin de no incurrir en injusticias manifiestas”⁹.

Así las cosas, se dice que la configuración de los punibles de omisión impura se asemeja a un rompecabeza cuyas piezas se identifican con las siguientes exigencias:

1. Un sujeto activo calificado, para el caso un servidor público que funja en la posición de garante.
2. La fuente del deber de garante, del actuar positivo (formales y materiales o funcionales).
3. Deberes especiales de intervención por competencia institucional (la identificación de los deberes jurídicos concretos).
4. La estructuración de una conducta típica, dolosa o culposa.
5. La no realización de una determinada acción.
6. La posibilidad de llevarla a cabo.
7. La producción de un resultado lesivo a bienes jurídicamente tutelados por el Estado.

Lo recién reseñado acredita que los punibles de comisión por omisión son tipos penales en blanco y resultativos. En ese sentido, tal vez, la complejidad que implica armar el acertijo se convierte en un obstáculo teórico para su construcción judicial. Parece que existe una cierta resistencia para su conformación desde lo sustancial, hermenéutico, argumentativo y procedimental, lo que sumado a la carga laboral de los despachos judiciales en Colombia, desemboca en los cuestionamientos esgrimidos en el presente ejercicio académico.

2. *Casos difíciles.*

A continuación, se reseñarán los eventos ilustrativos, que se erigen en garantes argumentativos de la temática desarrollada.

9 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Derecho Penal Parte General Teoría del Delito y de la Pena, Vol. I”. *El Delito: Visión Positiva y Negativa*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 252.

2.1. La muerte de los niños y niñas de la etnia wayuu.

De manera sucinta se esbozarán las condiciones históricas materiales que rodean al grupo indígena wayuu, no sin antes llamar la atención en el sentido de expresar que las centenares de muertes de infantes por física hambre y desnutrición han sido calificadas como un genocidio estatal¹⁰. La Guajira es un departamento situado en la parte norte de Colombia, forma una península limitada por el norte y el oeste con el mar Caribe, por el este con la República de Venezuela, por el sur con el departamento del Cesar y por el suroeste con el departamento del Magdalena¹¹.

Es aberrante lo que sucede con la infancia en la península de La Guajira; es fácil buscar en internet la información requerida para darse cuenta que lo ha acontecido es una infamia. Desde hace muchísimos años, la etnia wayuu ha sido víctima del desamparo, el abandono y el desgreño gubernamental¹².

Además, llama la atención que los entes gubernamentales encargados del dato estadístico no coincidan sobre la cifra oficial de fallecidos; de manera que el DANE (Departamento Nacional de Estadísticas) arroja unos datos y el INS (Instituto Nacional de Salud) arroja otros¹³. Sumado al abordaje sesgado de la administración de justicia, pues todo apunta a conductas punibles cometidas desde la corrupción y el desgreño administrativo reinante en el citado departamento. Esto es, no ha sido encarado desde la arista de la omisión del deber jurídico especial de los servidores públicos encargados de velar por los derechos prevalentes de la niñez wayuu, consagrados en la Constitución, los Pactos Internacionales de los derechos de los niños y en la Ley de la Infancia y la Adolescencia.

2.2. Los fallecidos en los arroyos de Barranquilla.

Desde hace mucho tiempo se ha apreciado y analizado la problemática de los arroyos de Barranquilla, se tomaron algunas medidas como las canalizaciones de varios de ellos, pero todavía persiste la dificultad en ciertos sectores de la ciudad¹⁴, con la permanente preocupación de sus habitantes ante el eventual fallecimiento de alguna persona o personas. De manera que la lluvia en Curramba —como se le conoce popularmente a Barranquilla— no es sinónimo de bendición sino de muerte.

Se ha establecido que la causa principal de los arroyos se circunscribe a “(...) la ausencia de un sistema de drenaje de aguas lluvias formal, las calles cumplen la función de alcantarillado

10 VÉLEZ, CÉSAR, “En La Guajira un genocidio normalizado”, *Informesderechoshumanos.com*, 30.09.2020. Disponible en <[HTTPS://INFORMESDERECHOSHUMANOS.COM/VI-EL-ROSTRO-DE-LA-GUERRA-LA-PANDEMIA-Y-LA-POBREZA/EN-LA-GUAJIRA-UN-GENOCIDIO-NORMALIZADO/](https://informesderechoshumanos.com/vi-el-rostro-de-la-guerra-la-pandemia-y-la-pobreza/en-la-guajira-un-genocidio-normalizado/)> (visto por última vez el 22.12.2023).

11 GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA, Guajira. “La Guajira”, *Laguajira.gov.co*, 24.03.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.LAGUAJIRA.GOV.CO/LAGUAJIRA/PAGINAS/LA-GUAJIRA.ASPX](https://www.laguajira.gov.co/LAGUAJIRA/PAGINAS/LA-GUAJIRA.ASPX)> (visto por última vez el 22.12.2023).

12 cf. DEJUSTICIA, “Hambre sed, mendicidad y muerte un que extermina al pueblo wayuu”. *Dejusticia.org*, 03.02.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.DEJUSTICIA.ORG/COLUMN/LAS-GRIETAS-EN-LA-INFORMACION-SOBRE-EL-HAMBRE-EN%20COLOMBIA/#:~:TEXT=EL%20A%C3%B1O%20PASADO%2C%2085%20D1%C3%B1OS,QUE%20SE%20ACABEN%20LAS%20EXCUSAS](https://www.dejusticia.org/column/las-grietas-en-la-informacion-sobre-el-hambre-en%20colombia/#:~:TEXT=EL%20A%C3%B1O%20PASADO%2C%2085%20D1%C3%B1OS,QUE%20SE%20ACABEN%20LAS%20EXCUSAS)> (visto por última vez el 22.12.2023).

13 cf. DEJUSTICIA, “Las grietas en la información sobre el hambre en Colombia”. *Dejusticia.org*, 03.02.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.DEJUSTICIA.ORG/COLUMN/LAS-GRIETAS-EN-LA-INFORMACION-SOBRE-EL-HAMBRE-EN-COLOMBIA/](https://www.dejusticia.org/column/las-grietas-en-la-informacion-sobre-el-hambre-en-colombia/)> (visto por última vez el 22.12.2023).

14 UNIVERSIDAD DEL NORTE. “Arroyos, riesgos y sostenibilidad”, *Uninorte.edu.co*, 21.09.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNINORTE.EDU.CO/WEB/DIP/ARROYOS-EN-BARRANQUILLA](https://www.uninorte.edu.co/web/dip/arroyos-en-barranquilla)> (visto por última vez el 26.12.2023).

pluvial superficial y, en épocas de lluvias, se forman en ellas fuertes corrientes de agua denominadas arroyos. Los arroyos en la ciudad ocasionan inundaciones, pérdidas de vidas humanas, daños en la infraestructura urbana y redes de servicios públicos, daños ambientales, parálisis en la actividad comercial, industrial, educativa y en el transporte urbano y deterioro en la salud pública”¹⁵.

Por considerar que existen ciertas aproximaciones entre los casos de los infantes de la etnia wayuu y los fallecidos en los arroyos de Barranquilla, seguidamente se señalarán algunos puntos de convergencia jurídico penal. En estos, se debió establecer si la acción omitida hubiera impedido el resultado; además, si la omisión creó el riesgo típico, lo que se logra mediante un juicio valorativo e igualmente, se debió afinar la relación de causalidad, delimitándola con los criterios de la imputación objetiva. Esta operación racional debe vincular el resultado con la fuente de peligro desde lo normativo en virtud del comportamiento omisivo. La autoridad institucional, tratándose de los fallecidos como consecuencia de los arroyos de Barranquilla como de lo atinente a la muerte por desnutrición de los infantes guajiros debió conocer de antemano el riesgo que corría la vida de esas personas, porque sistemática y dramáticamente el resultado era una constante; sin embargo, en el contexto específico no se adoptaron las medidas necesarias para contrarrestarlo.

Tanto en uno como en otro evento, la Fiscalía General de la Nación jamás asumió el conocimiento de lo ocurrido, por lo menos mediante una indagación preliminar encaminada a despejar las dudas sobre la tipicidad de los hechos y la eventual responsabilidad penal.

Ante la narrada ignominia padecida por el pueblo wayuu la Corte Constitucional de Colombia declaró el estado de cosas inconstitucional¹⁶, ya previamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se había pronunciado sobre el asunto¹⁷. Por lo menos algunos familiares de las víctimas de los arroyos de Barranquilla lograron indemnizaciones dinerarias por la vía de la reparación directa, pero respecto a los infantes wayuu solamente ha operado la denuncia social y los pronunciamientos recién anotados.

2.3. La muerte de los treinta y tres niños calcinados en Fundación.

Ha transcurrido casi una década desde aquel domingo 18 de mayo de 2014, cuando en jurisdicción de la población de Fundación, Colombia, una buseta de “servicio especial”, se incendió cuando transportaba 48 niños y una mujer mayor de edad. Estas personas retornaban a sus hogares después de participar en un acto religioso de evangelización impartido por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia¹⁸. La explosión se originó, dada las malas condiciones del auto-

15 UNIVERSIDAD DEL NORTE (*supra* nota 14).

16 CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia de Tutela T-39918. Las nuevas violaciones a los niños y niñas Wayuu constatadas judicialmente deben tenerse en cuenta en las soluciones estructurales en caso” *Corteconstitucional.gov.co*, 30.04.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/NOTICIA.PHP?T=359/18-LAS-NUEVAS-VIOLACIONES-A-LOS-NI%C3%B1OS-Y-NI%C3%B1AS-WAY%C3%BAU-CONSTATADAS-JUDICIALMENTE-DEBEN-TENERSE-EN-CUENTA-EN-LAS-SOLUCIONES-ESTRUCTURALES-EN-CURSO-8631](https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?T=359/18-LAS-NUEVAS-VIOLACIONES-A-LOS-NI%C3%B1OS-Y-NI%C3%B1AS-WAY%C3%BAU-CONSTATADAS-JUDICIALMENTE-DEBEN-TENERSE-EN-CUENTA-EN-LAS-SOLUCIONES-ESTRUCTURALES-EN-CURSO-8631)> (visto por última vez el 26.12.2023).

17 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS. *Resolución 60/2015 del 11 de diciembre del 2015. Medidas cautelares*. CIDH, Washington D.C., 2015. p. 1.

18 cf. IGUARÁN, AGUSTÍN. “Ocho años después de una tragedia vial que se cobró 33 vidas”. *Elheraldo.com.co* 18.05.2022. Disponible en <https://www.elheraldo.com/magdalena/ocho-anos-de-una-tragedia-vial-que-se-cobro-33-vidas-909339>> (visto por última vez el 26.12.2023).

motor, lo que provocó el calcinamiento de 33 niños de corta edad y la muerte de una mujer. Se supo que el conductor del automotor¹⁹ y el representante de la nombrada congregación religiosa resultaron ilesos y posteriormente fueron judicializados y condenados, cada uno a una pena de 11 años de prisión por los punibles de homicidio culposo²⁰.

Debe resaltarse que con ocasión del trágico episodio el Instituto de Transporte de Fundación fue sancionado en virtud de un recurso de apelación resuelto por la Superintendencia de Puertos y Transporte con una multa de 462 millones de pesos por no cumplir con sus funciones de control, seguridad y demás, en el perímetro del municipio de Fundación²¹.

Destáquese además que:

“El bus modelo 1993, (...), en el que viajaban los niños que murieron incinerados, luego de que el conductor intentó inyectarle gasolina al carburador con una pimpina que llevaba dentro del carro y esto provocó un incendio, desde 2012 no contaba con tarjeta de operación y había sido desvinculado de la empresa Coonortin, en el Atlántico.

(...) tampoco contaba con el documento de revisión técnico-mecánica, tenía el Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito (SOAT) vencido y el chofer no tenía licencia de conducción”²².

Posteriormente, se supo que el Tribunal Administrativo del Magdalena ordenó a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, pagar la suma de 25 mil millones de pesos a los familiares de los niños incinerados, exonerando de toda responsabilidad al Ministerio de Transporte, al Municipio de Fundación y a la Policía Nacional²³.

Frente a lo reseñado, salta a la vista que las conductas omisivas desplegadas por las autoridades de Fundación encargadas de la seguridad, control y vigilancia del tránsito automotor quedaron en el limbo jurídico penal y nuevamente, las indemnizaciones dinerarias a las víctimas se materializaron en los estrados judiciales.

2.4. La caída del puente Chirajara y sus consecuencias mortales.

Las empresas Gisaico S.A.S. y Coviandes fueron protagonistas centrales en la construcción del puente Chirajara; por tanto, tenían la responsabilidad de garantizar su seguridad y calidad. A partir de esta premisa surge la necesidad de establecer quién o quiénes tenían el deber jurídico especial de actuar como garantes en aras de evitar el catastrófico resultado que devino en muerte y destrucción.

A pesar de la complejidad que supone la interpretación de lo ocurrido, parece evidenciarse que quienes representaban a las citadas compañías incumplieron sus deberes jurídicos especia-

19 IGUARÁN (*supra* nota 18).

20 IGUARÁN (*supra* nota 18).

21 BENJUMEA BRITO, PAOLA, “Sancionan a Instituto de Tránsito de Fundación por accidente de bus. Por el incidente, donde murieron 33 niños y una mujer, tendrá que pagar 462 millones” *El tiempo.com*, 21.08.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-14414975](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14414975)> (visto por última vez el 08.01.2024).

22 BENJUMEA BRITO (*supra* nota 21).

23 MEDINA LOZANO, ADALÍS, “Iglesia pentecostal y la millonaria indemnización por muerte de 33 niños en Fundación, Magdalena Los 33 niños murieron quemados en un bus en Fundación, Magdalena, en el año 2014”. *Rcnradio.com*, 17.06.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.RCNRADIO.COM/COLOMBIA/CARIBE/IGLESIA-PENTECOSTAL-Y-LA-MILLONARIA-INDEMNIZACION-POR-MUERTE-DE-33-NINOS-EN](https://www.rcnradio.com/COLOMBIA/CARIBE/IGLESIA-PENTECOSTAL-Y-LA-MILLONARIA-INDEMNIZACION-POR-MUERTE-DE-33-NINOS-EN)> (visto por última vez el 26.12.2023).

les, generándose la posible configuración de la cláusula de equivalencia, donde no hacer algo se equipara a hacerlo y consecuentemente, se apertura la posibilidad de la realización de un punible de comisión por omisión. Recuérdese que la empresa Gisaico S.A.S. era la encargada²⁴ de llevar a cabo el proyecto, previo los estudios encomendados que abarcaban desde el análisis del suelo y el subsuelo, los cálculos para el aseguramiento de la resistencia, la falta de supervisión y demás, ya que cualquier error al respecto se traduciría en consecuencias fatales para la materialización del proyecto y consecuentemente, la dilapidación de los insumos invertidos para la realización de la obra.

Ahora bien, en lo que respecta a Coviandes, decidieron continuar con el proyecto a pesar del conocimiento que tuvieron de las fallas estructurales que habían sido detectadas, incrementándose notablemente el riesgo contra la vida de aproximadamente doscientos trabajadores que se hallaban en el sitio del colapso de la columna B pero que finalmente terminó con la vida de nueve de estos. Desde esta perspectiva se puede inferir que proseguir la construcción inadecuadamente proyectada – se reitera – no obstante, el conocimiento de su imperfecto diseño, hacia previsible el resultado esperado y la asunción voluntaria de una fuente de riesgo “dentro del ámbito de su dominio” y de las consecuencias jurídicas, sociales y económicas de su fatídico desplome. Convirtiéndose este tópico²⁵ en algo nuclear para la investigación penal: el conocimiento previo de los errores del diseño y los cuestionados insumos para la construcción de la obra; tanto es así que se llevaron a cabo varios estudios encaminados a establecerlos²⁶ y hasta se provocó la conformación de un tribunal de arbitramento para lo pertinente²⁷.

Nuevamente, las sumas de dinero saltan a la palestra, pero en esta oportunidad los familiares de las víctimas fueron indemnizados por entidades privadas y no por el Estado. Todo encaminado a la preclusión de la investigación penal en curso por los homicidios calificados como culposos. En ese sentido la Fiscalía lo solicitó, lo que no fue aceptado en su momento²⁸. De todas maneras, la cláusula de equivalencia brilló por su ausencia.

2.5. El colapso mortal del Edificio Blas de Lezo en Cartagena.

El insuceso ocurrió en Cartagena de Indias el día 27 de abril de 2017 cuando se desplomó el edificio residencial de seis pisos más terraza, en construcción, portales de Blas de Lezo II, con

24 COVIANDES, “Informe de investigación determina que el colapso de la torre B del Puente Chirajara obedeció a error de diseño”. *Coviandes.com*, 26.04.2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.COVIANDES.COM/NOTICIAS/INFORME-DE-INVESTIGACION-DETERMINA-QUE-EL-COLAPSO-DE-LA-TORRE-B-DEL-PUENTE-CHIRAJARA](https://www.covianDES.COM/NOTICIAS/INFORME-DE-INVESTIGACION-DETERMINA-QUE-EL-COLAPSO-DE-LA-TORRE-B-DEL-PUENTE-CHIRAJARA)> (visto por última vez el 27.12.2023).

25 ESCOBAR CORREA, MARÍA VICTORIA, “El Chirajara no lo diseñó en una servilleta: Héctor Urrego”. *ElColombiano.com*, 29.02.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELCOLOMBIANO.COM/COLOMBIA/HECTOR-URREGO-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-LO-DISENO-EN-UNA-SERVILLETA-FE12430612](https://www.elcolombiano.com/COLOMBIA/HECTOR-URREGO-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-LO-DISENO-EN-UNA-SERVILLETA-FE12430612)> (visto por última vez el 28.12.2023).

26 cf. CARACOL RADIO, “Cinco estudios dicen que puente Chirajara se cayó por problemas de diseño”, *Caracol.com.co*, 15.01.2020. Disponible en <[HTTPS://CARACOL.COM.CO/PROGRAMA/2020/01/14/6AM_HOY_POR_HOY/1579007509_279550.HTML](https://CARACOL.COM.CO/PROGRAMA/2020/01/14/6AM_HOY_POR_HOY/1579007509_279550.HTML)> (visto por última vez el 29.12.2023).

27 cf. BOHÓRQUEZ GUEVARA, KEVIN STEVEN, “Tribunal de Arbitramento concluyó que puente Chirajara no se cayó solo por errores de diseño”. *LaRepública.co*, 02.03.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.LAREPUBLICA.CO/ECONOMIA/TRIBUNAL-DE-ARBITRAMENTO-DICE-QUE-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-CAYO-POR-ERRORES-DE-DISENO-2972175](https://WWW.LAREPUBLICA.CO/ECONOMIA/TRIBUNAL-DE-ARBITRAMENTO-DICE-QUE-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-CAYO-POR-ERRORES-DE-DISENO-2972175)> (visto por última vez el 08.01.2024).

28 INFOBAE COLOMBIA, “Juez de Villavicencio reprochó a la Fiscalía por solicitar el preclusión del proceso por muerte de 9 trabajadores en el puente de Chirajara”. *Infobae.com*, 15.08.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/COLOMBIA/2021/08/15/JUEZ-DE-VILLAVICENCIO-REPROCHO-A-LA-FISCALIA-POR-SOLICITAR-LA-PRECLUSION-DEL-PROCESO-POR-LA-MUERTE-DE-9-TRABAJADORES-EN-EL-PUENTE-DE-CHIRAJARA/](https://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/COLOMBIA/2021/08/15/JUEZ-DE-VILLAVICENCIO-REPROCHO-A-LA-FISCALIA-POR-SOLICITAR-LA-PRECLUSION-DEL-PROCESO-POR-LA-MUERTE-DE-9-TRABAJADORES-EN-EL-PUENTE-DE-CHIRAJARA/)> (visto por última vez el 08.01.2024).

un saldo de 22 personas fallecidas y 21 personas lesionadas. Evento que permitió conocer un cúmulo de inconsistencias surgidas en el proceso de levantamiento de la obra, que van desde el estudio de suelo, la falsedad de la licencia de construcción expedida por la respectiva autoridad institucional, denominada licencia urbanística de construcción, que debía sujetarse a las exigencias del Reglamento de Construcciones sismo resistentes²⁹. Se reitera, en este asunto el cliché fue el incumplimiento generalizado de las regulativas urbanísticas, desde el número de pisos establecidos para el sector hasta el uso de materiales inapropiados para su construcción. Al respecto, se realizaron estudios hasta el punto que se afirmó que se estaba construyendo un “edificio de papel”³⁰.

El catastrófico derrumbe visibilizó graves omisiones por parte de algunas autoridades competentes encargadas del control y vigilancia de la obra³¹ y el afán desmedido de la Constructora Quiroz S.A.S. de aumentar su patrimonio económico mediante conductas delictivas relacionadas con el uso de documento falso, obtención de documento falso, fraude procesal, estafa en la modalidad de delito masa y lo más trascendente, los múltiples homicidios y lesiones producidos a personas directamente vinculadas con la construcción de la obra, con el concurso de varios funcionarios de las alcaldías menores de Cartagena acusados de omitir sus funciones de control como también, servidores públicos funcionalmente articulados con la Dirección Administrativa de Control Urbano e inclusive, se vinculó a un inspector de policía de Cartagena y desde luego, a algunos miembros de la familia Quiroz, directamente relacionada con la constructora de la aludida edificación³².

Ante estos lamentables hechos, que jamás debieron ocurrir y donde la posibilidad de evitarlos fue latente, la cláusula de equivalencia de nuevo quedó escrita en el Código Penal colombiano y la estructuración del rompecabezas de posibles conductas punibles de comisión por omisión van rumbo a la impunidad, sobre todo frente a los servidores públicos concurrentes en este evento dolosamente omisivo. La respuesta dada al asunto no es coherente con la gravedad de lo acaecido: “Lo cierto, es que en la justicia penal, nadie paga por la muerte de 21 obreros que lo único que hicieron fue trabajar arduamente para lograr el sustento de su familia, mientras tanto, los constructores siguen en sus negocios edificando su riqueza a costa de muchos”³³.

29 MADARIAGA SUÁREZ, LILIANA DEL CARMEN, “Estudio del caso desplome edificio Portales de Blas de Lezo II”. *Repositorio. ucm.edu.co*, 20.05.2019. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UCM.EDU.CO/HANDLE/10839/2475](https://repositorio.ucm.edu.co/handle/10839/2475)> (visto por última vez el 08.01.2024).

30 MORALES GUTIÉRREZ, WILSON, “Portales de Blas de Lezo II, el edificio de papel”. *Eluniversal.com.co*, 24.04.2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELUNIVERSAL.COM.CO/SUCESOS/PORTALES-DE-BLAS-DE-LEZO-II-EL-EDIFICIO-DE-PAPEL-276792-EBEU392170](https://www.eluniversal.com.co/sucesos/portales-de-blas-de-lezo-ii-el-edificio-de-papel-276792-EBEU392170)> (visto por última vez el 08.01.2024).

31 La Secretaría de Planeación; la dirección Administrativa de Control Urbano; el Alcalde Local 3 y los inspectores de Policía 2 y 3, entre otras.

32 CARACOL CARTAGENA, “Dos miembros del ‘clan Quiroz’ serían condenados por construcciones ilegales en Cartagena. Este sentido de fallo fue proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento”. *Caracol.com.co*, 05.03.2024. Disponible en <[HTTPS://CARACOL.COM.CO/2024/03/05/DOS-MIEMBROS-DEL-CLAN-QUIROZ-SERIAN-CONDENADOS-POR-CONSTRUCCIONES-ILEGALES-EN-CARTAGENA/](https://caracol.com.co/2024/03/05/dos-miembros-del-clan-quiroz-serian-condenados-por-construcciones-ilegales-en-cartagena/)> (visto por última vez el 08.01.2024).

33 AGENCIA PERIODISMO INVESTIGATIVO. “Tragedia del edificio Blas de Lezo en Cartagena: impune seis años después pese a 21 obreros muertos”. *Agenciapi.co*, 27.04.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.AGENCIAPI.CO/NOTICIA/DE-MEMORIA/TRAGEDIA-DEL-EDIFICIO-BLAS-DE-LEZO-EN-CARTAGENA-IMPUNE-SEIS-ANOS-DESPUES-PESE-21-OBREROS-MUERTOS](https://www.agenciapi.co/noticia/de-memoria/tragedia-del-edificio-blas-de-lezo-en-cartagena-impune-seis-anos-despues-pe-se-21-obreros-muertos)> (visto por última vez el 08.01.2024).

2.6. El derrumbe del edificio Space y su secuela de muerte y destrucción.

El caso del edificio Space de Medellín constituye un trágico insuceso acaecido el 12 de octubre del año 2013 al derrumbarse la torre 6 que formaba parte de un complejo residencial ubicado en un exclusivo sector de Medellín. Contaba con seis torres de apartamentos construidas por etapas por la empresa Lérida Constructora de Obras CDO. Su colapso generó la muerte de doce personas, entre ellas un residente, un vigilante y diez trabajadores que estaban realizando reparaciones a la estructura del edificio. Las otras torres fueron evacuadas y demolidas por riesgo inminente de derrumbe³⁴. Errores de construcción, materiales de baja calidad y la falta de refuerzos estructurales adecuados propiciaron el insuceso³⁵; además, dejó al descubierto serias carencias éticas por parte de quienes participaron en la obra por no cumplir los estándares de calidad y de seguridad, tampoco se hicieron efectivos los correspondientes controles institucionales³⁶. Este complejo asunto, por sus características impactó intereses económicos, sociales y generó una prolongada historia judicial³⁷.

La responsabilidad del Distrito de Medellín y del Estado colombiano constituyó un punto central en la discusión frente al resultado trágico. Se dijo, que las autoridades locales no habían ejercido adecuadamente su misión de supervisar y garantizar la seguridad de las construcciones en la ciudad. Esta omisión podría haber contribuido, desde luego, al trágico colapso. Además, se cuestionó si las regulaciones normativas de la construcción en Colombia eran suficientemente estrictas y si se aplicaban de manera efectiva³⁸.

Entonces, ¿qué se puede destacar de todo lo anterior frente al sinnúmero de omisiones detectadas? En este sentido vale la pena señalar que, la legislación colombiana no establece como obligación para la construcción de obras financiadas con capital privado la contratación de una entidad de supervisión. Sin embargo, como se evidenció en el presente asunto, la ausencia de esta figura fue notable. La curaduría no cumplió con esta función, dado que legalmente, en su momento, no tenía la potestad de supervisión³⁹. Esta desgracia, por lo menos, permitió la expedición de la Ley 1796 del 2016 o ley de vivienda segura o ley antiSpace que obliga a los constructores a contratar una póliza de responsabilidad civil extra-contractual que cubra los daños materiales y personales que se puedan originar por defectos en la construcción. Además, se creó la Superintendencia Delegada para los Curadores Urbanos y la aplicación de un régimen disciplinario especial para estos funcionarios⁴⁰.

34 cf. ORTIZ JIMÉNEZ, JUAN DIEGO, “10 años de la caída del edificio Space: la herida aún no cierra y la última condena no se ha pagado”. *ElColombiano.com*, 12.10.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELCOLOMBIANO.COM/MEDELLIN/10-ANOS-DE-LA-CAIDA-DEL-EDIFICIO-SPACE-EN-EL-POBLADO-MEDELLIN-BD22655004](https://www.elcolombiano.com/medellin/10-anos-de-la-caida-del-edificio-space-en-el-poblado-medellin-BD22655004)> (visto por última vez el 10.01.2024).

35 cf. ALCALDÍA DE MEDELLÍN, “Informe final – Fase III. concepto técnico en relación a las causas más probables del colapso del edificio Space”, *Medellin.gov.co*, 03.10.2014. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEDELLIN.GOV.CO/IR/CO/KM/DOCS/PCCDESIGN/SUBPORTALDELCIUDADANO_2/PLANDEDESARROLLO_0_15/NOTICIAS/SHARED%20CONTENT/DOCUMENTOS/2014/UNIANDES_INFORME-FINAL-FASE3-SPACE-RESUMEN.PDF](https://www.medellin.gov.co/IR/CO/KM/DOCS/PCCDESIGN/SUBPORTALDELCIUDADANO_2/PLANDEDESARROLLO_0_15/NOTICIAS/SHARED%20CONTENT/DOCUMENTOS/2014/UNIANDES_INFORME-FINAL-FASE3-SPACE-RESUMEN.PDF)> (visto por última vez el 10.01.2024).

36 ORTIZ JIMÉNEZ, JUAN DIEGO (*supra* nota 34).

37 ORTIZ JIMÉNEZ, JUAN DIEGO (*supra* nota 34).

38 ORTIZ JIMÉNEZ, JUAN DIEGO (*supra* nota 34).

39 SUÁREZ PEÑA, MARÍA CAMILA “¿Cuál es el efecto del edificio Space para el sector de la construcción en el país?”. *LaRepublica.co*, 23.09.2014. Disponible en <[HTTPS://WWW.LAREPUBLICA.CO/EMPRESAS/CUAL-ES-EL-EFECTO-DEL-EDIFICIO-SPACE-PARA-EL-SECTOR-DE-LA-CONSTRUCCION-EN-EL-PAIS-2172371](https://www.larepublica.co/empresas/cual-es-el-efecto-del-edificio-space-para-el-sector-de-la-construccion-en-el-pais-2172371)> (visto por última vez el 10.01.2024).

40 SUÁREZ PEÑA (*supra* nota 39).

En suma, el *cliché* de todo este asunto fue el pago de sumas de dinero por concepto de indemnizaciones a las víctimas por la multiplicidad de omisiones detectadas; mismas que reflejan la declinación de los deberes jurídicos especiales del garante, estructuradas en la cláusula de equivalencia.

2.7. Los muertos y heridos en las corralejas de El Espinal, Tolima.

El día 26 de junio del 2022 en El Espinal, Tolima ocurrió el desplome de unos palcos que fueron construidos con ocasión de las festividades tradicionales de San Pedro y San Pablo, hecho que dejó como resultado cuatro personas muertas, incluyendo a un bebé de un año más o menos, sumado a un sinnúmero de lesionados entre estos catorce mujeres en estado de gestación⁴¹. Llama la atención que la Alcaldía del nombrado municipio hizo pública la siguiente exhortación:

“A toda la ciudadanía por favor colaborar con los menores de edad que se encuentran extraviados, por favor llevarlos a la Alcaldía municipal de El Espinal, la Policía de Infancia y adolescencia está en este punto y también con personal en diferentes lugares, pero por favor si saben de algún menor de edad extraviado, llevarlo a la Alcaldía”⁴².

Del mismo modo, se destaca que tanto el alcalde como el constructor de los anunciados palcos se pronunciaron en el sentido de defender la realización de la tradicional festividad y de admitir la falta de prueba de carga de aquellos como también, sobre la utilización de materiales inidóneos, como por ejemplo guadua de tierra fría que al llegar a tierra caliente se estalla, es decir, guadua inestable para su elaboración⁴³.

En otro sentido, la Procuraduría General de la Nación anunció a través de su cuenta de X (antiguo Twitter):

“La Procuraduría abrirá investigación disciplinaria al Alcalde de El Espinal, Tolima, por tragedia en corralejas. El mandatario no respondió los requerimientos sobre planes de acción de atención de desastres realizados. Nos solidarizamos con familiares de heridos y fallecidos”⁴⁴. En lo que corresponde a la justicia penal, “(...) la Fiscalía se prepara para imputarle cargos a Luis Ernesto García, señalado como constructor y administrador de los palcos siniestrados, quien deberá responder por homicidio y dice el ente investigador que ya cuenta con los elementos materiales suficientes para dicha imputación”⁴⁵.

41 cf. SEMANA, “Procuraduría abre investigación contra el alcalde de El Espinal por tragedia en Corraleja”, *Semana.com*, 26.06.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.SEMANA.COM/NACION/ARTICULO/ATENCION-PROCURADURIA-ABRE-INVESTIGACION-POR-TRAGEDIA-EN-CORRALEJA-EN-EL-ESPINAL/202213/](https://www.semana.com/nacion/articulo/atencion-procuraduria-abre-investigacion-por-tragedia-en-corraleja-en-el-espinal/202213/)> (visto por última vez el 11.01.2024).

42 EL ESPECTADOR, “Se conocen más detalles de tragedia en corraleja de El Espinal, Tolima”, *ElEspectador.com*, 26.06.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELESPECTADOR.COM/COLOMBIA/MAS-REGIONES/SE-CONOCEN-MAS-DETALLES-DE-TRAGEDIA-EN-CORRALEJA-DE-EL-ESPINAL-TOLIMA/](https://www.elspectador.com/colombia/mas-regiones/se-conocen-mas-detalles-de-tragedia-en-corraleja-de-el-espinal-tolima/)> (visto por última vez el 11.01.2024).

43 BLU RADIO, “No hicimos pruebas de carga”: organizador de palcos colapsados en El Espinal”, *Bluradio.com*, 28.06.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.BLURADIO.COM/NACION/NO-HICIMOS-PRUEBAS-DE-CARGA-ORGANIZADOR-DE-PALCOS-COLAPSADOS-EN-EL-ESPINAL-RC10](https://www.bluradio.com/nacion/no-hicimos-pruebas-de-carga-organizador-de-palcos-colapsados-en-el-espinal-rg10)> (visto por última vez el 11.01.2024).

44 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “La Procuraduría abrirá investigación disciplinaria al alcalde de El Espinal (...)”, *X.com*, 26.06.2022. Disponible en <[HTTPS://TWITTER.COM/PGN_COL/STATUS/1541220793786531840](https://twitter.com/PGN_COL/status/1541220793786531840)> (visto por última vez el 11.01.2024).

45 FERNÁNDEZ BELTRÁN, MIREYA, “Dos meses de la tragedia por corralejas en El Espinal: joven que quedó parapléjico clama por ayuda”, *NoticiasCaracolTV.com*, 28.08.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.NOTICIASCARACOL.COM/COLOMBIA/DOS-MESSES-DE-LA-TRAGEDIA-POR-CORRALEJAS-EN-EL-ESPINAL-JOVEN-QUE-QUEDO-PARAPLEJICO-CLAMA-POR-AYUDA-RC10](https://www.noticiascaracol.com/colombia/dos-meses-de-la-tragedia-por-corralejas-en-el-espinal-joven-que-quedo-paraplejico-clama-por-ayuda-rg10)> (visto por última vez el 11.01.2024).

Como se observará en el presente asunto no se tuvieron en cuenta por parte de los servidores públicos involucrados las experiencias de destrucción y muerte acaecidas en situaciones similares con ocasión de los hechos suscitados en Sincelejo, Sucre el 20 de enero de 1980 que arrojó cerca de quinientas personas muertas, miles de heridos y lisiados y donde finalmente, se condenó a dicho municipio y al Estado al pago de \$4.356.000.000.00 por concepto de indemnizaciones dinerarias a los familiares de las víctimas dado que se acreditó que eran responsables de los daños antijurídicos ocasionados⁴⁶. Tampoco se tuvo en cuenta lo acontecido en el municipio de Honda, Tolima donde murieron siete personas y resultaron heridas aproximadamente cincuenta, precisamente por la construcción improvisada de palcos para corralejas, donde del mismo modo la jurisdicción contenciosa administrativa (Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima) falló dinerariamente contra el ente gubernamental y a favor de las víctimas⁴⁷.

En resumen, hasta el momento se desconoce la vinculación a un proceso penal, en calidad de garante del alcalde de la mencionada localidad a la luz de la conocida cláusula de equivalencia, porque posiblemente omitió su deber jurídico especial de vigilancia y control que deviene de su papel de primera autoridad del municipio frente a sus habitantes. De manera que, se evidencian comportamientos omisivos que generan algunos interrogantes: ¿cuál fue el papel institucional del Alcalde en esta tragedia? ¿cumplieron los contratistas y organizadores funciones de garantía frente a los asistentes a las corralejas de El Espinal?

En general, frente a los casos difíciles planteados se podría decir, a manera de concesión argumental, que la estructuración de esta clase de punibles omisivos encierra una gran complejidad; sobre todo, cuando se involucran servidores públicos. Recuérdese que se trata de tipos penales en blanco que pueden realizarse de una manera dolosa o culposa; que requieren de una estructuración típica, por un lado y por otro, la posición de garante del servidor público y la concreción del deber jurídico especial incumplido debe estar claramente consagrado y delimitado en la Constitución, la ley, el reglamento, el contrato y demás, tratándose de fuentes formales o en su defecto, en fuentes funcionales o materiales resultantes del rol que cumplen las personas en la dinámica social frente al principio de solidaridad. En todo caso, algunos servidores públicos al momento de posesionarse asumen voluntariamente la protección real de los coasociados o de una fuente de riesgo, dentro de su propio ámbito institucional.

46 BARRIOS, FRANCISCO JAVIER. "Corralejas de Sincelejo: 43 años de la tragedia que el país olvidó". *El Tiempo.com*, 20.01.2023. Disponible en <<https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/corralejas-de-sincelejo-43-anos-de-la-tragedia-que-el-pais-ya-olvido-735392#:~:text=El%2020%20de%20enero%20de,muertos%20y%20miles%20de%20heridos.&text=han%20pasado%2043%20a%C3%B1os%20de,muertos%20como%20ese%20d%C3%ADa%20doloroso>> (visto por última vez el 11.01.2024).

47 CONSEJO DE ESTADO. CE-SEC-EXP1988-N-3571: "(...) aunque la actividad de fiesta hubiera sido exclusivamente privada era obligación de la administración local tener conocimiento de su celebración; porque ello comprometería directamente el orden público de la ciudad y por tanto, las autoridades municipales debieron estar preparadas para evitar un insuceso".

Conclusiones.

Por lo plasmado, se coligue lo siguiente:

1. Se enfatiza que con la temática tratada, no sólo se aspira a la realización de un simple ejercicio teórico sobre la cláusula de equivalencia frente a las conductas omisivas de algunos servidores públicos del Estado colombiano que en determinadas circunstancias fácticas al parecer fungieron en la posición de garantes, sino que se pretende algo más, la visibilización y la concientización de la comunidad jurídica en general y de la colectividad jurídico penal en particular, en clave de evidenciar el estado de cosas que vive Colombia por la posible responsabilidad penal de aquellos frente a comportamientos omisivos dada la inoperancia o la inaplicabilidad judicial de la cláusula de equivalencia, donde el no hacer algo equivale a realizarlo.
2. La ética de los servidores públicos juega un papel determinante en su quehacer jurídico, porque debe primar por encima de sus intereses o sesgos. Igualmente, deben apegarse en su ejercicio institucional a los principios y valores que demandan sus deberes jurídicos especiales consagrados en la Carta Política, en la ley, en el reglamento, en el manual de funciones y demás.
3. Desde tal perspectiva surge un asunto destacable a partir del comportamiento omisivo de algunos servidores públicos, que en principio parecían fungir en la posición de garantes, pues dadas las circunstancias estimadas en el presente documento académico, se tradujeron en casos difíciles y problemáticos los que por sus dimensiones humanas y de extrema gravedad ameritaban un mejor tratamiento judicial que el recibido hasta ahora.
4. Situación que los ha encaminado a la jurisdicción contenciosa administrativa en busca de indemnizaciones dinerarias derivadas de la acción de reparación directa y restablecimiento del derecho, donde logran estructurar desde lo procesal el juicio de responsabilidad administrativa del Estado. Cumplido lo anterior, resulta relativamente fácil individualizar e identificar a los servidores públicos concurrentes en la omisión cuestionada; ello en virtud de la acción de repetición, que busca que respondan patrimonialmente por los daños ocasionados por el incumplimiento efectivo de sus deberes jurídicos especiales. Lo que no es pertinente porque el ente gubernamental colombiano casi nunca repite para materializar la mencionada acción. Tampoco percibe que, del comportamiento oficial del servidor público, podría derivarse responsabilidad penal dado el resultado típico generado por su omisión.
5. La cláusula de equivalencia quedó escrita como se evidencia en los casos relacionados, donde el común denominador de las conductas cuestionadas se vincula con el verbo rector omitir, conjugado en pasado y con nefastas consecuencias, que por su entidad, sensibilidad y magnitudes humanas merecían un mejor y más adecuado manejo institucional. Lo que se traduce en que los servidores públicos no realizaron los actos con los que se hallaban institucionalmente vinculados; incumplimientos que mayoritariamente se identifican con corrupción, incuria, apatía, desinterés o falta de compromiso.
6. También se evidenció pasividad en la reacción penal del Estado; sobre todo, en lo atinente a los arroyos de Barranquilla y a los niños de la etnia wayuu, donde el aparato estatal permaneció estático desde el campo de lo punitivo, porque en los otros insucesos, la administración de justicia se sesgó dado que no vinculó a todos los concurrentes por los posibles comportamientos punibles investigados; especialmente, lo hizo con particulares y muy parcialmente con los servidores públi-

cos; pero del mismo modo, nada se concretó desde el ámbito de la teoría jurídica de la comisión por omisión.

7. Lo cuestionado se traduce en muertes, lesiones corporales, daños patrimoniales y ambientales con sus aparejados efectos colaterales de dolor, indemnizaciones dinerarias, impunidad y olvido. También arroja una constante, los servidores públicos declinaron sus deberes jurídicos especiales de cara a su posición de garante y a la cláusula de equivalencia.

Bibliografía.

- Agencia Periodismo Investigativo. "Tragedia del edificio Blas de Lezo en Cartagena: impune seis años después pese a 21 obreros muertos". *Agenciapi.co*, 27.04.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.AGENCIAPI.CO/NOTICIA/DE-MEMORIA/TRAGEDIA-DEL-EDIFICIO-BLAS-DE-LEZO-EN-CARTAGENA-IMPUNE-SEIS-ANOS-DESPUES-PESE-21-OBREROS-MUERTOS](https://www.agenciapi.co/noticia/de-memoria/tragedia-del-edificio-blas-de-lezo-en-cartagena-impune-seis-anos-despues-pe-se-21-obreros-muertos)> (visto por última vez el 08.01.2024).
- Alcaldía De Medellín, "Informe final – Fase III. concepto técnico en relación a las causas más probables del colapso del edificio Space", *Medellin.gov.co*, 03.10.2014. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEDELLIN.GOV.CO/IRJ/GO/KM/DOCS/PCCDESIGN/SUBPORTALDELCIUDADANO_2/PLANDEDESARROLLO_O_15/NOTICIAS/SHARED%20CONTENT/DOCUMENTOS/2014/UNIAND-ES_INFORME-FINAL-FASE3-SPACE-RESUMEN.PDF](https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/subportaldelciudadano_2/plandedesarrollo_o_15/noticias/shared%20content/documentos/2014/unian-des_informe-final-fase3-space-resumen.pdf)> (visto por última vez el 10.01.2024).
- BARRIOS, FRANCISCO JAVIER, "Corralejas de Sincelejo: 43 años de la tragedia que el país olvidó". *ElTiempo.com*, 20.01.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/COLOMBIA/OTRAS-CIUDADES/CORRALEJAS-DE-SINCELEJO-43-ANOS-DE-LA-TRAGEDIA-QUE-EL-PAIS-YA-OLVIDO-735392#:~:TEXT=EL%2020%20DE%20ENERO%20DE,MUERTOS%20Y%20MILES%20DE%20HERIDOS.&TEXT=HAN%20PASADO%2043%20A%C3%B1OS%20DE,MUERTOS%20COMO%20ESE%20D%C3%ADA%20DOLOROSO](https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/corralejas-de-sincelejo-43-anos-de-la-tragedia-que-el-pais-ya-olvido-735392#:~:text=EL%2020%20DE%20ENERO%20DE,MUERTOS%20Y%20MILES%20DE%20HERIDOS.&text=HAN%20PASADO%2043%20A%C3%B1OS%20DE,MUERTOS%20COMO%20ESE%20D%C3%ADA%20DOLOROSO)> (visto por última vez el 11.01.2024).
- BENJUMEA BRITO, PAOLA, "Sancionan a Instituto de Tránsito de Fundación por accidente de bus. Por el incidente, donde murieron 33 niños y una mujer, tendrá que pagar 462 millones" *ElTiempo.com*, 21.08.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-14414975](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14414975)> (visto por última vez el 08.01.2024).
- BLU RADIO, "No hicimos pruebas de carga": organizador de palcos colapsados en El Espinal", *Bluradio.com*, 28.06.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.BLURADIO.COM/NACION/NO-HICIMOS-PRUEBAS-DE-CAR-GA-ORGANIZADOR-DE-PALCOS-COLAPSADOS-EN-EL-ESPINAL-RG10](https://www.bluradio.com/nacion/no-hicimos-pruebas-de-car-ga-organizador-de-palcos-colapsados-en-el-espinal-rg10)> (visto por última vez el 11.01.2024).
- BOHÓRQUEZ GUEVARA, KEVIN STEVEN, "Tribunal de Arbitramento concluyó que puente Chirajara no se cayó solo por errores de diseño". *LaRepublica.co*, 02.03.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.LAREPUBLICA.CO/ECONOMIA/TRIBUNAL-DE-ARBITRAMENTO-DICE-QUE-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-CAYO-POR-ERRO-RES-DE-DISENO-2972175](https://www.larepublica.co/economia/tribunal-de-arbitramento-dice-que-el-puente-chirajara-no-cayo-por-erro-res-de-diseno-2972175)> (visto por última vez el 08.01.2024).
- CARACOL CARTAGENA, "Dos miembros del 'clan Quiroz' serían condenados por construcciones ilegales en Cartagena. Este sentido de fallo fue proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento". *Caracol.com.co*, 05.03.2024. Disponible en <[HTTPS://CARACOL.COM.CO/2024/03/05/DOS-MIEMBROS-DEL-CLAN-QUIROZ-SERIAN-CONDENADOS-POR-CONSTRUCCIONES-ILEGALES-EN-CAR-TAGENA/](https://caracol.com.co/2024/03/05/dos-miembros-del-clan-qui-roz-serian-condenados-por-construcciones-ilegales-en-car-tagena/)> (visto por última vez el 08.01.2024).

Caracol Radio, "Cinco estudios dicen que puente Chirajara se cayó por problemas de diseño", *Caracol.com.co*, 15.01.2020. Disponible en <[HTTPS://CARACOL.COM.CO/PROGRAMA/2020/01/14/6AM_HOY_POR_HOY/1579007509_279550.HTML](https://CARACOL.COM.CO/PROGRAMA/2020/01/14/6AM_HOY_POR_HOY/1579007509_279550.HTML)> (visto por última vez el 29.12.2023).

Código Penal Ley 599 de 2000 Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004- Ley 600 de 2000, Bogotá, Legis Editores S.A., 2023, p. 7.

Comisión Interamericana De Derecho Humanos. *Resolución 60/2015 del 11 de diciembre del 2015. Medidas cautelares*. CIDH, Washington D.C., 2015. p. 1.

Corte Constitucional, "Sentencia de Tutela T-39918. Las nuevas violaciones a los niños y niñas Wayuu constatadas judicialmente deben tenerse en cuenta en las soluciones estructurales en caso" *Corteconstitucional.gov.co*, 30.04.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/NOTICIA.PHP?T-359/18-LAS-NUEVAS-VIOLACIONES-A-LOS-NI%C3%B1OS-Y-NI%C3%B1AS-WAY%C3%BAU-CONSTATADAS-JUDICIALMENTE-DEBEN-TENERSE-EN-CUENTA-EN-LAS-SOLUCIONES-ESTRUCTURALES-EN-CURSO-8631](https://www.corteconstitucional.gov.co/NOTICIA.PHP?T-359/18-LAS-NUEVAS-VIOLACIONES-A-LOS-NI%C3%B1OS-Y-NI%C3%B1AS-WAY%C3%BAU-CONSTATADAS-JUDICIALMENTE-DEBEN-TENERSE-EN-CUENTA-EN-LAS-SOLUCIONES-ESTRUCTURALES-EN-CURSO-8631)> (visto por última vez el 26.12.2023).

Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal, Bogotá, Radicado 25536. 27.07.2006. M.P. Álvaro Pérez Pinzón.

Coviandes, "Informe de investigación determina que el colapso de la torre B del Puente Chirajara obedeció a error de diseño". *Coviandes.com*, 26.04.2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.COVIANDES.COM/NOTICIAS/INFORME-DE-INVESTIGACION-DETERMINA-QUE-EL-COLAPSO-DE-LA-TORRE-B-DEL-PUENTE-CHIRAJARA](https://www.coviandes.com/noticias/informe-de-investigacion-determina-que-el-colapso-de-la-torre-b-del-puente-chirajara)> (visto por última vez el 27.12.2023).

De-justicia, "Hambre sed, mendicidad y muerte un que extermina al pueblo wayuu". *Dejusticia.org*, 03.02.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.DEJUSTICIA.ORG/COLUMN/LAS-GRIETAS-EN-LA-INFORMACION-SOBRE-EL-HAMBRE-EN%20COLOMBIA/#:~:TEXT=EL%20A%C3%B1O%20PASADO%2C%2085%20NI%C3%B1OS,QUE%20SE%20ACABEN%20LAS%20EXCUSAS](https://www.dejusticia.org/column/las-grietas-en-la-informacion-sobre-el-hambre-en%20COLOMBIA/#:~:TEXT=EL%20A%C3%B1O%20PASADO%2C%2085%20NI%C3%B1OS,QUE%20SE%20ACABEN%20LAS%20EXCUSAS)> (visto por última vez el 22.12.2023).

De-Justicia, "Las grietas en la información sobre el hambre en Colombia". *Dejusticia.org*, 03.02.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.DEJUSTICIA.ORG/COLUMN/LAS-GRIETAS-EN-LA-INFORMACION-SOBRE-EL-HAMBRE-EN-COLOMBIA/](https://www.dejusticia.org/column/las-grietas-en-la-informacion-sobre-el-hambre-en-colombia/)> (visto por última vez el 22.12.2023).

El Espectador, "Se conocen más detalles de tragedia en corraleja de El Espinal, Tolima", *ElEspectador.com*, 26.06.2022 Disponible en <[HTTPS://WWW.ELESPECTADOR.COM/COLOMBIA/MAS-REGIONES/SE-CONOCEN-MAS-DETALLES-DE-TRAGEDIA-EN-CORRALEJA-DE-EL-ESPINAL-TOLIMA/](https://www.elespectador.com/COLOMBIA/MAS-REGIONES/SE-CONOCEN-MAS-DETALLES-DE-TRAGEDIA-EN-CORRALEJA-DE-EL-ESPINAL-TOLIMA/)> (visto por última vez el 11.01.2024).

ESCOBAR CORREA, MARÍA VICTORIA, "El Chirajara no lo diseñó en una servilleta: Héctor Urrego". *ElColombiano.com*, 29.02.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELCOLOMBIANO.COM/COLOMBIA/HECTOR-URREGO-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-LO-DISEÑE-EN-UNA-SERVILLETA-FE12430612](https://www.elcolombiano.com/COLOMBIA/HECTOR-URREGO-EL-PUENTE-CHIRAJARA-NO-LO-DISEÑE-EN-UNA-SERVILLETA-FE12430612)> (visto por última vez el 28.12.2023).

FERNÁNDEZ BELTRÁN, MIREYA, "Dos meses de la tragedia por corralejas en El Espinal: joven que quedó parapléjico clama por ayuda", *NoticiasCaracolTV.com*, 28.08.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.NOTICIASCARACOL.COM/COLOMBIA/DOS-MESES-DE-LA-TRAGEDIA-POR-CORRALEJAS-EN-EL-ESPINAL-JOVEN-QUE-QUEDO-PARAPLEJICO-CLAMA-POR-AYUDA-RG10](https://www.noticiascaracol.com/COLOMBIA/DOS-MESES-DE-LA-TRAGEDIA-POR-CORRALEJAS-EN-EL-ESPINAL-JOVEN-QUE-QUEDO-PARAPLEJICO-CLAMA-POR-AYUDA-RG10)> (visto por última vez el 11.01.2024).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Derecho Penal Parte General Teoría del Delito y de la Pena, Vol. I". *El Delito: Visión Positiva y Negativa*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 252.

- Gobernación De La Guajira. "La Guajira", *Laguajira.gov.co*, 24.03.2024. Disponible en <<HTTPS://WWW.LAGUAJIRA.GOV.CO/LAGUAJIRA/PAGINAS/LA-GUAJIRA.ASPX>> (visto por última vez el 22.12.2023).
- GÖESSEL, KARL-HEINZ, *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1984, p. 42.
- IGUARÁN, AGUSTÍN, "Ocho años después de una tragedia vial que se cobró 33 vidas". *Elheraldo.com.co* 18.05.2022. Disponible en <<HTTPS://WWW.ELHERALDO.CO/MAGDALENA/OCHO-ANOS-DE-UNA-TRAGEDIA-VIAL-QUE-SE-COBRO-33-VIDAS-909339>> (visto por última vez el 26.12.2023).
- Infobae Colombia, "Juez de Villavicencio reprochó a la Fiscalía por solicitar el preclusión del proceso por muerte de 9 trabajadores en el puente de Chirajara". *Infobae.com* 15.08.2021. Disponible en <<HTTPS://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/COLOMBIA/2021/08/15/JUEZ-DE-VILLAVICENCIO-REPROCHO-A-LA-FISCALIA-POR-SOLICITAR-LA-PRECLUSION-DEL-PROCESO-POR-LA-MUERTE-DE-9-TRABAJADORES-EN-EL-PUENTE-DE-CHIRAJARA/>> (visto por última vez el 08.01.2024).
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 954.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Acción y omisión en el Derecho penal". *Cuaderno de conferencias y artículos*, 59 (2000). p. 7, 20 y 35.
- MADARIAGA SUÁREZ, LILIANA DEL CARMEN, "Estudio del caso desplome edificio Portales de Blas de Lezo II". *Repositorio.ucm.edu.co*, 20.05.2019. Disponible en <<HTTPS://REPOSITORIO.UCM.EDU.CO/HANDLE/10839/2475>> (visto por última vez el 08.01.2024).
- MEDINA LOZANO, ADALÍS, "Iglesia pentecostal y la millonaria indemnización por muerte de 33 niños en Fundación, Magdalena Los 33 niños murieron quemados en un bus en Fundación, Magdalena, en el año 2014". *Rcnradio.com*, 17.06.2021. Disponible en <<HTTPS://WWW.RCNRADIO.COM/COLOMBIA/CARIBE/IGLESIA-PENTECOSTAL-Y-LA-MILLONARIA-INDEMNIZACION-POR-MUERTE-DE-33-NINOS-EN>> (visto por última vez el 26.12.2023).
- MORALES GUTIÉRREZ, WILSON, "Portales de Blas de Lezo II, el edificio de papel". *Eluniversal.com.co*, 24.04.2018. Disponible en <<HTTPS://WWW.ELUNIVERSAL.COM.CO/SUCESOS/PORTALES-DE-BLAS-DE-LEZO-II-EL-EDIFICIO-DE-PAPEL-276792-EBEU392170>> (visto por última vez el 08.01.2024).
- ORTIZ JIMÉNEZ, JUAN DIEGO, "10 años de la caída del edificio Space: la herida aún no cierra y la última condena no se ha pagado". *ElColombiano.com*, 12.10.2023. Disponible en <<HTTPS://WWW.ELCOLOMBIANO.COM/MEDELLIN/10-ANOS-DE-LA-CAIDA-DEL-EDIFICIO-SPACE-EN-EL-POBLADO-MEDELLIN-BD22655004>> (visto por última vez el 10.01.2024).
- Procuraduría General De La Nación, "La Procuraduría abrirá investigación disciplinaria al alcalde de El Espinal (...)", *X.com*, 26.06.2022. Disponible en <HTTPS://TWITTER.COM/PGN_COL/STATUS/1541220793786531840> (visto por última vez el 11.01.2024).
- Semana, "Procuraduría abre investigación contra el alcalde de El Espinal por tragedia en Corraleja", *Semana.com*, 26.06.2022. Disponible en <<HTTPS://WWW.SEMANA.COM/NACION/ARTICULO/ATENCION-PROCURADURIA-ABRE-INVESTIGACION-POR-TRAGEDIA-EN-CORRALEJA-EN-EL-ESPINAL/202213/>> (visto por última vez el 11.01.2024).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "El delito de omisión". *Revistaderecho.ucn.cl*, 28.03.1994, Disponible en <<HTTPS://DOI.ORG/10.22199/SO7189753.1993.0001.00004>> (visto por última vez el 22.12.2023). p. 41-52.

SUÁREZ PEÑA, MARÍA CAMILA, “¿Cuál es el efecto del edificio Space para el sector de la construcción en el país?”. *LaRepublica.co*, 23.09.2014. Disponible en <[HTTPS://WWW.LAREPUBLICA.CO/EMPRESAS/CUAL-ES-EL-EFECTO-DEL-EDIFICIO-SPACE-PARA-EL-SECTOR-DE-LA-CONSTRUCCION-EN-EL-PAIS-2172371](https://www.larepublica.co/empresas/cual-es-el-efecto-del-edificio-space-para-el-sector-de-la-construccion-en-el-pais-2172371)> (visto por última vez el 10.01.2024).

Universidad Del Norte. “Arroyos, riesgos y sostenibilidad”, *Uninorte.edu.co*, 21.09.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNINORTE.EDU.CO/WEB/DIP/ARROYOS-EN-BARRANQUILLA](https://www.uninorte.edu.co/web/dip/arroyos-en-barranquilla)> (visto por última vez el 26.12.2023).

VÉLEZ, CÉSAR, “En La Guajira un genocidio normalizado”, *Informesderechoshumanos.com*, 30.09.2020. Disponible en <[HTTPS://INFORMESDERECHOSHUMANOS.COM/VI-EL-ROSTRO-DE-LA-GUERRA-LA-PANDEMIA-Y-LA-POBREZA/EN-LA-GUAJIRA-UN-GENOCIDIO-NORMALIZADO/](https://informesderechoshumanos.com/vi-el-rostro-de-la-guerra-la-pandemia-y-la-pobreza/en-la-guajira-un-genocidio-normalizado/)> (visto por última vez el 22.12.2023).

Ronal Hanco Llocle

5. La extinción de dominio como herramienta político-criminal y manifestación de la huida del Derecho penal para recuperar activos. ¿Qué nos queda después del Derecho Penal en Latinoamérica?

Resumen: El sistema penal, mediante sus instituciones jurídicas, no ha sido eficaz para recuperar activos ilícitos, por ello; los ordenamientos jurídicos como huida del Derecho Penal y necesidad político-criminal, estructuraron la Extinción de Dominio, autónomo de la acción penal. El problema vigente es si la extinción puede extenderse a infracciones administrativas, ello; implica analizar el término actividades ilícitas, y determinar si puede equipararse a actividades delictivas o criminales (su fundamento exegético). En el presente consideramos que sí pueden extinguirse activos provenientes de infracciones, siempre que estos tengan la capacidad de generar ganancia ilícita y sean equiparables a una actividad delictiva.

Palabras claves: Extinción de Dominio, Derecho Penal, activos ilícitos, recuperación de activos.

Abstract: The criminal system, through its legal institutions, has not been effective to recover illicit assets, therefore, the legal systems as an escape from criminal law and political-criminal necessity, structured the Extinction of Ownership, autonomous of the criminal action. The current problem is whether the extinguishment can be extended to administrative infractions, which implies analyzing the term illicit activities, and determining whether it can be equated to criminal or criminal activities (its exegetical basis). In the present case, we consider that assets derived from infractions can be extinguished, as long as they have the capacity to generate illicit gain and are comparable to a criminal activity.

Keywords: Extinction of Domain, Criminal Law, illicit assets, asset recover.

I. Aspectos Preliminares.

Los hombres olvidan antes la muerte del padre que la pérdida de su patrimonio¹, refiere con dureza Maquiavelo, parafraseando dicha afirmación en el escenario criminógeno, significaría señalar que los delincuentes olvidan antes la importancia de la libertad que la pérdida de su patrimonio, esto es; que los delincuentes valoran más su patrimonio antes que su libertad, todo lo cual se expresa en que los delincuentes prefieren perder su libertad, antes que perder su patrimonio. Esas concepciones del patrimonio criminal cimentaron las bases para el nacimiento y existencia de la Extinción de Dominio (en adelante ED), pues en la realidad prevalece la aspiración de amasar la mayor cantidad de bienes patrimoniales como “una fuerte vocación por el tener”². Así, “todo grupo humano, por más pequeño que sea, siempre se agencia de cosas materiales para sí”³, sin embargo; en ocasiones no importa el cómo se obtiene patrimonio, sino; cuánto se obtiene, para cuyo fin el delincuente económico vulnera el contrato social.

En tal sentido, la ED busca privar de activos ilícitos al delincuente, esto es; —y es nuestro fundamento— se dirige a eliminar la “apariencia de titularidad”⁴ o aparente derecho de propiedad sobre un bien, generando una consecuencia patrimonial porque el derecho sobre el bien no existe, sino; solo una apariencia que desaparece con la sentencia judicial⁵ cuya naturaleza es declarativa, pues el ordenamiento jurídico no puede reconocer lo que nunca existió, o no puede legitimar un derecho si este nunca nació, por tener un origen o destino ilícito, sino solo en apariencia, por ello; no puede protegerse como justo título en ningún sistema jurídico.

De esa manera, la finalidad de la Extinción de Dominio, en términos de Santander Abril es “recomponer el orden jurídico quebrantado por los efectos patrimoniales de una actividad delictiva, el cual solo puede ser restablecido a través de una sentencia declarativa de extinción de dominio”⁶, mientras en posición de la jurisprudencia es “declarar la extinción de la propiedad o cualquier otro derecho real sobre patrimonios, que se ejercitan en apariencia, ya que la ilicitud o injustificada posesión, produce la nulidad *ab initio* de cualquier efecto en el derecho que pudiera favorecer a su dómino o ejercitante”⁷. De nuestra parte, consideramos que la finalidad es extinguir la apariencia del

1 MAQUIAVELO, NICOLÁS, “El príncipe”, 1999, p. 85. Disponible en <[HTTPS://OCW.UCA.ES/PLUGINFILE.PHP/1491/MOD_RESOURCE/CONTENT/1/EL_PRINCIPE_MAQUIAVELO.PDF](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1491/mod_resource/content/1/el_principe_maquiavelo.pdf)> (visto por última vez el 20.03.2024).

2 Aguirre Naupari, señala que los delincuentes prefieren la pérdida de su libertad, antes que la extinción de su patrimonio, todo lo cual lo relaciona con el *ser, tener y aparentar*. Para mayor detalle: Vid. AGUIRRE NAUPARI, LUÍS JESÚS, “La institución de Extinción de Dominio ¿es constitucional?”, en ARROYO DECENA, JUAN MANUEL (Coord.), *Sobre la prueba y otros aspectos en Extinción de Dominio*, Lima, Editorial Grijley, 2023, pp. 23 y 24.

3 GONZALES BARRÓN, GUNTHER, *Teoría General de la Propiedad y del Derecho Real*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2018, p. 8.

4 Un parangón que podemos advertir respecto al delito de lavado de lavado de activos es la siguiente comparación: mientras el tipo penal de lavado de activos sanciona la **apariencia de licitud** de los bienes, la Extinción de Dominio sanciona la **apariencia de titularidad sobre bienes**.

5 Vid. Asobancaria de Colombia, *ABC de la Extinción de Dominio*, Bogotá, TC impresiones, 2018, p. 28. En el mismo sentido, Vid. ACOSTA ARISTIZÁBAL, J., *Régimen probatorio de la Extinción de Dominio. La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia*, Bogotá, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2015, p. 275.

6 Vid. SANTANDER ABRIL, GILMAR G., *Lineamientos técnicos para la interpretación y aplicación de las causales de Extinción de Dominio*, Fundación panamericana para el desarrollo, Quito, 2023, p. 17.

7 Exp. N° 00004-2019 La Libertad, Sala de Apelaciones Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad del Poder Judicial del Perú, de 21 de enero de 2021, (Ponente: Luján Túpez), Considerando sexto, ítem 15, p. 8.

derecho fundamental de la propiedad privada o cualquier otro derecho real que recaer sobre un patrimonio, así; se retrotrae al estado de cosas la real situación de un bien.

Es importante determinar y comprender la razón de ser de la existencia de la Extinción de Dominio, pues antes de ella, el agente delictivo que obtenía ganancias ilícitas, desplegaba acciones para darle apariencia de licitud, sea en territorio nacional o extranjero mediante operaciones simuladas y los activos llegaban a cuentas *offshore*⁸, pues en los ordenamientos jurídicos se condenaba al agente por el delito generador de ganancias ilícitas —denominado en diversos tipos penales delito previo⁹— sin embargo, al recuperar su libertad disfrutaba del patrimonio criminal. Posteriormente surgió el lavado de activos como tipo penal *instrumental*, sancionando la conducta mediante la cual el agente delictivo inserta activos ilícitos al tráfico económico lícito, sin embargo; el problema de disfrutar los activos criminales, aún continuaba, pues una vez que el sentenciado cumplía su condena y recuperaba su libertad tenía el camino libre para disfrutar de las ganancias ilícitas, evidenciándose que *el crimen sí paga, ergo*; el mensaje era que ser delincuente sí era beneficioso¹⁰, sin embargo; la regla es que el crimen de no debe pagar (*crimen doesn't pay*), esto es; que la actividad delictiva no puede equipararse a una actividad económica. Entonces, el sistema penal parecía cómplice para el disfrute de bienes, pues por su propia naturaleza solo se centra en la pena y muchas veces —en la praxis— no en la recuperación de activos ilícitos, a ello se suma que en ese momento se encontraba vigente el Comiso o Decomiso pero como *accesoria* a la condena penal.

En ese estado de cosas, producto de la evolución normativa en Colombia (1996) nació la ED hasta llegar a estructurarse el 2011 en el ámbito internacional desde la ONU en una Ley Modelo de Extinción de Dominio (*en adelante LMED*), sirviendo como modelo y facilitando su adopción en otros ordenamientos jurídicos, el cual —advierte Santander Abril— generó una corriente latinoamericana de persecución de bienes ilícitos, distinta a las tendencias de confiscación o comiso predominantes en Europa¹¹. El impacto de la ED es alto en el Perú y progresivamente en países latinoamericanos¹², quienes por la necesidad de enfrentar los activos ilícitos legislaron este instituto jurídico. En el Perú, tras una evolución normativa, el 2018 se promulgó el D. Leg. N° 1373 (Decreto Legislativo sobre ED), vigente desde el 01 de febrero del 2019.

En dicho marco normativo, aunque no desarrollado de forma metodológica, identifica-

8 El primer caso en el Perú de Extinción de Dominio precisamente es de un caso cuyos montos dinerarios se encontraban en el extranjero. Exp. N° 02755-2017, Lima, 27 de mayo de 2019, Caso Ibárcena Dworzak.

9 Los tipos penales que requieren de un hecho delictivo previo para su configuración son: la Receptación y el Lavado de activos.

10 Evidentemente ello resulta un absurdo porque de ninguna manera se puede legitimar que en nuestro ordenamiento jurídico se comprenda al crimen como actividad económica, sería como equipararla a un negocio lícito, lo cual no puede ser de recibo en un Estado Constitucional de Derecho.

11 Vid. SANTANDER ÁBRIL, GILMAR GIOVANNY, "Fundamentos de legitimación, objeto y límites de las causales de Extinción de Dominio de bienes ilícitos", en HURTADO POZO, JOSÉ (Editor). Extinción de Dominio y Lucha contra la Criminalidad Organizada y económica, Lima, Pacífico Editores, 2021, p. 200.

12 En orden de aparición tras Colombia, las legislaciones subsiguientes en legislar dicha institución fueron: i) Honduras, ii) Guatemala, iii) El Salvador, iv) Bolivia, v) Argentina, vi) México, vii) Perú, y viii) Ecuador.

mos que la institución jurídica de la ED tiene una parte **i) sustantiva**¹³, y **ii) procesal**¹⁴. En este trabajo, nuestro análisis sólo se centra en el ámbito sustantivo y específicamente en la Actividad ilícita como fundamento de la ED.

II. *La Extinción de Dominio como herramienta político-criminal para recuperar activos.*

Crimen doesn't pay significa que *el crimen no debe pagar*, es decir; no puede permitirse generar ganancia ilícita en los agentes delictivos¹⁵, aún más si tras burlar la persecución penal pretenden disfrutar del patrimonio criminal. Para ello, el ordenamiento jurídico debe evitar que el delito resulte provechoso o peor aún que genere derecho sobre activos ilícitos como la propiedad, así; luchar eficazmente contra el delito no solo debe significar la imposición de una pena, sino también; *golpear a los delincuentes donde más les duele*¹⁶, combatiendo no solo el instrumento delictivo, sino todo *fruto*¹⁷ y *patrimonio criminal*¹⁸ para evitar la materialización del *ánimo de lucro*¹⁹ delin-cuencial, ello; exige la necesidad de una estrategia común integrada por herramientas jurídicas —no solo de naturaleza penal— para recuperar activos y evitar el enriquecimiento ilícito a fin de garantizar que en el tráfico económico circulen activos de origen o destino lícito, para ello; aunque sea paradójico, la ED persigue el patrimonio criminal sin un tipo penal, sino mediante la conexión con una Actividad ilícita, y fuera del escenario del proceso penal.

Inicialmente la recuperación de activos en puridad estuvo referida a la repatriación de fondos de un país, casi siempre en vías de desarrollo, expoliado por la corrupción a gran escala y requería la colaboración de otro Estado —normalmente desarrollado— donde se encontraban los fondos²⁰, esta concepción se ha ampliado y ahora no solo engloba la estrategia anticorrupción, sino también la sustracción de las ganancias de cualquier tipo de criminalidad con

13 Acá se analiza el desarrollo de sus elementos normativos, la cual a su vez se divide en dos ámbitos: a) ámbito objetivo (donde se encuentra el bien procedente de una actividad ilícita), y; b) **ámbito subjetivo** (donde resulta imprescindible analizar la buena fe para la Extinción de Dominio en el ejercicio del Derecho a la propiedad).

14 Acá existen presupuestos de procedencia de la acción de la Extinción de Dominio, y demás aspectos vinculados a la prueba, además que en la Extinción de Dominio existe carga dinámica de la prueba.

15 La posición que seguimos en el presente trabajo es denominar como *patrimonio criminal* a todo bien pasible de Extinción de Dominio, por tanto; todo activo ilícito originado en un hecho ilícito.

16 En igual sentido Carrillo advierte que a los agentes delictivos “les hace más daño verse privados del botín acumulado de la actividad delictiva que verse privados de su propia libertad”. Vid. CARRILLO DEL TESO, ANA, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 19.

17 Se trata del *producto* (objeto, instrumento) obtenido directamente al momento de cometer el delito, el cual además no puede ser cualquiera, sino aquellos con capacidad de generar ganancias ilícitas.

18 Se trata de *bienes* (efectos o ganancias) obtenidos con posterioridad a la comisión del delito, o sea, aquellos que se derivan de los actos de inversión y blanqueo criminal de los productos del delito.

19 Vid. JAÉN VALLEJO, MANUEL Y ÁNGEL LUIS, PERRINO PÉREZ, *La Recuperación de activos frente a la corrupción*, Madrid, Editorial Dykinson, 2021, 2ª edición, p. 127.

20 Carrillo del Teso ha desarrollado esta idea con amplitud. Vid. CARRILLO DEL TESO, ANA E, “La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO *et al* (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso, Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 13.

capacidad lucrativa, sin necesidad de mediar operaciones de cooperación internacional, pues la recuperación de activos ilícitos también se realiza en el mismo país, sobre activos que no traspasaron las fronteras y que son parte del tráfico económico mermando las arcas públicas²¹, cuya recuperación sigue un *iter*, primero a nivel prejudicial, donde no existe mayor discusión, y segundo, a nivel judicial, donde se concentra el mayor debate para determinar el instrumento jurídico²² adecuado para que los activos ilícitos pasen a la esfera estatal y se *reestablezca* el orden patrimonial.

De forma tradicional, en los ordenamientos jurídicos, v. gr., peruano y español, la institución jurídica para la recuperación de activos fue el Decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias ilícitas, que por sí mismo presenta problemas en su naturaleza jurídica (penal, civil o *tertium genus*²³), así como su categoría sancionatoria *máxime* si en muchos ordenamientos ha dejado de ser pena y ahora su naturaleza jurídica es de *consecuencia accesoria* con el rasgo característico de dependencia del Derecho Penal²⁴.

En EE.UU. y otros países del *common law* se ha recurrido a Decomisos administrativos o civiles basadas en el *civil forfeiture*²⁵. En Alemania, entró en vigencia (01 de julio de 2017) la Ley de Reforma de recuperación de activos delictivos, en términos de Korte, la reforma no es un pequeño cambio de la legislación vigente, sino una reorientación global de la recuperación de activos de origen criminal, con incidencia en las disposiciones de derecho sustantivo, disposiciones procesales y la ejecución fueron objeto de renovación. El enfoque de la reforma también se evidencia en el cambio de conceptos, inspirado en el lenguaje internacional ("*confiscation*") en la recuperación de activos ya no se habla de "Decomiso" (*Verfall*), sino de "recaudación o recuperación de los productos del delito" (*Einziehung von Taterträgen*)²⁶.

Ahora bien, en latinoamérica a partir de los grandes casos de corrupción y como manifestación de la *huida del Derecho Penal*²⁷, Colombia²⁸ fue el primero en regular la Extinción de Dominio como una institución jurídica para enfrentar los activos ilícitos, cuya característica

21 Algunos efectos palmarios son el encarecimiento de los servicios básicos y el debilitamiento de las instituciones generando mensajes de desconfianza generalizada en la sociedad.

22 Entre otros autores, Foucault advierte la necesidad del recurso a las confiscaciones mediante el ejercicio del Poder Judicial. *Vid. FOUCAULT, MICHEL*, 2001, p. 1448.

23 *Vid. AGUADO CORREA, TERESA*, *El comiso*, Madrid, Edersa, 2001, pp. 77-81.

24 Corresponde aclarar que acá afirmamos una "**dependencia del Derecho Penal**" y no "**dependencia de la condena del agente delictivo**", aspectos totalmente distintos. Frente a las nuevas formas de Decomiso, ahora existe dependencia del ejercicio de la acción penal, sin embargo; en el Decomiso puro —por decirlo original— dependía de forma exclusiva de la condena del agente delictivo.

25 En el *civil forfeiture* norteamericano se recurre a la ficción jurídica de considerar culpable al propio bien, donde incluso los estándares probatorios, los derechos y las garantías procesales son más laxos que en el Derecho Penal, en CARRILLO DEL TESO, ANA, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 17.

26 *Vid. KORTE, MATTHIAS*, "Fundamentos de la reforma de la recuperación de activos", en Hurtado Pozo, José (Ed.), *Extinción de Dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica*, Pacífico Editores, Lima, 2021, pp. 551 y 552.

27 BLANCO CORDERO, ISIDORO, *El decomiso sin condena en la Unión Europea*. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia, 2014, pp. 151–152, en DEMETRIO CRESPO, EDUARDO (Dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid, Edisofer, 2014.

28 Ley N° 333 de 1996.

esencial es ser *in rem*²⁹, de forma que la acción de Extinción de Dominio no se dirige contra la persona sino contra el derecho de propiedad o dominio³⁰ que recae sobre los bienes (de origen o uso ilícito) *ergo* no es materia de *litis* la responsabilidad delictiva del agente, sino el ejercicio del derecho a la propiedad sobre el bien (activo ilícito) de acuerdo al *justo título* y el *interés social*, lo que ha quedado consolidado en la LMED y en varios países latinoamericanos.

En el Perú, este mecanismo de recuperación de activos desde el 2018 asumió importancia mediante el Decreto Legislativo N° 1373 (en adelante D. Leg. N° 1373) y su Reglamento, como respuesta normativa para enfrentar la realidad delictiva y como expansión de la LMED, también es producto de la evolución de la institución jurídica vigente desde el 2008 al 2018 con el nomen juris de Pérdida de Dominio³¹, carente de eficacia pues no solo se trata de un cambio de *nomen*, sino de fundamento representada en su *autonomía* respecto al Derecho Penal. Entonces, en la legislación vigente el *nomen juris* es Extinción de Dominio, cuyo objeto es extinguir el derecho de los bienes que constituyen *objeto, instrumento, efectos o ganancias* de actividades ilícitas, trasladándolos a la esfera y titularidad estatal sin que exista indemnización o contraprestación a favor del requerido o tercero (art. III inc. 10 del D. Leg. N° 1373)³².

Se trata de una herramienta de Política criminal³³, pues como advierte Zúñiga Rodríguez, “el fin lógico de las organizaciones criminales es aprovechar sus ganancias ilícitas, para ello invierten su dinero negro en la economía legal y economía formal, a través de complejos sistemas financieros de sociedades ficticias, paraísos fiscales, movimientos de capitales, funcionarios bancarios inescrupulosos, el dinero proveniente del mercado del crimen se recicla”³⁴. Ante dicho escenario, la ED es autónomo e independiente del Derecho Penal y procesal penal, dirigida contra el derecho de dominio de los bienes producto de actividades ilícitas, denominado *patrimonio criminal o beneficios de origen delictivo*³⁵.

Conforme a todo lo señalado hasta acá, la finalidad directa de la ED es la reestructuración del orden socioeconómico mediante la recuperación de activos ilícitos, mientras la finalidad indirecta es la prevención y lucha contra los delitos de corrupción, lavado de activos y demás

29 Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, art. 2°.

30 Este aspecto resulta medular en la Extinción de Dominio, ya que la acción no se dirige contra los bienes, sino sobre el derecho de dominio y su ejercicio legítimo. Al respecto existe doctrina errada que sin mayor reflexión señalan que la acción recae sobre el bien, si así fuera prácticamente se trataría de la misma esencia del Decomiso, lo que evidentemente no es así.

31 La derogada Pérdida de Dominio, prácticamente se parecía en todos sus extremos al Decomiso sin condena, siendo su característica principal su dependencia a la condena penal.

32 Art. III, num. 10 del Título Preliminar del D. Leg. N° 1373: “Extinción de dominio: *consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros*”.

33 Santander Abril, al analizar la distinción entre los fines de política criminal y los fundamentos de legitimación de la Extinción de dominio, analiza la LMED, advirtiendo que en su presentación, “la Ley Modelo realiza una aproximación a la extinción de dominio, que a su juicio es bastante desafortunada al ubicarla en dos puntos de vista diferentes, al indicar que la extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países”. Mayores detalles en Santander Abril, Gilmar Giovanni, “Distinciones esenciales para comprender instituto de la Extinción de dominio”, p. 14.

34 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 564.

35 Vid. CASTELLVÍ MONSERRAT, CARLOS, “Decomisar sin castigar, Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *Indret*, N° 1, 2019, p. 19.

actividades criminales e ilícitas que tengan la *capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito* (art. I del D. Leg. N° 1373)³⁶. Los activos objeto de extinción son todos aquellos que según las definiciones de los arts. 885° y 886° del Código Civil peruano, son bienes muebles e inmuebles, igualmente lo son las partes integrantes, accesorias, frutos y productos de esos bienes, reconociéndose supletoriamente al Código Procesal Penal y Código Procesal Civil.

Finalmente, la ED posee un reconocimiento constitucional, si bien se le otorgaba una naturaleza *sui generis*, en el Derecho comparado (Colombia) se ha determinado que su naturaleza es constitucional³⁷, posición que además compartimos como punto de partida para analizar el instituto jurídico, a partir de que la Constitución peruana (art. 70°) señala que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley”. Es decir, se protege el *justo título* (origen de los bienes) y el *interés social* (uso de los bienes), los que además constituyen los bienes jurídicos específicos protegidos, relacionados a la Extinción de Dominio propia³⁸ e impropia³⁹, respectivamente, clasificación que hacemos a fin de delimitar de mejor manera el objeto de la acción y la prueba en cada una.

Señalada la trascendencia jurídica como herramienta de Política criminal, el presente trabajo se limita solo al ámbito sustantivo de la Extinción de Dominio, donde, de los diversos problemas hemos identificado 2 aspectos problemáticos que obedecen a una secuencia de prelación, que seguidamente pasamos a desarrollar.

III. Objetivos.

Los objetivos, de forma general a específica, para el presente son:

- a. Analizar brevemente la eficacia de la Extinción de Dominio respecto a otras instituciones jurídicas y del Derecho Penal, para recuperar activos.
- b. Determinar si la actividad ilícita como objeto de Extinción de Dominio, puede comprender, además de delitos, infracciones administrativas.

Seguidamente pasamos a desarrollarlas con su respectiva hipótesis y justificación.

36 Art. I. Ámbito de aplicación del D. Leg. N° 1373: “El presente decreto legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada”.

37 Sentencia 146-2014/107-2017 y Sentencia C-374 de 1997.

38 La Extinción de Dominio **propia** es aquella que recae sobre los bienes cuyo **origen** es ilícito, donde el derecho de propiedad no nace.

39 La Extinción de Dominio **impropia** es aquella que recae sobre los bienes cuyo **uso** es ilícito, donde el derecho de propiedad sí nació, empero, el uso contrario al *interés social* legitima su extinción.

IV. Hipótesis y justificación.

1. Hipótesis 1: La naturaleza jurídica de la Extinción de Dominio respecto a otras instituciones jurídicas y del Derecho Penal, para recuperar activos, hace que sea eficaz.

En los ordenamientos jurídicos, la pena no es el único recurso que tienen los sistemas penales para responder al fenómeno criminal⁴⁰, *máxime* si se toma en cuenta que como parte de la lucha contra el patrimonio criminal y punto de partida esencial, ningún delincuente debe beneficiarse de su delito o del crimen. Así, el Estado en el marco del sistema jurídico posee diversas herramientas jurídicas (instituciones) para recuperar activos ilícitos producto de la comisión de delitos, pues la criminalidad —económica sobretodo— disfraza los activos en actividades con apariencia de licitud, ante ello; resulta imperativo analizar la eficacia de cada una para verificar si cumplen realmente el objetivo de hacer frente al *patrimonio criminal* o su aplicación resulta inocua aún más si en latinoamérica nuestra tradición jurídica es difícil de compatibilizar⁴¹.

Un aspecto complementario, es tomar en cuenta que se sugiere que al construir el marco legislativo penal, es responsabilidad del Estado garantizar que el coste impuesto por el sistema de justicia penal al delincuente sea superior a cualquier beneficio identificado que este haya obtenido al cometer el delito⁴², de forma que desde un punto de vista costo-beneficio, esto es; producto del proceso, se obtenga algún provecho estatal representado en activos que pasen al dominio estatal, aunque esto no significa exigirle un carácter economicista a los mecanismos, sino de relevancia jurídica, después de todo; el único y verdadero fundamento es el correcto funcionamiento del sistema económico con activos lícitos, considerando que la recuperación de activos es una de las últimas políticas criminales en incorporarse a la agenda internacional anticorrupción⁴³.

Esta reflexión previa es importante, porque resulta innegable en nuestros tiempos que la privación de la libertad del agente delictivo, o sea; la pena impuesta desde siglos atrás del Derecho Penal, nos viene demostrando que es insuficiente para suprimir o atacar de forma adecuada la criminalidad organizada, si bien no es su finalidad, la *fungibilidad* del agente delictivo en la organización lo hace prescindible, incluso ante su bajo rendimiento puede ser expulsado y reemplazado, por tanto; otro agente delictivo seguirá cometiendo el delito y obteniendo ganancias, materializando el ánimo de lucro, v. gr., si este es un negocio cuya fachada se utiliza para cometer delitos, el Derecho Penal ataca al agente delictivo, pero mientras sean intercambiables las personas, el activo donde se cometía el delito se mantenía incólume, para ello justamente vino la ED.

40 ROJAS PICHLER, PABLO ANDRÉS, "La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO et al (Dir.), *Recuperación de activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Titan lo Blanch, 2017, p. 257.

41 En igual sentido advierte CARRILLO DEL TESO, ANA E., "La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros (Dir.), *Recuperación de activos y Decomiso*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 15.

42 Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, BEATRIZ, "Extinción de Dominio: una figura jurídica efectiva para la recuperación de activos", *Extinción de Dominio: Análisis y reflexiones*, Fiscalía General del Estado de Ecuador, 2023, p. 23.

43 JORGE, GUILLERMO, "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", en Jorge, Guillermo (Dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, p. XV.

En ese sentido, procedemos a analizar otras instituciones jurídicas que pueden servir para recuperar activos, aclarando que si bien el efficientismo de una institución jurídica, no necesariamente lo hace idóneo, sino —y es lo que interesa en el presente trabajo— que sea capaz de atacar de forma real los activos ilícitos. Complementariamente subrayamos que un aspecto procesal importante, es que en el Derecho procesal penal existe la carga de la prueba, mientras en la ED las cargas las tienen ambas partes, si bien el tema procesal no se analiza en el presente trabajo, es importante dejarlo establecido pues es un factor para tomar en cuenta en todos los temas explicados seguidamente.

1.1. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto al Decomiso sin condena (Europa).*

En Europa era necesario contar con una institución jurídica que ataque el patrimonio ilícito, así; el comiso evolucionó en dos institutos, que incluso geográficamente poseen un alcance aplicativo, en España como *Comiso in rem*⁴⁴ o *comiso sin condena* por las causales previstas en el art. 127^o ter del CP español, que opera como “un apéndice del proceso penal en aquellos casos donde no es posible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal”⁴⁵, dicho en términos sencillos es una extensión de la acción penal al patrimonio criminal, este comiso puede equipararse al decomiso civil norteamericano. Mientras en Latinoamérica (desde Colombia hasta llegar al Perú), se logró conjugar un instituto con características del comiso, como manifestación de lo que denomina Blanco Cordero como la “huida del Derecho Penal”⁴⁶ o como advierte Santander Abril, “logra su total emancipación del proceso penal”⁴⁷, con un marco normativo propio y autónomo del proceso penal y civil.

Si los mecanismos de recuperación de activos tienen su fundamento, i) por un lado, en estrangular las finanzas de los delincuentes que infiltren y capturen el sistema económico legal, y; ii) por otro lado, en evitar que el delito resulte provechoso y así desincentivar la comisión de delitos con *ánimo de lucro*⁴⁸, para lograr el restablecimiento del orden patrimonial lícito y ofrecer una estrategia útil para cualquier tipo de delincuencia “del beneficio”⁴⁹, parece que ello se alcanza con la ED, pues el Decomiso sin condena —en comparación con los demás Decomisos— si bien es amplio, posee características que generan dependencia encubierta al proceso penal. Así, el Decomiso no es una figura jurídica de naturaleza pacífica, se divide entre quienes defienden su

44 El Comiso sin condena, también es conocido como decomiso civil, decomiso in rem o decomiso objetivo. La diferencia entre comiso in rem que es el equivalente a la Extinción de Dominio, mientras el Decomiso in rem es equivalente al decomiso sin condena, véase a mayor detalle SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, La emancipación del Comiso del proceso penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso ampliado, OEA, 2017, p. 141 y 143.

45 En igual sentido, Vid. SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, La emancipación del Comiso del proceso penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso ampliado, OEA, 2017, p. 140.

46 BLANCO CORDERO, ISIDORO, “El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en Demetrio Crespo, Eduardo, (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid, Edisofer, 2014, pp. 151 a 152.

47 En igual sentido, Vid. SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, La emancipación del Comiso del proceso penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso ampliado, OEA, 2017, p. 140.

48 CARRILLO DEL TESO, ANA E., “La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 14.

49 MENDITTO, F., “Le confische nella prevenzione en el contrasto allá criminalitá ‘da profitto’ (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa”. *Diritto penale Contemporaneo*, N° 02, 2015, pp. 1 a 3. Citado en Carrillo del Teso, Ana E., “La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO Y OTROS (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 15.

carácter penal o civil, mientras otro sector lo define como *tertium genus*⁵⁰. En España, ha pasado de tener la consideración de pena a consecuencia accesoria, igual que en países latinoamericanos, donde el Decomiso directo del fruto del delito se extendió a Decomiso por valor equivalente, decomiso de terceros, decomiso ampliado y el Decomiso sin condena. En el presente trabajo solo nos interesa examinar el Decomiso sin condena, que tiene dependencia de la acusación, mientras los otros dependencia de la sentencia penal.

Como señala Matallares Rodríguez, “a diferencia del decomiso directo y del decomiso ampliado, el decomiso autónomo, se distingue porque no presupone una sentencia penal condenatoria, debiendo sustanciarse a través de un procedimiento judicial autónomo, no penal (introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre) de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECR) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (arts. 803º ter e) y ss. LECR) y mediante el que se declara el carácter ilícito de los bienes”⁵¹.

Como puede verse, siempre existe una relación de *dependencia* al proceso penal, escenario donde existe una acusación, considerando a dicho acto procesal como el gatillo contra el *patrimonio criminal*⁵² en su origen o destino. En igual sentido, Choclán Montalvo resalta que el comiso sin condena conlleva “una correlación entre la acusación penal y la consecuencia accesoria interesada por la acusación”⁵³, lo que está vinculado al principio acusatorio, entonces, su independencia se ancla en la no necesidad de sentencia condenatoria, empero se exige una acusación, que por diversas razones no llegó a una sentencia, pero sí se ejerció la acción penal materializada en la acusación, entonces realmente no resulta plenamente autónomo, a diferencia de la Extinción de Dominio, que no requiere acusación ni ningún acto procesal penal.

1.2. Eficacia de la Extinción de Dominio respecto a la Confiscación.

La confiscación en su origen se aplicó contra opositores políticos, se trata de una institución (antigua) por la cual se priva de los derechos de propiedad y otros derechos reales al afectado. La distinción entre la confiscación y la Extinción de Dominio —como precisa la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito— es aún más difícil, porque ambas suelen en la práctica ser consecuencia de conductas merecedoras de reproche punitivo —con lo cual es común considerarlas como sanciones penales de carácter patrimonial— y además porque ninguna de las dos prevé pago, contraprestación o indemnización para el ciudadano⁵⁴, sin embargo; el fundamento esencial es que en la confiscación se pierde el derecho de propiedad, mientras en la ED el derecho nunca nació, pues no puede legitimarse un patrimonio de origen o destino ilícito.

50 Vid. AGUADO CORREA, TERESA, *El Comiso*, Madrid, Editorial Edersa, 2001, pp. 77 a 81.

51 MATELLARES RODRÍGUEZ, NURIA. *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 472.

52 Corresponde aclarar que en el caso del Decomiso sin condena, el objeto sobre el cual recae es sobre el **patrimonio criminal**, o sea; en este caso el nombre correcto del objeto es como señalamos: **patrimonio criminal**. En el caso de la Extinción de Dominio, de acuerdo con nuestra posición en el presente trabajo es **patrimonio ilícito**.

53 CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, *El comiso y la Confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas*. En ‘Estudios de Derecho Judicial’, N° 28, 2000, p. 348.

54 UNODC, “La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia”, 2015, p. 18.

Otra diferencia, está relacionada al origen de los activos, en la confiscación son de origen lícito y/o legítimo, mientras en la ED son activos cuya procedencia o destino están vinculados a actividades ilícitas. Asimismo, la confiscación cumple una función social asociada al traspaso de los bienes en forma de sanción penal, mientras la ED, se sustenta en una actividad contraria a la función social de la propiedad. Finalmente, respecto a la consecuencia jurídica que tiene cada institución, en la confiscación, existe una auténtica pérdida del derecho de dominio, porque el derecho de propiedad sí existió, pero el titular pierde el dominio a consecuencia de una sanción penal; sin embargo, en la ED no estamos ante un propietario real del bien, por lo que la sentencia en ese caso es *declarativa*⁵⁵ y no constitutiva de derecho, por tanto; no se pierde ningún derecho porque este nunca existió, lo que hace eficaz a la ED para combatir activos ilícitos.

1.3. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto a la Expropiación.*

La Expropiación es una potestad que se concreta en un acto de derecho público donde el Estado priva coactivamente a un particular o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien⁵⁶. La expropiación implica la privación del derecho de propiedad, justificada en razones de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. La premisa es que existe reconocimiento del Estado de que el afectado es el titular de un derecho de propiedad, por ello se exige el pago de un justiprecio que incluye la compensación de los eventuales perjuicios⁵⁷. Recae sobre bienes lícitos, pero, pasa a la esfera estatal, al presentarse una situación justificada y en beneficio de la sociedad.

La Corte Constitucional Colombiana la define como “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”⁵⁸. La ED y Expropiación son figuras distintas, en tanto la primera se realiza, en general, sobre bienes o activos respecto a los cuales el supuesto afectado no tiene ninguna titularidad (salvo el caso decomiso por valor equivalente), en cambio, la expropiación afecta la propiedad legítimamente adquirida⁵⁹. Entonces, la Expropiación implica la privación del derecho de propiedad, mientras en la ED no hay privación de derecho alguno, pues el supuesto propietario no tiene ninguna titularidad, porque el derecho nunca nació, por lo que; frente a un activo ilícito resulta eficaz.

1.4. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto a la Responsabilidad civil ex delicto.*

Cierto sector considera la responsabilidad civil *ex delicto* como herramienta de recuperación de activos ilícitos e incluso de prevención de comisión de delitos contra el patrimonio público y

55 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, WILSON ALEJANDRO, “La Extinción de Dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. Perspectiva general”, en VV. AA. Extinción del derecho de dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano. ICITAP-UNODC, Bogotá, 2015, p. 10. En igual sentido, Vid. SANTANDER ABRIL, GILMAR G., *Lineamientos técnicos para la interpretación y aplicación de las causales de Extinción de Dominio*, Fundación panamericana para el desarrollo, Quito, 2023, p. 17.

56 Sentencia de Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 031-2004-AI/TC, fundamento 5.

57 En igual sentido Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS, *Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos Jurídicos Fraudulentos y Reparación Civil*, Ideas, Lima, 2019, p. 195.

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1074.

59 GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS, *Decomiso, Extinción de Dominio*, Ob. Cit., p. 196.

corrupción⁶⁰, bajo el fundamento de que las sanciones puramente penales (penas) y otras consecuencias jurídicas accesorias no son las únicas consecuencias del delito, sino; la responsabilidad civil, porque al producirse un daño que encarna la propia lesión del bien jurídico protegido, el perjudicado tiene el derecho de reclamar su justa y equitativa compensación a través de la acción civil de reparación⁶¹, dando lugar además a la *tercera vía*⁶².

De nuestra parte, consideramos que la reparación civil no es una pena, se trata de una sanción y se constituye a partir de la acción civil, esto es; puede entenderse a la acción civil de reparación como aquella cuyo fin es compensar el detrimento o daño derivado del delito, indemnizando el daño para restablecer el orden jurídico patrimonial generado por el autor de un hecho delictivo, es donde el Derecho Penal se abre plenamente al interés de la persona natural o jurídica perjudicada por el delito⁶³, pues es común en los ordenamientos jurídicos la regulación de la responsabilidad civil ex delicto y que se encuentre en el sistema penal (denominado en Italia como *Derecho criminal civil* por tratarse de las consecuencias civiles producto de un hecho criminal) como *responsabilidad civil derivada del delito*, empero la acción civil solo existe si el delito ocasionó un daño, mientras la ED solo requiere la conexión con la Actividad ilícita.

1.5. Eficacia de la Extinción de Dominio respecto al delito tributario.

El delito tributario (delito fiscal) se configura cuando el agente delictivo deja de pagar en todo o parte un tributo, para dicho fin delictivo; recurre a una conducta fraudulenta (engaño). Los tributos (activos) dejados de pagar, adquieren naturaleza ilícita en la esfera patrimonial del agente delictivo. Si bien, su fuente —es materia de discusión constante— es lícita, sin embargo; el impuesto es de propiedad del Estado, por ello; al quedarse en la esfera del agente delictivo, adquiere naturaleza ilícita, dado que el agente delictivo se apropia de algo que no le pertenece: el tributo dejado de pagar.

Ahora bien, la esencia de la sanción en el delito tributario está en la conducta fraudulenta, de forma complementaria se restituye lo apropiado, esto es; la restitución del tributo dejado de pagar (activo ilícito) o los frutos generados, sin embargo, no es la finalidad propia del Derecho Penal tributario, máxime si la vía administrativa y judicial fracasan en dicho intento, peor aún si concurre alguna circunstancia que extingue la acción penal, lo que evidentemente no pasa con la ED aunque en ésta no se sanciona al agente delictivo por su conducta fraudulenta, sino; se dirige contra los activos ilícitos, en todo caso, es el mejor ejemplo de complementariedad entre la ED y el Derecho Penal.

60 En ese sentido tenemos a ROJAS PICHLER, PABLO ANDRÉS, "La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.* (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Titan lo Blanch, 2017, p. 243 y ss.

61 *Vid.* ROJAS PICHLER, PABLO ANDRÉS, "La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.* (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Titan lo Blanch, 2017, p. 257.

62 LANDECHO VELAZCO, C. M. Y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, p. 641.

63 *Vid.* QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Parte general del Derecho Penal*, 2da. Edición, Navarra, Editorial Thompson-Aranzadi, 2007, p. 681.

1.6. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto al delito de Lavado de activos.*

El delito de lavado de activos es la actividad delictiva donde el agente delictivo inserta activos ilícitos en el tráfico económico lícito, se trata del delito de las apariencias, pues el agente delictivo en todo momento busca darle *apariencia de licitud* a los activos cuyo origen provienen de un injusto penal⁶⁴, de esa forma, para la configuración del tipo penal, el agente delictivo despliega acciones para el ensombrecimiento de activos mediante la Conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia; los cuales no se exigen si quiera mínimamente en la ED, además de tener la diferencia sustancial de que el delito de lavado de activos exige declaración de responsabilidad penal del agente delictivo.

Si bien el tipo penal posee fases o etapas, tiene una finalidad accesoria de recuperación de activos que adquirieron apariencia de licitud, dado que; muchas veces al cometerse en criminalidad organizada se hace compleja su recuperación, donde se suma la existencia del tercero de buena fe, como un problema absoluto para enfrentar los activos ilícitos, a lo que se suman otros problemas que afectan el ejercicio de la acción penal, lo que no sucede en la Extinción de Dominio pues solo debe verificarse un nexo causal con una Actividad ilícita para su procedencia y no acciones de ensombrecimiento.

1.7. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto al delito de enriquecimiento ilícito.*

El delito de Enriquecimiento ilícito en el Perú, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, es un tipo penal especial. Se configura cuando un funcionario público, aprovechando su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto a sus ingresos normales lo que afecta el correcto funcionamiento del sistema estatal. La acción penal, busca sancionar al agente delictivo, sin embargo; cuando esta se extingue, prácticamente nos encontraremos en un escenario de impunidad, lo que además surge por dos razones: primero, el sujeto es especial, y segundo, el Decomiso será ineficiente si no existiera acusación penal, y si existiera, el producto enriquecido será de difícil determinación.

Frente a dicho tipo penal, la ED no diferencia la cualidad especial del agente, pues; recae sobre los bienes, y no sobre la persona, por lo que; los activos ilícitos (en la esfera patrimonial del agente delictivo) serán recuperados por el Estado, haciéndola eficaz y operativa para cumplir la finalidad restauradora del orden socio-económico.

1.8. *Eficacia de la Extinción de Dominio respecto al Partícipe a Título Lucrativo.*

La figura del Partícipe a título lucrativo (en adelante PTL) no existe en el ordenamiento jurídico peruano y ordenamientos latinoamericanos. El PTL es el sujeto a quien se le obliga pagar (devolver) todo lo que recibió como beneficio del delito, sin necesidad de exigir que haya sido el agente delictivo o partícipe, sino solo que se haya beneficiado del delito. No se trata del reductor o del blanqueador, por ello; no existe necesidad de probarse que conocía del origen ilícito del bien, sino simplemente que se benefició del delito, v. gr., se puede condenar a un funcionario (autor) por cohecho, y aso cónyuge a título de PTL al beneficiarse del producto del delito⁶⁵.

Evidentemente tiene dependencia de la condena penal, por ello; se trata de una sanción

64 HANCCO LLOCLLE, RONAL, *El delito de lavado de activos y el Criminal Compliance. Análisis jurisprudencial y normativo*, Lima, Jurista Editores, 2019, p. 128.

65 Un caso paradigmático en España es el de la Infanta Cristina.

cuasi civil, penal o mixta, donde basta probar que se benefició —entiéndase con el patrimonio— del delito, pero siempre debe verificarse la configuración del delito, lo que no sucede en la ED, pues el poseedor del activo debe probar su origen lícito.

2. Hipótesis 2: La Actividad ilícita como objeto de Extinción de Dominio comprende, además de delitos, infracciones administrativas.

Existen dos posiciones marcadas, la primera se fundamenta en que conforme al origen de la ED, solo debe extinguirse los activos provenientes de delitos, mientras la segunda posición fundamenta que debe extinguirse también activos provenientes, además de delitos, de infracciones administrativas.

2.1. Posición 1: La Actividad ilícita como elemento normativo objetivo de la Extinción de Dominio representa la conexión del bien pasible de extinción con un delito, ergo; solo deben extinguirse bienes vinculados a hechos delictivos.

La finalidad de la ED es hacer frente al *patrimonio criminal*, desde su concepción se vinculó a las *actividades delictivas*, en ese sentido, esta hipótesis es que debe combatir el patrimonio obtenido como consecuencia de un hecho delictivo⁶⁶, dado que, la Actividad ilícita —como elemento normativo sustantivo— representa la *conexión con el delito* que generó activos ilícitos, esto es; *patrimonio criminal*. Dicha hipótesis se refuerza con el art. I⁶⁷ del D. Leg. N° 1373 donde se establece un catálogo de delitos, sobre los cuales procede la ED, que además es *numerus apertus* porque señala “y otros”. Entonces, la propia norma determina que se tratan sólo de actividades delictivas cuyo requisito *sine quanon* es que tengan la *capacidad de generar activos ilícitos*.

Lo señalado guarda relación directa con la autonomía y permitirá examinar variables como la necesidad de probar la Actividad ilícita, aún ante la inexistencia de una sentencia penal firme, cuya consideración como elemento estructural objetivo, exige ineludible probanza en el proceso de Extinción de Dominio.

2.2. Posición 2: La Actividad ilícita objeto de Extinción de Dominio, puede comprender, además de delitos, infracciones administrativas.

Esta hipótesis está vinculada a la discusión doctrinal y jurisprudencial, donde se analiza el contenido de la actividad ilícita. Se viene sosteniendo con ciertas moderaciones (posición absoluta y posición analógica)⁶⁸, que la Actividad ilícita debe alcanzar también las *infracciones administra-*

66 El hecho delictivo es aquel que tiene naturaleza de delito, esto es; se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo; si así fuera tomado en cuenta, la Extinción de Dominio sería un instrumento del Derecho Penal, y esa no es su naturaleza jurídica.

67 “Artículo I. Ámbito de aplicación
El presente decreto legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada”.

68 La jurisprudencia que sostiene la posición absoluta de contemplar como Actividad ilícita es la *Postura 1: Exp. N° 16-2021-Sala de Arequipa* a partir de la exposición de motivos, mientras la posición que sostiene que se debe comprender a la Actividad ilícita a partir de la cláusula de interpretación analógica “y otras” es la *Postura 2: Exp. N° 007-2021-Cusco*.

tivas. En esa línea, es imperativo analizar los hechos calificados como moralmente reprochables, v. gr., la prostitución no es delito, sin embargo; es una actividad que genera ganancias, empero es pertinente responder *¿tiene naturaleza ilícita?*, entendiéndose como calificación jurídica, nuestra posición es que sí genera ganancia ilícita por ello *debe extinguirse el derecho de dominio*⁶⁹. Para explicar la respuesta, pasamos a desarrollar nuestra posición.

2.3. *Toma de posición: Determinación y comprensión de la Actividad ilícita a partir de la “Antijuricidad” de la teoría del delito.*

Para asumir una posición, primero haremos una revisión de lo que sucedió en el análisis y estructura del tipo penal de lavado de activos, dado que tiene una construcción normativa similar a la ED, esto es; ambos están conectados a una actividad criminal e ilícita, respectivamente, y además tiene relación con la recuperación de activos.

En nuestro país, un tema debatido en el delito de lavado de activos fue si las ganancias ilícitas, como elemento normativo del tipo penal, podían provenir de infracciones administrativas, es decir; si podían considerarse como *actividad criminal previa*⁷⁰. Tras un recorrido normativo y jurisprudencial, se ha determinado con claridad que las infracciones administrativas no pueden constituir actividades que generen activos pasibles de lavado de activos, llegando a su cúspide en el I Pleno Casatorio 1-2017 (sobre el delito de lavado de activos)⁷¹, donde se determinó que la actividad criminal previa constituye un *injusto penal*, esto es; se trata de la conducta típica carente de causa de justificación, la cual tiene la capacidad o entidad de generar activos maculados que se insertan al tráfico económico y serán objeto de lavado o blanqueo. Entonces, en dicho tipo penal es clara la naturaleza jurídica de la actividad criminal previa.

En la ED, en este momento la discusión radica en determinar si los activos originados en infracciones administrativas pueden ser objeto de extinción, considerando que la norma emplea el término “Actividad ilícita”, ¿dicho concepto comprende a las infracciones administrativas? Desde una interpretación amplia la respuesta es sí, pues lo ilícito comprende todas las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, y de hecho es la posición mayoritaria, y casi sencilla.

De nuestra parte, estructuraremos una respuesta a partir del *hecho ilícito*, sin embargo; para ello debemos determinar qué se entiende como tal. Así tenemos que la **Actividad lícita** es el adjetivo del hecho lícito, se trata de una conducta típica (norma penal) pero justificada (jurídica), y como es sabido en el Derecho Penal, las causas de justificación son aquellas que excluyen la

69 Nuestra hipótesis es que la Extinción de Dominio no debe recaer sobre las infracciones administrativas, ni frente a hechos moralmente reprochables, sino solo sobre actividades ilícitas, por lo que; en el caso v.gr. de la prostitución sí configurará, pero por el delito de proxenetismo.

70 El art. 10° del D. Leg. N° 1106, señala: “El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a **actividades criminales** como los delitos de (...) o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal”.

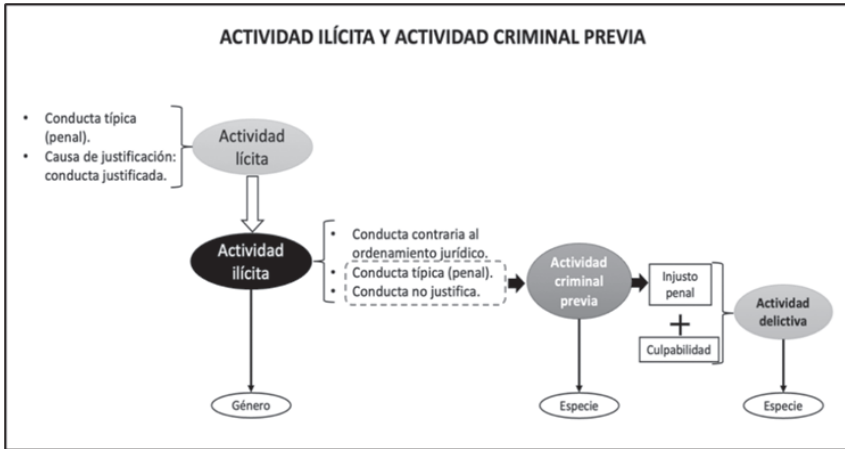
71 En el Perú en el 2017, la gota que derramó el vaso, fue la Casación N° 92-2017 Arequipa, que señalaba que las ganancias ilícitas provenían de un delito previo, esto es; de una conducta típica, antijurídica y culpable. Esta jurisprudencia evidenció la imperiosa necesidad de que el máximo tribunal penal emita el I Pleno Casatorio donde se determinó que la actividad criminal previa era un injusto penal. Vid. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Lima 11 de octubre de 2017.

antijuridicidad, “convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a Derecho”⁷², o sea; aceptada por el ordenamiento jurídico, *contrario sensu*; la **Actividad ilícita** es la conducta típica (norma penal) y no justificada, dando lugar así al injusto penal, o conducta contraria al ordenamiento jurídico (toda norma en general) y no justificada, sin embargo; delimitado al ámbito jurídico-penal se denomina —a tenor del Pleno Casatorio 1-2017— **actividad criminal**, es decir; la Actividad ilícita constituye el género, respecto a la actividad criminal que sería la especie. Conforme a ello, podemos llegar a la siguiente conclusión:

- ¿Se puede extinguir los activos provenientes de toda actividad criminal? Sí.
- ¿Se puede extinguir los activos provenientes de toda actividad ilícita? Sí.

Por su parte, la **actividad delictiva** es aquella conducta típica, antijurídica y culpable, es decir; se trata de un delito, entonces:

- ¿Se puede extinguir los activos provenientes de toda actividad delictiva? Sí.



Así las cosas, bajo la premisa de que la Actividad ilícita es el género, mientras la actividad criminal previa y la actividad delictiva son la especie, la conclusión es que sí se puede extinguir todos los activos ilícitos, que incluye infracciones administrativas, sin embargo; aun su concepto amplio, debemos delimitarla a dos requisitos copulativos, pues procede sobre activos que están en el tráfico económico, los que son: i) que tengan la capacidad de generar activos ilícitos, lo que alcanza a las infracciones administrativas, y ii) sean equiparables a una actividad criminal o delictiva, como manifestación del hecho ilícito contra el ordenamiento jurídico, de esa forma dejamos de lado absurdos como pensar que se puede extinguir el activo (vehículo) por cruzarse un semáforo rojo (infracción administrativa) o cuantificarla, sino; mantendremos su fundamento exegético.

72 Sobre el hecho lícito, corresponde aclarar dos aspectos esenciales: i) las causas de justificación no son un problema específico del Derecho Penal sino del ordenamiento jurídico en general, y que ii) una de las diferencias entre una causa de justificación y una causa de inculpabilidad está en que la justificación además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de inculpabilidad que solo impide la pena. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE A., *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial Crijley, 2007, pp. 530 y 531.

Esta última hipótesis le otorga plena y real autonomía, pues se trata de una institución jurídica que coadyuva al ordenamiento jurídico, que ante su fracaso en la lucha contra el patrimonio criminal, después del Derecho Penal nos queda la ED, no como instrumento o herramienta accesoria, sino como instituto jurídico para reestablecer el orden jurídico para que en el tráfico económico circulen activos lícitos, esto es; que no tengan origen o vinculación con actividades ilícitas (no sean producto de delitos ni infracciones), y su aplicación genere seguridad jurídica a partir de sus fundamentos legitimadores: i) *el interés social (uso)* y el ii) *justo título (origen)*, que como señalamos supra constituyen los bienes jurídicos tutelados por la ED.

V. Conclusiones.

1. El sistema penal, mediante sus instituciones jurídicas, no ha sido eficaz para recuperar activos ilícitos, por ello; los ordenamientos jurídicos como huida del Derecho Penal y necesidad político-criminal, han estructurado el instituto jurídico de la Extinción de Dominio, autónomo e independiente de la acción penal, con sus propios principios y naturaleza jurídica.
2. Un problema vigente y recurrente en los ordenamientos jurídicos, es si la extinción de activos ilícitos puede extenderse a infracciones administrativas, ello; implica analizar el término actividades ilícitas (como se señala en la LMED), y determinar si puede equipararse a actividades delictivas o criminales, que además constituye su fundamento exegético. En el presente trabajo, consideramos que sí pueden extinguirse activos ilícitos provenientes de infracciones, siempre que estos i) tengan la capacidad de generar ganancia ilícita y, ii) sean equiparables a una actividad delictiva o criminal.
3. Finalmente, tras todo el desarrollo ¿qué nos queda después del Derecho Penal en Latinoamérica?, nos queda recurrir a la ED para reestructurar el orden socioeconómico y garantizar que los activos que circulan en el tráfico económico sean lícitos y no espurios ni vinculados a actividades ilícitas.

Bibliografía.

ACOSTA ARISTIZÁBAL, J., *Régimen probatorio de la Extinción de Dominio. La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia*, Bogotá, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2015.

AGUADO CORREA, Teresa, *El Comiso*, Madrid, Editorial Edersa, 2001.

AGUIRRE NAUPARI, LUÍS JESÚS, "La institución de Extinción de Dominio ¿es constitucional?", en Arroyo Decena, Juan Manuel (Coord.), *Sobre la prueba y otros aspectos en Extinción de Dominio*, Lima, Editorial Grijley, 2023, pp. 23 y 24.

Asobancaria de Colombia, *ABC de la Extinción de Dominio*, Bogotá, TC impresiones, 2018, p. 28.

- BLANCO CORDERO, ISIDORO, "El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia", en Demetrio Crespo, Eduardo, (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid, Edisofer, 2014.
- CARRILLO DEL TESO, ANA E., "La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros (Dir.), *Recuperación de activos y Decomiso*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- CARRILLO DEL TESO, ANA E., *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, CARLOS, "Decomisar sin castigar, Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias", en *Indret*, N°1, 2019.
- CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO, "El comiso y la Confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", *Estudios de Derecho Judicial*, N° 28, 2000.
- GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS, *Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos Jurídicos Fraudulentos y Reparación Civil*, Ideas, Lima, 2019.
- GONZALES BARRÓN, GUNTHER, *Teoría General de la Propiedad y del Derecho Real*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2018.
- HANCCO LLOCLLE, RONAL, *El delito de lavado de activos y el Criminal Compliance. Análisis jurisprudencial y normativo*, Lima, Jurista Editores, 2019.
- JAÉN VALLEJO, MANUEL Y ÁNGEL LUIS, PERRINO PÉREZ, *La Recuperación de activos frente a la corrupción*, Madrid, Editorial Dykinson, 2021, 2ª edición.
- JORGE, GUILLERMO, "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", en Jorge, Guillermo (Dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008.
- KORTE, MATTHIAS, "Fundamentos de la reforma de la recuperación de activos", en en Hurtado Pozo, José (Ed.), *Extinción de Dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica*, Pacífico Editores, Lima, 2021.
- LANDECHO VELAZCO, C. M. Y C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS, "El príncipe", 1999. Recuperado de: [HTTPS://OCW.UCA.ES/PLUGINFILE.PHP/1491/MOD_RESOURCE/CONTENT/1/EL_PRINCIPE_MAQUIAVELO.PDF](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1491/mod_resource/content/1/el_principe_maquiavelo.pdf)
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, WILSON ALEJANDRO. "La Extinción de Dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. Perspectiva general", en VV. AA. *Extinción del derecho de dominio en Colombia. Nuevo Código de Extinción de Dominio colombiano*, ICITAP-UNODC, Bogotá, 2015.
- MATELLARES RODRÍGUEZ, NURIA. *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- MENDITTO, F., "Le confische nella prevenzione en el contrasto allá criminalità ´da profitto´ (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa". *Diritto penale Contemporaneo*, N° 02, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Parte general del Derecho Penal*, 2da. Edición, Navarra, Editorial Thompson-Aranzadi, 2007.

RODRÍGUEZ TAPIA, BEATRIZ, "Extinción de Dominio: una figura jurídica efectiva para la recuperación de activos", *Extinción de Dominio: Análisis y reflexiones*, Fiscalía General del Estado de Ecuador, 2023.

ROJAS PICHLER, PABLO ANDRÉS, "La función de la responsabilidad civil ex delicto como herramienta de recuperación de activos ilícitos y de prevención con respecto a los delitos de corrupción pública", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio et al (Dirs.), *Recuperación de activos y Decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Titan lo Blanch, 2017.

SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, *Lineamientos técnicos para la interpretación y aplicación de las causales de Extinción de Dominio*, Fundación panamericana para el desarrollo, Quito, 2023.

SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, "Distinciones esenciales para comprender instituto de la Extinción de dominio".

SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, *La emancipación del Comiso del proceso penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso ampliado*, OEA, 2017.

SANTANDER ABRIL, GILMAR GIOVANNY, "Fundamentos de legitimación, objeto y límites de las causales de Extinción de Dominio de bienes ilícitos", en Hurtado Pozo, José (Editor). *Extinción de Dominio y lucha contra la Criminalidad Organizada y económica*, Pacífico Editores, 2021.

UNODC, "La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia", 2015.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE A., *Derecho Penal Parte General*, Lima, Editorial Grijley, 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, Lima, Jurista Editores, 2013.

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria

6. La necesidad de la aplicación de las restricciones a los derechos humanos para el combate al crimen organizado en América Latina: La IA como alternativa en la aplicación de los test de restricción.

Resumen: La problemática que las sociedades latinoamericanas tenemos actualmente es el crecimiento y operatividad del crimen organizado, pero sobre todo la violencia, corrupción e impunidad existentes a causa de su empoderamiento económico y político.

Desde el punto de vista jurídico, y con base en el sistema penal acusatorio, así como los derechos humanos bajo los cuales se encuentra revestida su operatividad dogmática y procesal desde el ámbito constitucional y convencional, considero que no son suficientes para combatir esta criminalidad, pues su ámbito de acción traspasa a los derechos humanos.

Lo anterior no quiere decir, ni implica que ante este tipo de criminalidad se deban eliminar los derechos humanos, ni tampoco que se está sugiriendo un tema nuevo, más bien nos referimos a las correctas prácticas procesales del derecho punitivo ya existentes, en este caso en el derecho penal, para restringir los derechos humanos de los presuntos delincuentes que estén realizando conductas en materia de delincuencia organizada o las que realicen ayuden a éstos últimos a cumplir con sus fines, las cuales han estado causando estragos en sociedades tales como a las pertenecientes a países como México, El Salvador, Ecuador, cuyos últimos dos países han entrado en estados de excepción, en el caso del El Salvador¹ hace dos años y del Ecuador a penas meses; con respecto a México el Senado de la República ha sugerido la suspensión de poderes en los estados de Guerrero y Guanajuato dada la violencia que ha inferido el crimen organizado.

Palabras clave: derechos humanos, crimen organizado, inteligencia artificial.

1 Tuve la fortuna de haber sido contratada por la Fiscalía General de la República de El Salvador, en donde pude trabajar estrategias jurídicas con su gobierno en materia de derechos humanos para la operatividad de la restricción de derechos humanos ante el crimen organizado en noviembre del año 2023. Lo más impactante que pude observar fueron los resultados tan contundentes que socialmente, en materia de seguridad, se dieron bajo la operatividad de la restricción de los derechos a los miembros del crimen organizado en dicho país, el cual se materializó en una baja del 100% de inseguridad para la población al 2% en dos años.

Abstract: The problem that Latin American societies currently have is the growth and operational nature of organized crime, but above all the corruption and impunity existing because of their economic and political empowerment.

From a legal point of view, based on the accusatory criminal system, as well as the Human Rights under which its dogmatic and procedural functionality is covered from the constitutional and conventional level, I believe that they are not sufficient to combat this crime, since their scope of action goes beyond human rights.

This does not mean, nor does it imply that human rights should be eliminated in the face of this type of crime, nor does it suggest a new topic, but we refer to the correct procedural practices of existing punitive law, in this case in the Criminal Law, to restrict the human rights of suspected offenders who are carrying out Organized Crime conduct or those who carry out their activities, which have been raging on societies such as those belonging to countries such as Mexico, El Salvador, Ecuador, whose last two countries have entered the States of Exception, in the case of El Salvador two years ago and in Ecuador a few months ago; in respect of Mexico, the Senate of the Republic has suggested the suspension of powers in the states of Guerrero and Guanajuato, given the violence that inferred Organized Crime.

Keywords: human rights, organized crime, artificial intelligence.

I. *La convencionalidad en la operatividad de las restricciones a los derechos humanos (El Sistema Interamericano de Derechos Humanos).*

El desconocimiento jurídico de la operatividad de las restricciones a los derechos humanos comúnmente conlleva a pensar que si uno de ellos se restringe o limita se está violando; evidentemente es incorrecta la postura, pues el Derecho, incluido el convencional, también cambia de acuerdo a las necesidades de los Estados en determinado momento histórico; por ello, con base en lo que actualmente estamos viviendo en América Latina con respecto al crimen organizado, la necesidad de restringirlos es evidente.

Bajo esa perspectiva, es importante señalar que la operatividad de la restricción de los derechos humanos sería incorrecta analizarla desde los sistemas jurídicos locales, es decir, al interno en cada uno de los países latinoamericanos, pues la mayoría formamos parte de sistemas internacionales como lo son el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; por tanto, dichas restricciones, en primer término, se deben analizar desde el apartado de la convencionalidad, sobre todo con respecto al Sistema Interamericano, en específico la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pues es la que muestra el cambio, la dinámica y el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito de sus restricciones y, evidentemente, el estándar de restricción que la misma prevé con respecto a los derechos humanos.

Las restricciones a los derechos humanos no se pueden aplicar en automático, ello sería incorrecto pues se trataría de un actuar arbitrario de la autoridad y la violación de derechos humanos, esto es así porque las restricciones deben ser acordes a lo que marca la Jurisprudencia de la Corte IDH.

Lo anterior implica que, restricciones en automático, tales como el arraigo y la prisión preventiva oficiosa son violatorias de derechos humanos, así lo ha hecho saber la Corte IDH en

el caso *García Rodríguez y otro vs México*, específicamente en sus puntos 176, 177 y 303; por ello el tratamiento debe ser diferente y bajo lineamientos específicos.

Ello no quiere decir que la prisión preventiva o el arraigo sean instrumentos inoperantes desde el punto de vista de los derechos humanos, es decir, que la libertad personal no se pueda restringir bajo esas figuras, sino más bien que se deben seguir lineamientos convencionales para hacerlo.

El estado de necesidad en el que las sociedades latinoamericanas nos encontramos bajo el régimen actual del crimen organizado determina que, hacia dichos delincuentes, debe operar la restricción de los derechos humanos desde el ámbito de la proporcionalidad, idoneidad, buscando un fin legítimo y, evidentemente, basado en el principio de legalidad.

Para ello, la opinión consultiva 6/86 emitida por la Corte IDH nos determina los elementos mínimos que debe un Estado asumir bajo la pretensión de restringir un derecho humano:

“Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.²

El Estado Mexicano, por ejemplo, cometió el error de constitucionalizar las restricciones a los derechos humanos bajo el rubro de delincuencia organizada, intentando rescatar algunos rubros del derecho penal del enemigo del Profesor Jakobs dentro de dicho proceso penal de excepción, sin tomar en consideración la operatividad de dichas restricciones a nivel convencional, lo que trajo como consecuencia la condena de dicho tribunal internacional hacia México en la sentencia referida con antelación.

Por ende, podemos concluir que ante el estado de emergencia social en el que los ciudadanos latinoamericanos nos encontramos a causa del crimen organizado, se debe re determinar la operatividad del derecho penal con respecto a ellos, bajo el rubro de la restricción a los derechos humanos desde el ámbito de la convencionalidad y aplicando como metodología el control de convencionalidad.

2 Opinión Consultiva 6/86 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/OPINIONES/SERIEA_06_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)>, consultada el 3 de marzo del 2024.

II. *Las llaves que abren los candados de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte IDH.*

Como ha quedado señalado, los derechos humanos no se pueden restringir en automático, así sea la necesidad social extremadamente alta para restringirlos en una sociedad o en un Estado, este es el elemento intelectual más importante que deben conocer los operadores jurídicos, incluso no se pueden restringir automáticamente ni aun y cuando la jurisprudencia de las cortes constitucionales de los Estados así lo señalen, incluso cuando éstas sean de observancia obligatoria o cuando sus constituciones expresamente lo determinen (como en el caso mexicano).

En ese sentido, la Corte IDH ha sido extremadamente específica en ese sentido, en su jurisprudencia (la cual es obligatoria en algunos Estados latinoamericanos ya sea por constitución o por jurisprudencia de sus cortes supremas; en el caso mexicano es obligatoria por ambas, es decir, a nivel constitucional mediante los artículos 1 y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y bajo la jurisprudencia número de registro 2006225 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), es decir, se requiere la operatividad de la autoridad estatal, cualquiera que sea esta, de determinados elementos para restringirlos.

Para efectos didácticos les he llamado las llaves necesarias que permiten abrir las puertas para la posibilidad de restringir los derechos humanos, las cuales deben operar simultáneamente y no está permitido que lo hagan de forma individual y, además, deben cumplirse todas y cada una.

Dichas llaves son las siguientes:

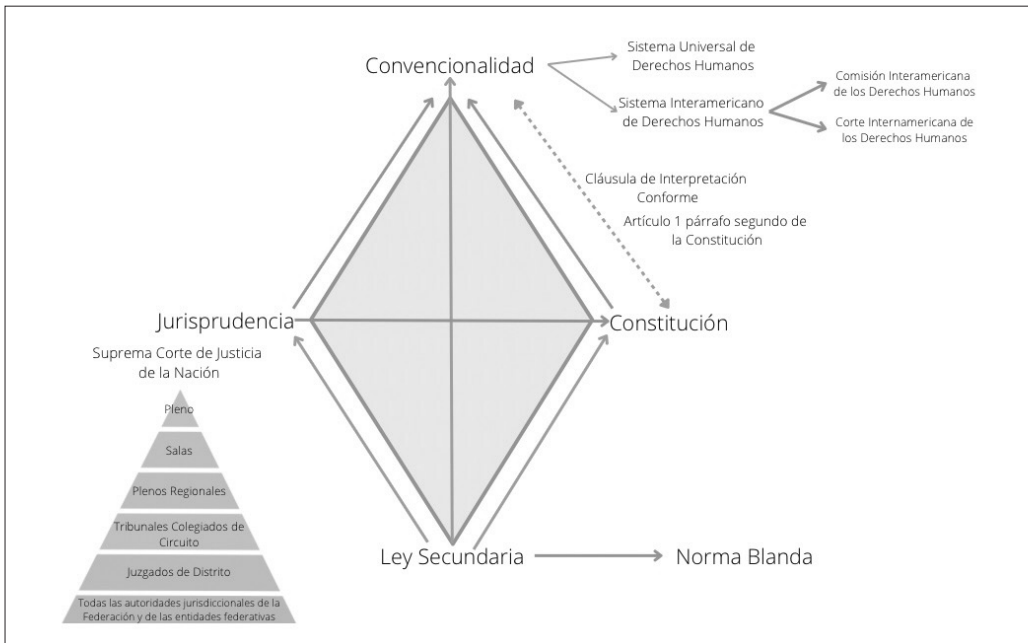
1. Legalidad. El principio de legalidad para el caso de las restricciones al ejercicio de los Derechos Humanos no implica que la restricción se encuentre determinada en una ley de forma expresa, o que la misma se encuentre en la Constitución, tal y como lo ha hecho valer erróneamente el Estado mexicano al imponer las mismas dentro de la Constitución Política, como en los casos de la prisión preventiva oficiosa (artículo 19), el arraigo (artículo 16), la no restitución de derechos laborales y administrativos en los casos de policías, peritos y fiscales (artículo 123), sino que las mismas deben ser acordes a una interpretación conforme entre la Carta Magna y la convencionalidad.

En este sentido, en mi obra “La metodología geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho Punitivo: Especial referencia al Derecho Disciplinario”, señalo:

“Por lo que el diamante que a continuación se indica es el mínimo necesario de operatividad de observancia de los Derechos Humanos, los cuales no se pueden restringir, ni reducir de ninguna manera, ni por la Constitución de los Estados, otros tratados internacionales, en jurisprudencia local, ni en leyes secundarias.

Por lo que su operatividad radica en que la ley secundaria debe ser acorde mínimamente a la convencionalidad; sin embargo, puede ser acorde también a la constitucionalidad y a la jurisprudencia, pero cuando un derecho humano entre en conflicto entre la convencionalidad y la constitucionalidad se aplicará la cláusula de interpretación conforme y se utilizará el derecho que más proteja a la persona (principio pro persona).

Bajo la operatividad del rombo, mediante un ejercicio de control de convencionalidad, la autoridad puede inaplicar la norma jurídica incompatible con la convencionalidad (con base en la cláusula de



interpretación conforme) que se encuentre en la ley secundaria y en la constitución.

Y al mismo tiempo, mediante un ejercicio de control de constitucionalidad, la autoridad puede inaplicar la norma jurídica incompatible con la constitución (con base en la cláusula de interpretación conforme) que se encuentre en la ley secundaria y en la convencionalidad.

Desde un ámbito de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la Jurisprudencia se debe inaplicar si violenta los Derechos Humanos contenidos en cualquiera de los dos ordenamientos³.

Es así como la jurisprudencia de la Corte IDH está exigiendo un análisis de complejidad sistémico entre las leyes locales, la Convención Americana (CADH) y su jurisprudencia para determinar la efectividad de la restricción al ejercicio de cualquier derecho humano.

En esa lógica la jurisprudencia de la Corte IDH señala:

“El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad”, según lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la opinión consulta 06/86 emitida por la Corte Interamericana de derechos Humanos, en el punto 32”.⁴

3 PADILLA, SANABRIA LIZBETH XÓCHITL, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho Punitivo: Especial Referencia al Derecho Disciplinario*, Editorial propia, México 2022, pp.70 y 71

4 Opinión Consultiva 6/86 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/OPINIONES/SERIEA_06_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)>, consultada el 4 de marzo del 2024.

Lo anterior implica que no es suficiente con que se encuentre en una ley o en la constitución de los Estados, sino que debe ser acorde al ámbito restrictivo que marca CADH a efecto de que cumpla con este requisito.

Asimismo, para el tema de la legalidad, en el caso *Hernández vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019, punto 102, la jurisprudencia de la Corte IDH señala:

“El Tribunal consideró que se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Así, no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”.⁵

2. Razonabilidad. En este apartado la autoridad que pretende restringir un derecho debe determinar y demostrar mediante dato de prueba la existencia de razones suficientes para su restricción, por lo que, de acuerdo al principio de razonabilidad, las restricciones a un derecho humano, si es que éste se encuentra bajo la prolongación del tiempo, deben revisarse de forma periódica. Es importante señalar que aún y cuando este principio la jurisprudencia de la Corte IDH lo señala en el ámbito de la privación de la libertad, también aplica a todas las restricciones que se pretendan aplicar o se hayan aplicado y que tengan efectos restrictivos de sus derechos en el transcurso del tiempo hacia una persona, tales como bloqueos de cuentas bancarias, suspensión temporal de un servidor público, y en general, todas las medidas cautelares.

En general, el principio de razonabilidad se refiere a la totalidad y exhaustividad de las causas por las que es necesario restringir un derecho humano, incluyendo datos de prueba para ello.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Norim Catrimán vs Chile*, en su punto 311 señala:

“311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

a. Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.

b. Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

5 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 2019, <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_395_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_395_ESP.PDF)>, consultada en fecha 5 de marzo del 2024.

Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.⁶

3. Proporcionalidad. El principio de proporcionalidad implica cuando una autoridad está analizando la posibilidad de restringir un derecho humano hacia una persona debe tomar en consideración que la misma sea acorde con respecto al bien jurídico que se pretende proteger y al derecho que se pretende restringir, de tal suerte que no sea excesiva la restricción con respecto a los beneficios que se obtienen por la misma.

La jurisprudencia de la Corte IDH señala:

“De tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho humano no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida” según lo señala el caso Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019, en el punto 204), presunción de inocencia, necesidad (“En el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto” según lo señala el caso Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019, en el punto 204)

De igual forma en el Caso Ricardo Canesse vs Paraguay, la Corte Interamericana señala con respecto al principio de proporcionalidad lo siguiente:

c) Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática

132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que per-

6 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

mitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”⁷.

4. Necesidad. La necesidad como elemento base para la restricción de derechos humanos implica que la restricción elegida por la autoridad debe ser la menos agresiva o lesiva de todas las posibles que existan hacia la persona a quien se le va a restringir el mismo. Lo anterior desde el ámbito del principio de legalidad (tomando en consideración el rombo antes señalado) y, evidentemente, fundando y motivando sus razones.

La jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de octubre de 2019, punto 106 señala:

“106. Respecto de la necesidad, la Corte encuentra que, al ser la privación de la libertad una medida que implica una restricción a la esfera de acción individual, corresponde exigir a la autoridad judicial que imponga dichas medidas, únicamente cuando encuentre que los demás mecanismos previstos en la ley, que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal”.⁸

Por tanto, el elemento de la necesidad se ancla al de la suficiencia, es decir, la autoridad debe demostrar, justificar y argumentar la insuficiencia de otras medidas restrictivas para acreditar la necesidad de la restricción que pretende aplicar, pues en caso contrario sería arbitraria y violatoria de derechos humanos.

5. Idoneidad (fin legítimo). El fin legítimo como elemento para la restricción de derechos humanos implica que se debe demostrar que dicha restricción es necesaria y proporcional, es decir que la restricción al derecho humano va a cumplir un fin específico, calculado, esperado, además es adecuado y conveniente para lograr un objetivo.

La Jurisprudencia de la Corte IDH señala en el caso Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, puntos 54 y 55 lo siguiente:

“54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba.

55. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención”.⁹

7 Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 26, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit, 2002, <[HTTPS://BIBLIOTECACORTEIDH.WINKEL.LA/PRODUCT/VIEWERPRODUCT/1639#PAGE=1](https://bibliotecacorteidh.winkel.la/product/viewerproduct/1639#page=1)>, consultada en fecha 6 de marzo de 2024.

8 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración a la libertad personal y a la presunción de inocencia por la detención ilegal y arbitraria en perjuicio de Raúl Rolando Romero Feris. A su vez, el Tribunal encontró que el Estado no había vulnerado el derecho a la protección judicial en el marco de cuatro causas penales seguidas en su contra. Puede consultar el resumen oficial de la sentencia en el siguiente enlace: <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/RESUMEN_391_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_391_esp.pdf)>. Nota a pie de página contenida en el cuadernillo 26 de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022.

9 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria Enrique Barreto Leiva así como por

6. Pertinencia. La pertinencia implica la congruencia que tiene la argumentación de la autoridad en cuanto a la relevancia de la restricción de un derecho humano con respecto al bien jurídico que se pretende proteger o salvaguardar o determinar que ha sido lesionado. Es decir, que la autoridad debe tomar en consideración solamente los elementos relevantes para restringir un derecho humano desde una perspectiva sistémica con base en la Convencionalidad y las leyes supremas de su Estado, así como de los hechos relevantes de que tenga conocimiento y los datos de prueba con que cuente. Todo lo contrario, implica violación a los Derechos Humanos y el actuar arbitrario de la autoridad.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala lo siguiente:

“188. Sin embargo, la Corte considera que la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad. En este sentido, sólo es admisible la aprehensión y depósito de bienes frente a los cuáles se encuentran indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia. Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso. Este punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.”¹⁰

Por lo que si la restricción a los derechos humanos no cumple con el fin mediante el cual pretende aplicarse o se aplicó, no es pertinente restringirlo; o si ya no existen datos de prueba o han cambiado los hechos para su restricción, no se cumple con el principio de pertinencia.

7. Fundamentación y Motivación. La fundamentación y la motivación son elementos primordiales del principio de legalidad, implican que la autoridad, en toda decisión que tome, acuerdo que dicte, resolución que emita y, básicamente, en todo acto de autoridad la misma debe señalar con precisión las razones y los motivos por los que está restringiendo un derecho humano.

La Corte DH en sus resoluciones es muy reiterativa al respecto; sin embargo, el caso que me parece más significativo en cuanto a estos principios es el *Moya Solís vs Perú*, en sus puntos 83 y 84 señalan al respecto:

la falta de diligencia en el debido proceso seguido en su contra. La Corte estableció en su sentencia la violación, entre otros, de los derechos a la libertad personal, a la protección judicial y a las garantías judiciales. Puede consultar los detalles de la sentencia en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/VER_FICHA_TECNICA.CFM?NID_FICHA=357](https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nid_ficha=357)>. Nota a pie de página contenida en el cuadernillo 26 de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022.

10 El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez, así como por el allanamiento a su empresa. La Corte estableció la violación, entre otros, de los derechos a la integridad, a la libertad personal, a la propiedad, a la protección judicial y a las garantías judiciales. Puede consultar los detalles de la sentencia en el siguiente enlace: <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/CF/JURISPRUDENCIA2/FICHA_TECNICA.CFM?NID_FICHA=275](https://www.corteidh.or.cr/CF/JURISPRUDENCIA2/FICHA_TECNICA.CFM?NID_FICHA=275)>. Nota a pie de página contenida en el cuadernillo 26 de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022.

“83. En este caso, la Comisión y la presunta víctima alegaron la violación del derecho a contar con decisiones debidamente motivadas (artículo 8.1) y del principio de legalidad (artículo 9). En relación con el derecho a contar con decisiones debidamente motivadas, la Corte reitera que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” y que el deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y da credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas. De lo contrario serán decisiones arbitrarias.

84. Así, la motivación demuestra a las partes que han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen ante instancias superiores. Conforme a lo anterior, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.”¹¹

La fundamentación y la motivación como herramientas para restringir los derechos humanos por parte de una autoridad implican la protección del debido proceso legal ante estas decisiones, pues determinan un análisis y conclusiones a las que ha llegado la autoridad con base en el derecho a la defensa que tiene la persona a la cual se le pretende restringir su derecho humano, es decir, existió el principio de contradicción, de no autoincriminación, de aportar pruebas de descargo y, en general, del derecho a la defensa y, por ende, la protección del principio de inocencia.

Por lo que, si se cumplen dichos elementos, la restricción al ejercicio del derecho humano de la persona a la que se le aplicó, es pertinente, idóneo y evidentemente necesario. En caso contrario, no encontraríamos ante una violación de derechos humanos y un actuar arbitrario de la autoridad pública.

Cómo se observa, estas llaves que son necesarias para restringir los derechos humanos son interdependientes y se refuerzan entre sí, pues no pueden aplicarse sólo unas sin tomar en consideración a las demás; por ende, es importante señalar que, si no se cumplen todas al unísono en la decisión de las autoridades para restringir dichos derechos, habrá arbitrariedad y, por tanto, violación a los mismos.

III. Ejemplos de permisión de restricciones a los derechos humanos de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH para el combatir al crimen organizado.

La Corte IDH a través de su jurisprudencia estima la posibilidad de restringir derechos humanos en determinados rubros que pudieran ser aplicables y se aconsejan a los Estados interamericanos sean aplicados en contra del crimen organizado, pues pudieran ser las pautas de un trato diferenciado con respecto a la criminalidad ordinaria, apegado a la legalidad y de gran eficacia para su combate.

11 Caso Moya Solís vs. Perú, sentencia de fecha 3 de junio del 2021, <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_425_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_425_ESP.PDF)>, consultada el 7 de marzo del 2021.

Me refiero específicamente a los testigos colaboradores, protegidos, jueces sin rostro, e incluso a la limitación del derecho a la defensa de los imputados.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH es posible la protección de testigos, jueces y limitación del derecho a la defensa del imputado tomando en consideración las 7 llaves que se han desarrollado es este escrito académico.

Así lo señala en los siguientes casos:

“1. Corte IDH. Caso Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 20623

54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba.

55. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención.”¹²

La limitación que señala la Corte IDH con respecto al derecho a la defensa puede determinar la eficacia y eficiencia de la imputación objetiva de los delitos de delincuencia organizada hacia los cárteles o grupos delictivos que, mediante el argumento del tiempo limitado que existe en las constituciones de los Estados y dado que son grupos integrados por un número considerable de sujetos, el tiempo legal no alcanza para obtener lícitamente los datos de prueba necesarios para obtener éxito en la vinculación a proceso.

Por ello, dada la emergencia en que se pudiera encontrar una sociedad que está invadida por el crimen organizado, la violencia que se vive en las misma, el grado de intervención económica y política hacia ella, la probable eliminación del estado de derecho, la pérdida de legitimidad de las autoridades, así como la dificultad y complejidad para obtener datos de prueba que pudieran acreditar la probable responsabilidad de los miembros del crimen organizado por parte de la autoridad; y, mediante la necesidad, la pertinencia, idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad, motivación y fundamentación (todo ello con dato de prueba y hechos que acrediten lo anterior), los plazos constitucionales se pueden ampliar, para darle a la autoridad la posibilidad de conformar una imputación objetiva eficaz y eficiente.

“2. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

241. La Corte se ha pronunciado en anteriores oportunidades acerca de violaciones del derecho de la defensa de interrogar testigos en casos que trataban de medidas que en el marco de la jurisdicción penal militar imponían una absoluta restricción para contrainterrogar testigos de cargo, otros en los que había no sólo “testigos sin rostro” sino también “jueces sin rostro”, y en otro que se refiere a un juicio político celebrado ante el Congreso en el cual a los magistrados inculcados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se basó su destitución.

242. El literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la “garantía mínima” del “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”, la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal. La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.

243. El deber estatal de garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal puede justificar la adopción de medidas de protección. En esta materia el ordenamiento jurídico chileno comprende tanto medidas procesales (como la reserva de datos de identificación o de características físicas que individualicen a la persona) como extraprocesales (como la protección de su seguridad personal).¹³

Como observamos, la Corte IDH permite la utilización de testigos protegidos, colaboradores e incluso jueces sin rostro, siempre y cuando se cumplan con los requisitos antes señalados y no se violente el principio de contradicción hacia el procesado; y el principio de proporcionalidad se basa también en los derechos a la vida, la integridad y la seguridad de quienes deponen en contra de un criminal organizado. Lo mismo se puede aplicar en el caso de jueces que hayan sido amenazados o que hayan sido víctimas directas o indirectas de atentados por parte del crimen organizado. Evidentemente, tomando en consideración las 7 llaves expuestas en este trabajo de investigación.

IV. La problemática de la medición de las llaves para restringir los derechos humanos por parte de las autoridades: la probabilidad de la eficacia de la inteligencia artificial (IA) como herramienta para restringirlos.

La mayor problemática que actualmente tienen los operadores de la justicia penal es cómo aplicar las 7 llaves para restringir los derechos humanos en el caso de los delitos cometidos por el crimen organizado, es decir, ¿cómo medirlo?, ¿bajo qué criterios?, ¿es suficiente la sana crítica del juzgador?

Consideramos que la IA puede ser una herramienta que le puede dar al juzgador en materia penal argumentos válidos y eficaces para auxiliarse del análisis que tiene que hacer de las teorías del caso de la defensa y de la fiscalía con respecto a los test de proporcionalidad que se han propuesto en este trabajo académico.

De acuerdo al investigador Cáceres Nieto, es posible crear modelos de inteligencia artificial para la toma de decisiones jurídicas:

“Al constructivismo jurídico epistemológico y al institucional se suman otros dos relevantes para esta plática: el constructivismo jurídico operativo, cuyo objeto es la elaboración de modelos acerca de los

13 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (*supra* nota 6).

procesos cognitivos (procesos estructurantes) de los operadores jurídicos y otro vinculado con el problema de la adquisición y representación de ese conocimiento, con el fin de producir sistemas computacionales inteligentes que auxilien a la toma adecuada de decisiones jurídicas¹⁴.

En ese sentido podemos señalar que, si la IA es el resultado de los conocimientos existentes en el mundo de la web, cualquiera que sea esta, y se utilizan los elementos normativos utilizados en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como los hechos imputados y la contradicción de los mismos por la defensa, así como las normas internas en materia penal y de derechos humanos de los Estados que conforman al Sistema Interamericano y las 7 llaves que conforman los test de proporcionalidad mencionados en este escrito, la IA es capaz de dar propuestas sumamente apegadas a la legalidad sobre la restricción a los derechos humanos de un imputado que forme parte del crimen organizado.

Incluso, la propuesta de la IA debería ser obligatoria para todo juzgador en materia jurídica punitiva en el caso de las restricciones a los derechos humanos, pero sobre todo en temas de crimen organizado. Esto traería como consecuencia evitar fallas jurídicas que traerían como fin impunidad o injusticia hacia la víctima o el imputado. De hecho, el juzgador tendría que motivar y fundamentar las razones por las cuales tomó o no en consideración lo que la IA le propuso en determinado caso en concreto.

Lo cierto es que la IA está avanzando a pasos agigantados y el derecho no está exento de sus temas, por lo que podemos utilizarla como una herramienta de gran eficiencia para el combate al crimen organizado en cuanto a las restricciones de los derechos humanos se refieren.

V. Conclusión.

Las restricciones a los derechos humanos son de gran importancia para combatir el crimen organizado, pues el derecho penal garantista en Latinoamérica ha demostrado que no cuenta con los medios idóneos siquiera para controlarlo.

Dichas restricciones son apegadas a la legalidad, incluso desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; sin embargo, dichas restricciones no se pueden aplicar automáticamente, sino que se requiere una serie de requisitos que conforman test de proporcionalidad a efecto de evitar la arbitrariedad de las autoridades e incluso la violación de derechos humanos.

La IA puede ser una herramienta de gran ayuda hacia el juzgador penal que pretenda restringir un derecho humano, mediante la alimentación de información pertinente en un caso en concreto, la cual deberá valorar o no bajo los lineamientos estrictos de fundamentación y motivación.

14

CÁCERES NIETO, ENRIQUE, Inteligencia artificial, derecho E-Justice (el Proyecto IJ)-Conacyt. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; nueva serie, año XXXIX, número 116, mayo-agosto de 2006. Recuperado de <[HTTPS://REPOSITORIO.UNAM.MX/CONTENIDOS/12377](https://repositorio.unam.mx/CONTENIDOS/12377)>

Bibliografía.

- CÁCERES NIETO, ENRIQUE, Inteligencia artificial, derecho E-Justice (el Proyecto IIJ)-Conacyt. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; nueva serie, año XXXIX, número 116, mayo-agosto de 2006. Recuperado de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/12377>
- Corte IDH. Caso Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 20623.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- CortelDH, Caso Moya Solís vs. Perú, sentencia de fecha 3 de junio del 2021, <HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_425_ESP.PDF>, consultada el 7 de marzo del 2021.
- CortelDH, *Cuadernillo 26 de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Restricción de los Derechos Humanos, San José C.R., CortelDH y GIZ, 2022. Disponible en <<HTTPS://BIBLIOTECACORTEIDH.WINKEL.LA/PRODUCT/VIEWERPRODUCT/1639#PAGE=1>> (consultada en fecha 6 de marzo del 2024).
- Opinión Consultiva 6/86 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/OPINIONES/SERIEA_06_ESP.PDF> (consultada el 4 de marzo del 2024).
- PADILLA SANABRIA, LIZBETH XÓCHITL, *La Metodología Geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho Punitivo: Especial Referencia al Derecho Disciplinario*, México, 2023.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 2019, <HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_395_ESP.PDF>, consultada en fecha 5 de marzo del 2024.

Luis Andrés Jiménez Patiño

7. COT (Crimen Organizado Transnacional) – El orden del caos en la instrumentalización migratoria. Estudio jurídico penal para el abordaje del Crimen Organizado Transnacional.

“Al graficar los números de cualquier sistema, hay patrones. Por lo tanto, en la naturaleza existen patrones” Aronofski¹

Resumen: El presente documento aborda el concepto y fenómeno del Crimen Organizado Transnacional a partir de su definición y de los factores explicativos sobre su expansión y consolidación. Dentro de esos factores se encuentra el de la migración como depositario de los crímenes por la alta vulnerabilidad en que se da la movilidad humana y como agente intencionado de la extensión delictiva. Esto último, implica una mirada atenta para no caer en la tentación de la criminalización por su nacionalidad y, por el contrario, hacer una punición de quienes extienden sus redes criminales desde sus países de origen. Finalmente, se apela a la creación de un Derecho Penal Internacional en el ámbito regional que contemple ajustes desde la dogmática jurídico-penal del derecho penal del civil law.

Palabras clave: Crimen Organizado Transnacional, Migración, Trata de personas, Tráfico de personas, Criminalización, Derecho Penal Transnacional.

Abstract: This document addresses the concept and phenomenon of Transnational Organized Crime based on its definition and the explanatory factors of its expansion and consolidation. Among these factors is migration as a repository of crimes due to the high vulnerability in which human mobility occurs and as an intentional agent of criminal spread. The latter implies a careful look to avoid falling into the temptation of criminalization based on their nationality and, on the contrary, punishing those who extend their criminal networks from their countries of origin. Finally, we appeal to the creation of a regional-based International Criminal Law that contemplates adjustments from the legal-criminal dogmatics of civil law criminal law.

Keywords: Transnational Organized Crime, Migration, Human Trafficking, Criminalization, Transnational Criminal Law.

¹ ARONOFSKI, DARREN, Película Pi: *El orden del caos*. 1998.

1. *Introducción.*

La frase célebre con la que inicia este documento pertenece a la magistral película dirigida por Darren Aronofski que se titula “Pi, el orden del caos”. El argumento gira sobre la búsqueda del protagonista alrededor del número mágico que dilucidará el modelo matemático de la bolsa de valores y el verdadero nombre de Dios. La película cierra con otra frase conmovedora: “Próximamente no habrá orden, solo caos”.

Desde el año 2021 en que sale a la luz el primer Índice Global de Crimen Organizado (2021) la dinámica de este fenómeno apunta a diversas y peores formas en que el delito se mueve entre las fronteras.

“El crimen organizado es la amenaza más perniciosa para la seguridad humana, el desarrollo y la justicia en el mundo actual y no parece que vaya a detenerse. Según el Índice global de crimen organizado, de The Global Initiative Against Transnational Organized Crime (GI-TOC), consiste en actividades ilegales, llevadas a cabo por grupos o redes que actúan de manera concertada, mediante la participación en actos de violencia, corrupción o actividades relacionadas, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material. Las actividades del crimen organizado pueden llevarse a cabo tanto dentro de un país como a nivel transnacional”².

Las diferentes formas en que muta el crimen organizado con el paso del tiempo se diversifican y se profundizan conforme cambian las demandas de los mercados y las tecnologías de la información que facilitan la lógica delictiva. El Índice Global de Crimen Organizado (2023) hace el listado de los Mercados Criminales así: Trata de personas, Tráfico de personas, Extorsión y cobros ilegales por protección, Comercio de productos falsificados, Comercio ilícito de bienes de consumo sujetos a impuestos especiales, Tráfico de armas, Delitos contra la flora, Delitos contra la fauna, Delitos contra los recursos no renovables, Comercio de heroína, Comercio de cocaína, Comercio de cannabis, Comercio de drogas sintéticas, Delitos dependientes de la cibernética y Delitos financieros³.

Se hace énfasis en las nuevas formas del crimen transnacional, como por ejemplo el delito financiero, el cual comprende diversos delitos y que van desde las prácticas ilícitas de siempre, como la evasión fiscal y la malversación de fondos, hasta formas más complejas de desfalco y fraude⁴. Este tipo de delito, sumado a los anteriores, inevitablemente ponen en jaque a los Estados quienes ante la falta de una estructura jurídico política uniforme enfrentan de manera aislada esta forma cambiante del crimen.

También, se resalta la forma en que el COT se aprovecha de la crisis migratoria mundial para la instrumentalización de las personas en el crimen. El hallazgo 8 del Índice Global de Crimen Organizado, 2023, frente al aumento de tráfico y trata de personas subraya que

“los delincuentes con fines de lucro, desde los individuos oportunistas hasta las redes profesionales a gran escala, siguen traficando con personas fuera de las vías legales de emigración y a través de fronteras a menudo en condiciones peligrosas y con un gran coste humano, con lo cual muchos migrantes

2 Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Índice Global de Crimen Organizado*, 2021, p. 2.

3 Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Índice Global de Crimen Organizado*, 2023, p. 52.

4 Global Initiative Against Transnational Organized Crime (*supra* nota 2), p. 53.

irregulares se vuelven vulnerables a la explotación. Los conflictos violentos, la desigualdad y las condiciones meteorológicas extremas podrían hacer que este mercado siga creciendo⁵.

Este fenómeno implica otros serios problemas que, tras la utilización de los migrantes en el delito, lleva consigo fenómenos colaterales asociados a la violación de derechos humanos en clave de discriminación. Por lo anterior, si no se encuentran soluciones estructurales, complejas y eficientes a este problema global, nos acercaremos inevitablemente a la realidad de la frase de Arnofsky: “Próximamente no habrá orden, solo caos”.

2. *Hacia una comprensión del crimen organizado.*

Desde hace varias décadas, las formas tradicionales de las organizaciones criminales han cambiado. En el pasado, estas tenían una estructura jerárquica que respondían a una forma lineal del delito como si se tratase de una corporación privada, en donde había uno o varios líderes de la organización quienes planeaban y ejecutaban las acciones respondiendo bajo la lógica criminal de mando. Se puede decir que esta forma de operar aun existe cuando se habla de Grupos Armados Organizados – GAO, tal y como se definen en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos⁶. No obstante, cuando se hace referencia a los Grupos de Delincuencia Organizada – GDO, la forma de operación, estructura, reglas y funcionamiento cambia significativamente. De acuerdo con Williams, 2008; Linares, 2008; Pérez, 2007, citados por Cajiao y Cols., (2018),

“ya no se requieren grandes organizaciones jerárquicas como los cárteles del narcotráfico colombianos y las mafias sicilianas. Por el contrario, el crimen organizado se estructura a través de redes sociales, más fluidas, flexibles y con un alto grado de adaptación, que evoca el comportamiento de las corporaciones transnacionales que operan a través de redes y nodos que funcionan a nivel global⁷”.

En este sentido, Varese (2010) citado por Nuñovero (2020), afirma que la criminalidad organizada actual le da menos importancia al tamaño, estructura o reputación de la organización. Por el contrario, el énfasis del momento se encuentra en el ámbito geográfico, el contexto, los mercados, la expansión y la movilidad estratégica con la que cuentan⁸. América Latina en los últimos años (especialmente después del periodo crítico de la COVID-19) ha venido siendo testigo del crecimiento exponencial de este tipo de delincuencia.

5 Global Initiative Against Transnational Organized Crime (*supra* nota 2), p. 28.

6 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Palermo, 2000.

7 CAJIAO, ANDRÉS; GONZÁLEZ, PAOLA; PARDO, DANIEL; ZAPATA, OSWALDO, *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*, 2018, p. 5.

8 NUÑOVERO, LUCIA, Víctimas y peones: el fenómeno migratorio y las dinámicas del crimen organizado. *Revista Aequitas*. Número 3, 2020, p. 61–72.

Organizaciones de carácter transnacional como el Tren de Aragua⁹ es un claro ejemplo de cómo dichas redes, han venido aumentando su poder económico, territorial y funcional en relación con las economías ilegales que antes eran objeto de preocupación local.

Carrasco, realiza una disección de la definición de delincuencia organizada a partir de la que realiza UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito):

“la delincuencia organizada hace referencia a un emprendimiento criminal continuo que, de forma racional, desarrolla conductas con el fin de generar ganancias de actividades ilícitas, para los cuales existe por lo general, una gran demanda pública. La continuidad de la existencia del grupo se garantiza a través de la corrupción de funcionarios públicos y el uso de la intimidación, las amenazas o la fuerza para la protección de sus operaciones”¹⁰.

A partir de lo anterior, el autor realiza la siguiente disección de la definición:

1. Ha de tratarse de un emprendimiento criminal continuo. Es decir, se trata de una asociación, con estructuras jerárquicas, modelos de gestión y con pretensiones de continuidad en el tiempo.
2. Las ganancias obtenidas por las actividades giran alrededor de bienes y servicios, que, aunque ilegales, generan una gran demanda pública.
3. La violencia ocasionada por estos grupos generalmente responde a motivaciones defensivas o a cambios en los mercados servidos y se caracteriza por la corrupción, la intimidación o la fuerza.

Ahora bien, dentro de las dinámicas delictivas del crimen organizado se encuentra el de la expansión de la migración como instrumento de poder y control del delito. Dentro del estudio realizado por Cajiao y cols.,

“se identifican por lo menos cuatro factores que inciden en el establecimiento de las estructuras del crimen organizado y facilitan la construcción de las redes criminales y logísticas que determinan las rutas para el tráfico internacional de drogas: (1) las condiciones sociopolíticas y económicas; (2) la incapacidad estatal para proveer justicia y debilidad en los sistemas judiciales; (3) la migración; y (4) la utilización de estructuras criminales preexistentes”¹¹.

El tercer factor, relacionado con la migración como vehículo para la territorialización y consolidación del crimen más allá de las fronteras, es el que interesa para el presente estudio.

9 El Tren de Aragua es la estructura criminal más poderosa de Venezuela. La organización comenzó a crecer al interior de la cárcel Tocarón, estableciendo células y cooptando pandillas más pequeñas fuera de la cárcel. Esto le permitió proyectar su poder más allá de los muros de la prisión y en todo el Estado Aragua, donde se encuentra ubicada. Producto de la diáspora venezolana tras la crisis económica, el Tren también vio la oportunidad de migrar a otros países de la región e, incluso, del continente. La organización hoy día se extiende de Venezuela a Chile sacando ventaja de los migrantes desesperados, primero mediante el tráfico de migrantes a gran escala en Suramérica, y luego con la creación de redes de explotación sexual organizadas, integradas y multinacionales. InSight Crime. *Tren de Aragua: De megabanda carcelaria a empresa criminal transnacional*, 2023.

10 CARRASCO, LUIS, Sobre la delincuencia organizada. Diego Cuarezma Zapata (coord.), *El derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, 2022, p. 126.

11 CAJIAO, ANDRÉS; GONZÁLEZ, PAOLA; PARDO, DANIEL; ZAPATA (*supra* nota 7), p. 8.

3. *El factor migratorio en el fenómeno del crimen organizado transnacional.*

En la actualidad, no hay discusión alguna sobre la migración como un derecho humano reconocido y protegido por los Estados que son parte de los instrumentos internacionales. Del Derecho Internacional de los Migrantes se desprende el imperativo que reza

“todos los migrantes son seres humanos, afirmación que parece repetitiva pero que no lo es, y por ello poseen un conjunto de derechos humanos fundamentales, universales e irrenunciables. Estos derechos humanos básicos son expresión de su dignidad personal y los Estados no los conceden graciosamente sino los reconocen y les deben protección”¹².

Bajo este imperativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los principios que rodean el derecho humano a migrar, especialmente el principio de no discriminación es de jus cogens y, por ende, de obligatorio cumplimiento de todos los Estados, aun cuando no hagan parte de los Tratados Internacionales¹³.

Ahora bien, frente a las causas de la migración en el mundo, estas dependen de las realidades de cada país (pobreza, falta de trabajo, conflictos política – civiles, inseguridad, etc.) y de las expectativas que individualmente tienen las personas sobre un futuro “mejor” en otro lugar. No obstante, a pesar de lo que usualmente se cree, quienes soportan social y económicamente el peso de la migración no son los países de destino, sino los países de tránsito y fronterizo quienes usualmente tienen los mismos retos que los países de origen, generando así una obligación solidaria en cuanto a la protección de sus derechos. Este ha sido definitivamente el gran reto contemporáneo de los países que hacen parte de la cadena migratoria de inicio a fin.

A este fenómeno, *in crescendo*, a nivel mundial se suman dos complejas situaciones: la primera, corresponde a uno de los negocios más lucrativos del crimen organizado y que corresponde a la trata y tráfico de personas¹⁴. De acuerdo con el Índice Global de Crimen Organizado, 2023, el delito de trata de personas es el segundo de mayor impacto a nivel mundial con un puntaje de 5,82 con un aumento en +0,39 puntos en relación con la medición del 2021 (el primero corresponde al delito financiero con una puntuación de 5,98). En Asia, por ejemplo, este es el mercado ilícito más dominante cobrando forma de explotación sexual en línea, tráfico de novias, esclavitud doméstica y trabajo forzado¹⁵. En África, la situación es exactamente igual junto con el tráfico de armas y que se explica a partir de la multiplicidad de conflictos en la región y una

12 RUIZ DE SANTIAGO, JAIME, Derecho de migrantes y derecho internacional. *Revista de IBDH*, Num. 05, 2005, p. 9.

13 RUIZ DE SANTIAGO, JAIME, (*supra* nota 12) p. 10.

14 Debido a la estrecha relación y a los primeros lugares que ocupa en el Índice Global de Crimen Organizado, es imprescindible aclarar las definiciones de trata de personas y tráfico de personas. El primero, incluye la actividad, los medios y la finalidad y refleja todas las fases de la actividad ilícita, desde la captación y el traslado hasta la acogida y la recepción de personas. A diferencia del mercado del tráfico de personas, la trata de personas implica una forma de coacción, engaño, secuestro o fraude y se lleva a cabo con fines de explotación, sin tener en cuenta el consentimiento de la víctima. El segundo, se define como la criminalización de la entrada, el tránsito o la residencia ilegal de migrantes (por tierra, mar o aire) por parte de una organización criminal con el fin de obtener un beneficio económico o material. En esta economía criminal aparecen todas las etapas de la actividad ilícita, como la producción, la obtención, el suministro o la posesión de los documentos de viaje o de identidad fraudulentos, cuando se cometen con el fin de permitir el tráfico de migrantes. *Global Initiative Against Transnational Organized Crime (supra* nota 2), p. 197.

15 Valga la pena mencionar que, para la fecha de la elaboración del índice, aun no había detonado el actual conflicto palestino–israelí, el cual hubiese aumentado y cambiado de manera significativa los hallazgos del continente.

creciente vulnerabilidad económica. Europa tampoco escapa a esta lógica de crimen organizado transnacional (con énfasis en Europa Central y Oriental) en relación con los crímenes más prevalente como son el tráfico de personas y la trata de personas y que se explica mejor como consecuencia de la guerra entre Ucrania y Rusia. Oceanía también tiene estos dos delitos como los principales crímenes transnacionales. Y América, por supuesto, concentra los mayores datos del índice de trata de personas (5,53) y tráfico de personas (4,99) asociado a un creciente aumento de la conflictividad local, condiciones socioeconómicas de alta vulnerabilidad y al aumento de redes criminales en los países de origen que en muchos casos se nutren de la extorsión y la coacción a la población, lo que obliga a la movilidad de las personas y al aprovechamiento de las organizaciones delictivas dedicadas a este negocio ilícito¹⁶.

La segunda situación compleja del fenómeno de la migración mundial comprende el tercer factor que incide en el establecimiento de las estructuras del crimen organizado y que facilitan la construcción de redes criminales como vehículo para la territorialización y consolidación del crimen más allá de las fronteras. Al respecto, Cajiao y Cols., citando a varios autores refieren que

“los lazos étnicos o de nacionalidad son elementos esenciales para el surgimiento y consolidación de redes criminales, debido a la existencia de relaciones preexistentes y contactos en sus países de origen. De esta forma, las comunidades que se instalan en otros países sirven de cobijo a células de bandas que se establecen entre ellas, las extorsionan y se convierten en bases desde las que introducir personas o productos ilícitos”¹⁷.

En efecto, no son pocos comunes los casos de capturas de nacionales de diferentes Estados en otros países de destino y que se asocian con la baraja de crímenes como los relacionados en el Índice Global de Crimen Organizado.

Linares (2008), plantea el funcionamiento de las COT como una red que se apoya en los avances experimentados en las tecnologías de la información en el proceso de globalización. Dice que, como toda red, comparten unas características básicas como

“la comunicación y la coordinación no están estructuradas formalmente en relaciones horizontales y verticales, sino que emergen de manera informal y cambian de acuerdo con las necesidades. Además, los lazos internos y externos son posibles de acuerdo con reglas y normas comunes, así como por confianza mutua entre los miembros. Segundo, el interior de las redes está complementado por vínculos con individuos y grupos externos a la organización, relaciones que a menudo traspasan las fronteras nacionales”¹⁸.

A lo anterior se suma la expansión migratoria con fines criminales, el autor plantea como los grupos criminales en la actualidad establecen relaciones de cooperación con otros grupos criminales sin importar su nacionalidad. Por ello, los lazos étnicos continúan siendo un elemento esencial para el surgimiento y consolidación de redes criminales, debido especialmente a la existencia de relaciones preexistentes y contactos en sus países de origen.

16 Global Initiative Against Transnational Organized Crime (*supra* nota 2), p. 102.

17 CAJIAO, ANDRÉS; GONZÁLEZ, PAOLA; PARDO, DANIEL; ZAPATA (*supra* nota 7), p. 10.

18 LINARES, JORGE, Redes criminales transnacionales: Principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría. *Rev. Crim.* Vol. 50. Num. 1, 2008.

En esto, dice Linares citando a Williams, ha contribuido enormemente el alto flujo migratorio experimentado en los últimos años, dándole así las redes criminales un carácter global¹⁹.

Ahora bien, lo anterior, genera una línea muy delgada entre la mirada sobre la criminalización de la migración y la migración con fines criminales. Mientras la primera corresponde con frecuencia a discursos de odio y de discriminación contra una población en particular que por sí misma se encuentra en condiciones de alta vulnerabilidad y sobre la cual debe recaer la protección de todos los Estados, como se dijo anteriormente, bajo la norma imperativa del *jus cogens*, la segunda, por el contrario, corresponde al poder legítimo y legal de los Estados por punir la estrategia migratoria como una forma de expansión delictiva.

La primera mirada también se explica a partir de lo que Navarro (2021) denomina, miedo por asociación. Dice la autora que, en este sentido, distintos estudios de la psicología social muestran que el aprendizaje por asociación puede dar explicación a las conductas discriminatorias que muchas personas cometen por miedos que no son racionales. Antes bien, para que el sujeto crea que hay una diferencia ética e incluso biológica entre sí mismo y el resto de las personas, primeramente, tuvo que aprender y asimilar dicha creencia²⁰. Con base en lo anterior, refiere que esta es la explicación para que los estados incluyan en sus legislaciones los delitos de odio como instrumento de disuasión y punición de quien discrimina por razones de carácter étnico, cultural, racial, de género, entre otros.

Ahora bien, siguiendo a la autora, el miedo por asociación tiene un salto importante al miedo político en la criminalización de migrantes. A diferencia del anterior,

“la criminalización se encuentra en un plano que involucra las acciones de las autoridades hacia las minorías. Esta relación en muchos casos es hostil y degradante al ser un vínculo jerárquico y autoritario. La primera forma de miedo político estaría más ligado al miedo por asociación y por tanto a los delitos de odio; mientras que el segundo se encontraría más en relación con la criminalización al hacer referencia a la intimidación por parte de las autoridades hacia grupos vulnerables”²¹.

Esta perspectiva política – jurídica – psicológica, permite comprender las formas de reaccionar en la interacción entre el crimen organizado transnacional y la migración.

En profundidad, la segunda mirada sobre el fenómeno, es decir el de la migración con fines criminales, contempla un amplio espectro explicativo que va desde la percepción de la inseguridad asociada a la migración hasta las cifras que realmente develan la delincuencia extranjera. García y Cols. (2021), citando a otros autores, mencionan tres teorías que relacionan la migración con la inseguridad ciudadana, a saber,

“la primera manifiesta que la cultura de los migrantes, al entrar en conflicto con los valores dominantes de la sociedad receptora, influye en el hecho de que ellos se vinculen a actividades delincuenciales (Sellin, 1938). La segunda sostiene que la desorganización social, producto de las transformaciones que sufren las instituciones por el cambio demográfico derivado de la migración, propicia las conductas delictivas de la población migrante (Bankston, 1998). La tercera plantea que los migrantes, al enfren-

19 LINARES, JORGE (*supra* nota 18).

20 NAVARRO, NADIA, El miedo como emoción pública en la criminalización de la migración y los delitos de odio. *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III migraciones y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, 2021, p. 768.

21 NAVARRO, NADIA (*supra* nota 20), p. 771.

tar obstáculos para acceder a la estructura de oportunidades legítimas de la sociedad receptora, se ven obligados a delinquir para alcanzar los objetivos culturalmente deseados (Merton, 1938; Cloward y Ohlin, 1960)²².

Sin embargo, refieren que no hay evidencia empírica que compruebe la afirmación de estas teorías.

En este sentido, para profundizar en las teorías expuestas sobre la relación entre migración e inseguridad ciudadana, las autoras analizaron información proveniente de la Fiscalía General de la Nación sobre el número de personas procesadas en Colombia de nacionalidad venezolana en el contexto de la diáspora presentada en la última década. Observaron que

“entre 2015 y 2019 en Colombia, según datos del Sistema de Información de la Fiscalía General de la Nación (FGN) para el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), se registró un total de 6.205.958 indiciados, es decir, personas a las que se inició una investigación preliminar por la presunta comisión de un delito. De ellos, tan sólo el 0,39%, es decir, 24.173, fueron personas con nacionalidad venezolana. Pese a la baja participación porcentual de los venezolanos en el total de investigaciones adelantadas por la FGN, se evidencia un aumento de 2.171% durante este periodo, al pasar de 586 indiciados con nacionalidad venezolana en el 2015 a 13.310 en 2019, siendo 2018 el año de mayor variación porcentual”²³.

El mismo estudio realizado por las autoras sobre la victimización de la población venezolana en Colombia permite identificar cifras que en el mismo periodo de tiempo aumentan de manera similar al de la criminalización. Por ejemplo, en el año 2015 se presentaron 500 víctimas, mientras en el 2019 se presentaron 10.272 víctimas, asociadas a dinámicas delictivas como el de lesiones personales, hurto y violencia intrafamiliar.

Lo anterior, permite comprender que, en un caso extremo como es el de la migración venezolana al territorio colombiano (de acuerdo con ACNUR, 2020, desde el año 2015 migraron cerca de 5 millones de personas tanto de forma regular como irregular de Venezuela a Colombia)²⁴, la relación migrante – delincuente cae en un mito discursivo de odio, discriminación y criminalización, lo que claramente va en contravía de los principios y derechos humanos a la migración en condiciones dignas. Esto, definitivamente matiza el factor migratorio como una modalidad para el establecimiento de las estructuras del crimen organizado que facilita la construcción de redes criminales como vehículo para la territorialización y consolidación del crimen más allá de las fronteras.

Sin embargo, ello no aleja la realidad del poder de las redes criminales en cuanto a la instrumentalización de migrantes y a la expansión migratoria con fines criminales apoyados en las economías ilícitas y en la facilidad que hoy día traen las tecnologías de la información. Esta realidad plantea el reto sobre el abordaje político jurídico del crimen organizado transnacional.

22 GARCÍA, MARÍA; RIVERO, MARÍA; SARMIENTO, DIANA Y BONILLA, MARÍA, Venezolanos en Colombia ¿Víctimas o victimarios de la inseguridad ciudadana? *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III migraciones y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, 2021, p. 803.

23 GARCÍA, MARÍA; RIVERO, MARÍA; SARMIENTO, DIANA Y BONILLA, MARÍA (*supra* nota 22), p. 805.

24 GARCÍA, MARÍA; RIVERO, MARÍA; SARMIENTO, DIANA Y BONILLA, MARÍA (*supra* nota 22), p. 801.

4. *Abordaje político jurídico del COT y la precaución de la discriminación migratoria.*

Siguiendo a Aronofski, el director de cine, en su ópera prima plantea la naturaleza de los patrones y su poder predictivo a través de las matemáticas. Sin ser reduccionista frente a una compleja realidad como lo es el Crimen Organizado Transnacional – COT, la frase del cineasta contempla una solución de fondo: es posible tener una respuesta frente a un patrón de conducta que se puede prever en el futuro. Hoy día, sabemos como se comportan las redes criminales, de donde provienen, como mutan, a quienes captan, como se comunican, de que manera interactúan, como mueven los dineros²⁵ y a quienes afectan. Entonces, si tenemos toda esta información ¿Por qué los Estados no cuentan con los dientes suficientes para frenar esta modalidad delictiva?

Esta pregunta no es novedosa y hace parte del reconocido trabajo del profesor Nicolás Santiago Cordini. El eje fundamental gira en la definición y alcance del Derecho Penal Transnacional que, por supuesto, erige sus bases en instrumentos de orden internacional como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (UNTOC) suscrita en diciembre de 2000 o también conocida como la Convención de Palermo y que se interrelaciona con el Derecho Penal Internacional. Dice el profesor que, aun cuando la jurisdicción universal no es apropiada aplicarla para los crímenes organizados porque no contempla un espectro internacional, si existen unos principios entre uno y otro derecho que los relaciona:

“Así, los principios del Derecho Penal Internacional, tales como el principio de responsabilidad criminal individual, de legalidad de los delitos y las penas, de respeto de la dignidad humana, de igualdad, etc., que ya han sido reconocidos por tribunales internacionales, la Corte Penal Internacional y, a su vez, forman parte de la costumbre internacional también deben ser tenidos en cuenta por el Derecho penal transnacional a la hora de establecer nueva legislación penal transnacional”²⁶.

Lo anterior implica que, pese a la influencia de la dogmática jurídico penal de corte anglosajón a la arquitectura jurídica de orden continental como el derecho penal alemán, el cual ha influenciado en buena medida el diseño de la legislación penal en América Latina, tiene que ajustar sustancial y procesalmente su estructura para responder al crimen organizado transnacional, por lo menos desde el nivel regional. Para ello, plantea Cordini (2015), debe haber un cambio significativo en las reglas que gobiernan nuestro sistema de imputación penal basado en la teoría del delito. Citando a Díez Ripolles, plantea con preocupación lo siguiente:

25 Ya se sabe que los dineros que provienen del Crimen Organizado Transnacional se mueven a través de diferentes vehículos como las plataformas de pago que, a la postre, terminan en el sistema financiero bajo la fachada de negocios lícitos. Por esta razón se encuentran en el listado de priorización de riesgos para evitar el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Sacanni, Raúl, Compliance global, ¿por qué falla la gestión de riesgos y qué podemos hacer para mejorarla? BEJARANO, LIZ Y HERRERA, JUAN, (EDS.), *Lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva*. Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 152.

26 CORDINI, NICOLÁS, Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional. *Polít. crim.* Vol. 13, Número 26, 2018, p. 11

“la tendencia de los instrumentos internacionales, secundados por los derechos nacionales, a difuminar graduaciones tan significativas de la responsabilidad penal como las que marcan la distinción entre la preparación y la ejecución del delito, de lo que es un ejemplo paradigmático la configuración delictiva autónoma de la organización y el grupo criminal, o entre autoría y participación. Asimismo, el reconocimiento de las garantías penales ha dejado de ser uniforme, y experimenta restricciones significativas para determinados delincuentes; se ha consolidado un derecho penal de autor en el que los delincuentes violentos, sexuales, terroristas, integrantes de grupos organizados y reincidentes llevan la peor parte”²⁷.

Si a esta preocupación se le suma el del fenómeno migratorio, no tanto como una variable de identificación para la investigación y eventual judicialización, sino como un fenómeno social con implicaciones jurídicas, el derecho penal de autor se potencializa de conformidad con la nacionalidad de origen del procesado, tal y como fue testigo el mundo de la persecución de la población árabe después de los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001. Precisamente por lo anterior, el autor enfatiza en que

“las normas jurídico-penales del Derecho penal transnacional no pueden seguir siendo dispares e inconexas entre ellas, por lo que deben ser integradas en un sistema para cobrar armonía entre sí y en relación con los principios constitucionales propios de los Estados. A tal fin, dichas disposiciones no deben ser interpretadas de manera aislada únicamente en función del interés conforme al cual fueron creadas por el Derecho internacional, sino que deben ser interpretadas de acuerdo con la función de la dogmática jurídico-penal”²⁸.

Frente a esta radiografía que muestra el necesario ajuste regional que requiere la dogmática jurídico penal para enfrentar el Crimen Organizado Transnacional, Cordini (2018) plantea tres objetivos en respuesta a esta dinámica delictiva²⁹:

1. Determinar el concepto de “organización”: ¿De qué se trata la criminalidad organizada? Ello implica abordar la tipificación de los delitos que serían característicos de tal forma de criminalidad; la introducción del elemento agravante de organización en una serie de delitos más o menos tradicionales; y, por último, los clásicos delitos de pertenencia a una organización como es el caso del delito de asociación ilícita.
2. Determinar el ámbito espacial de la solución jurídica a adoptar: el Derecho Penal Internacional: su status disciplinario. Esto implica la renuncia de la soberanía de los Estados al ius puniendi amparado en el concepto de ciudadanía global protegido por los tratados de derechos humanos aplicables.
3. Determinar posibles factores facilitadores u obstaculizadores para la institucionalización de un Derecho Penal Regional. Dentro de los factores a favor se encuentran la experiencia de la Corte Penal Internacional, el MERCOSUR y sus múltiples acuerdos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos y sistemas penales similares. En

27 CORDINI, NICOLÁS (*supra* nota 26), p. 13.

28 CORDINI, NICOLÁS (*supra* nota 26), p. 16.

29 CORDINI, NICOLÁS Y HOET, MARIANO, Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional? *Revista de Direito Internacional*, volumen 12, número 2, 2015, p. 534.

contra se encuentran la cesión de la soberanía y las diferencias conceptuales en la legislación de determinados delitos.

En este sentido, ante la bruma del Crimen Organizado Trasnacional, los Estados de una región deben ajustar y unificar un modelo jurídico penal que responda a los patrones de esta lógica delictiva. Como lo plantea Cordini, esto no puede ser posible a partir de la integración normativa, tanto en lo sustancial como en lo procesal, de arquitecturas jurídicas distintas como el *Common Law* y el *Civil Law*, sino a partir de ajustes regionales bajo un mismo piso filosófico y ontológico del derecho penal de tal manera que figuras tan importantes dentro de la teoría del delito (vg. Autoría, participación y culpabilidad, entre otros) no terminen profundizando el caos normativo y penalizando indiscriminadamente a poblaciones particulares como los migrantes.

5. Conclusiones.

El crimen organizado trasnacional contempla diferentes retos para su abordaje. La comprensión de este implica el reconocimiento de las diferentes formas de expresión de esta dinámica delictiva y las herramientas jurídicas que los Estados tienen para afrontarla. Dentro de los factores explicativos de la expansión y su consolidación de las redes criminales se encuentran las condiciones sociopolíticas y económicas de los Estados; la incapacidad estatal para proveer justicia y debilidad en los sistemas judiciales; la migración; y la utilización de estructuras criminales preexistentes.

El tercer factor es de extrema importancia puesto que se une con la creciente movilidad humana a nivel mundial y por su injerencia como uno de los crímenes trasnacionales de mayor impacto en todos los continentes. Dos son las miradas frente al fenómeno migratorio en el contexto del crimen organizado. La primera de ellas, desde la criminalización del fenómeno y la segunda, desde la migración estratégica para la consolidación internacional del delito. Sobre esta última se tiende una línea muy delgada y sobre la cual los Estados deben tener precaución, puesto que la migración es con frecuencia un instrumento para la comisión de delitos y también porque es una extensión intencionada de las redes criminales.

Para contener el caos del tratamiento del fenómeno migratorio en el crimen organizado, es necesario incorporar ajustes estructurales que vayan más allá de la integración normativa de los tratados o de los desarrollos dogmáticos de tradiciones jurídico-penales de corte anglosajón. Se propone revisar la propuesta de Cordini quien apunta tres objetivos en respuesta a esta dinámica delictiva: i) Determinar el concepto de “organización”: ¿De qué se trata la criminalidad organizada?; ii) Determinar el ámbito espacial de la solución jurídica a adoptar: el Derecho Penal Internacional: su status disciplinario; iii) Determinar posibles factores facilitadores u obstaculizadores para la institucionalización de un Derecho Penal Regional.

Este es un momento de pensarse diferente y empezar a dar orden al caos.

Bibliografía.

- ARONOFSKI, DARREN, *Película Pi: El orden del caos*. 1998.
- BEJARANO, LIZ Y HERRERA, JUAN, *Lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva*. Universidad Externado de Colombia, 2023.
- CAJIAO, ANDRÉS; GONZÁLEZ, PAOLA; PARDO, DANIEL; ZAPATA, OSWALDO, *Una aproximación al crimen transnacional organizado: redes de narcotráfico Colombia-España*, 2018.
- CARRASCO, LUIS, Sobre la delincuencia organizada. DIEGO CUAREZMA ZAPATA (COORD.), *El derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, INEJ, 2022, pp. 125-140.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Palermo, 2000.
- CORDINI, NICOLÁS Y HOET, MARIANO, Criminalidad transnacional organizada en el ámbito del MERCOSUR: ¿Hacia un Derecho Penal Regional? *Revista de Direito Internacional*, volumen 12, número 2, 2015, p. 534.
- CORDINI, NICOLÁS, Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional. *Polít. crim.* Vol. 13, Número 26, 2018, p. 11
- GARCÍA, MARÍA; RIVERO, MARÍA; SARMIENTO, DIANA Y BONILLA, MARÍA, Venezolanos en Colombia ¿Víctimas o victimarios de la inseguridad ciudadana? *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III migraciones y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, 2021, p. 803.
- Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Índice Global de Crimen Organizado*, 2021.
- Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Índice Global de Crimen Organizado*, 2023.
- InSight Crime. *Tren de Aragua: De megabanda carcelaria a empresa criminal transnacional*, 2023.
- LINARES, JORGE, Redes criminales transnacionales: Principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría. *Rev. Crim.* Vol. 50. Num. 1, 2008.
- NAVARRO, NADIA, El miedo como emoción pública en la criminalización de la migración y los delitos de odio. *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género III migraciones y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, 2021, p. 768.
- NUÑOVERO, LUCIA, Víctimas y peones: el fenómeno migratorio y las dinámicas del crimen organizado. *Revista Aequitas*. Número 3, 2020, pp. 61-72.
- RUIZ DE SANTIAGO, JAIME, Derecho de migrantes y derecho internacional. *Revista de IBDH*, Num. 05, 2005, p. 9.
- SACANNI, RAÚL, Compliance global, ¿por qué falla la gestión de riesgos y qué podemos hacer para mejorarla? En Bejarano, Liz y Herrera, Juan. (eds.), *Lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva*. Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 135-163.

Hugo Oscar Granja Pérez

8. Evolución y alcance del crimen organizado: Los desafíos que representa para la política criminal en México.

Resumen: La política criminal emprendida por el gobierno federal en 2006, representa el principio de un camino que en la actualidad pareciera no tener fin o la posibilidad de retomar el rumbo en materia de seguridad pública. La lucha frontal contra el crimen organizado, fue desencadenando una serie de consecuencias, como niveles históricos actuales de violencia armada, cifras inimaginables de homicidios dolosos, miles de personas desaparecidas, grupos desplazados forzosamente de sus localidades y, una impunidad que esta al límite del 100%, colocando a al Estado mexicano y a la sociedad en una situación de colapso.

Palabras clave: Crimen organizado, política criminal, inseguridad, violencia, impunidad.

Abstract: The criminal policy undertaken by the federal government in 2006 represents the beginning of a path that currently seems to have no end or the possibility of getting back on track in terms of public security. The frontal fight against organized crime has unleashed a series of consequences, such as current historic levels of armed violence, unimaginable numbers of intentional homicides, thousands of missing persons, groups forcibly displaced from their localities and an impunity that is at the limit of 100%, placing the Mexican State and society in a situation of collapse.

Keywords: Organized crime, criminal policy, insecurity, violence, impunity.

1. *Panorama actual del crimen organizado en México.*

Desde la década de 1970, México ya presentaba organizaciones criminales dedicadas al trasiego de las drogas, lo que permaneció, aparentemente, sin cambios estructurales en dichos grupos, fue a partir de la década de 1990 que, los grupos criminales comenzaron a evolucionar y a multiplicarse, así como a buscar otro tipo de actividades delictivas que les permitieran consolidarse en los territorios que ocupaban.

El año de 2006 representó un punto crucial para el combate y evolución de la delincuencia organizada en el país, pues el gobierno federal optó por una política criminal de reacción para hacer frente a estos grupos, lo que llevó al Estado mexicano a impulsar reformas constitucionales, que le permitieran llevar a cabo su proyecto, sobre todo lograr la legalidad de la intervención del ejército y fuerzas armadas del país en labores de seguridad pública, incluso, establecer un régimen de excepción para investigar y sancionar los delitos cometidos por la delincuencia organizada.

Lo que en un principio se creyó que era la solución, terminó por no ofrecer los resultados esperados, llevando al país, tras largos 18 años, a una situación de inseguridad pública e impunidad casi insostenible, con una cantidad de grupos armados en el país inimaginable y fuera de control absoluto, con índices de homicidios dolosos como nunca antes se había visto, y miles de personas desaparecidas, así como grupos de personas desplazadas forzosamente como resultado de la violencia armada extrema en sus localidades y con índices de impunidad que han permitido a la delincuencia armada continuar actuando prácticamente sin un límite por parte de la autoridad pública.

Todo esto han llevado al Estado mexicano a una situación de crisis institucional y social, que lo mantiene al borde del colapso, sin muchas alternativas frente a situación de violencia incontrolable.

2. *Estrategia y política criminal contra la delincuencia organizada*

México ha optado por un régimen de excepción, para tratar de contener y solucionar el problema que representa el crimen organizado en el país, a través de una política criminal estatal en las últimas administraciones federales (2006–2024) caracterizadas por una lucha frontal de militarización hacia los grupos de la delincuencia organizada

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

2007–2012 ¹	2013–2018 ²	2019–2024 ³
Estado de Derecho, Crimen Organizado	Delincuencia organizada, narcotráfico	Combate a las drogas
<p>8.1 Aplicar la fuerza del Estado, en el marco de la ley, para recuperar los espacios secuestrados por organizaciones delictivas.</p> <p>8.2 Implementar una política integral que coordine esfuerzos y recursos de los tres órdenes de gobierno para el combate al narcomenudeo.</p> <p>8.3 Alcanzar y consolidar estándares internacionales en materia de prevención y combate al lavado de dinero de procedencia ilícita.</p> <p>8.4 Destrucción de los nodos de creación de valor para desarticular las cadenas delictivas.</p>	<p>En años recientes, la estrategia contra la delincuencia organizada tuvo como pilares el combate frontal, así como la aprehensión y eventual extradición de líderes de las principales organizaciones delictivas. Ello generó vacíos de poder en la delincuencia organizada que detonaron luchas violentas por el control territorial en importantes ciudades del país. Esa lucha incrementó los niveles de violencia, y deterioró la percepción ciudadana sobre su seguridad y la eficacia de la estrategia misma. También se tradujo en un incremento de los requerimientos financieros y de reclutamiento de los grupos delictivos.</p>	<p>...levantar la prohibición de las que actualmente son ilícitas y reorientar los recursos actualmente destinados a combatir su trasiego y aplicarlos en programas –masivos, pero personalizados– de reinserción y desintoxicación. Ello debe procurarse de manera negociada, tanto en la relación bilateral con Estados Unidos como en el ámbito multilateral, en el seno de la ONU.</p>

Cuadro elaborado por autor del presente trabajo. Fuente: Plan Nacional de Desarrollo 2007–2012, 2013–2018 y 2019–2024.

El Plan Nacional de Desarrollo (2013–2018) señalaba la necesidad de una nueva estrategia integral, fue durante este periodo presidencial que, las cifras de delitos relacionados con la delincuencia se mantuvieron al alza y, de igual manera las fuerzas armadas continuaban con el combate frontal a los grupos criminales, de ello dan cuenta, distintas operaciones desde el año de 2013, en las que participaron la Marina y el Ejército mexicanos.

De igual manera, el Plan Nacional de Desarrollo (2019–2024), propuso un cambio en la política criminal estatal contra el crimen organizado, sin embargo, la situación de seguridad pública en el país, confirma lo contrario, a pesar de las constantes negativas de aceptación por parte del Gobierno Federal, quien no ha podido controlar a los grupos de la delincuencia organizada y el aumento de los delitos relacionados con sus actividades. Incluso el 25 de julio de 2023, la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina, la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana y la Guardia Nacional presentaron un informe de seguridad conjunto, con los siguientes resultados

“En lo que va de la administración, del 1° de diciembre de 2018 al 24 de julio de este año, se aseguraron 42,512 armas de fuego; 18320,113 cartuchos; 176,190 cargadores; 2,872 granadas, y se logró la detención

1 Plan Nacional de Desarrollo 2007–2012, México, Cámara de Diputas del H. Congreso de la Unión, 2007.

2 Plan Nacional de Desarrollo 2013–2018, México, Diario Oficial de la Federación, 2013.

3 Plan Nacional de Desarrollo 2013–2018, México, Diario Oficial de la Federación, 2019.

de 86,677 personas por diversos delitos. También se decomisaron 169,458 kg de cocaína; 1,481.1 kg de heroína; 716,850 kg de marihuana; 7,570 kg de fentanilo y 304,413 kg de metanfetamina. El trabajo coordinado de las fuerzas federales permitió la destrucción de 67,505 plantíos de marihuana sembrados en 8,969 hectáreas y 407,936 plantíos de amapola, cultivados en 56,886 hectáreas. Asimismo, derivado de los trabajos de investigación y operativos se desmantelaron 1,818 laboratorios clandestinos, con lo que se evitó la producción de 6,721.4 toneladas de metanfetamina, y se estima una afectación económica a la delincuencia organizada por más de 1.7 billones de pesos”.⁴

La SEDENA, SEMAR, SSPC⁵ y la Guardia Nacional contribuyen con los proyectos implementados por el Gobierno de México para garantizar la paz y seguridad de la población. Lo que confirma, la participación de las fuerzas armadas en el combate a los grupos de la delincuencia organizada y, el combate frontal, al igual que las dos anteriores administraciones federales.

El fracaso de la política criminal estatal, no solo se debe a la lucha frontal y militarización para hacer frente a la delincuencia organizada, sino a la falta de una estrategia en materia de políticas públicas que permita la reconstrucción del tejido social y, a la corrupción que existe en las diferentes instituciones de las fuerzas armadas en el país, especialmente la Secretaría de la Defensa Nacional que han pactado con los grupos criminales, lo que se sabe con certeza después del ciberataque que sufrió la Secretaría de la Defensa Nacional por parte del grupo de activistas denominado “Guacamayas” que accedieron a la información de la institución, revelando el vínculo entre funcionarios de alto nivel del gobierno con grupos del crimen organizado, así como la participación de las fuerzas armadas en crímenes que pueden ser catalogados como de Lesa Humanidad, como la desaparición de 43 estudiantes en Ayotzinapa, Guerrero⁶.

Otro aspecto de la política criminal estatal, fue la creación de un sistema de justicia penal de excepción para la delincuencia organizada, sustentado en las disposiciones constitucionales contenidos en los artículos 16 noveno párrafo y 18 último párrafo:

“Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”⁷.

4 Guardia Nacional-Prensa, “Fuerzas Armadas y Guardia Nacional refuerzan combate al crimen organizado para garantizar la seguridad de la ciudadanía”, *gob.mx* 25.07.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.GOB.MX/GUARDIANACIONAL/PRENSA/FUERZAS-ARMADAS-Y-GUARDIA-NACIONAL-REFUERZAN-COMBATE-AL-CRIMEN-ORGANIZADO-PARA-GARANTIZAR-LA-SEGURIDAD-DE-LA-CIUDADANIA-340611#:~:TEXT=LA%20SEDENA%2C%20SEMAR%2C%20SSPC%20Y,BIENESTAR%20DE%20LAS%20FAMILIAS%20MEXICANAS](https://www.gob.mx/guardianacional/prensa/fuerzas-armadas-y-guardia-nacional-refuerzan-combate-al-crimen-organizado-para-garantizar-la-seguridad-de-la-ciudadania-340611#:~:TEXT=LA%20SEDENA%2C%20SEMAR%2C%20SSPC%20Y,BIENESTAR%20DE%20LAS%20FAMILIAS%20MEXICANAS)> (visto por última vez 13.03.2023).

5 Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA); Secretaría de Marina (SEMAR); Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (SSPC).

6 Abi Habib, María, “El hackeo del ejército mexicano expone secretos de la institución más poderosa del país”, *NYTimes.com/es*, 06.10.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.NYTIMES.COM/ES/2022/10/06/ESPAÑOL/MEXICO-SEDENA-GUACAMAYA-HACKEO.HTML](https://www.nytimes.com/es/2022/10/06/ESPAÑOL/MEXICO-SEDENA-GUACAMAYA-HACKEO.HTML)> (visto por última vez 13.03.2024).

7 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *diputados.gob.mx* 22.03.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/LEYESBIBLIO/PDF/CPEUM.PDF](https://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/pdf/CPEUM.PDF)> (visto por última vez 27.03.2024).

De igual manera, una ley contra la delincuencia organizada que establece medidas como el arraigo, el cual también se encuentra contemplado en la propia Constitución Federal, figura que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado como inconvencional⁸, política criminal respaldada por el Poder Judicial de la Federación a través de sus Tribunales Colegiados y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con un sin número de criterios que favorecen la intervención del ejército y fuerzas armadas en actividades de seguridad pública, así como, permitiendo y justificando el régimen de excepción y la violación de derechos humanos que, en el caso del arraigo, la Prime Sala ha establecido “...En esta reforma se establece la procedencia del arraigo única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, emitida por la autoridad judicial y a solicitud del Ministerio Público”⁹.

En ese mismo sentido, el Estado mexicano, durante la administración del Presidente Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, se unió a la estrategia diseñada por la *Drug Enforcement Administration* (DEA) denominada “*Kingpin Strategy*” la cual consiste en enfocar los esfuerzos para detener o eliminar a los cabecillas de los grupos criminales, sin embargo, lo que ocasionó fue una fragmentación de los grupos, generando a su vez otros grupos¹⁰.

Según Lantia Intelligence¹¹, entre los años de 1977 y 1989 en México existían 5 grupos de la delincuencia organizada (Cartel de Guadalajara, Los Valencia, Cartel del Golfo, Familia Díaz Parada y Familia Camarillo Salas) mientras que para los años entre 2016 y 2019 existen 19 grupos que liderean la actividad criminal nacional, sin contar las divisiones internas de diferentes grupos sin estructura clara o liderazgo, así como aquellos grupos que se han fragmentado en varios grupos y bandas antagónicas entre sí.

Otro estudio, como el de la Consultora A.C. señala que 175 grupos criminales operan en México, cubriendo un 81% del territorio nacional¹²; mientras que el estudio denominado “¿Por qué falló la estrategia de México? La atención a los líderes condujo a más grupos criminales y más violencia” dirigido por Instituto de Guerras Modernas de la Academia Militar de West Point en Estados Unidos, señaló que, desde 2006, en México ha habido 543 grupos delictivos, de los cuales a la fecha subsisten poco más de 200¹³.

8 ColDH, “Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México”, *corteidh.or.cr* 27.01.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/RESUMEN_470_ESP.PDF](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf)> (visto por última vez 10.03.2024).

9 Semanario Judicial de la Federación, “ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL”, *scjn.gob.mx* 15.02.2015. Disponible en <[HTTPS://SJF2.SCJN.GOB.MX/DETALLE/TESIS/2008404](https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008404)> (visto por última vez 18.03.2024)

10 PÉREZ RICART, CARLOS A., “La Kingpin Strategy: ¿qué es y cómo llegó a México?”, *nexos.com.mx* 21.10.2019. Disponible en <[HTTPS://SEGURIDAD.NEXOS.COM.MX/LA-KINGPIN-STRATEGY-QUE-ES-Y-COMO-LLEGO-A-MEXICO/#:~:TEXT=LA%20ESTRATEGIA%20SE%20ENFOCA%20EN,DIFUSO%20CONCEPTO%20DE%20CRIMEN%20ORGANIZADO.>](https://seguridad.nexos.com.mx/la-kingpin-strategy-que-es-y-como-llego-a-mexico/#:~:text=La%20estrategia%20se%20enfoca%20en,difuso%20concepto%20de%20crimen%20organizado.>)> (visto por última vez 05.03.2024).

11 Lantia Intelligence, “Mapa criminal México 2019-2020”, *lantiaintelligence.com* 20.01.2021. Disponible en <[HTTPS://LANTIAINTELLIGENCE.COM/STORAGE/DOCUMENT/10/MAPA%20CRIMINAL%20DE%20ME%CC%81XICO,%202019-2020,%20OVERSIO%CC%81N%20EJECUTIVA,%20LANTIA%20INTELLIGENCE.PDF](https://lantiaintelligence.com/storage/document/10/Mapa%20Criminal%20de%20Me%CC%81Xico,%202019-2020,%20Versio%CC%81N%20Ejecutiva,%20Lantia%20Intelligence.pdf)> (visto por última vez 02.03.2024).

12 Consultores AC, “Crimen organizado cubre 81% de México”, *aconcultores.com* 01.01.2023. Disponible en <[HTTPS://APP.POWERBI.COM/VIEW?R=EYJR1JOIZDA4YZKWMJCTNDZJOSooNzY4LTk4NmQtNDaoNjAzZTlkOTlhIiwidCI6IjM2YWwM1ODUyLVYkZDAtNDVlNC1iOWhLWmwY2NkZDRMNTc2MCIslmMiOjR9](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZDA4YzkwMjctNDZjOSooNzY4LTk4NmQtNDaoNjAzZTlkOTlhIiwidCI6IjM2YWwM1ODUyLVYkZDAtNDVlNC1iOWhLWmwY2NkZDRMNTc2MCIslmMiOjR9)> (visto por última vez 19.03.2024).

13 MONROY, JORGE, “Ubican a más de 200 grupos criminales que operan en México”, *eleconomista.com* 21.07.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELECONOMISTA.COM.MX/POLITICA/UBICAN-A-MAS-DE-200-GRUPOS-CRIMINALES-QUE-OPERAN-EN-MEXICO-20220721-0003.HTML](https://www.eleconomista.com.mx/politica/Ubican-a-mas-de-200-grupos-criminales-que-operan-en-Mexico-20220721-0003.html)> (visto por última vez 21.03.2024).

Actualmente, durante la administración federal del Presidente Andrés Manuel López Obrador, han aparecido 20 nuevos grupos de la delincuencia organizada, los cuales operan en 14 Entidades Federativas.

3. *Violencia armada extrema.*

La fragmentación de los grupos de la delincuencia organizada, en la lucha por el territorio por la producción, trasiego y distribución de la droga, ha mantenido al Estado mexicano en una situación de violencia armada extrema, desde el año de 2007.

Esta situación por la que atraviesa el Estado mexicano, no ha resultado ajena a la comunidad internacional, el Instituto Heidelberg para la Investigación de Conflictos Internacionales (HIIK) que, desde el año de 1991 se dedica a la investigación sobre el surgimiento, dinámica y solución de conflictos políticos a nivel mundial, informa anualmente a través de un documento denominado “Barómetro de Conflictos” sobre la situación mundial vigente. Con el paso del tiempo, la evaluación fue modificando sus indicadores de evaluación, en la actualidad lo hace a través de cuatro indicadores con cinco niveles cada uno.

En el informe de 2007¹⁴, destacó la aparición por primera vez del Estado mexicano, lo que no es una simple casualidad, pues desde su primera edición, el Barómetro de Conflictos, analiza la información en torno a los países en los que la violencia es delicada, como Kenia, Nigeria, Congo, Irak, Afganistan, Pakistan, entre otros. En 2007 el Estado mexicano se encontraba en una situación de crisis grave, cuando el Barómetro de Conflictos, solamente tenía dos categorías, crisis grave y guerra. Desde entonces, el Estado mexicano ha mantenido la categoría, en los 16 años posteriores.

En los 16 informes en los que el Estado mexicano ha figurado como uno de los lugares con mayor violencia en el mundo, dos son los niveles de intensidad que le han otorgado, en las ediciones de los años 2007, 2008, 2020, 2021 y 2022, el nivel fue de 4 y, en el resto de las ediciones, es decir de 2009 a 2019, fue de 5; la diferencia entre uno y otro nivel es mínima, pues ambos mantienen un conflicto violento con una intensidad alta. En el caso del nivel de intensidad 4 (crisis severa/límite de la guerra) se considera “Un conflicto se considera una crisis grave si se utiliza la fuerza violenta repetidamente de forma organizada”¹⁵; mientras que en el nivel 5 “... es un conflicto violento en el que se utiliza la fuerza violenta con cierta continuidad. de forma organizada y sistemática. Las partes en conflicto ejercen amplias medidas, dependiendo de la situación. El alcance de la destrucción es masivo y de larga duración”¹⁶.

Lo que ha originado el conflicto violento en México, según el Barómetro de Conflictos es, en un principio (2007–2010) la guerra contra el narcotráfico, es decir, la disputa entre el Gobierno y los carteles de la droga y, posteriormente (2011–2022) la guerra contra el narcotráfico,

14 Hiik, “Barómetro de conflictos 2007”, *hiik.de* 2022. Disponible en <[HTTPS://HIIK.DE/CONFLICT-BAROMETER/BISHERIGE-AUSGABEN/?LANG=EN](https://hiik.de/conflict-barometer/bisherige-ausgaben/?lang=en)> (visto por última vez 27.03.2024).

15 Hiik, “Barómetro de conflictos 2008”, *hiik.de* 2022. Disponible en <[FILE:///C:/USERS/KINIC/DOWNLOADS/CONFLICTBAROMETER_2008%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/KINIC/Downloads/CONFLICTBAROMETER_2008%20(1).PDF)> (visto por última vez 27.03.2024).

16 Hiik (*supra* nota 14).

la violencia entre carteles de la droga y la aparición de grupos paramilitares¹⁷, situación que se mantiene vigente y, lo que ha tenido como consecuencia, principalmente, una serie de delitos que en los últimos 17 años han incrementado hasta en un 400%, como sucede con las desapariciones forzadas de personas. Para mejor ilustración se muestra el siguiente cuadro.

BARÓMETRO DE CONFLICTOS (HIIK)

Año	Nivel de Intensidad	Término	Nivel de Violencia	Clase de Intensidad
2007	4	Crisis grave	Violencia	Alto
2008	4	Crisis severa	Violencia	Alto
2009	5	Guerra	Violencia	Alto
2010	5	Guerra	Violencia	Alto
2011	5	Guerra	Violencia	Alto
2012	5	Guerra	Violencia	Alto
2013	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2014	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2015	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2016	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2017	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2018	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2019	5	Guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2020	4	Límite de la guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2021	4	Límite de la guerra	Conflicto violento	Intensidad alta
2022	4	Límite de la guerra	Conflicto violento	Intensidad alta

Cuadro elaborado por autor del presente trabajo. Fuente: Ediciones de 2007 al 2022 del Barómetro de Conflictos del Instituto Heidelberg para la Investigación de Conflictos Internacionales (HIIK).

Se puede atribuir, como ya lo ha hecho el “Barómetro”, la violencia armada extrema en el país, indudablemente a las actividades delictivas llevadas a cabo por los grupos de la delincuencia organizada en el país, sumando, la política criminal estatal, la estrategia binacional con los

17 Hiik (*supra* nota 15).

Estados Unidos que generó el nacimiento y la proliferación, de manera exponencial, de nuevos grupos criminales.

4. *Incidencia delictiva relacionada con la delincuencia organizada.*

Frente a la situación actual, el incremento de la comisión de delitos relacionada directamente con la delincuencia organizada, así como aquellos delitos y actividades ilícitas que no están considerados como parte de la actividad del crimen organizado, pero sirven para fortalecer la propia actividad y para el cumplimiento de sus objetivos, ha incrementado de manera considerable desde 2006 a 2023.

“En el gobierno del Presidente Felipe Calderón Hinojosa (2006–2012), los asesinatos fueron 120 mil 463[] Con el Presidente Enrique Peña Nieto (2012–2018) los asesinatos sumaron 156 mil 066 [] El gobierno del Presidente López Obrador lleva cuatro años y 10 meses. En este tiempo los asesinatos rondan en torno a los 170 mil”¹⁸.

Lo que representa que, la violencia armada extrema ha dejado más de 456 mil 23 homicidios dolosos en 18 años, lo que equivale a que “67% de los homicidios ocurridos en México, desde 1989 se perpetraron entre 2007 y 2024; investigadores lo califican como la principal deuda gubernamental”¹⁹

A esas cifras se suman el número de personas víctimas de desaparición forzada de personas, que según la Comisión Nacional de Búsqueda a través del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPDNO) de diciembre de 2006 al 18 de marzo de 2024, se contabilizan un total de 270,133 personas desaparecidas, de las cuales 169,521 fueron localizadas (13,054 con vida-156, 467 sin vida) y 100,612 siguen desaparecidas²⁰, el indicador señala que del 100% de las personas localizadas hasta ahora el 92.30% han sido localizadas sin vida, es decir, el porcentaje de sobrevivir una desaparición forzada es mínima.

Otro de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, pero que es menos visible, máxime si en México no se cuenta con un marco normativo adecuado y políticas públicas que lo contengan, son los desplazamientos forzados internos, los cuales se han documentado en México desde la década de 1950, pero que, especialmente han tenido un incremento desde el año de 2006. Recientemente, en 2014, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) comenzó a documentar el fenómeno del desplazamiento forzado interno y, a partir de 2016, elabora informes anuales sobre episodios de desplazamientos forza-

18 AGUILAR, RUBÉN, “Los homicidios en los últimos sexenios”, *noreste.com.mx* 26.09.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.NOROESTE.COM.MX/COLABORACIONES/LOS-HOMICIDIOS-EN-LOS-ULTIMOS-SEXENIOS-CA4893576](https://www.noroeste.com.mx/colaboraciones/los-homicidios-en-los-ultimos-sexenios-CA4893576)> (visto por última vez 18.03.2024).

19 RAMOS COLÍN, JOSÉ LUIS, “Deuda histórica: violencia sin freno ha dejado 456 mil 23 homicidios dolosos en 18 años”, *publimetro.com.mx* 19.02.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.PUBLIMETRO.COM.MX/NOTICIAS/2024/02/19/VIOLENCIA-EN-MEXICO-HA-DEJADO-456-MIL-23-HOMICIDIOS-DOLOSOS-EN-LOS-ULTIMOS-TRES-SEXENIOS/](https://www.publimetro.com.mx/noticias/2024/02/19/violencia-en-mexico-ha-dejado-456-mil-23-homicidios-dolosos-en-los-ultimos-tres-sexenios/)> (visto por última vez 10.03.2024).

20 Comisión Nacional de Búsqueda, “PERSONAS DESAPARECIDAS, NO LOCALIZADAS Y LOCALIZADAS, RANGO DE FECHAS DE HECHOS: 01/12/2006 - 18/03/2024”, *segob.gob.mx* 24.03.2024. Disponible en <[HTTPS://VERSIONPUBLICARNPDNO.SEOB.GOB.MX/DASHBOARD/SOCIODEMOGRAFICO](https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/dashboard/sociodemografico)> (visto por última vez 24.03.2024).

dos, ocasionados por la violencia en México. En su último informe (2023) destacó que, a causa de la violencia en Estados donde no era común, como San Luis Potosí, han aparecido episodios de desplazamiento forzado por esa razón, registrándose en el primer semestre de 2023 un total de 26 eventos,

“Además, la organización resaltó que, durante enero y junio de este año, la violencia se ha intensificado en áreas geográficas donde no solían existir este tipo de problemas, como en San Luis Potosí que, por primera vez, en mayo pasado, decenas de familias fueron desplazadas de la localidad de La Fortaleza por amenazas, ataques, homicidios y desapariciones forzadas, en un contexto de actuación de grupos del crimen organizado en la zona”²¹.

En este mismo sentido, el Centro de Monitoreo de Desplazamientos Internos (IDMC) en sus bases de datos, cuenta con la cifra de 386,000 personas desplazadas en México, entre los años 2006 y 2022, a consecuencia de la violencia²².

Lo anterior, sin contar las cifras de delitos como el secuestro, la extorción, el tráfico de drogas y todos los delitos en materia de salud, así como los delitos del fuero común que sirven a la delincuencia organizada para cumplir con sus objetivos de mejor manera.

5. *Desafíos de la política criminal en México.*

Frente a la situación tan complicada de inseguridad pública en México, la cual se traduce en indicadores extremos de violencia armada, incidencia delictiva e impunidad, el principal desafío es la (re) estructuración nuevamente, del sistema de justicia penal y sistema de seguridad pública, a partir de una política criminal interdisciplinaria y multidisciplinaria, diferente a la reforma constitucional del año 2008, del sistema de justicia penal y el sistema de seguridad pública, que tuvo el objetivo de mejorar ambos, pero ajustada a la política criminal de lucha frontal al narcotráfico que ya se había iniciado desde el Poder Ejecutivo Federal, lo que no le permitió su funcionamiento.

Después de 18 años de guerra contra el crimen organizado, todas las instituciones de seguridad pública y administración de justicia se encuentran severamente desgastadas, y el tejido social prácticamente roto; la única solución es revertir las reformas constitucionales que han contribuido a mantener la situación de inseguridad vigente, revertir los criterios del Poder Judicial de la Federación que han contribuido a la violación de derechos humanos, así como la (re) estructuración del sistema de justicia penal y el sistema de seguridad pública, principalmente, y crear e implementar políticas públicas eficientes que permitan recuperar el tejido social, lo que representa un trabajo que llevará muchos años, porque estamos frente a un problema de la inseguridad pública en México que es multifactorial y con una evolución de aproximadamente de 50 años.

21 ROJAS, ARTURO, “Promedian 43 personas desplazadas al día por violencia en México”, *eleconomista.com* 15.08.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.ECONOMISTA.COM.MX/POLITICA/PROMEDIAN-43-PERSONAS-DESPLAZADAS-AL-DIA-POR-VIOLENCIA-EN-MEXICO-20230815-0011.HTML](https://www.economista.com.mx/politica/promedian-43-personas-desplazadas-al-dia-por-violencia-en-mexico-20230815-0011.html)> (visto por última vez 19.03.2024).

22 Centro de Monitoreo de Desplazamientos Internos (IDMC), “Datos de desplazamiento”, *internal-displacement.org* 18.05.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.INTERNAL-DISPLACEMENT.ORG/COUNTRIES/MEXICO/](https://www.internal-displacement.org/countries/mexico/)> (visto por última vez 21.03.2024).

- MONROY, JORGE, “Ubican a más de 200 grupos criminales que operan en México”, *eleconomista.com* 21.07.2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELECONOMISTA.COM.MX/POLITICA/UBICAN-A-MAS-DE-200-GRUPOS-CRIMINALES-QUE-OPERAN-EN-MEXICO-20220721-0003.HTML](https://www.economista.com.mx/politica/ubicar-a-mas-de-200-grupos-criminales-que-operan-en-mexico-20220721-0003.html)> (visto por última vez 21.03.2024).
- PÉREZ RICART, CARLOS A, “La Kingpin Strategy: ¿qué es y cómo llegó a México?”, *nexos.com.mx* 21.10.2019. Disponible en <[HTTPS://SEGURIDAD.NEXOS.COM.MX/LA-KINGPIN-STRATEGY-QUE-ES-Y-COMO-LLEGO-A-MEXICO/#:~:TEXT=LA%20ESTRATEGIA%20SE%20ENFOCA%20EN,DIFUSO%20CONCEPTO%20DE%20CRIMEN%20ORGANIZADO.>](https://seguridad.nexos.com.mx/la-kingpin-strategy-que-es-y-como-llego-a-mexico/#:~:text=LA%20ESTRATEGIA%20SE%20ENFOCA%20EN,DIFUSO%20CONCEPTO%20DE%20CRIMEN%20ORGANIZADO.>)> (visto por última vez 05.03.2024).
- Plan Nacional de Desarrollo 2007–2012, México, Cámara de Diputas del H. Congreso de la Unión, 2007.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013–2018, México, Diario Oficial de la Federación, 2013.
- Plan Nacional de Desarrollo 2013–2018, México, Diario Oficial de la Federación, 2019.
- RAMOS COLÍN, JOSÉ LUIS, “Deuda histórica: violencia sin freno ha dejado 456 mil 23 homicidios dolosos en 18 años”, *publimetro.com.mx* 19.02.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.PUBLIMETRO.COM.MX/NOTICIAS/2024/02/19/VIOLENCIA-EN-MEXICO-HA-DEJADO-456-MIL-23-HOMICIDIOS-DOLOSOS-EN-LOS-ULTIMOS-TRES-SEXENIOS/>](https://www.publimetro.com.mx/noticias/2024/02/19/violencia-en-mexico-ha-dejado-456-mil-23-homicidios-dolosos-en-los-ultimos-tres-sexenios/>)> (visto por última vez 10.03.2024).
- ROJAS, ARTURO, “Promedian 43 personas desplazadas al día por violencia en México”, *eleconomista.com* 15.08.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELECONOMISTA.COM.MX/POLITICA/PROMEDIAN-43-PERSONAS-DESPLAZADAS-AL-DIA-POR-VIOLENCIA-EN-MEXICO-20230815-0011.HTML](https://www.economista.com.mx/politica/promedian-43-personas-desplazadas-al-dia-por-violencia-en-mexico-20230815-0011.html)> (visto por última vez 19.03.2024).
- Semanario Judicial de la Federación, “Arraigo local. la medida emitida por el juez es inconstitucional”, *scjn.gob.mx* 15.02.2015. Disponible en <[HTTPS://S1F2.SCJN.GOB.MX/DETALLE/TESIS/2008404](https://s1f2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008404)> (visto por última vez 18.03.2024).

Alanis Mendivil Castillo

Marcela Gómez

9. Clientelismo y corrupción en los procesos electorales de Colombia.

Resumen: El clientelismo es una forma de intercambiar favores dentro de la función pública. Específicamente en el campo electoral, se presentan trueques de favorecimientos particulares o grupales por votos, al punto de percibirse normal por la sociedad. Se pudo evidenciar al clientelismo como herramienta para la intervención de la corrupción durante los procesos políticos y electorales, del mismo modo que intensifica la desigualdad, debilita las instituciones públicas e impulsa al conglomerado a normalizar el clientelismo como práctica corrupta. Por consiguiente, es de pertinencia para este trabajo analizar cómo el clientelismo se relaciona con la corrupción durante los procesos electorales.

Palabras clave: Clientelismo, Corrupción, Procesos electorales, Política.

Abstract: Patronage is a way of exchanging favors within the public service. Specifically, in the electoral field, exchanges of individual or group favors for votes occur, to the point of being perceived as normal by society. It was possible to demonstrate clientelism as a tool for the intervention of corruption during political and electoral processes, in the same way that it intensifies inequality, weakens public institutions and encourages the conglomerate to normalize clientelism as a corrupt practice. Therefore, it is relevant for this work to analyze how clientelism is related to corruption during electoral processes.

Keywords: Clientelism, Corruption, Electoral processes, Politics.

Introducción.

Colombia se percibe de manera controversial y polémica frente a temas de carácter político y gubernamental, una de las principales razones que incide en el impacto negativo del clientelismo político¹ en los procesos electorales y como este conlleva a ejecutar actos de corrupción. Siendo el clientelismo amplio en su gama de conceptos, en su práctica deja entrever una jerarquía informal de relaciones de poder, dónde los actores acuerdan “ofrecer de sí mismos sus recursos de modo que puedan favorecerse mutuamente”². Esto ha producido una red de prácticas antidemocráticas que debilitan la institucionalidad, acentúan la desigualdad social, y favorecen la desconfianza en el orden público.

El clientelismo político en el sistema político colombiano ha favorecido la existencia de una cultura que normaliza comportamientos delictivos en búsqueda del beneficio privado por encima del interés público, abandonando el respeto por las normas, la ética y la democracia.

De manera, este estudio se presenta en cuatro partes: en primer lugar, realiza una conceptualización de clientelismo en distintos ámbitos, resaltando el clientelismo político y el electoral; seguidamente se analiza el clientelismo en el sistema político colombiano, es decir, el modelo democrático basado en la garantía y efectividad de los derechos políticos y la existencia de mecanismos de participación ciudadana; en tercer lugar se esboza como los procesos electorales se muestran afectados por el clientelismo, y finalmente se demuestra que el clientelismo es una de las tantas formas de la corrupción política.

Para la realización de este artículo, se señala que el proceso investigativo es de carácter socio jurídico, dado que intervienen, actuaciones sociales y efectos normativos. Está indagación está dada con un enfoque cualitativo e interpretativo con la utilización de la hermenéutica documental, permitiendo la exploración de artículos académicos, libros de autores colombianos, recursos de internet, fuentes periodísticas de índole nacional e internacional, qué permitieron sustentar la corrupta política clientelista colombiana.

1. Conceptualización del Clientelismo Político

Los romanos, utilizaban el término clientelismo como una práctica de relaciones informales de poder en el patronazgo. Asimismo, durante el feudalismo se usa este término para hacer alusión a las relaciones entre los nobles y sus vasallos³. El uso del clientelismo en términos de relación laboral y de poder, cambia después de la década de los 70 (siglo XX) cuando empieza a darse la transformación de los regímenes políticos con la denominada ola de la “democratización”⁴ generando un uso de las relaciones de poder en diferentes formas, entre ellas, la política.

El clientelismo en términos generales presenta diferentes concepciones, tanto en el ámbito social como político, probablemente aludiendo al hecho de que la política nace de los

1 IBARRA, HERNÁN, “Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada”, *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, 15 (2002), pp. 156-158.

2 ZIEMER, KLAUS, *Clientelismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.

3 SCHRÖTER, BARBARA, “Clientelismo político: ¿si existe el fantasma y como se viste?”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, Vol. 40 (2014), p. 142.

4 HUNTINGTON, SAMUEL, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.

aspectos sociales que posee una sociedad en especial. Un concepto coloquial de clientelismo lo percibe cotidianamente como “*un medio para un fin*”, es decir, hace alusión a colectivos de personas que ejecutan ciertas acciones a cambio de beneficios y garantías personales⁵.

En cuanto, al denominado *clientelismo político*, se tiene que hace alusión a los gobernantes y/o candidatos, que durante épocas electorales brindan obsequios y beneficios, a cambio de votos y para fomentar la unión o conformación de grupos que representan sumisión a dichos gobernantes y partidos políticos⁶.

Asimismo, *políticamente* es definido como uno de “los principales males que la democracia debe erradicar”⁷ en América Latina, para evitar el proteccionismo que se crea en los partidos políticos, agrupaciones o movimientos políticos de esta región. De igual forma, para no frenar los avances políticos y la construcción del sistema político de los países latinos⁸.

Por otro lado, el clientelismo no sólo merece ser analizado teóricamente, sino que también debe ser analizado de manera práctica, atendiendo los compromisos y promesas que las partes involucradas se hacen entre sí. De una parte, la consecución de votos, de otra parte, la entrega de tierras entre individuos de distintas clases sociales, surgido comúnmente en las áreas rurales de los territorios; la asignación de un empleo o la designación en determinado cargo, entre otros favores; posicionándose el clientelismo como la élite de la intermediación política y la red de comunicación entre paralelos sociales. La utilización de las instituciones del Estado y sus recursos para construir las redes y prácticas clientelistas, que considera según Barón “clientelismo desde el Estado”⁹.

Otra de las conceptualizaciones, que es menester precisar es el *clientelismo electoral*, concebido como una actividad que involucra promesas en épocas de campañas electorales para obtener votos, a cambio de que se concreten a futuro unos beneficios, que han sido previamente prometidos en campaña. Desdibujando la esencia de elegir mediante el voto a los gobernantes, el cual debiera estar influenciado por los pensamientos o posturas políticas e ideológicas que cada persona comparta o milite.

Atendiendo las conceptualizaciones arriba dadas sobre clientelismo, es preciso cuestionarse sobre los aspectos positivos o negativos que pudieran percibirse de las distintas definiciones del clientelismo. De él podemos señalar, ciertamente como evidencia las necesidades poblacionales, creando por medio de redes de intercomunicación un amparo político a sectores marginales donde hay carencia de prestación de servicios, pero sin dejar de lado que a su vez influye de manera negativa en el debilitamiento de la democracia como institución política.

Finalmente, frente a la conceptualización del clientelismo político y el clientelismo electoral que son los que le interesan a este estudio, se concluye que el primero (el político) está

5 PÉREZ, JULIÁN & GARDEY, ANA. “Clientelismo—Qué es, definición y concepto.” *Definición*. DE 07.10.2022. Disponible en <[HTTPS://DEFINICION.DE/CLIENTELISMO/](https://definicion.de/clientelismo/)>.

6 VOMMARO, PABLO, COMBES, HELENE, *El clientelismo político: Desde 1950 hasta nuestros días*. Traducción de Pons, Horacio, Siglo XXI Editores, 2019. p. presentación.

7 DONGZHEN, YUAN, “Transición, retos y salida en los principales sistemas políticos latinoamericano”, *Pensamiento Social Chino sobre América Latina*, Clacso editorial, 2018.

8 Los objetivos materialistas generan una pérdida de humanismo social proponiendo una representación política que solo persigue ventajas de carácter económico.

9 BARÓN, JOSUÉ, “El nuevo clientelismo político en el siglo XXI: Colombia y Venezuela 1998–2010”, *Desafíos* vol.27, No. 2 (2015) pp. 253-289.

referido a un tipo de relación jerárquica de intercambio de favores entre políticos militantes de determinado partido (patrón) y ciertos ciudadanos (Cliente). Por su parte, el clientelismo electoral es el intercambio de votos con beneficios materiales o personales a una población, de tal forma, que, habiendo conceptualizado el clientelismo, resulta necesario revisar cómo ha sido su aparición, evolución y transformación en la política colombiana y en los procesos electorales del país.

2. Clientelismo en el Sistema Político Colombiano.

Colombia tiene un sistema político “republicano, democrático y representativo”¹⁰ en la cual existe una clara división de poderes que son el ejecutivo, el legislativo, judicial. Ahora bien, el modelo democrático elegido por el constituyente originario se basa en tres pilares: “la soberanía popular, la garantía y efectividad de los derechos políticos y la existencia de mecanismos de participación ciudadana”¹¹.

Atendiendo lo arriba indicado, la garantía y efectividad de los derechos políticos y la existencia de mecanismos de participación ciudadana, son algunos de los pilares de la democracia que pudieran verse afectados por el clientelismo político y/o electoral, con comportamientos desarrollados durante las campañas electorales o con acciones que pudieran desarrollarse en otros momentos distintos al de las mencionadas campañas, al punto de convertirse en permanentes hasta ser el “*Pan de todos los días*”¹², como lo sería la compra y venta de votos para un candidato y/o partido político.

Entendiéndose, por Partido Político:

Cualquier grupo político que se presenta a elecciones y que puede colocar, mediante ellas, a sus candidatos en los cargos públicos. Por ello, la concepción del partido se vincula necesariamente con la existencia de un sistema democrático, un partido es siempre la expresión de un régimen en el que las fuerzas sociales plurales conviven en un sistema de libertad, si bien la doctrina y la composición social de un partido, resultan importantes, es su organización la que determina su actividad y su influencia¹³.

Se espera que los partidos políticos, no solo en Colombia, sino en cualquier país democrático, los ciudadanos elijan libremente sus gobernantes sin ningún tipo de influencia materialista, promesas, prebendas, violencia y demás aspectos que afecten la participación ciudadana, los derechos políticos, la separación y ramificación de los *grupos políticos*¹⁴ donde los ideales parecieran mantenerse intactos, pero los objetivos se tornaron negativos y permeados por hechos corruptos y violentos; tal como menciona Moreno Parra, el bipartidismo, la violencia y sus consecuencias políticas a nivel social son longevas y aún se mantienen en Colombia:

Durante las diferentes etapas de las violencias en Colombia se ha asociado la misma a diversas mani-

10 PARRA-RAMÍREZ, ESTHER & GUEVARA-COBOS, EDUARDO, *Régimen y Sistema Político Colombiano* 1, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), 2008, p.79.

11 Misión de Observatorio Electoral (MOE), *Sistema Electoral, Elecciones Generales*, Bogotá, 2010, Presentación.

12 Dicho o expresión coloquial colombiana que expresa algo usual en demasía de ver.

13 Parra-Ramírez, Esther & Guevara-Cobos, Eduardo (*supra* nota 10), p. 79.

14 Son múltiples nacientes de los partidos políticos que mantienen la misma esencia de los originales.

festaciones. En una época de las violencias, esta fue asociada por parte del gobierno y del partido de gobierno a los crímenes de las guerrillas liberales y a los núcleos de resistencia de los comunistas, en otras épocas fueron los dirigentes liberales los que denunciaron la violencia política producto de la represión ejercida por el gobierno conservador en los años posteriores al crimen del caudillo Jorge Eliécer Gaitán.¹⁵

Los militantes de los partidos Liberal y Conservador, en la actualidad no mantienen la histórica rivalidad del siglo anterior, pero los conflictos por el poder los llevaron, tanto a ellos como a nuevos *partidos políticos* a crear maquinarias de coerción, principalmente para la captación de votos de forma legal e ilegal, en un contexto sociopolítico lleno de incoherencias que siempre encuentran la manera de justificarse y seguir su rumbo; sin importarle la representación “democrática” de los grupos que ejercen política en Colombia, dado, como ya se ha dicho que el sentido de una representación transparente se ha tergiversado a una tertulia de grupos con conflicto de intereses que “no es capaz de dar cuenta de las verdaderas dimensiones ni del sentido de la participación política del colombiano [...] su influencia sobre la determinación de las decisiones que comprometen el conjunto de la colectividad”¹⁶.

Concluyendo, que, en el sistema político colombiano, se presenta una corrupta participación política, ajena a los objetivos conjuntamente colectivos de los partidos, toda vez que el clientelismo político no le permite desarrollar sus fines, a saber, la garantía y efectividad de los derechos políticos y la existencia de mecanismos de participación ciudadana transparentes. Entonces, resulta pertinente analizar la relación del clientelismo con los procesos electorales en Colombia.

3. Procesos electorales en Colombia afectados por el clientelismo.

El andamiaje del sistema electoral colombiano opera con complejidades involucrando conjuntos de entidades, que cumplen la función de soporte y control jurisdiccional brindando garantías y transparencia en el proceso de coordinación con las instituciones implicadas que brindan apoyo en el proceso¹⁷.

Las entidades electorales que vinculan el proceso electoral, se crearon con independencia administrativa y financiera, del resto de las ramas del poder político, tienen como objetivo garantizar la legitimidad, transparencia y efectividad del proceso electoral. Las instituciones encargadas primeramente señala la Constitución política nacional que estas dos entidades siguientes, tienen el compromiso de que la realización electoral se lleve a cabo con garantías y legitimidad¹⁸.

15 MORENO PARRA, HÉCTOR A, *Bipartidismo, violencia y construcción de paz en Colombia (1948–2010)*, Granada, Universidad de Granada, (2016), pág. 87–479. Disponible en <[HTTPS://DIGIBUG.UGR.ES/HANDLE/10481/39973](https://digibug.ugr.es/handle/10481/39973)>

16 GUILLEN, FERNANDO, *El poder político en Colombia*, Bogotá, editorial Punta de Lanza, 1979, pp. 20–21.

17 Misión de Observación Electoral (MOE), *Propuestas, reforma Política y electoral en Colombia*, 2017. Disponible en <[HTTPS://MOE.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/04/LIBRO-REFORRMA-COMPLETO-2017-1-1.PDF](https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/libro-reforma-completo-2017-1-1.pdf)> (visto por última vez en 18.03.2024)

18 Presidencia de la República de Colombia, Función Pública, Departamento Nacional de Planeación (DPN), Agencia de Renovación del Territorio (ART), *Yo elijo saber. Unidad didáctica: sistema político electoral*, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNDPORG/SITES/C/FILES/ZSKGK326/FILES/MIGRATION/CO/YOELIJSABER2019-BLOQUE-1.SISTEMA-ELECTORAL.PDF](https://www.undporc/sites/c/files/zskgk326/files/migration/co/yoelijosaber2019-bloque-1.sistema-electoral.pdf)> (visto por última vez el 12.04.2024)

La labor inicia con el Consejo Nacional Electoral¹⁹ (CNE) y la Registraduría Nacional del Estado Civil²⁰, posteriormente la primera tendrá a su cargo, la regulación, la inspección, la vigilancia y el control de todas las actividades de los partidos políticos y sus movimientos e igualmente del comportamiento de los grupos ciudadanos. En segundo lugar, la registraduría tendrá como tarea direccionar y organizar las elecciones ciudadanas dónde tendrá que registrar e identificar a las personas con capacidad de votación. Finalmente, estas dos entidades deberán trabajar en conjunto como órganos jurisprudenciales, en llevar el control administrativo, y el soporte de los principios y finalidades establecidas por la carta magna.

Por consiguiente, el proceso electoral tiene unos objetivos que pretenden facilitar la realización de elecciones, y asignar los respectivos cargos de las fuerzas políticas según los votos obtenidos. Las elecciones se categorizan en dos clases: ordinarias y atípicas, las ordinarias, son aquellas que se realizan periódicamente conforme a lo establecido por la constitución y la Ley, los colombianos eligen en elecciones ordinarias a presidente representa a la cámara, senadores, gobernadores, alcaldes, concejales, diputados y ediles.

En cuanto, a las elecciones atípicas se realizan por fuera del calendario electoral ordinario con el fin de cubrir el vacío de un mandatario y elegir a una autoridad el tiempo que resta el periodo constitucional de tal cargo, estas causas las determina el artículo 98 de la ley 136 de 1994 donde se menciona las causales de la no finalización de un período, cómo son los casos por, fallecimiento, la renuncia aceptada, la incapacidad física permanente, la declaratoria de nulidad por su elección por efectos judiciales, la destitución la revocatoria del mandato y la incapacidad por enfermedad superior a 180 días. Las elecciones atípicas solo se realizan para cargos públicos como alcaldías y gobernación e igualmente también se realiza cuando el voto en blanco gana en las ordinarias por mayoría absoluta a más del 50% de los votos válidos.

De acuerdo a lo anterior, para que las elecciones puedan realizarse existen medios de participación que consienten en la intervención de los actores políticos dentro del proceso electoral con la meta de obtener mayor representación posible²¹. En esta primera instancia está dividida en tres etapas, etapa pre electoral, electoral y postelectoral.

En el proceso de las etapas electorales, se comprende todas las operaciones y procesos de preparación para el desarrollo en el día de las elecciones, procesos previos como la preparación de testigos, simulacro con testigos, simulacro de preconteo estimación de votos y el análisis de los comportamientos anteriores a estas elecciones, “comportamiento histórico”²².

-
- 19 Consejo Nacional Electoral Colombia (CNE), *Impulsa la eficiencia y eficacia del sistema electoral en nuestro país, garantizando la participación equitativa y soberana de todos los colombianos*, 2024. Disponible en <[HTTPS://COLABORACION.DNP.GOV.CO/CDT/DESARROLLO%20TERRITORIAL/PORTAL%20TERRITORIAL/NUUEVOSMANDATARIOS/SISTEMA%20POLITICO%20ELECTORAL.PDF](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DESARROLLO%20TERRITORIAL/PORTAL%20TERRITORIAL/NUUEVOSMANDATARIOS/SISTEMA%20POLITICO%20ELECTORAL.PDF)> (visto por última vez 28.03.2024).
- 20 Identifica a los ciudadanos colombianos, y agiliza la organización electoral. Registraduría Nacional del estado Civil, 2024.
- 21 RENGIFO, JUAN FELIPE, *Organización Electoral Colombiana. Monografía Investigación Profesoral Dirigida Por La Dra. Diana Durán Smela*. 2003. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNIANDES.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/FF530152-8994-4940-B539-69D0E82C2667/CONTENT](https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/ff530152-8994-4940-b539-69d0e82c2667/content)> (visto por última vez 11.04.2024)
- 22 Misión de Observación Electoral (MOE), *Materia #3: Etapa Pre-electoral*, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.MOE.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2024/01/3.ETAPA-PRE-ELECTORAL-MATERIA-3.PDF](https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2024/01/3.ETAPA-PRE-ELECTORAL-MATERIA-3.PDF)> (visto por última vez el 10.04.2024)

En el segundo paso está la etapa electoral que esta se ejecuta el día de las elecciones reúne todas las acciones procedimiento y procesos que llevan a cabo durante ese día cómo son las auditorías de jurados, reclamaciones y auditoría de pre-conteo²³.

Por último, la etapa post-electoral comprende las acciones y procedimientos para lograr los escrutinios o conteos de votos, presentar la documentación que acredite a los ganadores de las elecciones y validación de la jornada de votación, en respuesta a esa manifestación está el sufragio activo o votos que representan la voluntad popular²⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que Colombia cuenta con fuertes cimientos institucionales en materia de procesos electorales, principios que debieran garantizar la transparencia y una democracia sólida, pero en la práctica o ejecución se dan comportamientos que afectan la estructura y el ejercicio del proceso electoral colombiano debido al clientelismo, que genera alteración, repercute negativamente en la legitimidad y produce desconfianza de los ciudadanos hacia los organismos electorales.

Efectos que se amplifican y se han mantenido por largo tiempo revelando el descontrol en el proceso y sus implicaciones negativas institucionales, debido a la alta competitividad electoral que ejerce una gran concentración de intereses particulares, convirtiéndose en el panorama propicio para redes clientelistas adscritas a candidatos o a partidos políticos, que tergiversan el concepto de participación para limitarlo a una función específica, cerrada e impermeable que sigue criterios personales amparados por estructuras con poderes económicos fuertes.

En un proceso electoral permeado por el clientelismo se identifican varios actores que intervienen: “desde el Estado, lo hacen los agentes de este (funcionarios públicos), los integrantes de la sociedad (gremios, líderes comunales, organizaciones no gubernamentales, entre otros) y los partidos políticos. Esta práctica es implementada de diversas maneras, dependiendo de los actores y el contexto”²⁵.

De los tres mencionados actores, se ha considerado que son los partidos políticos, quienes más se han apropiado del clientelismo como práctica política, haciendo pacto con los mediadores o intermediarios, que son los enlaces con los ciudadanos; y creando su propia estructura clientelista, la cual se ha calificado como “Clientelismo partidista, clientelismo de los partidos o partidos clientelares”²⁶, que les ha permitido sumar votos mediante la compra de los mismos. El clientelismo es una de las estructuras sociopolíticas que dan respuesta a la necesidad básica de protección, al viejo problema hobbesiano de escapar de la guerra de todos contra todos, modelo que satisface sus finalidades²⁷.

23 HERNÁNDEZ, JUAN & ECHEVERRI, LAURA, “Democracia electoral en Colombia desde una visión de competencia”, *Ágora U.S.B.* vol.18 no.2, 2018, pp. 496–508.

24 PÉREZ, JOSÉ, “El proceso electoral” joseperezcorti.com, s. l. n. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.JOSEPEREZCORTI.COM.AR/EL_PROCESO_ELECTORAL.HTM](https://www.joseperezcorti.com.ar/el_proceso_electoral.htm)> (Visto por última vez 29.03.2024).

25 BARÓN (*supra* nota 9), p. 261.

26 NJAIM, HUMBERTO “Clientelismo, mercado y liderazgo partidista en América Latina”. *Nueva Sociedad*, N.o: 145. (1996), pp.138–147.

27 HERNÁNDEZ, JUAN, ECHEVERRI, LAURA, (*supra* nota 23), p. 498.

Por otro lado, se tiene que, para llevar a cabo esta labor, no solo se requieren unos actores, se requiere de dinero. Cepeda, alude al dinero en medio de las campañas como:

“[...] discurso público porque compra acceso del candidato a los medios masivos de comunicación y porque permite que el mensaje del candidato a los medios masivos de comunicación llegue, personalmente o por los medios, a los electores. De ahí la necesidad de organizar una campaña paralela a la electoral: una campaña para conseguir dinero. De ahí también el interés de capitales privados en suplir esa necesidad con la expectativa de que la gratitud del candidato le abra las puertas que, a su turno, requieren para desarrollar con éxito sus actividades privadas. En cada *quid pro quo*²⁸ se puede estar negociando el mandato popular y el programa político del candidato. En esta negociación el único perdedor es la democracia”²⁹.

De tal forma, que los intereses particulares con el ingreso de dineros no registrados en las campañas, entre otras prácticas no legales facilitan el camino de actos delictivos como: la compra y venta de votos, los financiamientos no registrados de campañas electorales, financiamiento de orígenes ilegales en campaña, la desigualdad de competencia a causa de la financiación privada, prebendas burocráticas por nombramientos en campaña electoral, la polarización de propaganda política. Las alianzas realizadas entre diferentes grupos políticos para solidificar la organización con el acuerdo de turnar poderes una vez obtenido, nepotismo entre muchas otras intervenciones del clientelismo durante los procesos electorales³⁰.

A medida que los diferentes grupos y organizaciones clientelistas se van consolidando en Colombia, causan efectos estructurales, los cuales tienen un nivel jerárquico, con distintas formas de poder. Primeramente, donde se crean relaciones de alteridad, las cuales se puede ver evidenciadas en las casas políticas, que con previas negociaciones le otorgan un aval a un candidato, que los represente y ese candidato debe de contar con un conjunto de intermediarios, con diferentes escalas de funciones y recursos, que sirvan como una red de enclaves para sus intereses y representación³¹. De modo que, desde el punto de las relaciones de jerarquías, se mencionan las (casas o grupos políticos, intermediarios, patrón y cliente).

Por último, también se puede indicar que existen actuaciones por parte del Estado en calidad de funcionarios con sujetos sociales que reciben favorecimientos de los recursos del estado por intercambios de votos³².

En conclusión, los alcances del clientelismo reflejan una amenaza a los procesos legítimos constitucionales, fomentan actos de corrupción y sirven como herramientas para no solo los procesos electorales, sino otros aspectos públicos, como los procesos legislativos. Por ello, las

28 Real Academia Española (RAE), *Quid pro quo* es un término que se refiere a la idea de intercambio de favores o beneficios. En el contexto político, esto puede significar que un candidato está dispuesto a negociar su mandato popular o su programa político a cambio de ciertos apoyos o beneficios. Disponible en <[HTTPS://WWW.RAE.ES/DPD/QUID%20PRO%20QUO](https://www.rae.es/dpd/QUID%20PRO%20QUO)> (visto por última vez 27.03.2024)

29 CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, “Financiación de las campañas y de los partidos”, *Revista Reforma política*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1998, p. 6.

30 SÁNCHEZ, CARLOS, “Derecho electoral en Colombia”, *Estudios socio-jurídicos*, vol. 2, 2000, pp. 71–72.

31 ZAPATA, EUCARIS, “El clientelismo político como mecanismo de intermediación. El caso de Río Negro, 2000–2011”, *Rev. Reflexión política*, vol. 18 (2016), pp. 178–193.

32 GUERRERO, LAURA, “Clientelismo político, ¿desviación de la política o forma de representación?” Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014 p. 18.

intenciones en los procesos electorales vienen con efectos y objetivos delictivos que ejercen una presión sobre los ciudadanos para votar bajo sus parámetros, sabotear la competencia electoral, determinar los resultados de las elecciones para favorecer a sus candidatos, y en mayores escalas intimidar a los ciudadanos para que se abstengan de votar ejerciendo inclusive “violencia”³³ y por ende incidiendo en el resultado de las elecciones, a favor de quienes representan, fortaleciendo las estructuras y/o redes clientelares.

4. Clientelismo como manifestación de la corrupción: Casos de fuerte impacto en Colombia.

La corrupción se caracteriza por el uso inadecuado de recursos estatales, comportamientos ilegítimos por parte de servidores públicos y la constante necesidad de acaparar los mecanismos de participación. La esencia de la corrupción es estar en contraposición de los intereses públicos, interfiriendo en las funciones y deberes del estado, dejando de lado el deber fundamental del cumplimiento de las normas.

Las manifestaciones de corrupción varían al ser un espectro político amplio, pero las formas más comunes son la evasión fiscal³⁴, la cooptación³⁵, el uso ilegítimo de información privilegiada, los fraudes, el caciquismo, el nepotismo, la investigación y arresto de terceros, nombramiento o aceptación ilegal de cargos, compra y venta de votos, financiamiento electoral, entre otros.

En vista de lo anterior, para comprender los efectos del clientelismo citaremos dos casos de corrupción de fuerte impacto relacionado con el clientelismo, es la representación de la política corrupta que se evidenció en las últimas décadas.

Colombia estuvo marcada por la relación cercana entre grupos paramilitares, organizaciones del narcotráfico entre otros grupos al margen de la ley con políticos y mandatarios del momento, contexto que da pie en 1995 al caso conocido como “Proceso 8000” que consistió en un proceso judicial contra el presidente de la república de la época 1994-1998, por recibir financiamiento para su campaña electoral por parte, de grupos del narcotráfico, consistentes en transacciones de dinero a cuentas bancarias personales de congresistas, ministros y candidatos no electos.

Este proceso judicial se extendió más allá del periodo presidencial, dando como resultado la absolución del mismo aun cuando existían pruebas que confirmaban el hecho, debido a la inmunidad que se le era otorgada por su cargo, otorgando el derecho de abstenerse a ser juzgado por la justicia ordinaria.³⁶ Siendo así, remitido el proceso a la comisión de acusaciones de cámara de representantes donde finalmente se archivó el caso, sin mayor estudio.

33 BOTERO, FELIPE; HOSKIN, GARY & PACHÓN, MÓNICA, “Sobre forma y sustancia: Una evaluación de la democracia electoral en Colombia” *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, No. 1 (2010), pp. 41–64.

34 Fiscalía General de la Nación (FGN), “Cualquier acción u omisión tendiente a suprimir, reducir o demorar el cumplimiento de cualquier obligación tributaria”, *Tipologías de Corrupción en Colombia*, Tomo 5, p. 8.

35 Real Academia Española (RAE), “Llenar las vacantes de una corporación mediante el voto de los integrantes de ella” Disponible en <[HTTPS://DLE.RAE.ES](https://dle.rae.es)> (visto por última vez 29.03.2024).

36 JARAMILLO PABLO, “ABSUELTO SAMPER”, *El Tiempo*, 19.12.1995. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/MAM-491900](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-491900)> (Visto por última vez el 15.03.2024).

El segundo caso, fue el ocurrido en el año 2008, denominado la “Yidis-política”³⁷ que consistió en un escándalo gubernamental de corrupción sistemática, en el cual estuvieron involucrados ministros de despacho, congresistas, el director del departamento administrativo de la presidencia de la república, y el mismo presidente del periodo 2004-2008, quienes participaron en la entrega y recibieron prebendas burocráticas, abusando del poder que tenían por sus cargos, para favorecer el voto positivo de la reforma constitucional que instauraría la reelección presidencial³⁸.

Cabe mencionar, que Yidis Medina Padilla, fue una representante a la cámara por departamento de Santander, que militaba en el partido conservador colombiano y participó en la comisión primera donde se debatía la reelección presidencial, y que al salir a la luz las evidencias de corrupción en dicha votación, admitió ante la Corte Suprema de Justicia haber aceptado prebendas, como es el favorecimiento en cargos públicos, asegurando su voto favorable al mencionado proyecto.

Para este caso de investigación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia calificó como negativo el hecho de corrupción, indicando que si en aquel entonces los funcionarios públicos no hubieran realizado dichos actos *“tal vez, hoy día, otra sería la situación de una institucionalidad que se encuentra seriamente agrietada y poco respetada por una sociedad que no cree en la honestidad de sus dirigentes”*³⁹. Estos casos, sirven como referencia para señalar los primeros matices de personalización política⁴⁰, un aspecto característico de la política colombiana, que hasta el día de hoy sigue vigente.

El elemento central, que se pudo evidenciar como el clientelismo ha favorecido la corrupción no importando la jerarquía en los cargos públicos, género y en las ramas de poder, en las que se encuentren, lo que se demuestra que son estructuras organizadas que pretenden hacer uso del clientelismo para beneficio particular, no importando quebrantar los principios normativos. En últimas, el clientelismo como manifestación de la corrupción ha estado presente en todas las esferas del poder, afectando la institucionalidad del país, donde se componen redes de corrupción y de poder que no permiten instauración de sistemas políticos integrales que afecta a la democracia⁴¹.

37 Redacción El Tiempo “Por ‘Yidis-política’, condenados Teodolindo Avendaño, a 8 años, e Iván Díaz Mateus, a 6 años”. *El Tiempo* 03.06.2009. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-5342688](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5342688)> (Visto por última vez el 18.02.2024).

38 Corte Suprema de Justicia, “La corte condena a Bernardo Moreno por tráfico de influencias en caso de la denominada ‘Yidis-política’”, *Corte Suprema de Justicia* 24.10.2023. Disponible en <[HTTPS://CORTESUPREMA.GOV.CO/LA-CORTE-CONDENA-A-BERNARDO-MORENO-POR-TRAFICO-DE-INFLUENCIAS-EN-CASO-DE-LA-DENOMINADA-YIDISPOLITICA/](https://cortesuprema.gov.co/la-corte-condena-a-bernardo-moreno-por-trafico-de-influencias-en-caso-de-la-denominada-yidispolitica/)> (visto por última vez 18.03.2024)

39 Ámbito Jurídico, “Exministros condenados por “yidis-política” habrían seguido instrucciones del expresidente Uribe: Corte Suprema”, *Ámbito Jurídico* 16.04.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMBITJURIDICO.COM/NOTICIAS/PENAL/PENAL/EXMINISTROS-CONDENADOS-POR-YIDISPOLITICA-HABRIAN-SEGUIDO-INSTRUCCIONES-DEL](https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/exministros-condenados-por-yidispolitica-habrian-seguido-instrucciones-del)> (visto por última vez 18.03.2024)

40 Despojo de la impersonalidad de un proceso político para atribuirlo directamente a quien se encarga de ejercerlo apropiándose del título.

41 DONGZHEN, (*supra* nota 7), p. 41.

Reflexiones Finales.

A modo de reflexión final, el clientelismo electoral y político, evidencia que es una realidad que se está enquistando en todas las esferas políticas, electorales y sociales. El clientelismo electoral que fue uno de los focos de este estudio, se concluye primeramente que (el político) está referido a un tipo de relación jerárquica de intercambio de favores entre políticos y militantes de los partidos, se puede denominar como una compraventa de votos por favorecer pretensiones particulares y los ciudadanos son vistos como (Cliente). Asimismo, el clientelismo evidencia ser una *herramienta* que permite la facilidad de intervención de la corrupción durante los procesos electorales, siendo una amenaza que pretende monopolizar todos los aspectos de participación ciudadana.

Los procesos electorales en Colombia en teoría poseen una estructura regulada y diseñada bajo los parámetros constitucionales, que cumple con las competencias pertinentes, para ejercer cargos públicos de elección popular donde el proceso de elegir y ser elegido, se desempeña según la dinámica que, señaladas por la ley, se vean opacadas en el proceso, por las maquinarias corruptas. Las falencias identificadas como la falta de legitimidad y corrupción entre otras, de gran importancia; dejan a Colombia en una posición difícil, donde se requieren medidas en todos los frentes que mejoren la imagen y los alcances del sistema democrático, y este no pierda la poca credibilidad que le queda⁴².

Con los casos antes mencionados, es evidente que el clientelismo como manifestación de la corrupción ha estado presente en todas las instancias, afectando la institucionalidad, la estructura de los órganos de control, la eficacia de las ramas del poder, los procesos electorales y cómo se constituye el régimen político colombiano en general.

Resulta necesario continuar con la revisión de cómo se sigue manifestando la corrupción y la violencia en los procesos electorales, lo cual, genera a los ciudadanos abstencionismo, desconfianza y falta de credibilidad en los elegidos *candidatos-políticos* en los procesos electorales del país.

Bibliografía.

Ámbito Jurídico, "Exministros condenados por "yidis-política" habrían seguido instrucciones del expresidente Uribe: Corte Suprema", *Ámbito Jurídico* 16.04.2015, Disponible en <[HTTPS://WWW.AMBITOURIDICO.COM/NOTICIAS/PENAL/PENAL/EXMINISTROS-CONDENADOS-POR-YIDISPOLITICA-HABRIAN-SEGUIDO-INSTRUCCIONES-DEL](https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/exministros-condenados-por-yidispolitica-habrian-seguido-instrucciones-del)> (visto por última vez el 29.03.2024).

BARÓN, JOSUÉ. "El nuevo clientelismo político en el siglo XXI: Colombia y Venezuela 1998–2010", *Desafíos* vol.27, No 2 (2015) pp. 253–289.

BOTERO, FELIPE; HOSKIN, GARY & PACHÓN, MÓNICA, "Sobre forma y sustancia: Una evaluación de la democracia electoral en Colombia", *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, No. 1 (2010), pp. 41–64.

42 HERNÁNDEZ, JUAN. ECHEVERRI, LAURA (*supra* nota 23), pp. 500.

- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, “Financiación de las campañas y de los partidos”, *Revista Reforma política*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1998, p. 6.
- Consejo Nacional Electoral Colombia (CNE), 2024. Disponible en <[HTTPS://COLABORACION.DNR.GOV.CO/CDT/DESARROLLO%20TERRITORIAL/PORTAL%20TERRITORIAL/NUEVOSMANDATARIOS/SISTEMA%20POLITICO%20ELECTORAL.PDF](https://colaboracion.dnr.gov.co/cdt/DESARROLLO%20TERRITORIAL/PORTAL%20TERRITORIAL/NUEVOSMANDATARIOS/SISTEMA%20POLITICO%20ELECTORAL.PDF)> (visto por última vez 28.03.2024).
- Corte Suprema de Justicia, “La corte condena a Bernardo Moreno por tráfico de influencias en caso de la denominada ‘Yidis-política’”, *Corte Suprema de Justicia*, 24.10.2023. Disponible en <[HTTPS://CORTESUPREMA.GOV.CO/LA-CORTE-CONDENA-A-BERNARDO-MORENO-POR-TRAFICO-DE-INFLUENCIAS-EN-CASO-DE-LA-DE-NOMINADA-YIDISPOLITICA/](https://cortesuprema.gov.co/LA-CORTE-CONDENA-A-BERNARDO-MORENO-POR-TRAFICO-DE-INFLUENCIAS-EN-CASO-DE-LA-DE-NOMINADA-YIDISPOLITICA/)> (visto por última vez 18.03.2024)
- DONGZHEN, YUAN, “Transición, retos y salida en los principales sistemas políticos latinoamericano”, *Pensamiento Social Chino sobre América Latina*, Clasco editorial, 2018.
- El Tiempo – Redacción El Tiempo, “Por ‘Yidis- política’, condenados Teodolindo Avendaño, a 8 años, e Iván Díaz Mateus, a 6 años”, *El Tiempo* 03.06.2009. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-5342688](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5342688)> (Visto por última vez el 18.02.2024).
- Fiscalía General de la Nación (FGN), *Tipologías de Corrupción en Colombia*, FGN, Tomo 5, 2018.
- GUERRERO, LAURA, *Clientelismo político, ¿desviación de la política o forma de representación?*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- GUILLEN, FERNANDO, *El poder político en Colombia*, Bogotá, Editorial Punta de Lanza, 1979.
- HERNÁNDEZ, JUAN, ECHEVERRI, LAURA, “Democracia electoral en Colombia desde una visión de competencia”, *Ágora U.S.B.* vol.18 no.2, 2018, pp. 496-508.
- HUNTINGTON, SAMUEL, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman, 1991.
- IBARRA, HERNÁN, “Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada”, *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, 15 (2002), pp. 156–158.
- JARAMILLO PABLO, “ABSUELTO SAMPER”, *El Tiempo*, 19/12/1995. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/MAM-491900](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-491900)> (Visto por última vez el 15.03.2024).
- JULIÁN PÉREZ PORTO & ANA GARDEY. “Clientelismo - Qué es, definición y concepto”, *Definición*. DE 07.10.2022. Disponible en <[HTTPS://DEFINICION.DE/CLIENTELISMO/](https://definicion.de/clientelismo/)> (visto por última vez el 12/02/2024)
- Misión de Observación Electoral (MOE), “Comunicaciones Materia #3: Etapa Pre-electoral”, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.MOE.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2024/01/3.ETAPA-PRE-ELECTORAL-MATERIA-3.PDF](https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2024/01/3.ETAPA-PRE-ELECTORAL-MATERIA-3.PDF)> (visto por última vez el 10.04.2024)
- Misión de Observación Electoral (MOE), “Propuestas, reforma Política y electoral en Colombia”, 2017. Disponible en <[HTTPS://MOE.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/04/LIBRO-REFORMA-COMPLETO-2017-1-1.PDF](https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/LIBRO-REFORMA-COMPLETO-2017-1-1.PDF)> (visto por última vez en 18.03.2024).
- Misión de Observatorio Electoral (MOE), “Sistema Electoral, Elecciones Generales”, Bogotá, 2010, Presentación.
- MORENO PARRA, HÉCTOR A, *Bipartidismo, violencia y construcción de paz en Colombia (1948–2010)*, Granada, Universidad de Granada, (2016). Disponible en <[HTTPS://DIGIBUC.UGR.ES/HANDLE/10481/39973](https://digibuc.ugr.es/handle/10481/39973)> (visto por última vez en 18.03.2024).

- NJAIM, HUMBERTO "Clientelismo, mercado y liderazgo partidista en América Latina", *Nueva Sociedad*, No: 145. (1996), pp.138–147.
- PARRA-RAMÍREZ, ESTHER & GUEVARA-COBOS, EDUARDO, *Régimen y Sistema Político Colombiano 1*, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), 2008.
- PÉREZ, JOSÉ "El proceso electoral", *joseperezcorti.com*, s. l. n. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.JOSEPEREZCORTI.COM.AR/EL_PROCESO_ELECTORAL.HTM](https://www.joseperezcorti.com.ar/el_proceso_electoral.htm)> (Visto por última vez 29.03.2024).
- PÉREZ, JULIÁN, GARDEY, ANA, "Clientelismo – Qué es, definición y concepto", *Definición. DE* 07.10.2022. Disponible en <[HTTPS://DEFINICION.DE/CLIENTELISMO/](https://definicion.de/clientelismo/)> (visto por última vez en 18.03.2024).
- Presidencia de la República de Colombia, Función Pública, Departamento Nacional de Planeación (DPN), Agencia de Renovación del Territorio (ART), *Yo elijo saber. Unidad didáctica: sistema político electoral*, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNDP.ORG/SITES/C/FILES/ZSKGKE326/FILES/MIGRATION/CO/YOELIJO SABER2019-BLOQUE-1.SISTEMA-ELECTORAL.PDF](https://www.undp.org/sites/c/files/zskgke326/files/migration/co/yoelijosaber2019-bloque-1.sistema-electoral.pdf)> (visto por última vez el 12.04.2024)
- Real Academia Española (RAE), Disponible en <[HTTPS://DLE.RAE.ES](https://dle.rae.es)> (visto por última vez 29.03.2024).
- Real Academia Española (RAE), *quid pro quo*, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAE.ES/DPD/QUID%2OPRO%2O QUO](https://www.rae.es/dpd/quid%2opro%2oquo)>. (visto por última vez 27.03.2024)
- Registraduría Nacional del Estado Civil, Disponible en <[HTTPS://WWW.REGISTRADURIA.GOV.CO/-QUIENES-SOMOS-670-.HTML](https://www.registraduria.gov.co/-quienes-somos-670-.html)> (visto por última vez en 18.03.2024)
- RENGIFO, JUAN FELIPE, *Organización Electoral Colombiana. Monografía Investigación Profesoral Dirigida Por La Dra. Diana Durán Smela*, Universidad de los Andes, 2003. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNIANDES.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/FF530152-8994-4940-B539-69DOE82C2667/CONTENT](https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/ff530152-8994-4940-b539-69d0e82c2667/content)> (visto por última vez 11.04.2024)
- SÁNCHEZ, CARLOS, "Derecho electoral en Colombia", *Estudios socio-jurídicos*, vol. 2, 2000, pp. 71–72.
- SCHRÖTER, BARBARA, "Clientelismo político: ¿si existe el fantasma y como se viste?", *Anuario de Estudios Centro-americanos*, Vol. 40 (2014), p. 142.
- VOMMARO, PABLO, COMBES, HELENE, *El clientelismo político: Desde 1950 hasta nuestros días*. Traducción de Pons, Horacio, Siglo XXI Editores, 2019. Presentación.
- ZAPATA, EUCARIS. "El clientelismo político como mecanismo de intermediación. El caso de Rio Negro, 2000–2011", *Rev. Reflexión política*, vol. 18 (2016). pp. 178-193.
- ZIEMER, KLAUS. Clientelismo. En *Diccionario de Ciencia política. Teorías, métodos, conceptos, tomo I*, editado por Dieter Nohlen, México: Editorial Porrúa, El Colegio de México, 2006.

PARTE II

Retos de la criminología
y la política criminal

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

10. La necesaria influencia del garantismo penal en el derecho disciplinario: Hacia una política criminal integral.

Resumen: En esta contribución argumentaré sobre dos cuestiones mutuamente relacionadas. En primer lugar, se explicará cómo el derecho administrativo sancionador, tanto contravenacional como disciplinario, se halla inmerso en una deriva legislativa que lo aparta de los principios característicos de un modelo exigente de Estado de derecho. En segundo lugar, se explicará cómo la existencia de lagunas y antinomias existentes en la disciplina, provoca la falta de aplicación de los derechos limitadores del poder punitivo en el ámbito del derecho disciplinario. Contra esa corriente, se sostiene que dichos principios son aplicables, no sin ciertos matices, también a este último campo como parte de una ampliación garantista también sobre dicho ámbito.

Palabras clave: Derecho disciplinario, Estado de derecho, garantismo, principios.

Abstract: In this contribution I will argue about two mutually related questions. Firstly, it will be explained how administrative sanctioning law, both contravenational and disciplinary, is immersed in a legislative drift that separates it from the characteristic principles of a demanding model of the rule of law. Secondly, is explained, mainly, by the gaps and antinomies that the lack of application of the rights limiting punitive power, foster in the field of disciplinary law. Against this current, it is maintained that these principles are applicable, not without certain nuances, also to this last field as part of a guarantee extension also on said field.

Key words: Disciplinary law, rule of law, guarantees, principles.

1. *Introducción.*

A partir de la configuración a nivel constitucional del Sistema Nacional Anticorrupción en mayo de 2015, el poder punitivo del Estado mexicano se ha intensificado a niveles tales que diversos sectores de la doctrina han cuestionado la legitimidad de muchas de las herramientas utilizadas para sancionar a los servidores públicos y cómo los procedimientos, principalmente en sede administrativa-disciplinaria, adquieren rasgos inquisitivos y persecutores de adversarios políticos.

No obstante que los fines de dicho sistema son la prevención, el control y la sanción de la corrupción, en la implementación se han desvirtuado dichos propósitos y solamente se ha conformado un aparato burocrático que responde a los intereses del grupo en el poder, sea federal o local, o a los partidos políticos cuya mayoría controla el congreso de la unión o las legislaturas locales.

Lejos de trabajar en la prevención y el control, la estrategia de combate a la corrupción se ha centrado en la sanción, principalmente a través del Derecho Disciplinario. Ello ha traído consigo dos lamentables consecuencias: la persecución y sanción de inocentes y la impunidad de verdaderos responsables, por lo que el sistema no está dando los resultados esperados.

Aunado a este incremento de los órganos anticorrupción, el orden jurídico ha endurecido la reacción punitiva con el aumento de leyes y sanciones que se caracterizan por su desproporcionalidad y por ser impuestas mediante procedimientos que no respetan el debido proceso. Aunado a estas violaciones procesales, debemos sumar las que se desprenden de la elaboración de las faltas administrativas graves y no graves, sin técnica legislativa, y peor aún, sin que dogmática disciplinaria desarrolle un aparato dogmático que permita su aplicación en el marco de un régimen democrático.

Por lo antes señalado, desde la academia y la jurisprudencia se ha reclamado a los operadores del sistema disciplinario respeten los derechos humanos que tanto en el ámbito sustantivo y adjetivo, se han desarrollado magistralmente por la dogmática penal, y que se traducen en límites al poder penal del Estado, evitando el abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario del poder público. En el presente trabajo me centraré en el análisis de los derechos humanos que debe respetar el Derecho disciplinario sustantivo, reiterando la necesidad de fortalecer una dogmática disciplinaria propia de la realidad mexicana.

2. *El traslado matizado de los principios penales a las demás ramas sancionadoras.*

Siendo la pena pública el recurso más drástico con el que cuenta el Estado para resolver los conflictos sociales, la dogmática penal se ha encargado de desarrollar con maestría todo un edificio conceptual de contención al poder punitivo, que no es otra cosa que un conjunto de derechos humanos reconocidos tanto en convenciones internacionales como en las cartas magnas de los Estados. Como la sanción penal representa la afectación de bienes jurídicos tales como la libertad, el patrimonio y otros derechos fundamentales, su imposición debe ser resultado de un procedimiento que respete la dignidad humana y todos los demás derechos que se desprenden de la misma, con especial atención al núcleo duro del debido proceso. En la medida en que otras

ramas jurídicas sancionadoras se van endureciendo, resulta indispensable el reconocimiento de ese mismo edificio conceptual. Así se han pronunciado diversas voces desde distintos espacios.

En el ámbito académico, connotados administrativos y penalistas han coincidido en la necesidad de aplicar ciertos principios del Derecho penal al derecho administrativo sancionador contravencional. José Cerezo Mir señala que en la infracciones administrativas graves “deberían encontrar también aplicación los principios fundamentales de Derecho penal, especialmente los principios de legalidad, de irretroactividad de las leyes desfavorables, de retroactividad de la ley favorable y de culpabilidad, y debería reconocerse la vigencia del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales”¹. Lo mismo considera Genaro David Góngora Pimentel cuando afirma que “la naturaleza y alcances de esta facultad punitiva del Estado en ejercicio de la administración difiere de la derivada del derecho penal; sin embargo, ello no excluye que adopte principios y pautas de esta última disciplina”². Asimismo, señala que “la enumeración de los principios del derecho administrativo sancionador no puede ser limitativa; por ende, en términos generales se reconoce la legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, debido proceso, proporcionalidad, *nulla poena sine lege*, caso fortuito, favorabilidad, culpabilidad, imparcialidad, *non reformatio in pejus*, no retroactividad de la ley, *in dubio pro-reo*, igualdad ante la ley, publicidad, contradicción y control jurisdiccional”³. Finalmente, al reconocer que el Derecho contravencional es Derecho penal, Mario Alberto Juliano asume que el primero “debe estar revestido de las mismas garantías de las que, se supone, debería estar revestido el suministro de derecho penal”⁴.

Estas mismas consideraciones han sido retomadas en México por diversos autores a propósito del nuevo Derecho Disciplinario que se desprende de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (en adelante, LGRA) publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 18 de junio de 2016 y que es resultado de la reforma constitucional publicada en el mismo diario el 27 de mayo de 2015 y por virtud de la cual se creó el Sistema Nacional Anticorrupción. Así, por ejemplo, Luis Felipe Guerrero Agripino ha reconocido la necesidad de desarrollar una dogmática que permita la comunicación entre el derecho administrativo disciplinario y el penal “que auxilie a los operadores jurídicos en la aplicación consistente de la LGRA con estricto apego a los principios constitucionales. En este tenor, existe un enorme trabajo dogmático por hacer a fin de distinguir entre distintos tipos de responsabilidades que favorezcan la aplicación garantista y respetuosa de los derechos humanos de la LGRA”⁵. Por su parte Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria ha construido una propuesta innovadora para abordar el estudio y aplicación de este derecho disciplinario, a la cual ha denominado *Metodología geométrica* y en la que, a partir de diversas disposiciones convencionales y constitucionales relacionadas con el Derecho penal, comienza a

1 CEREZO, JOSÉ, “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 28, n. 2 (1975), p. 170.

2 GÓNGORA, GENERO DAVID, “El reconocimiento del Derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana”, en Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo XII, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 258.

3 GÓNGORA (*supra* nota 2), p. 262.

4 JULIANO, MARIO ALBERTO, *Derecho contravencional patagónico*, Córdoba, Ediciones del Copista, 2011, p. 18.

5 GUERRERO, LUIS FELIPE, “Regulación de responsabilidades en el sistema anticorrupción mexicano: entre la impunidad, la inseguridad jurídica y la violación a derechos”, en *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañén Porrúa, 2018, pp. 132–133.

desarrollar una dogmática disciplinaria respetuosa de los derechos humanos en la que los principios penales sirven de columna vertebral para ese sistema⁶.

Pero aunado a estas voces que se han pronunciado desde la academia, el trabajo jurisdiccional no ha sido ajeno a esta realidad y en diversas resoluciones se ha pronunciado por reconocer la necesidad de acudir a las técnicas garantistas del Derecho Penal en la aplicación de las demás ramas sancionadoras. A nivel nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido diversos criterios de los que se desprende la obligación de toda autoridad de respetar los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y debido proceso. La propia Primera Sala del máximo tribunal mexicano ha establecido en la tesis cuyo título es *Normas de Derecho administrativo sancionador. Metodología para analizar si éstas violan derechos fundamentales que rigen en materia penal*, una propuesta para determinar si una norma de derecho administrativo viola un derecho fundamental de naturaleza penal, y de la que se debe desprender si el derecho en cuestión resulta compatible con el ámbito administrativo, para estar en posibilidad de hacer el estudio de constitucionalidad respectivo al amparo del derecho fundamental trasladado⁷.

De igual manera, la CorteIDH ha señalado en diversos asuntos que las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) son también aplicables a cualquier tipo de procedimiento que implique una sanción material ya sea en el ámbito constitucional, administrativo o laboral, afirmando que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Particularmente, en el caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, la CorteIDH destacó que ‘el derecho disciplinario forma parte del derecho sancionador [...] en la medida en que está compuesto por un conjunto de normas que permiten imponer sanciones a los destinatarios que realicen una conducta definida como falta disciplinaria’, por lo que ‘se acerca a las previsiones del derecho penal’ y, en razón de su ‘naturaleza sancionatoria’, las garantías procesales de este ‘son aplicables mutatis mutandis al derecho disciplinario’⁸.

Todas estas resoluciones jurisdiccionales marcan las directrices que se deben seguir para el traslado de los principios penales a las restantes disciplinas sancionadoras, siendo claro que se deben observar en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de los diferentes procedimientos punitivos. A continuación, en el punto siguiente, haremos referencia a los derechos humanos que en materia sustantiva son aplicables al ámbito disciplinario, señalando con qué matices deben ser incorporados.

3. *Hacia un garantismo disciplinario.*

Mucho se ha discutido sobre la autonomía del Derecho Disciplinario con respecto a otras ramas jurídicas, particularmente con la penal y la administrativa. Al compartir rasgos con ambas dis-

6 PADILLA SANABRIA, LIZBETH XÓCHITL, *La metodología geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho punitivo: especial referencia al Derecho disciplinario*, México, 2022.

7 Tesis 1ª. CCCLXXI/2014 (10ª.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 607.

8 Caso Petro Urrego vs. Colombia, sentencia de 8 de julio de 2020, párr. 120.

ciplinas, no es infrecuente que se le denomine *Derecho administrativo disciplinario*⁹ o *Derecho penal disciplinario*¹⁰. Sin embargo, coincidimos con Padilla Sanabria¹¹ al afirmar que, con independencia de su denominación, el régimen disciplinario tiene características propias que lo distinguen de las anteriores ramas jurídicas y que por ende goza de autonomía. En México, esta materia fue tradicionalmente regulada en la *Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos*, así como por las respectivas de las entidades federativas que compartían una denominación similar. Por ello, tampoco es infrecuente que en este país se denomine a este orden jurídico simplemente como *Responsabilidad de los servidores públicos*¹². Al encontrarnos convencidos de su autonomía, en el presente trabajo nos hemos decantado por simplemente denominarlo *Derecho disciplinario*.

Esta rama del orden jurídico puede definirse como el sistema de normas jurídicas de naturaleza punitiva, encargadas de regular la actuación de los servidores públicos —y de particulares vinculados con dicha actuación— en el ejercicio de su encargo, con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento de la organización estatal. Esta definición nos permite desprender los rasgos que por un lado la asemejan con el Derecho penal y el administrativo, pero que al mismo tiempo la distinguen de ellas.

En primer lugar, es un orden jurídico punitivo. Por ello, su vinculación con el orden penal y el administrativo sancionador contravencional, sin embargo, no contempla entre sus consecuencias ni a la prisión (pena por antonomasia) ni al arresto. Por tanto, una de sus características es la finalidad de su sanción. Claus Roxin afirma que “la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor (o sea, para la prevención especial), mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad (prevención general)”¹³.

Su segundo rasgo consiste en su objeto: la regulación de la actuación de los servidores públicos. Tradicionalmente, el control se había llevado a cabo a través de la administración pública, única encargada de investigar y sancionar las infracciones administrativas de los servidores públicos, y por ello su vinculación con esta rama del Derecho. Incluso, no pocos autores afirmaban que esta característica era también la que dotaba de autonomía al derecho administrativo sancionador contravencional, que incluso fue llamado *derecho penal administrativo*. En este sentido, Merkl afirmaba “El llamado *derecho penal administrativo* consiste en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las acciones u omisiones antijurídicas. Lo esencial del derecho penal administrativo es la imposición de la sanción, por medio de la autoridad administrativa, y no la ejecución de la misma”¹⁴.

Esta consideración ha sido superada en México, pues con la conformación del Sistema Nacional Anticorrupción ha distinguido entre dos tipos de faltas administrativas: las leves y las graves. Las primeras de ellas corresponden ser sancionadas por la propia autoridad administra-

9 ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO Y PADILLA, LIZBETH XÓCHITL, *El bien jurídico en el derecho administrativo disciplinario. Una conversación*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

10 Así lo denomina Eugenio Cuello Calón, citado por GARCÍA, EDUARDO, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2023, p. 141 y MERKL, ADOLF, *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, p. 357.

11 PADILLA (*supra* nota 6), p. 27.

12 FIERRO, ANA ELENA, *Responsabilidad de los servidores públicos. Del castigo a la confianza*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

13 ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2007, p.75.

14 MERKL (*supra* nota 10), p. 355.

tiva a través de sus respectivos órganos internos de control. En cambio, la imposición de sanciones por la comisión de faltas graves corresponde a los tribunales de justicia administrativa, que han transformado su competencia de ser simplemente tribunales de anulación para convertirse también en órganos de sanción, por lo que ahora también los órganos jurisdiccionales pueden y deben imponer las sanciones disciplinarias que corresponda. El propio Guerrero Agripino lo reconoce cuando afirma que “se ha creado un nuevo régimen de responsabilidades en el que la naturaleza de los tribunales administrativos en México —como revisores de los actos emitidos por el Poder Ejecutivo— muta y se convierte en la autoridad emisora de los actos sancionatorios por faltas graves de los servidores públicos y cualquiera que deba aplicarse a un particular (persona física y moral)”¹⁵.

Finalmente, su tercer rasgo es su finalidad, esto es, lograr el correcto funcionamiento del servicio público. Luego, lo que importa en este ámbito jurídico, es que el desempeño del servidor público sea acorde a los principios que garantizan todo el sistema disciplinario. En cuanto se aparte de esas expectativas normativas, se hará acreedor de la consecuencia disciplinaria. Es en este punto donde cobra importancia la determinación del bien jurídico protegido en las faltas administrativas, sean leves o graves, y la definición de los ataques frente a los cuales deben ser protegidos por el derecho disciplinario y frente a cuáles por el derecho penal.

Establecida la naturaleza de la potestad disciplinaria y su autonomía con respecto a la ordenamiento penal y administrativo sancionador contravencional, corresponde ahora determinar cómo el aparato de contención de la potestad penal del Estado es aplicable a la vertiente disciplinaria y bajo qué matizaciones, acorde a la naturaleza de este procedimiento punitivo. Estos principios, que no son otra cosa que derechos humanos de naturaleza sustantiva y adjetiva aplicables al derecho disciplinario, representan otra cara del garantismo constitucional¹⁶. A continuación, nos referiremos exclusivamente a los de naturaleza sustantiva.

3.1. Dignidad humana

Las graves atrocidades que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial, particularmente en el régimen nazi, horrorizaron a la comunidad internacional y la llevaron a redimensionar la dignidad humana. Ésta se convirtió en la base a partir del cual se conformó un nuevo régimen jurídico, de carácter internacional y complementario del orden jurídico nacional (el cual resultó insuficiente para proteger a los seres humanos frente a regímenes totalitarios). Inició así un proceso de juridización de la dignidad humana, como principio base para el desarrollo del llamado *Derecho internacional de los derechos humanos*, pero también del todo el orden jurídico interno de los Estados. Por tanto, la dignidad humana debe ser el punto a partir del cual debe construirse cualquier ordenamiento, incluido desde luego el disciplinario. Podemos definirla como el atributo que tiene toda persona humana por el solo hecho de serlo, y por virtud del cual es merecedor de respeto frente a cualquier persona y de protección por parte del Estado, es el derecho a no ser tratado como un mero objeto del derecho y en su lugar, como un auténtico sujeto de derechos.

Esta dignidad ya era ampliamente reconocida por el pensamiento penal liberal del siglo XVIII y que se fue consolidando en el transcurso del tiempo, por lo que no es de extrañar que ha

15 GUERRERO (*supra* nota 5), p. 102.

16 FERRAJOLI, LUIGI, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009.

sido el fundamento para la prohibición de la tortura y de penas crueles, inhumanas y degradantes, conformándose el principio de *Humanidad de las penas*, como un derecho humano reconocido a todos los destinatarios del sistema penal. Como puede apreciarse, en el ámbito punitivo siempre ha tenido un rol protagónico, por lo que también debe respetarse en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Y es que en el procedimiento disciplinario y en la imposición de la sanción las autoridades competentes deben tratar al servidor público y a los particulares sujetos del sistema, como un ser humano con plena dignidad y derechos. En este ámbito también puede verse lesionada la dignidad, pues específicamente en el caso de los servidores públicos, su fama, buen nombre y reputación resultan fundamentales para el desempeño de su actividad y estos derechos pueden ser afectados en el ejercicio de la facultad punitiva disciplinaria. Por esto afirma Paolo Becci que “se puede lesionar la dignidad de una persona hoy no sólo torturándola o sometiéndola a condiciones degradantes, sino también haciéndole perder públicamente su imagen, quizás revelando detalles particularmente delicados de su vida privada, publicando imágenes comprometidas o, también haciendo públicas afirmaciones que son Incompatibles con su rol institucional y lesionan su reputación”¹⁷.

3.2. Principio de legalidad en materia disciplinaria

Uno de los principios que tiene más impacto en el ámbito penal es el de legalidad. Representa el fruto más destacado de pensamiento penal liberal, pues gracias a él se otorga seguridad jurídica y se evita la arbitrariedad y el abuso de poder. Se reconoce con la locución latina *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, y cuyas consecuencias son la reserva de ley escrita (prohibiendo a la costumbre como fuente del derecho penal), la exigencia de ley previa (proscribiendo la aplicación retroactiva en perjuicio de los gobernados), la aplicación estricta (prohibiendo la aplicación de la analogía, incluso de la mayoría de razón) y el mandato de certeza (exigiendo que el contenido del mandato o prohibición este claramente determinado, evitando con ello leyes imprecisas o indeterminadas). Este principio se encuentra reconocido en el artículo 14 constitucional que establece que “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna [...] En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Es adoptado expresamente por el Sistema Nacional Anticorrupción en el cuarto párrafo del artículo 1 de la Ley Federal de Justicia Administrativa que a la letra dice “Las resoluciones que emita el Tribunal deberán apegarse a los principios de legalidad, máxima publicidad, respeto a los derechos humanos, verdad material, razonabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, tipicidad y debido proceso” (el resaltado es nuestro). Pero ya desde antes nuestros tribunales federales reconocían en diversas tesis de jurisprudencia su aplicación en otros ámbitos sancionadores¹⁸.

17 BECCI, PAOLO, *El principio de dignidad humana*, México, Fontamara, 2012, p. 39.

18 Véanse las tesis cuyos rubros son “Responsabilidades de los servidores públicos. Las sanciones administrativas previstas en la ley federal relativa también se rigen por el principio constitucional de exacta aplicación de la ley que impera en las de carácter penal, aún cuando sean de diversa naturaleza”, Tesis 2ª. CLXXXIII/2001, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, septiembre de 2001, p. 718; “Tipicidad. El principio relativo, normalmente referido a la materia penal, es aplicable a las infracciones y sanciones administrativas”, Jurisprudencia P/J. 100/2006, Pleno, *Semanario Judicial de la*

En diverso trabajo, he señalado que este principio se expresa en el ámbito disciplinario con la locución latina *nulla in fractio, nulla sanctio, sine lege* (no hay falta, no hay sanción, sin ley)¹⁹. Comparte las mismas consecuencias que en el ámbito penal, pero aquí sí con algunos matices como bien lo refiere Padilla Sanabria²⁰.

La tipicidad representa la forma de garantizar de manera efectiva el principio de legalidad. Es una categoría que fue desarrollada por la dogmática penal con la finalidad de establecer con el mayor grado de precisión posible cuándo un hecho concreto encuadra con el tipo penal. En el ámbito disciplinario, se puede definir como el encuadramiento de un hecho atribuido a un servidor público o particular, que encuadre con el tipo disciplinario. Para tal efecto resulta necesario la identificación en abstracto de cada uno de los elementos que integran la norma disciplinaria (trabajo que corresponde a los disciplinarios) para que, al analizar un caso concreto sometido a su consideración, las autoridades disciplinarias identifiquen de forma concreta esos mismos elementos, otorgando con ello seguridad jurídica y evitando la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Adentrémonos ahora al estudio de los matices que se presentan en las consecuencias de principio de legalidad en materia disciplinaria. En relación con la exigencia de ley previa, este mandato se mantiene incólume, por lo que la prohibición constitucional a la aplicación retroactiva en perjuicio se mantiene válida en todo su contenido. En cuanto el principio de reserva de ley, si bien es cierto la fuente de la norma disciplinaria es una ley proveniente del proceso legislativo como lo es la LGRA, para dar contenido pleno al tipo disciplinario en no pocas ocasiones es necesario acudir a otras normas de menor jerarquía que regulan la actuación de los servidores públicos, que pueden provenir tanto de otros procedimientos legislativos, como del ejercicio de la facultad reglamentaria del ejecutivo o de los tribunales jurisdiccionales. Así lo expresa la referida penalista mexicana: “el principio de legalidad se modula o diluye al construir el concepto indeterminado con base en una norma blanda emitida por la autoridad administrativa o dura (emitida por el poder legislativo) desde el ámbito administrativo, pero de naturaleza distinta de la ley general de responsabilidades administrativas y que contenga un elemento de un tipo de prohibición que sea funcional para la construcción del concepto indeterminado”²¹.

En lo relativo a la aplicación estricta y al mandato de certeza, aquí también encontramos modulaciones necesarias, derivado de la frecuente utilización de conceptos indeterminados tanto por las normas administrativas como las disciplinarias, por lo que es necesario darles contenido acudiendo a otras normas o incluso a la jurisprudencia. Aquí particularmente tiene un gran impacto la razonabilidad, pues es la que garantizará una debida motivación por parte de las autoridades sancionadoras.

Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1667; y “Tipicidad del Derecho administrativo sancionador. El artículo 12 de la ley de ingresos para el municipio de Ocozacoautla de Espinosa, Chiapas, para 2006, que remite erróneamente a diverso precepto para conocer la infracción, transgrede aquel principio”, Jurisprudencia P./J. 101/2006, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1666.

19 ASTRAIN Y PADILLA (*supra* nota 9), p. 40.

20 PADILLA (*supra* nota 6), pp. 165–184.

21 PADILLA (*supra* nota 6), p. 179.

3.3. Principio de protección de bienes jurídicos o lesividad.

En diversos trabajos he hecho referencia a la importancia que tiene el dogma del bien jurídico para la dogmática penal²². Por virtud de este principio, la criminalización de un comportamiento solo se justifica en la medida en que represente una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico que dada su importancia es merecedor y está necesitado de protección penal. Por tanto, protección de bienes jurídicos y lesividad son dos caras de una misma moneda.

En el ámbito disciplinario, es imprescindible la identificación de los bienes jurídicos disciplinarios. Para tal efecto debemos recurrir al objeto y fin de esta rama del Derecho que identificamos líneas arriba: regular la actuación de los servidores públicos en el ejercicio de su encargo (y la de los particulares vinculados a ella) para garantizar el buen funcionamiento de la organización estatal. El punto de partida para dicha identificación está en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que en su artículo 109 fracción III párrafo primero, que señala en su primera parte: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”. Estos principios no son otra cosa que bienes jurídicos necesitados y merecedores de protección disciplinaria. Por ende, la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad y la eficiencia serán los objetos jurídicos que deben proteger los tipos disciplinarios. Una norma de esta naturaleza que proteja diferentes bienes jurídicos será incompatible con la constitución, aún cuando pretenda proteger un bien jurídico de mayor valor. De igual manera, la legitimación de la tipificación disciplinaria se encontrará en la medida de que un comportamiento afecte, es decir, lesione dichos bienes jurídicos.

Consecuencia de este principio es el carácter fragmentario, por virtud del cual no toda afectación a un bien jurídico interesa al Derecho penal, sino solo aquellas que provengan de comportamientos que revelen mayor peligrosidad social. Por ello, un mismo bien jurídico puede ser protegido por diferentes ramas jurídicas. Lo que determinará la materia de cada una de ellas será la gravedad del ataque. Es esta característica lo que permite delimitar cada una de las materias jurídicas sancionadoras. En el caso de la materia disciplinaria, Roxin lo expone de la siguiente manera: “realmente la delimitación partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece el principio de subsidiariedad: La cuestión depende de si una falta cometida dentro de una organización o de una profesión afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar con ella con una pena criminal, o si se puede resolver con los medios más benignos de la disciplina interna”²³. De la anterior cita se desprende el impacto que tiene en el ámbito disciplinario otro de los principios penales limitadores de la potestad punitiva y que también se desprende del dogma del bien jurídico: el de la ultima ratio del derecho penal, también conocido como intervención mínima o carácter subsidiario.

El tratamiento tradicional que la dogmática penal ha dado a este principio ha sido en sentido de considerar que la respuesta penal como el último recurso para resolver los conflictos sociales. En virtud de que representa violencia institucional, su uso debe ser minimizado a tal grado que solo debe utilizarse cuando otras ramas del orden jurídico no son eficientes ni menos

22 ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO, “El bien jurídico. Discusiones actuales con especial referencia en México”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, No. 18–19 (2020–2021), Universidad de Sevilla, pp. 171–194.

23 ROXIN (*supra* nota 13), p. 44.

lesivas para resolver dichos conflictos. Por ende, dicho principio ha sido una directriz de política criminal que ha permitido la descriminalización de comportamientos y ha impedido que se criminalicen nuevos. En efecto, la tipificación de conductas que no afecten bienes jurídicos necesitados y merecedores de protección penal no es legítima, y por ello el legislador ha suprimido de los códigos penales, tipos como el de vagancia, malvivencia o adulterio. De igual forma, tribunales jurisdiccionales se han pronunciado por la inconstitucionalidad de figuras típicas contenidas en los ordenamientos penales que no protegen bienes jurídico penales²⁴.

Este también tiene una función en el ámbito disciplinario, pues permite determinar cuáles son los comportamientos que deben ser objeto de su regulación y cuáles de otros ordenamientos sancionadores, definiendo con toda precisión la materia que constituye su objeto, para distinguirlo de las restantes ramas punitivas.

3.4. Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente vinculado con el principio del bien jurídico. El artículo 22 de la CPEUM establece en la última parte de su primer párrafo que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Llevado al ámbito disciplinario, la sanción disciplinaria debe ser proporcional a la falta cometida y al bien jurídico afectado. Por ello, debe haber una coherencia interna entre las distancias sanciones disciplinarias, de tal suerte que no exista desproporción entre ellas en relación con los distintos comportamientos que sancionan; y una coherencia externa, y que consiste en no ser más lesivas que las contenidas en el ordenamiento penal. Luego, el mandato de proporcionalidad, dirigido tanto al legislador como al juzgador, evita la imposición de sanciones excesivas.

No puede pasar desapercibido que en diversos criterios jurisprudenciales la SCJN ha acudido al *test de proporcionalidad* para determinar la constitucionalidad de quantum de determinadas sanciones penales. En otros espacios²⁵ me he mostrado crítico ante esta postura, que ha llevado a estimar que penas excesivamente altas se encuentran justificadas constitucionalmente, pues en primer lugar ese test no encuentra fundamento constitucional y, en segundo lugar, el parámetro para la determinación de la constitucionalidad está expresamente vinculado al delito y al bien jurídico lesionado, en los términos del artículo 22 al que hemos hecho referencia.

3.5. Ne bis in idem

El principio *ne bis in idem* o *non bis in idem* tiene dos vertientes: una procesal y otra sustantiva o material. En cuanto la primera, se desprende de la redacción expresa del mismo, que prohíbe el enjuiciamiento penal de una persona en más de una ocasión por el mismo hecho. El artículo 23 de la CPEUM que en la parte conducente señala que “nadie puede ser juzgado dos veces

24 Así por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las ejecutorias de los amparos en revisión 644/2023 y 678/2023, ambos resueltos el 14 de febrero de 2024, determinó la inconstitucionalidad del tipo penal de *transportación ilegal de pasajeros o de carga* contenido en el artículo 250 Ter del Código penal para el Estado de Baja California, el que sanciona con prisión de seis meses a dos años de prisión a quien “sin contar con la concesión, permiso o autorización expedida por el Instituto para tales efectos, preste servicio público o privado de transporte de pasajeros o de carga en el Estado de Baja California”. La Primera Sala del alto tribunal estimó que dicha regulación típica resultaba incompatible con la constitución al no respetar el principio de lesividad e intervención mínima, pues no protegía un bien jurídico de importancia social, pudiendo el legislador acudir a otros medios menos lesivos para garantizar el servicio lícito de transportes.

25 ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO, *El Derecho penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 95–98.

por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado a esta disposición constitucional un contenido sustantivo por virtud del cual se impide sancionar en más de una ocasión por un mismo comportamiento, en la misma rama del derecho.

La falta de delimitación entre los comportamientos que interesan al derecho penal y los que interesan al derecho disciplinario puede llevar a una violación de este principio, pues un mismo comportamiento podría ser sancionado penal y disciplinariamente, lo que no puede encontrar una justificación constitucional atendiendo a la naturaleza de cada una de las ramas del ordenamiento jurídico. El segundo párrafo del artículo 109 constitucional lo contempla, en la parte que interesa, de la siguiente manera: “No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza”. Con esto, se abre el debate entorno a si es posible que un mismo comportamiento sea sancionado por distintas ramas cuando las consecuencias jurídicas sean de diversa naturaleza. Nosotros consideramos que no, pues atendiendo al necesario deslinde entre las distintas ramas punitivas, un mismo comportamiento no debe ser previsto por más de una de ellas.

4. Conclusión.

En este punto parecen quedar claras las dos tesis centrales sobre las que versó la presente contribución.

En primer lugar, en una tesis de carácter normativo, se aprecia la deriva poco garantista en que se haya inmerso el derecho administrativo sancionador, tanto el contravencional como el disciplinario. En efecto, la inflación legislativa, los defectos en el empleo del lenguaje normativo empleado para delimitar las conductas sancionables y, sobre todo, el constante incremento de las sanciones aplicables en el ámbito del derecho disciplinario, en constante pugna con el principio *non bis in idem*, acredita con más frecuencia de la tolerable existe una expansión creciente sobre el campo de las sanciones administrativas y disciplinarias respecto de áreas donde debe imperar el respeto a otras tantas garantías limitadoras del poder coactivo del Estado. En este sentido, más que nunca es precisa la vuelta hacia una reserva de código, no solo en el sector del derecho penal, sino también en aquellos sectores que, como la disciplina abordada en esta contribución, participan también —*mutatis mutandis*— de los mismos principios limitadores del derecho del estado a castigar en sus múltiples vertientes de actualización. Desde luego, la constatación anterior asume un doble aspecto: por un lado, constata una circunstancia de hecho y, por el otro, postula un cierto derrotero por el que debería discurrir el futuro de la dogmática disciplinaria; no obstante, parece que esta dualidad es una condición impuesta por la propia naturaleza de la ciencia jurídica del constitucionalismo, en virtud de que los preceptos constitucionales irradian una dimensión objetiva sobre el ordenamiento que se impone a los juristas teóricos y prácticos. Por ello, no puede abandonarse un cierto punto de vista “normativo” sobre la temática abordada.

Tanto el derecho contravencional como el disciplinario, son también una muestra de la faceta coactiva, del brazo fuerte, del poder público y, como tal, ni la dogmática disciplinaria ni la jurisprudencia, debe tolerar los exabruptos de una deriva populista en que suele incurrir el legislador al momento de incrementar las sanciones o reducir las garantías previas a los actos sancionatorios conminados por esta rama del derecho. En especial, la doctrina administrativista debe ser solícita al momento de exponer las lagunas y antinomias que aquejan al derecho disciplinario, las primeras cuando el legislador ha sido deficiente al momento de tutelar

en forma adecuada los bienes administrativos —relacionados sobre todo con las instituciones administrativas de garantía en beneficio del adecuado desempeño del servicio público— y las segundas, cuando ese mismo legislador incumple con los deberes positivos y negativos impuestos por una regulación taxativamente apegada al respeto de los derechos constitucionales.

Por cierto, la constatación anterior nos lleva a una segunda tesis, esta vez de tipo conceptual. Dicha tesis se basa en el reconocimiento de que la potestad del Estado para sancionar las faltas administrativas descansa, en última instancia, en el respeto de una serie de garantías procesales y sustantivas que racionalizan y acotan el ejercicio de la potestad coactiva, en forma semejante —o *mutatis mutandis*— a la manera en que los derechos fundamentales delimitan el derecho penal sustantivo. Ello habla de una vinculación teleológica entre ambos dominios de regulación. Ello es de ese modo porque el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas. Por lo tanto, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador (contravencional y disciplinario) resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer sanciones ante la comisión de ilícitos.

Así las cosas, es preciso reconocer —se insiste, como tesis conceptual— que la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador se halla sujeta a la misma teleología de los principios que limitan al derecho penal sustantivo, aun cuando la traslación de estos no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. En suma, frente a la situación donde se plantea al operador que una norma de derecho administrativo viola un derecho fundamental, deberá determinarse si las normas implicadas en el caso regulan efectivamente un procedimiento administrativo sancionador o un procedimiento donde se pueda obtener evidencia que después pueda ser utilizada en un procedimiento administrativo sancionador; luego, habrá de precisarse cuál es el contenido del derecho o garantía penal cuya violación se esté aduciendo. En tercer lugar, el operador deberá determinar si el derecho en cuestión es compatible con el derecho administrativo sancionador y modular el contenido que el derecho fundamental invocado tiene en sede penal para poder trasladarlo al procedimiento administrativo sancionador; y, finalmente, contrastar la disposición impugnada con el contenido que se determinó para el derecho en sede administrativa.

Es claro que el modelo descrito en la última parte exige mucho más a los operadores del sistema, al tiempo que eleva los costes de legitimación del sistema sancionador instrumentado en esa sede; sin embargo, en el marco constitucional exigir menos sería también exigir demasiado poco.

Bibliografía

- ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO Y PADILLA, LIZBETH XÓCHITL, *El bien jurídico en el derecho administrativo disciplinario. Una conversación*, México, Tirant lo Blanch.
- ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO, "El bien jurídico. Discusiones actuales con especial referencia en México", en *Crónica Jurídica Hispalense*, No. 18–19 (2020–2021), Universidad de Sevilla.
- ASTRAIN, LEANDRO EDUARDO, *El Derecho penal del Enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- BECCI, PAOLO, *El principio de dignidad humana*, México, Fontamara, 2012.
- CEREZO, JOSÉ, "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. 28, n. 2 (1975).
- FERRAJOLI, LUIGI, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009.
- FIERRO, ANA ELENA, *Responsabilidad de los servidores públicos. Del castigo a la confianza*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- GARCÍA, EDUARDO, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2023.
- GÓNGORA, GENERO DAVID, "El reconocimiento del Derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana", en FERRER, EDUARDO Y ZALDÍVAR, ARTURO (COORDS.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo XII, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional, Marcial Pons, 2008.
- GUERRERO, LUIS FELIPE, "Regulación de responsabilidades en el sistema anticorrupción mexicano: entre la impunidad, la inseguridad jurídica y la violación a derechos", en *Paradigmas de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*, México, Grañén Porrúa, 2018.
- JULIANO, MARIO ALBERTO, *Derecho contravenacional patagónico*, Córdoba, Ediciones del Copista, 2011.
- MERKL, ADOLF, *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Ediciones Coyoacán, 2014.
- PADILLA SANABRIA, LIZBETH XÓCHITL, *La metodología geométrica para la operatividad dogmática y procesal del Derecho punitivo: especial referencia al Derecho disciplinario*, México, 2022.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2007.

Susana Martínez Nava

11. Política criminal y derechos humanos, el binomio propio de un Estado constitucional.

Resumen: El presente trabajo aborda una síntesis de dos reformas constitucionales de gran calado para el Estado mexicano, la de 2008 en materia de seguridad y justicia y la de 2011 sobre derechos humanos, de las cuales se infiere el papel importante que se le debe atribuir a la política criminal, la cual ha tenido una configuración doctrinal fuertemente influida por Roxin, misma que se considera que debe ampliarse para ser más integral, especialmente con enfoque derechos humanos para impulsar la consolidación de un Estado constitucional.

Palabras clave: política criminal, derechos humanos, Estado constitucional.

Abstract: This paper it's about a synthesis of two constitutional reforms of great significance for the Mexican State, that of 2008 in matters of security and justice and that of 2011 on human rights, from which the important role that should be attributed to the criminal policy, which has had a doctrinal configuration strongly influenced by Roxin, which is considered to be expanded to be more comprehensive, especially with a human rights focus to promote the consolidation of a constitutional State.

Keywords: criminal policy, human rights, constitutional State.

I. Introducción.

Los derechos humanos se han convertido en el gran paradigma para el establecimiento de un nuevo sistema jurídico en México, desde la entrada en vigor de la reforma constitucional del año 2011, numerosas leyes han sufrido modificaciones para ser acordes con el parámetro de regularidad constitucional, el cual, sin duda, tiene como fundamento la dignidad humana, por lo que la persona se pone en el centro de las decisiones estatales, de ahí surgen diversas obligaciones para las autoridades, en sus respectivos ámbitos competenciales, lo que implica que el engraje estatal debiera ser cada vez más, una máquina coordinada para hacer efectivos los derechos de las personas en cada una de las esferas que le corresponde a las funciones del Estado.

Una de esas funciones es la de establecer una política criminal que tenga como fundamento y fin la vigencia de los derechos humanos, toda la política estatal, no solamente la de esta clase, debe tener como objetivo garantizarlos, sin embargo, en el caso de la política crimi-

nal, resulta de gran trascendencia que esta se pueda diseñar, implementar y evaluar considerando en todo momento su alineación a ellos, no solamente para brindar a la sociedad una mejor formar de protección y garantía de sus bienes jurídicos, sino que también permite a las personas imputadas contar con una mayor protección frente al poder punitivo.

Por supuesto, me refiero a una concepción de política criminal distinta a la que ha imperado debido a la influencia del pensamiento de Roxin, toda vez que esta última se ha limitado a establecer cuáles deben ser los bienes jurídicos objeto de protección penal y cuáles deben quedar fuera de dicha protección, lo que puede reducir considerablemente la función que se le debe atribuir a la política criminal.

Esa disociación, en parte, es la responsable que no en pocas ocasiones se suela plantear la falsa dicotomía entre derechos humanos y seguridad o combate efectivo a la criminalidad, este frecuentemente es un discurso político en el que subyace la ineficacia de las instituciones para prevenir, perseguir y castigar las conductas definidas por el legislador como delitos, sin embargo, la definición de tales conductas ha ocupado el campo de la política criminal, una que quizá ni los propios legisladores han sido sabido respetar.

Pese a lo anterior y ante una creciente racionalidad que ha permeado el discurso jurídico, la falacia planteada se derrumba, especialmente si se tiene en cuenta que es justamente en el campo fértil de la vigencia de los derechos humanos, en donde mejor se puede garantizar que la violencia y la delincuencia cedan ante una cultura de paz y de legalidad.

En este trabajo me referiré a la política criminal desde una perspectiva mucho más integradora, aquella que pretende considerarla como una política pública más, a la cual se le debe atribuir la necesaria impregnación de los derechos humanos, como punto de partida y de llegada, es decir, considerando que en su diseño no solamente se deben tomar decisiones respecto a qué bienes se protegen mediante la legislación penal y los límites de la misma, sino cómo los que quedan fuera de ese sistema será protegidos mediante otros sistemas, aunado a ello, estableciendo una gestión meta penal del delito, del conflicto y de la violencia, con la intención de diseñar un sistema coherente, efectivo y que garantice ex ante derechos humanos.

La metodología que se seguirá para esta propuesta será la de revisar las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia, así como de derechos humanos, para fundamentar por qué una política criminal debe incluir un enfoque mucho más abarcador e integral, tomando como referentes parámetros internacionales que indican el modo y grado en el que las políticas públicas deben contar con enfoque de derechos humano.

En un segundo momento, se retomarán las críticas formuladas por Díez Ripollés al contenido que Roxin le atribuye a la política criminal, resaltando la influencia que este autor ha tenido en las concepciones de la misma, de ahí se determinará si este enfoque está presente en la política pública mexicana, lo que nos llevará a reconocer que esto provoca un efecto muy perjudicial en la que se concibe de manera desarticulada y poco atenta a la dimensión no penal que forma parte del problema penal, por último se pretende explicar por qué el ámbito no penal, también debe ser considerado en una política criminal propia de un Estado Constitucional.

II. *Los derechos humanos en México y el sistema de justicia penal.*

El 10 de junio de 2011 tuvo lugar una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos, anteriormente el texto de la Carta Magna hacía referencia a garantías individuales y

no a derechos humanos, al mismo tiempo establecía que estas eran otorgadas por el Estado y con la reforma, los derechos no se otorgan, sino que se reconocen; por otra parte, se establecieron las obligaciones y deberes de todas las autoridades de respetar, proteger, garantizar, promover derechos humanos, sin embargo, ante las violaciones de estos, surgen los deberes de investigar, sancionar, reparar y prevenir (para evitar la repetición de la violación a derechos humanos)¹.

Esto vino a impulsar de manera más profunda una verdadera adopción de los derechos humanos, que ha sido vista por diversos autores como una transformación del Estado mexicano:

“La reforma al artículo 1º constitucional, del año 2011, introduce un nuevo paradigma a todo el Estado constitucional y, por extensión, al Estado de derecho. La reforma supera la tesis del otorgamiento de derechos y garantías al virar a una nueva visión filosófica y política en la cual se “reconocen” los derechos del hombre, tanto los reconocidos en nuestro derecho positivo, así como en los tratados internacionales, estableciendo así la obligación para todas las autoridades (ejecutivo, legislativo y judicial) y de todos los niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) de respetar dichos derechos y preferir el texto de la Constitución sobre cualquier otro ordenamiento o acto de autoridad”².

Como antecedente de esta reforma se puede señalar el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México que, formuló una serie de recomendaciones ante el grave y sistemático contexto de violaciones a derechos humanos:

“1. Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los tratados internacionales pendientes en materia de derechos humanos.

2. Promulgar leyes generales reglamentarias de todos los derechos humanos que están constitucionalmente reconocidos y que garanticen su protección con el mismo estándar para todos los habitantes de este país frente a los gobiernos federal y locales. En el caso de materias de competencia local—por ejemplo violencia sistémica de género, derechos de familia y justicia cívica—, promover la adopción de normas modelo que se ajusten a los estándares más favorables para la protección de la persona.

[...]

SISTEMA DE JUSTICIA

11. Promover una profunda transformación en el sistema de justicia, que garantice el Estado de derecho en todos los órdenes, que comprenda el reconocimiento del derecho de las víctimas; el abandono del modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio; la creación de una jurisdicción especializada para adolescentes en conflicto con la ley; la incorporación de una justicia penitenciaria y el acotamiento de la justicia militar a su ámbito propio; así como la ampliación del alcance protector del juicio de amparo.

1 Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, México, 2024, artículo 1º.

2 RABELL GARCÍA, ENRIQUE (2014), *Neoconstitucionalismo en Querétaro*, México, Universidad Autónoma de Querétaro. Cuerpo Académico de la Facultad de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, p. 9.

Asimismo, que unifique en el poder Judicial de la Federación los órganos jurisdiccionales que están en el ámbito del poder Ejecutivo, incluyendo los tribunales laborales, administrativos, agrarios y militares.

12. Fortalecer los mecanismos actuales de investigación de los crímenes del pasado y garantizar el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos del pasado y la reparación integral del daño.

SEGURIDAD PÚBLICA

13. Mantener separadas las funciones de las policías preventivas y las que realizan tareas de investigación de delitos, y excluir la procuración de justicia del Sistema Nacional de Seguridad Pública; reordenar este sistema de manera que la Policía Federal Preventiva apoye la profesionalización de las policías locales, sin reemplazarlas. Asimismo, promover la sustitución progresiva y verificable de las Fuerzas Armadas en funciones de seguridad pública³.

Algunas de estas recomendaciones se acogieron en la reforma constitucional de junio de 2008, con la denominada reforma en materia de seguridad y justicia que acarrió la implementación del sistema acusatorio adversarial, la cual también fue un antecedente importante del tránsito del Estado Legislativo, al Estado Constitucional de Derecho en México. Tanto este cambio constitucional como el de 2011, deben ser considerados en conjunto para entender por qué la política criminal debe atender a un enfoque de derechos humanos, lo que también entraña una orientación orientada a la prevención del delito y no únicamente a la reacción, la cual, no garantiza una protección adecuada de los derechos humanos más básicos: como la vida, la libertad, la integridad, toda vez que, una vez lesionados estos bienes jurídicos, es imposible una restitución, en algunas ocasiones podrán repararse, pero jamás devolverse al estado al que se encontraban antes de su lesión.

A esto, es necesario añadir que una vez cometido un delito, este rara vez es castigado en México, la estadística muestra cómo hay una baja confianza en las autoridades encargadas de procurar justicia, toda vez que en 2022 se denunció e inició carpeta de investigación en 7.6% del total de delitos, en 92.4% de los delitos no hubo denuncia o no se inició carpeta de investigación, aunado a esto, del total de carpetas de investigación iniciadas por el Ministerio Público o Fiscalía estatal, en 46.1% de los casos no pasó nada o no se continuó con la investigación, 31.4% está en trámite⁴.

Es importante reconocer la poca eficiencia de las autoridades para dar respuesta al porcentaje de hechos que sí se denuncian, la organización México Evalúa presenta un informe denominado Hallazgos 2022 en el que señala en qué porcentaje se obtiene respuesta efectiva de la autoridad:

“De los procedimientos derivados de las dos millones 65 mil carpetas de investigación abiertas en 2022, 52.3% permanecieron abiertas y 43% fueron terminadas por el Ministerio Público mediante alguna de las figuras establecidas en el CNPP –archivo temporal, abstención de investigación, no ejercicio de la

3 Naciones Unidas (2003), Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, Oficina del Alto Comisionado, Washington, pp. 7 y 8. Disponible en <[HTTP://WWW.HCHR.ORG.MX/IMAGES/DOC_PUB/8DIAGNOSTICOCompleto.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/8DIAGNOSTICOCompleto.pdf)> Consultado el 10 de enero de 2024 (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

4 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2023), Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. Disponible en <[HTTPS://WWW.INEGI.ORG.MX/PROGRAMAS/ENVIPE/2023/](https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2023/)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

acción penal, aplicación de un criterio de oportunidad, entre otras—. Sólo 4.3%, 96,579 casos, avanzaron a la etapa de vinculación a proceso. En efecto, los casos que avanzan lo hacen a cuentagotas, hecho que exhibe a nuestras instituciones encargadas de la investigación y persecución penal de los delitos”⁵.

Aunado a la saturación de asuntos en los órganos encargados de su investigación, también concurre con este nuevo enfoque de la justicia como parte del compromiso del Estado mexicano al suscribir las 100 Reglas de Brasilia, de ampliar el derecho de acceso a la justicia incorporando la justicia restaurativa y los mecanismos alternos de solución de controversias, como opciones adicionales a las formas tradicionales de resolución de conflictos bajo la decisión de un tercero.

La importante reforma en materia de justicia penal significó el primer parteaguas para desencadenar otros cambios constitucionales y legales significativos, que tuvieron lugar posteriormente, pero que a la vez requirieron modificaciones en la operatividad de todos los órganos involucrados en el sistema: policías, investigadores, fiscales, defensores, jueces, unidades de apoyo administrativo, centros de reclusión, entre otros. Una de las transformaciones más necesarias es la de canalizar los conflictos a través de salidas alternas, tales como la mediación, la conciliación, la justicia restaurativa, así como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, esto debido a que la oralidad es un sistema sostenible en la medida en la que mayor parte de las causas se canalicen mediante salidas anticipadas o salidas alternativas.

Uno de los objetivos de este sistema es de naturaleza económica y funcional, toda vez que la operatividad del sistema depende de una adecuada gestión de los conflictos, mientras que otra finalidad será la de brindar una adecuada protección tanto a los derechos de las víctimas, como de los imputados.

Esta nueva visión en la impartición de justicia demanda una concepción distinta del delito, se requiere responder a él de forma menos agresiva para la obtención de un resultado restaurativo⁶. Se reestructura la concepción del delito, este ya no es entendido como un acto que vulnera al Estado sino como una afectación a la víctima, su familia y a la sociedad al verse trastocada la seguridad y su estructura. Lo que la justicia restaurativa persigue es que los involucrados en una controversia encuentren a través del diálogo la solución que más se adapte a sus necesidades y que les presente una forma de restablecer su situación al momento previo de la violación sufrida.

El nuevo modelo cimienta su funcionamiento en reparar efectivamente el daño, apelando a la reparación emocional de la víctima mediante el perdón al ofensor, en caso de ser procedente, así como el apoyo de la sociedad, la resignificación del hecho para que la víctima encuentre formas de gestionarlo y restablecer la convivencia para el resarcimiento de las relaciones dañadas por el delito. Fundamentalmente, este cambio de paradigma prioriza el reconocimiento de nuevas formas de atención al conflicto más pacíficas que no se basen en el castigo o la venganza dejando de considerar al Estado y sus instituciones como los únicos facultados para la procuración y administración de justicia.

Cada uno de los aspectos de las reformas constitucionales son destacables, pero para efectos de este trabajo, nos centraremos en lo concerniente a las obligaciones y deberes del Estado en materia de procuración e impartición de justicia, toda vez que esto no deja lugar a dudas sobre

5 México Evalúa, *Hallazgos 2022. 10 años. Seguimiento y evaluación de la justicia penal en México*. USAID

6 RODRÍGUEZ ZAMORA, MARÍA GUADALUPE, La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad, en *Tla-melaua*, vol.9, no. 39, 2016, Puebla, México.

cómo los derechos humanos representan el eje rector de la actuación de las autoridades en este país, también parecen generar obligaciones para los particulares, esto es cada vez más aceptado bajo la denominada doctrina de la eficacia horizontal de los derechos humanos⁷, pero esta discusión quedará reservada para otro trabajo, por el momento nos avocaremos a las obligaciones estatales en lo concerniente al sistema penal.

En esta tesitura, Laporta considera que los derechos humanos son derechos-núcleo, los cuales presentan el rasgo de universalidad, para lo cual el autor afirma que dicha universalidad se refiere al ámbito ético, y por tal razón cree que es más conveniente llamarles derechos morales. Estos derechos fundamentarían los siguientes tipos de obligaciones:

- a) Generales negativas. Todos estamos obligados de abstenernos de lesionar los bienes constitutivos del derecho humano en cuestión.
- b) Especiales negativas. Los miembros de las instituciones políticas y jurídicas deben abstenerse de realizar ciertas conductas.
- c) Especiales positivas. Los miembros de tales instituciones deben llevar a cabo acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos⁸.

Las obligaciones especiales positivas se traducen en el deber de proteger y garantizar los bienes jurídicos, para que los derechos humanos sean una realidad, las autoridades no pueden limitarse a abstenerse de interferir con que los gobernados ejerzan sus libertades, sino que deben propiciar condiciones para la igualdad, la seguridad, la paz social, esto representa el esfuerzo conjunto de todo el aparato estatal, no de algunos niveles de gobierno y de algunos poderes, requiere de un enfoque integral, a las características de las políticas públicas con enfoque de derechos humanos, se ha referido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009.

En tal documento, la CIDH expresa que una política pública es un instrumento de planificación para racionalizar los recursos disponibles y que se caracterizan por ser integrales, intersectoriales, participativas, universales e intergubernamentales; aunado a esto, deben ser sustentables, esto significa que *cualquier clase de política pública sobre seguridad ciudadana requiere, para ser verdaderamente eficaz, sostenerse en fuertes consensos políticos y amplios acuerdos sociales*⁹.

Actualmente la CIDH ha desarrollado una conceptualización en correspondencia con los deberes de los Estados de la Organización de Estados Americanos (OEA) para promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos:

“Una política pública con enfoque de derechos humanos es el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa —a partir de un proceso de inclusión, deliberación

7 ANZURES GURRÍA, J. J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 1(22). Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.22201/II.24484881E.2010.22.5904](https://doi.org/10.22201/ii.24484881E.2010.22.5904)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

8 LAPORTA, FRANCISCO J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 4, Alicante Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1984. Disponible en <[HTTP://WWW.CERVANTESVIRTUAL.COM/ND/ARK:/59851/BMC83440](http://www.cervantesvirtual.com/ND/ARK:/59851/BMC83440)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, p. IX. Disponible en <[HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/PDF%20FILES/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.PDF](https://www.cidh.oas.org/PDF%20FILES/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

y participación social efectiva— con el objetivo de proteger, colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e interseccionalidad¹⁰.

En síntesis, se puede decir que son dos reformas constitucionales las que fundamentan la exigencia de desarrollar una política criminal con enfoque de derechos humanos que tenga como origen y como fin la realización de los mismos, no basta con que se diga que se incorpora el enfoque sin el resultado, medible y necesariamente modificable en caso de no lograr el cometido, la razón de esta exigencia es la obligación del Estado de garantizar, entendida esta palabra en el sentido más profundo, es decir, asegurar que los derechos de todas las personas serán la tarea principal del Estado.

Hasta ahora el Estado mexicano ha preferido desarrollar una política criminal disímbola a la política de seguridad propuesta por la CIDH, una que más bien responde a una determinada concepción de la seguridad que justifica la construcción de enemigos y de estados de excepción que justifican la constabularización, esto permite justificar las prácticas punitivas más extrema e ineficaces.

III. *Política criminal en un Estado Constitucional.*

En este apartado, se retoman ideas propuestas por el autor Díez Ripollés al formular diversas críticas a la concepción de Claus Roxin sobre la política criminal y cómo es que este pensamiento ha tenido un fuerte impacto a la hora de configurar de manera estrecha lo que es dicha política frente a lo que debiera ser, las críticas formuladas, van especialmente en el sentido de que si bien, Roxin se encarga de señalar algunos de los límites a los cuales debe estar sujeto el legislador cuando formula la criminalización, no establece el contenido de la misma desde una perspectiva que integre esos derechos, como forma de asegurarlos, por lo que en este trabajo se sostiene que la política criminal sí tiene esa capacidad, pero nunca de manera aislada, como se presente de acuerdo a estas críticas hechas por Díez Ripollés, a las características y funciones que le atribuya Roxin.

La idea de política criminal, tal como lo afirma Díez Ripollés, se ha visto fuertemente influida por el pensamiento de Claus Roxin, al considerar *“que atribuye a su sistema el carácter de político-criminal porque es capaz de introducir en la sistemática del delito una gran variedad de contenidos valorativos, tanto aquellos que intentan salvaguardar su utilidad preventiva como los que sientan los principios limitadores del ius puniendi”*¹¹

De ahí que se pueda afirmar por parte de este autor, que para Roxin cualesquiera contenidos valorativos insertos en el sistema de responsabilidad penal, o en el derecho penal en su conjunto, merecen el calificativo de político-criminales; así que no deba extrañar que afirme que su dogmática político-criminalmente integrada no se limita a interpretar sistemáticamente

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018), *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, pp. 45 y 46. Disponible en <[HTTP://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/INFORMES/PDFS/POLITICASPUBLICASDDHH.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/politicaspUBLICASDDHH.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

11 DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm., 23-02, pp. 1-32. Disponible en <<http://criminet.ugres/recpc/23/recpc23-02.pdf>> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

el derecho vigente, sino que pretende decir cómo debe ser el derecho penal, lo cual, considero, es propio de la filosofía del derecho, misma que ha desarrollado diversos métodos para poder ofrecer una respuesta de tal envergadura.

Continúa Díez Ripollés señalando que “(d)ado el cometido del derecho penal de asegurar una convivencia libre y pacífica de sus ciudadanos con respeto de sus derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de un estado de derecho, concibe al bien jurídico como el instrumento que asegura, a la hora de fijar los comportamientos sobre los que incidirá el *ius puniendi*, que se aceptarán solo las intervenciones estrictamente legítimas”¹².

Esto lleva a atribuir al bien jurídico una función autorreferencial, pues cuando Roxin afirma la existencia y determinación de directrices, principios, orientaciones o programas surgidos del contenido constitucional, estos tienen como marco de referencia los límites que imponen los derechos fundamentales, pero no la realización de estos mediante la política criminal en coordinación de otras políticas públicas que no le deberían ser ajenas:

“Esta concepción de la lucha contra el delito y la delincuencia se sirve exclusivamente de los instrumentos que le puede suministrar el derecho penal. Sin duda, es consciente de que hay otros sectores de intervención social que no pasan por actuaciones jurídico-penales. Pero eso no es objeto de su atención (...), yo diría que ni siquiera ha esbozado, una estrategia comprensiva de lucha contra la delincuencia que haga uso de todas las posibilidades que ofrece un estado social y democrático de derecho propio del estado de bienestar”¹³.

Por otra parte, el análisis de Díez Ripollés se extiende a la teoría del bien jurídico de Claus Roxin, en la cual sustenta su argumentación sobre los objetos de protección previamente identificados y positivizados por el legislador.

“En primer lugar, su teoría material del bien jurídico no pretende propiamente identificar los objetos dignos de protección penal, sino trazar los límites de esa protección. Por eso, en segundo lugar, su teoría material del bien jurídico tiene como punto de referencia fundamental los tipos delictivos ya existentes, a los que somete a un análisis crítico, muy acertado por lo demás, desde un conjunto de criterios que pretenden, sustancialmente, oponer a las necesidades de intervención penal la obligada protección de las libertades individuales. Salvo alguna excepción toda su argumentación crítica asentada en el concepto material de bien jurídico busca con especial ahínco apoyarse en el derecho positivo, desde luego en la constitución, pero también en un concepto material de delito obtenido a partir del derecho penal vigente”¹⁴.

La fuente del bien jurídico es en todo caso la propia norma, aun cuando lo sea la Constitución, esto no es algo que satisfaga plenamente la argumentación fundante acerca de los límites de la facultad punitiva y el contenido de la política criminal, pues en todo caso, es la persona y su dignidad la que resultan fuente de tal determinación.

12 DÍEZ RIPOLLÉS (*supra* nota 11).

13 DÍEZ RIPOLLÉS (*supra* nota 11).

14 DÍEZ RIPOLLÉS (*supra* nota 11), p. 16.

“Ese modo de operar dogmático hace que la política criminal se convierta en gran medida en una mera disciplina auxiliar de la dogmática. Su principal tarea consiste en ser el receptáculo que acoge los contenidos valorativos que la dogmática precisa para la interpretación del sistema de responsabilidad penal, y del derecho penal en general. Pero esos elementos constitutivos de la política criminal no tienen un origen extradogmático, sino que se han generado dentro de la actividad dogmática interpretadora de la ley, en el curso de la aplicación del derecho”¹⁵.

Por otra parte, no escapa al análisis de Díez Ripollés¹⁶ que Roxin afirma tres funciones atribuidas al intérprete (entiéndase el dogmático penalista) de la legislación penal:

1. Una función para reelaborar la ley penal. El intérprete perfecciona el derecho vigente y lo termina reelaborando al reflexionar sobre los elementos que conforman la ley y que, al aplicarla a casos concretos, debido a la abstracción y vaguedad de la norma deberá adoptar decisiones basadas en criterios legales de cuyas implicaciones el legislador no ha sido consciente al aprobar la ley.
2. Una función meta legal. El intérprete puede ir más allá de lo plasmado por el legislador en la ley, para lograr interpretaciones conformes con la constitución o con la naturaleza expansiva de la teoría de los derechos fundamentales, como para coincidir con el consenso.
3. Una función para ser garante de la norma penal. El intérprete del derecho penal vigente se constituye en garante de que la norma penal no sea un mero reflejo de un poder arbitrario.

Lo anterior lleva a reflexionar sobre lo riesgoso que puede resultar el otorgar estas funciones a los sujetos dedicados a hacer la dogmática penal, por al menos dos razones: la primera, la capacidad de los intérpretes de lograr una reelaboración de la ley penal cuando esta no es lo suficientemente adecuada, así como para ir más allá de ella cuando no sea conforme con la constitución (lo que además implica también una correcta interpretación constitucional y de derechos fundamentales) y la más ambiciosa, ser garante del derecho penal, lo que entraña saber o determinar lo que el derecho penal debe ser. La segunda razón, la variedad de enfoques políticos y filosóficos que impregnan el pensamiento de los penalistas, algunos de los cuales no necesariamente son acordes con los valores y principios de un Estado Constitucional.

Una de las últimas posturas críticas de Díez Ripollés al pensamiento de Roxin sobre la política criminal se refiere a la falta de vinculación de la misma al resto de las políticas públicas: “En lugar de ser entendida como una política pública más, en el mismo plano que la política económica, sanitaria, educativa..., en este caso la específicamente dedicada a la lucha contra la delincuencia, la política criminal no pasa de ser una disciplina, entre otras, del derecho penal”¹⁷.

En efecto este es uno de los principales reproches planteados en este trabajo, a la forma en la que hasta ahora se ha concebido la política criminal, la que al menos en México no ha encontrado regulación y se ha definido en algunos casos a nivel local, sin embargo, como política nacional, esta no encuentra asidero en documentos concretos, sino que más bien se ha materializado fácticamente, en la mayoría de los casos de forma desafortunada.

15 Díez RIPOLLÉS (*supra* nota 11), p. 18.

16 Se trata de una interpretación propia de las afirmaciones de Díez Ripollés.

17 Díez RIPOLLÉS (*supra* nota 11), p. 20.

La Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República (LOFGR), promulgada en 2018 contempló por primera vez la política criminal como una directriz para la actuación de este órgano, el cual debía de formular un Plan de Persecución Penal (PPP) para cumplir con sus funciones, sin embargo, la Ley de la Fiscalía General de la República (LFGR), publicada en 2021 borró el concepto de política criminal y se limitó a establecer la formulación de un Plan Estratégico de Procuración de Justicia, este documento nunca ha visto la luz, pues a ya tres años de expedición de la Ley actual, que contempla la obligación de expedirlo, no se cuenta con uno nacido de la actual normatividad, sino que bajo el imperio de la Ley Orgánica se formuló un PPP provisional, sin mayor fundamento de cómo es que se puede cumplir con una obligación de manera “provisional” se publicó en la página de la Fiscalía General de la República un documento de veintitrés páginas firmado por el Fiscal General, Alejandro Gertz Manero, que expresa el enorme desconocimiento en la formulación del PPP y con mayor razón, de una política criminal:

“El objeto de la política criminal se aboca a construir un sistema de seguridad y justicia que permita disminuir la criminalidad incluyendo soluciones en términos de prevención, investigación, persecución del delito y reinserción social. En particular, el Estado mexicano distribuyó tales potestades en diversas instituciones e instrumentos normativos que brindan pauta sobre sus prioridades.

Sin embargo, el marco jurídico mexicano adolece de una visión sistémica respecto a ambas materias.

La causa principal de esta situación deriva de que el marco legal es confuso y poco flexible, lo cual se observa claramente en la interrelación del conjunto de instituciones que componen el sector de seguridad y justicia. En la actualidad, no hay modelo que permita vincular las competencias, ámbito de actuación y objetivos para la operación de cada uno de los involucrados, lo que genera importantes problemas de coordinación y articulación entre policía preventiva, policía de investigación, agentes del ministerio público, peritos y jueces, lo cual repercute negativamente en la eficiencia del sistema y en la investigación y persecución de los delitos¹⁸.

El PPP no cuenta con un diagnóstico serio, ni con indicadores, acciones medibles y estratégicas con las cuales se pueda evaluar la buena o mala planeación conforme a la ley que le dio origen, pero no se sabe qué es peor, si la simulación del PPP provisional o la total ausencia del Plan Estratégico de Procuración de Justicia.

LOFGR (2018)

Artículo 6. Plan de Persecución Penal

La persona titular de la Fiscalía General de la República aprobará el Plan de Persecución Penal, considerando las prioridades nacionales establecidas en la política criminal para orientar las atribuciones institucionales, las prioridades en la investigación, persecución y ejercicio de la acción penal y las funciones

LFGR (2021)

Artículo 88.

La Fiscalía General deberá publicar cada tres años el Plan Estratégico de Procuración de Justicia. En dicho instrumento programático se determinarán las estrategias institucionales, objetivos, metas medibles a corto, mediano y largo plazo, así como las prioridades de investigación para la eficiencia y eficacia de la persecución penal, partiendo

18 Fiscalía General de la República, *Plan de Persecución Penal Provisional*, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.GOB.MX/CMS/UPLOADS/ATTACHMENT/FILE/537437/PPP_PROVISIONAL_VERSI_N_FINAL_FIRMADA_CON_ANEXO.PDF](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/537437/PPP_PROVISIONAL_VERSI_N_FINAL_FIRMADA_CON_ANEXO.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

LOFGR (2018)	LFGR (2021)
<p>que deben desempeñar las personas que prestan servicios en la institución; así como los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo, mismo que deberá ser aprobado por la mayoría de los miembros presentes del Senado de la República.</p>	<p>del análisis y determinación del capital humano y los recursos financieros disponibles para el adecuado desempeño de la función sustantiva; deberá estructurar las funciones y establecerá los principios que regirán a la Institución, a partir de una política criminal basada en el conocimiento profundo del fenómeno delictivo para focalizar sus esfuerzos y recursos en dar respuesta al conflicto penal, la adecuada atención a la víctima y mejorar el acceso a la justicia.</p>
<p>El Plan de Persecución Penal, contendrá una estrategia de atención y trámite en la que se deberá considerar:</p>	<p>En este sentido, para la construcción del Plan Estratégico de Procuración de Justicia se podrá considerar, la siguiente información:</p>
<ol style="list-style-type: none"> I. Los distintos análisis de la incidencia delictiva; II. Los diagnósticos situacionales; III. Las estadísticas de percepción de la violencia en la ciudadanía; IV. Los análisis de información elaborados por instancias especializadas; V. Los diagnósticos elaborados por organizaciones civiles; VI. Los informes sobre la situación de las víctimas del delito; VII. Los informes sobre violaciones a los derechos humanos; VIII. Los demás instrumentos que sean fuente certera de información relacionada con los fenómenos criminales. 	<ol style="list-style-type: none"> I. Los distintos análisis de la incidencia delictiva; II. Los diagnósticos situacionales; III. Los informes sobre la situación de las personas víctimas del delito; IV. Los informes sobre violaciones a los derechos humanos; V. Los diagnósticos que presente cualquier persona de ciudadanía mexicana que contenga la metodología y los datos en su elaboración; VI. Las estadísticas oficiales de percepción de la violencia de la ciudadanía; VII. La opinión que emita el Consejo ciudadano, así como las observaciones de las instituciones de procuración de justicia y de seguridad pública, previa solicitud hecha por la persona titular de la Fiscalía General; VIII. La información institucional respecto a los indicadores de desempeño, productos estadísticos y reportes de información relativa al fenómeno de la delincuencia nacional e internacional, que generen las distintas áreas de la Fiscalía General, y IX. Los demás instrumentos, reportes e informes que sean fuente certera de información relacionada.
<p>El diseño del Plan de Persecución Penal, previo a su aprobación, deberá garantizar la participación ciudadana, así como de otras entidades de seguridad, procuración e impartición de justicia, conforme a la metodología que apruebe el Fiscal General de la República.</p>	<p>La persona titular de la Fiscalía General presentará, al inicio de su gestión, ante el Senado de la República, el Plan Estratégico de Procuración de Justicia.</p>

LOFGR (2018)**LFGR (2021)**

El Senado de la República tendrá máximo sesenta días naturales para la emisión del dictamen respecto del Plan Estratégico de Procuración de Justicia, en caso de que esto no suceda en el plazo estipulado, se enlistará para su presentación y votación en el pleno en la primera sesión.

El Plan deberá ser presentado a la persona titular del Poder Ejecutivo Federal, para su conocimiento.

En el informe anual que presente la persona titular de la Fiscalía General, deberá contenerse un apartado respecto de las modificaciones que haya tenido y sus resultados.

De acuerdo a los artículos transitorios de la LFGR, el titular de la Fiscalía debía presentar el Plan Estratégico en mayo de 2022, al momento de escribir este trabajo, hay un incumplimiento de casi dos años sin que la autoridad encargada de velar por la procuración de justicia cuente con el instrumento programático que le permita coordinar y orientar el trabajo de la institución, la negligencia es todavía más grave si se tiene en cuenta lo señalado en el PPP provisional que él mismo suscribe al expresar la falta de una visión sistémica con el resto de políticas públicas en materia de seguridad, prevención, sistemas carcelarios, política social y económica.

Aunado a esto, la organización México Evalúa señala la drástica ineficacia de la Fiscalía General de la República:

“La FGR, bajo la conducción de Gertz, ha reducido la apertura de investigaciones en un 31.2%, al pasar de 112,917 investigaciones anuales al inicio de 2019 (con un promedio diario de 309) a 77,693 para 2021 (con un promedio diario de 212). Asimismo, ha optado por cancelar las investigaciones que tiene abiertas sin un análisis real de los delitos, lo que puede dejarlos impunes. Del 47.2% de investigaciones que recibieron una determinación de la FGR en 2021, 76% concluyeron con el no ejercicio de la acción penal, 12% mediante el archivo temporal y 7% por incompetencia. El porcentaje de acuerdos reparatorios alcanzados es ínfimo (0.8%), al igual que el de criterios de oportunidad otorgados (0.2%)”¹⁹.

Si se retoma el enfoque planteado en la primera parte de este trabajo, en relación a la reforma constitucional en materia de derechos humanos que estableció obligaciones para las autoridades en todos los niveles de gobierno de respetar, proteger, promover y garantizar estos, y se enlaza con los presupuestos de la reforma del 2008 en materia de seguridad y justicia, se puede concluir que ninguna reforma será suficiente si no se lleva a la implementación mediante política pública, primero, una que exija de las autoridades el cumplimiento de sus obligaciones y segundo, una que sea efectiva en la materialización.

19 México Evalúa, Hallazgos 2021. Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México, publicado en octubre de 2022 con datos correspondientes al ejercicio 2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEXICOVALUA.ORG/HALLAZGOS-2021-EVALUACION-DEL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-PENAL-EN-MEXICO/](https://www.mexicoevalua.org/hallazgos-2021-evaluacion-del-sistema-de-justicia-penal-en-mexico/)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

IV. Conclusiones.

En un Estado democrático, es indispensable que la política criminal se describa de manera clara en un documento que plasme las demandas sociales desde un enfoque de derechos humanos, con la responsabilidad necesaria y partiendo de los presupuestos de planeación más adecuados, engarzando los planes nacionales con los programas sectoriales, las estrategias y matrices presupuestales, tal como lo señala el artículo 25 y 26 de nuestra Carta Magna y la Ley de Planeación, así como cualquier instrumento que contenga la política pública, para que de manera coordinada y estratégica esta sea implementada por los actores públicos responsables de la misma.

Sin embargo, lo cierto es que puede suceder que se presente una política criminal de facto que constituya una práctica de violencia institucional implementada de manera discrecional y arbitraria para negar su institucionalidad, pero que sucede, es palpable y encuentra componentes en las estrategias de seguridad tales como la militarización, las detenciones arbitrarias, la desaparición de personas, la manipulación de las cifras de incidencia delictiva, entre otras prácticas que contribuyen a no develar lo que es la verdadera cara de una política criminal a favor de la violación de derechos humanos.

Alberto Binder afirma que la política criminal es un *factum*, es decir, la violencia del Estado, que es el centro del poder punitivo. Esta política puede ser, además, ilegal o delictiva (un ejemplo de ello es el uso de la fuerza fuera de la ley por parte del Estado, tal como acontece en los delitos de lesa humanidad)²⁰, por lo que cabría preguntarse si es preferible dejar ese espacio de discrecionalidad estatal o que exista una mejor regulación de la misma.

Parece ser que no hay peor escenario que aquel en el cual un Estado dice poner en el centro de sus normas, de sus instituciones los derechos humanos, pero sistemáticamente los viola como parte de su política de Estado para no mostrar la realidad de un país que sufre por la violencia y la delincuencia y que no encuentra en sus instituciones la verdadera protección de sus derechos.

En México debe pugnarse por una política criminal que sea capaz de realizar los derechos humanos de las personas y que se integre a un diseño estatal de planeación conforme a los principios establecidos en la Constitución, la cual desde una interpretación sistemática sí cuenta con los elementos necesarios para derivar de ahí esta obligación estatal.

Bibliografía.

ANZURES GURRÍA, J. J., La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales.

Revista Mexicana De Derecho Constitucional, 1(22), 2010. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.22201/111.24484881E.2010.22.5904](https://doi.org/10.22201/111.24484881E.2010.22.5904)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

BINDER, ALBERTO M., "La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político-criminal.", *REJ Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, 2010, núm. 12, pp. 209.

20 BINDER, ALBERTO M., "La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político-criminal.", *REJ Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, 2010, núm. 12, p. 209.

- Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, México, 2024.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, p. IX. Disponible en <[HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/PDF%20FILES/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.PDF](https://www.cidh.oas.org/PDF%20FILES/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018), *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, pp. 45 y 46. Disponible en <[HTTP://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/INFORMES/PDFS/POLITICASPUBLICASDDHH.PDF](http://www.oas.org/ES/CIDH/INFORMES/PDFS/POLITICASPUBLICASDDHH.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2021, núm., 23–02, pp. 1–32. Disponible en <[HTTP://CRIMINET.UGR.ES/RECP/23/RECP23-02.PDF](http://CRIMINET.UGR.ES/RECP/23/RECP23-02.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- Fiscalía General de la República, *Plan de Persecución Penal Provisional*, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.GOB.MX/CMS/UPLOADS/ATTACHMENT/FILE/537437/PPP_PROVISIONAL_VERSION_FINAL_FIRMADA_CON_ANEXO.PDF](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/data/file/537437/PPP_PROVISIONAL_VERSION_FINAL_FIRMADA_CON_ANEXO.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2023), *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*. Disponible en <[HTTPS://WWW.INEGI.ORG.MX/PROGRAMAS/ENVIPE/2023/](https://www.inegi.org.mx/programas/ENVIPE/2023/)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- LAPORTA, FRANCISCO J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 4, Alicante Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1984. Disponible en <[HTTP://WWW.CERVANTESVIRTUAL.COM/ND/ARK:/59851/BMC83440](http://www.cervantesvirtual.com/ND/ARK:/59851/BMC83440)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- México Evalúa, Hallazgos 2021. *Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México*, publicado en octubre de 2022 con datos correspondientes al ejercicio 2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEXICOEVALUA.ORG/HALLAZGOS-2021-EVALUACION-DEL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-PENAL-EN-MEXICO/](https://www.mexicoevalua.org/hallazgos-2021-evaluacion-del-sistema-de-justicia-penal-en-mexico/)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- México Evalúa, *Hallazgos 2022. 10 años. Seguimiento y evaluación de la justicia penal en México*. USAID
- Naciones Unidas (2003), Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, *Oficina del Alto Comisionado*, Washington, pp. 7 y 8. Disponible en <[HTTP://WWW.HCHR.ORG.MX/IMAGES/DOC_PUB/8DIAGNOSTICOCOMPLETO.PDF](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/8DIAGNOSTICOCOMPLETO.PDF)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- RABELL GARCÍA, ENRIQUE (2014), *Neoconstitucionalismo en Querétaro*, México, Universidad Autónoma de Querétaro. Cuerpo Académico de la Facultad de Derecho y Miguel Ángel Porrúa.
- RODRÍGUEZ ZAMORA, MARÍA GUADALUPE, La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad, en *Tlamelaua*, vol.9, no. 39, 2016, Puebla, México.

Karla Alejandra Escárcega Robledo

12. Retos y desafíos de la política criminal legislativa en México: Hacia la unificación de la legislación sustantiva penal.

Resumen: La experiencia favorable que en otros países demuestra la existencia de legislaciones penales únicas, sustantivas y procesales, desde la perspectiva del Derecho comparado, convoca a la construcción de un código penal unificado en México. El presente artículo pretende argumentar a favor de la pertinencia de transitar a un Código Penal Nacional, considerando los beneficios y ventajas que ha aportado a la fecha la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales. Un código penal unificado en México permitiría superar los graves problemas que genera la multiplicidad de códigos penales y avanzar hacia el desarrollo de la dogmática jurídico-penal.

Palabras clave: Unificación legislativa, legislación penal, reforma penal, reforma constitucional, derechos humanos.

Abstract: The favorable experience in other countries concerning the existence of single, substantive, and procedural criminal legislation, from the perspective of comparative law, calls for the construction of a unified penal code in Mexico. This article aims to argue in favor of the relevance of building a National Penal Code, particularly based on the benefits and advantages that the application of the National Code of Criminal Procedure has brought to date. A unified penal code in Mexico would contribute to overcome the serious problems generated by the multiplicity of penal codes and move towards the development of legal-penal dogmatics.

Keywords: Legislative unification, criminal legislation, penal reform, constitutional reform, human rights.

I. *El federalismo y la legislación mexicana.*

Los Estados Unidos Mexicanos, —nombre oficial de la República Mexicana o México— es una República representativa, democrática, laica y federal, integrada por 32 entidades federativas o estados, los cuales, aunque unidos en una federación, son libres y soberanos en su régimen interior, gozan de autonomía en su gobierno interno. Las entidades federativas se integran por municipios y pueden elaborar su propia Constitución y marco normativo estatal¹. La Ciudad de México, es la entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos.

Como consecuencia del federalismo mexicano, existen dos jurisdicciones: federal y estatal; de conformidad con la distribución de competencias contenida en el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)², a los individuos se pueden aplicar tanto leyes federales como locales. En otras palabras, en México tenemos leyes federales, leyes generales, leyes nacionales, leyes especiales y leyes estatales o locales. Las leyes federales, generales, nacionales y especiales son expedidas por el Congreso de la Unión, mientras que las leyes estatales son expedidas por los Congresos de los Estados. En cuanto a su aplicación y ámbito de validez, tenemos que:

- a) Las leyes federales son aquellas que se aplican en todo el territorio nacional, su ámbito material de validez es federal, por lo cual, su aplicación únicamente corresponde a autoridades de carácter federal; excepcionalmente, las autoridades estatales pueden aplicarla cuando su competencia concorra con aquella de la autoridad federal, v. gr., Código de Comercio.
- b) Las leyes generales se aplican en todo el territorio nacional, hacen referencia a facultades concurrentes y, por tanto, son aplicadas por autoridades federales, estatales, de la ciudad de México y municipales. En ellas se establece la distribución de competencias, las formas de coordinación entre las autoridades y se ordena a los estados o entidades federativas, armonizar su marco normativo interno, v. gr., Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Las Leyes nacionales, *tienen aplicación directa en todo el territorio nacional con independencia del orden de Gobierno de que se trate, pero se ciñen al ámbito de competencia establecido en la Constitución... [la ley nacional] contiene normas que habrán de aplicarse de forma directa y sin necesidad de la expedición de una legislación menor que la desarrolle, en todos los órdenes que se comprenden en el territorio nacional*³, es decir, no es necesaria la armonización del marco normativo interno de los estados.

1 Artículos 40, 42, 43 y 44 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2 **Artículo 124.** *Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.*

3 Cámara de diputados. *Configuración normativa de las leyes en el marco competencial de los órdenes jurídicos. El Código Nacional y las leyes generales en México*, ponencia de Madero Estrada, José Miguel, Congreso REDIPAL virtual VIII, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Marzo-agosto 2015, México, 2015, p. 14. Disponible en <[HTTPS://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/SEDIA/SIA/REDIPAL/CRV-VIII-14-%2015.PDF](https://www.diputados.gob.mx/SEDIA/SIA/REDIPAL/CRV-VIII-14-%2015.PDF)> (visto por última vez el 30.03.2024).

d) Las leyes especiales complementan las leyes generales, se aplican en todo el territorio nacional, regulan temas específicos que no están contemplados en las leyes generales, y

e) Las leyes estatales o locales son creadas por los Congresos estatales y tienen validez en una determinada circunscripción territorial (entidad federativa).

En este orden de ideas, es importante señalar que el artículo 73 de la CPEUM enuncia aquellas materias en las cuales tiene facultad para legislar el Congreso de la Unión, y por exclusión, las que no se encuentren incluidas, serán facultad de los estados. Dicho artículo se reformó en su fracción XXI, tal como se establece en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 8 de octubre de 2013, con el objeto de facultar al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal. Es con fundamento en esta reforma que se estableció el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el cual constituye una legislación procesal penal única para todo el país. Sobre la génesis de esta legislación, nos ocuparemos más adelante.

II. *La legislación mexicana en materia procesal y sustantiva penal. El Código Nacional de Procedimientos Penales en México.*

Previamente a la instauración del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), cuyo decreto fue publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, cada entidad federativa tenía su propio código procesal penal y, además, un Código Federal de Procedimientos Penales que regulaba el procedimiento penal federal. El CNPP fue un producto necesario de la reforma constitucional en materia penal y de seguridad, cuyo Decreto fue publicado en el DOF el 18 de junio de 2008, con la cual se implementó el sistema de justicia penal acusatorio y oral en México. Este decreto reformó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, fracciones XXI y XXIII del 73, fracción VII del 115 y fracción XIII del apartado B del 123 de la CPEUM, con base en lo cual las entidades federativas armonizaron su marco normativo correspondiente.

Esta reforma trajo consigo la implementación del sistema procesal penal acusatorio y oral, y fue considerada la más importante en materia de justicia en los últimos 100 años. Al respecto, el connotado jurista mexicano Sergio García Ramírez⁴, refirió que *“la modificación normativa... tiene relevancia histórica por su magnitud y por su pretensión. Se le califica de esta manera. Excede, con mucho, la dimensión de otras reformas aportadas a la constitución mexicana —y por este conducto ordenamiento integral sobre delitos, procesos y penas, desde 1917—”*.

Después de la reforma constitucional penal de 18 de junio de 2008, las entidades federativas fueron expidiendo sus propios códigos procesales penales de corte acusatorio⁵. Sin embargo,

4 GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La reforma procesal penal en la Constitución mexicana: “transacción y transición”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, p. 510. Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf>> (visto por última vez el 23.03.2024).

5 El Congreso del Estado de Guanajuato expidió su Ley del proceso penal por decreto publicado en la tercera parte del Periódico Oficial del Estado de Guanajuato de fecha 3 de septiembre de 2010. Cabe mencionar que algunas entidades federativas, como Oaxaca y Chihuahua, ya contaban con los propios antes de la reforma, es decir, iniciaron la transición al sistema de justicia penal acusatorio antes de la publicación de la reforma en el DOF.

como se sostuvo en una de las tres iniciativas con proyecto de decreto por la que se expide el código procesal penal para la República Mexicana, concretamente, la que fue presentada por varios senadores y senadoras⁶, existía una *disparidad jurídica, además de la inseguridad que genera... [que] podría desvirtuar uno de los fines de la reforma constitucional como lo es que, el debido proceso y la protección de los derechos humanos deben ser iguales en todo el territorio nacional*, en virtud de que los códigos procesales, no eran coincidentes en la regulación de ciertos aspectos, por ejemplo, sobre:

- *el derecho del imputado de ofrecer medios de prueba en el plazo constitucional y que los mismos sean desahogados ante el juez de control;*
- *la validez y posibilidad de ser utilizadas en juicio, las declaraciones previas rendidas por un imputado cuando este decide invocar su derecho a no declarar;*
- *el deber que tiene el acusado si decide declarar en juicio, de contestar preguntas al órgano de acusación;*
- *la posibilidad de incorporar como prueba, mediante lectura en juicio, actos de investigación;*
- *la aceptación o no de la prueba de inspección con participación del tribunal de juicio oral;*
- *la posibilidad de aceptar excepciones a la comparecencia personal de testigos bajo ciertos y específicos supuestos;*
- *figuras como los procedimientos abreviados;*
- *La acción penal por particular;*
- *criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público;*
- *medios de impugnación;*
- *la prisión preventiva y otras medidas cautelares;*
- *mecanismos alternativos de solución de controversias; y*
- *las atribuciones de la policía en la investigación del delito;*

Lo anterior, hizo inminentemente necesario un código procesal penal que unificara criterios y que se adecuara al contenido de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, sin el riesgo que implicaba que con esa multiplicidad de codificaciones se desnaturalizara el propósito de la reforma constitucional. Como argumento fundamental, los senadores iniciantes sostuvieron que:

“... con la expedición de un Código Procesal Penal Único que aplique por igual en todo el territorio nacional se busca establecer un modelo jurídico uniforme, aplicable a todas las entidades federativas, incluido aquí el Distrito Federal y, al ámbito federal sobre la base de una política criminal coherente y congruente con las nuevas bases constitucionales, homogéneo y sistematizado que evite la dispersión

6 Iniciativa con proyecto de Decreto por la que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana presentada por los senadores y las senadoras Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica De La Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Dolores Padierna, Layda Sansores San Roman, p. 20. Disponible en <[HTTPS://WWW.SENADO.GOB.MX/COMISIONES/JUSTICIA/DOCS/INICIATIVA/INICIATIVA_CONJUNTA_UNICA.PDF](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/iniciativa/iniciativa_conjunta_unica.pdf)> (visto por última vez el 22.03.2024).

normativa, criterios encontrados o incluso inseguridad jurídica, y genere espacios de impunidad y el consecuente descrédito del sistema. Así, tomando en cuenta que el establecimiento de las bases del debido proceso previstas por la citada reforma constitucional han constituido un paso fundamental y sin precedente en la confección del nuevo sistema de justicia penal en nuestro país, se estima que en consecuencia el siguiente paso obligatorio para su consolidación deberá de ser la adecuación de la legislación adjetiva penal, lo cual, tendrá que verse reflejado en la concreción de un modelo jurídico congruente con los postulados constitucionalmente establecidos que recojan el espíritu y alcance planteado por el Constituyente en el texto constitucional, sin llegar a desvirtuarlo o propiciar excesos en detrimento de los justiciables y demás intervinientes del proceso penal⁷.

Por lo anterior, la propia naturaleza de la reforma constitucional penal de 18 de junio de 2008 hacía imperativa la creación de un código procesal penal único, de aplicación en todo el territorio nacional, que recogiera los principios del sistema penal acusatorio y oral, que unificara y regulara el procedimiento y que sustituyera a los 33 códigos procesales penales que hasta ese momento se encontraban en vigor en cada una de las entidades federativas y en materia federal.

Como ya lo anticipamos *ut. supra*, para que el CNPP pudiera nacer a la vida jurídica, fue necesario reformar el artículo 73 de la CPEUM para otorgar facultades al Congreso de la Unión para legislar en materia de procedimiento penal. Posteriormente a dicha reforma se presentaron tres iniciativas para expedir el Código Único de Procedimientos Penales⁸, como así se le denominó en las iniciativas, sin embargo, una vez agotado el proceso legislativo, el decreto por el que se expidió el CNPP fue publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, que en su artículo 1º refiere que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte⁹.

Como todas las reformas de gran calado, la entrada en vigor del CNPP ocurrió de manera gradual en las entidades federativas, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio, mediante las declaratorias correspondientes, sin que dicha entrada en vigor pudiera exceder del 18 de junio de 2016, es decir, al 19 de junio de 2016, el CNPP estaría en vigor en toda la República Mexicana. El CNPP entró en vigor de manera integral en el estado de Guanajuato, a partir del día 1 de junio de 2016.

Es indiscutible que la unificación de la legislación procesal penal ha representado un absoluto acierto, sin embargo, en materia sustantiva penal no ha sido posible la unificación de la legislación.

7 Iniciativa (*supra* nota 6), pp. 23 y 24.

8 La primera iniciativa fue presentada por las entonces Senadoras Cristina Díaz Salazar, Diva Hadamira Gastélum Bajo e Hilda Esthela Flores Escalera, todas integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; la segunda iniciativa fue presentada por el entonces Senador Pablo Escudero Morales, del Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México y la tercera por las Senadoras y Senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero Morales, Angélica De La Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Layda Sansores San Román y Dolores Padierna Luna, pertenecientes a diversos Grupos Parlamentarios.

9 De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1º.

III. *La legislación sustantiva penal en México: Circunstancias actuales.*

Las legislaciones sustantivas penales constan de dos partes, la parte general y la parte especial. En la parte general, encontramos las reglas generales relativas a la aplicación de la ley penal, la teoría del delito y las consecuencias jurídicas del delito; en la parte especial, los tipos penales o las descripciones típicas de las conductas que el legislador penal ha seleccionado como lesivas para la sociedad y cuya comisión debe ser sancionada por el derecho penal, así como las punibilidades de estas. Los códigos penales se dividen en libros, títulos, capítulos y secciones. La parte especial, siguiendo una adecuada técnica legislativa, inicia con los delitos contra las personas, seguidos de los delitos contra la sociedad y luego los delitos contra el Estado. Los delitos contra las personas guardan el orden de jerarquía de valor de los bienes jurídicos tutelados, por lo cual, inicia con los delitos contra la vida, la integridad o salud personal, delitos contra la libertad y seguridad de las personas, seguido de los delitos contra la libertad sexual, patrimonio, entre otros.

En México, actualmente, cada entidad federativa o estado tiene su propio código penal. Es decir, en México tenemos 32 códigos penales que rigen en la circunscripción territorial de cada entidad federativa, además tenemos un código penal federal y leyes federales, leyes generales y leyes especiales en las cuales encontramos descritas y reguladas diversas conductas tipificadas como delito. Adicionalmente, contamos con un Código de justicia militar, en el cual encontramos conductas típicas que únicamente pueden ser cometidas por personas integrantes del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea Mexicana.

Lo anterior representa una problemática grave en el ámbito de la aplicación, ya que la multiplicidad de códigos penales genera, entre otros:

- a) imposibilidad de los destinatarios de la norma de conocer a cabalidad la legislación sustantiva penal,
- b) dispersión normativa,
- c) antinomias,
- d) diversidad de criterios de interpretación,
- e) diferencias en la descripción de las conductas típicas,
- f) incertidumbre y falta de certeza jurídica,
- g) diferentes parámetros de punibilidad,
- h) conductas que se encuentran tipificadas en algunos códigos y en otros no, e
- i) impunidad.

Países como Alemania, Canadá, Polonia, Argentina y Brasil, con sistemas federales y códigos procesales y sustantivos penales únicos, demuestran que el federalismo no es obstáculo para la unificación de la legislación penal, sobre todo si analizamos las ventajas y beneficios que trae consigo esta unidad. Alemania es un ejemplo preclaro de que, a partir de un código penal único, es posible lograr una gran evolución en la dogmática penal; cuenta con un código procesal penal y un código sustantivo penal desde 1871.

El procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hizo referencia en los años sesenta a la

problemática que generaba la multiplicidad de códigos procesales civiles y penales en México y se refirió a este fenómeno como “babelismo procesal”, *ya que el propósito debe ser borrar divergencias y no al de crearlas de manera artificial y perturbadora... a facilitar la convivencia de las entidades federadas y no a complicar su existencia multiplicando sin necesidad alguna textos legislativos reducibles a uno...*¹⁰. El término *babelismo* al que se refiere, nos remite al pasaje de la Biblia que explica los orígenes de la multiplicidad de lenguas, y que narra cómo los descendientes de Noé y sobrevivientes del diluvio, sin consultar a Dios, comenzaron a construir una gigantesca torre en las llanuras de Senaar o Babel, con la intención de alcanzar el cielo. Ante semejante hecho, preocupado de que hubieran blasfemado al construir una torre para evitar una segunda inundación, Dios creó múltiples idiomas, lo que generó confusión ente ellos al ser incapaces de entenderse entre sí.

En efecto, el *babelismo* ilustra adecuadamente la situación que prevalece en materia sustantiva penal, causada por la multiplicidad de códigos penales que existen en México. Los jueces, magistrados, defensores, fiscales cotidianamente sufren la problemática de esta falta de unidad en la legislación penal. Ante esta situación, desde la academia, se ha sostenido con firmeza la necesidad de contar con un código penal único de aplicación en toda la República mexicana, que permita superar esas diferencias. No obstante, a pesar de los múltiples esfuerzos por lograr esta unidad, el resultado ha sido infructuoso.

La necesidad de esta unificación en México se enfatiza ante la tendencia a expedir legislaciones únicas en diversas materias, ya que incluso, mediante múltiples reformas al artículo 73 de la CPEUM se han otorgado paulatinamente facultades al Congreso de la Unión para legislar en diversas materias y expedir diversas legislaciones, v.gr.:

- a) Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de **secuestro**, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- b) Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de **trata de personas** y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos;
- c) Ley general de instituciones y procedimientos **electorales**;
- d) Ley general de **mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal**;
- e) Ley nacional de **ejecución penal**;
- f) Ley nacional del **sistema integral de justicia penal para adolescentes**;
- g) Ley general en materia de **desaparición forzada de personas**, desaparición cometida por particulares y del sistema nacional de búsqueda de personas;
- h) Ley general para prevenir, investigar y sancionar la **tortura** y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entre otras.

10 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, “Unificación de códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, número 37, 38, 39 y 40, México, pp. 296 y 297. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS-COLABORACION.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REV-FACULTAD-DERECHO-MX/ARTICLE/VIEW/25753/23150](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25753/23150)> (visto por última vez el 20.03.2024).

Advertimos que, en algunos casos, se trata de legislaciones sobre temas procesales y en otras, sobre delitos de alto impacto que, si bien en un momento fueron contemplados en los códigos penales de las entidades federativas, la problemática que se generó en su aplicación determinó la necesidad de migrar a legislaciones generales y nacionales de aplicación en toda la República mexicana.

IV. *Beneficios de una legislación penal sustantiva única.*

La experiencia de países que cuentan con códigos penales únicos y las desventajas que representa la multiplicidad de códigos penales, fortalece la convicción de que una legislación penal única vendría a dar un giro importante —y urgente— al sistema de justicia penal en México. El penalista Miguel Ontiveros Alonso, refirió en conferencia dictada a integrantes del Poder Judicial de Michoacán, que la unificación penal:

“... sería una extraordinaria oportunidad para armonizar nuestra legislación penal con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y justicia penal; los efectos preventivos generales, en su calidad de fin del derecho penal, se constatarían de forma estandarizada y con la misma fuerza preventiva en todo el país; también, se protegerían de la misma forma y con la misma contundencia los bienes jurídicos de las personas, con independencia de su ubicación geográfica, permitiría sentar las bases de una política criminal unificada en el territorio nacional; se impediría la generación de espacios de impunidad, considerando que las conductas y sanciones serían las mismas en todo el país, con independencia del lugar de comisión del delito; la formación materia de justicia penal sería homologada, de tal forma que un egresado de Derecho o un operador jurídico podrían ejercer su profesión en cualquier estado del país y bajo las mismas reglas, generaría mayor certeza jurídica y predictibilidad de las decisiones judiciales, con independencia de la región del país en el que se dicte la resolución judicial; se impediría la “improvisación legislativa”, debiendo sujetarse cada reforma a los códigos únicos a un fuerte debate nacional; y redundaría en la concentración de los esfuerzos académicos en materia de Derecho penal”¹¹.

El primer paso consiste en otorgar al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia sustantiva penal, mediante la reforma al artículo 73 de la CPEUM.

V. *¿Por qué no se ha logrado unificar los códigos penales mexicanos?*

La pregunta obligada es ¿por qué no se ha logrado unificar los códigos penales mexicanos, si la experiencia nos indica que ello permite lograr un gran desarrollo en la dogmática penal y superar la grave problemática que se genera?

Al respecto, Miguel Ontiveros Alonso¹², destaca que *quienes se oponen a la unificación penal en*

11 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *La unificación penal en México*, conferencia dictada en junio de 2013 en la sede del Poder Judicial de Michoacán, Morelia, Michoacán. Disponible en <[HTTP://SICOB.PODERJUDICIALMICHOCAN.GOB.MX/WEB/NOTICIAS/DETALLE.ASPX?ID=732](http://sicob.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/noticias/detalle.aspx?id=732)> (visto por última vez el 30.03.2024).

12 ONTIVEROS ALONSO (*supra*, nota 11).

México argumentan básicamente tres cosas: primero, que no reconocería las diferencias de cada región del país; segundo, que atentaría contra la autonomía de los estados y el federalismo; y tercero, que cada entidad debe conservar el poder punitivo.

En este sentido, considero que un solo código penal, no soslayaría las diferencias entre las regiones del país, ya que es factible que un solo ordenamiento legal las reconozca. En el tema de la autonomía de las entidades federativas y la conservación de su poder punitivo, es donde encontramos la principal reticencia: los estados no quieren perder el poder político que representa legislar en materia penal. No es desconocido que el código penal, el derecho penal en sí, es una fuente de poder político, en el sentido de que la incorporación de figuras típicas y el incremento de las penas a los tipos penales ya existentes incrementa la popularidad entre quienes acuden a estas “estrategias.

Por su parte, Sergio García Ramírez¹³, en respuesta a “los partidarios de la dispersión legislativa aducen el modelo federal adoptado por la República desde el inicio de nuestra vida independiente, con algunos periodos centralistas”, señala que no existe un modelo universal de federación, estático y constante, ya que cada país erige su propio modelo conforme a sus circunstancias, necesidades y aspiraciones, y en cada país ese modelo evoluciona, muda, se altera en la medida que aquellas varían.

Ante otra importante objeción a la unificación de los códigos penales, consistente en que ciertos delitos son muy frecuentes en determinadas regiones o localidades, mientras que en otras son infrecuentes o no existen, como sería el caso del abigeato, que es extraño en la Ciudad de México y, en cambio, muy frecuente y grave en entidades con regiones cuyo distintivo es el desarrollo ganadero. Ante tal argumento, García Ramírez declara que: *si hay delitos, que se persigan donde los haya al amparo del código penal nacional; si no los hay, que no se persigan*¹⁴.

García Ramírez refiere que no debe desestimarse el hecho que el intento de regulación de ciertos temas como la interrupción deliberada del embarazo, aborto o feticidio, suscita divisiones inmediatas y enfrentamientos severos. Por ejemplo, en la ciudad de México se ha caminado un trecho en la desincriminación del aborto mientras en numerosas entidades federativas se ha marchado en dirección contraria. García Ramírez reconoce que existen temas en los que es muy difícil —o de plano imposible— conciliar; el aborto es precisamente uno de ellos. En este sentido, Carlos Daza, concuerda en que “*En la actualidad, las resistencias frente a un solo código penal tienen que ver más con criterios técnicos o asuntos que levantan polémica en la sociedad, como el consumo de sustancias o el aborto...*”¹⁵.

Sin embargo, entre todas las posiciones adversas destacan las de carácter político, como es la que emana de la percepción por parte de las entidades federativas de que dicha unificación es una amenaza a su autonomía, por el poder que les otorga la posibilidad de reformar los códigos penales y que de esa forma se perdería. Al respecto, Carlos Daza, refiere que “*...históricamente, la idea de un Código Penal Único que rijan en toda la República encontró resistencias entre algunos*

13 GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Un tema persistente: unificación de la Ley Penal*, Revista Criminalia, Año 86, Número 1, enero-abril 2019, México, 2020, pp. 176-177. Disponible en <[HTTPS://WWW.CRIMINALIA.COM.MX/INDEX.PHP/NUEVA-EPOCA/ARTICULO/VIEW/25/28](https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/articulo/view/25/28)> (visto por última vez el 23.03.2024).

14 GARCÍA RAMÍREZ (*supra* nota 13), pp.176-177.

15 DAZA GÓMEZ, CARLOS, *Debe haber un sólo código penal en México*, Periódico El Universal, fecha de publicación: 20 de noviembre de 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELUNIVERSAL.COM.MX/OPINION/ALFONSO-PEREZ-DAZA/DEBE-HABER-UN-SOLO-CODIGO-PENAL-EN-MEXICO/](https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alfonso-perez-daza/debe-haber-un-solo-codigo-penal-en-mexico/)> (visto por última vez el 30.03.2024).

gobernadores, ya que éstos, bajo un régimen autoritario ya superado, veían en los Códigos penales locales un importante instrumento de disuasión y control político en sus respectivos estados¹⁶.

García Ramírez es aún más enfático con relación a los motivos y las razones del poder, al señalar que “los poderosos locales se reservan la facultad de emitir su propia legislación penal. Éste es el instrumento más persuasivo y contundente de un ejercicio autoritario; el “as en la manga”. De ahí la conveniencia —confesada o no— de mantener entre las atribuciones del legislador local —y federal, en su caso, pero no nacional— el poder de tipificar y sancionar en el marco del orden penal...”.

Sobre este punto, no es un secreto que los códigos penales son usados como instrumentos populistas. No ha sido infrecuente el hecho que mediante una política criminal legislativa se pretenda dar respuesta al clamor social ante determinadas situaciones coyunturales; por ejemplo, por medio del endurecimiento de las penas a ciertos delitos, el indiscriminado incremento de tipos penales y adelantamiento de las barreras de punibilidad. Para el populismo punitivo, los principios penales de ultima ratio, intervención mínima, fragmentariedad del derecho penal, proporcionalidad y humanidad de las penas, reinserción social, se ven prácticamente nulificados. El derecho penal pasa a ser un instrumento populista para lograr los fines de unos cuantos, y “satisfacer” las exigencias de las multitudes. En este sentido, es fácil reconocer que existen opciones mejores y más efectivas para responder a las necesidades sociales; sin embargo, frecuentemente son de largo plazo, un marco temporal que en algunos países no resulta atractivo desde la perspectiva de los ciclos de vida de las administraciones públicas.

En efecto, los códigos penales pueden constituirse en instrumentos poderosos para transmitir ciertos mensajes y generar determinada sensación en la sociedad, como efecto simbólico, a este fenómeno se le conoce como derecho penal simbólico. Díez Ripollés¹⁷ ha formulado una importante propuesta para hacer explícito el proceso “por el que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes”. Díez Ripollés destaca el hecho que al derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad, para la atención de sus fines.

Con el populismo punitivo se desnaturalizan los principios del derecho penal, se utiliza al derecho penal como moneda de cambio y se genera en la sociedad la falsa sensación de “tranquilidad” al ingresar más y más conductas típicas a los códigos penales e incrementar las penas, sin conocer el alcance real de esto. Nada más alejado de la realidad. Entre más represivo es un Estado, menos democrático es.

La mejor política criminal, siempre será la no penal o, ¿no es cierto que existen políticas públicas en los ámbitos de la salud sexual y reproductiva permitirían de manera más efectiva la prevención de abortos, violencia familiar y feminicidios?, ¿no es cierto que una adecuada planeación urbana, puede disuadir la comisión de delitos?

16 DAZA GÓMEZ, CARLOS, *Debe haber un sólo código penal en México*, Periódico El Universal, fecha de publicación: 20 de noviembre de 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELUNIVERSAL.COM.MX/OPINION/ALFONSO-PEREZ-DAZA/DEBE-HABER-UN-SOLO-CODIGO-PENAL-EN-MEXICO/](https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alfonso-perez-daza/debe-haber-un-solo-codigo-penal-en-mexico/)> (visto por última vez el 30.03.2024).

17 DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, no. 103, enero-abril 2002, México, 2002, p. 64 Disponible en <[HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/ARTICULO.OA?ID=42710303](https://www.redalyc.org/articulo.OA?ID=42710303)> (visto por última vez 30.03.2024).

VI. Conclusiones.

La experiencia comparada sobre los beneficios de la unificación de la legislación sustantiva penal, en contraste con esta especie de *babelismo jurídico* que sufre la sociedad mexicana, hace patente la necesidad, ya impostergable, de un Código Penal Nacional en México. Los argumentos son robustos y superiores a los numerosos motivos que presentan los detractores de esta postura. Basta mirar por la ventana para darse cuenta de que México vive un momento decisivo, en el cual, a pesar de los desafíos que implica enfrentar y dejar atrás viejos y anquilosados postulados, la unificación de su legislación sustantiva penal puede inscribirse en su historia como el hecho que marcó un punto de inflexión en la aplicación de derecho penal en el país y, así, en la salvaguarda de los más altos bienes jurídicos. Existen motivos suficientes para que la instauración de un código penal único en México deje de ser un anhelo y se convierta en una realidad, especialmente sobre la convicción de que el acceso de las personas a la justicia, especialmente en el ámbito del derecho penal, no debe estar sujeto a tiempos y espacios dictados por intereses de un orden ajeno al jurídico. Todos los argumentos que sostienen quienes se muestran en contra de la unificación de la ley sustantiva penal, quedan sin sustento, se desvanecen ante los argumentos a favor. Lo único que resta es esperar a que, en México, con una buena dosis de voluntad política, se dé el paso decisivo hacia la unificación de la legislación sustantiva penal.

Bibliografía.

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, "Unificación de códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, números 37, 38, 39 y 40, México, 1960 pp. 295-304. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS-COLABORACION.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REV-FACULTAD-DERECHO-MX/ARTICLE/VIEW/25753/23150](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25753/23150)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- Cámara de Diputados. *Configuración normativa de las leyes en el marco competencial de los órdenes jurídicos. El Código Nacional y las leyes generales en México*, ponencia de Madero Estrada, José Miguel, Congreso REDIPAL virtual VIII, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Marzo-agosto 2015, México, 2015, p. 14. Disponible en <[HTTPS://WWW.DIPUTADOS.GOB.MX/SEDIA/SIA/REDIPAL/CRV-VIII-14-%2015.PDF](https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/crv-viii-14-%2015.pdf)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXV, no. 103, enero-abril 2002, México, 2002, pp. 63-97. Disponible en <[HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/ARTICULO.OA?ID=42710303](https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710303)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La reforma procesal penal en la Constitución mexicana: "transacción y transición"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 509-535. Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/7/3455/23.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, Un tema persistente: unificación de la Ley Penal, *Revista Criminalia*, Año 86, Número 1, enero-abril 2019, México, 2020, pp. 171-180. Disponible en <[HTTPS://WWW.CRIMINALIA.COM.MX/INDEX.PHP/NUOVA-EPOCA/ARTICLE/VIEW/25/28](https://www.criminalia.com.mx/index.php/nueva-epoca/article/view/25/28)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

Iniciativa con Proyecto de Decreto por la que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana presentada por los senadores y las senadoras Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero, Angélica De La Peña Gómez, Omar Fayad Meneses, Luis Armando Melgar Bravo, Dolores Padierna, Layda Sansores San Roman. Disponible en <[HTTPS://WWW.SENADO.GOB.MX/COMISIONES/JUSTICIA/DOCS/INICIATIVA/INICIATIVA_CONJUNTA_UNICA.PDF](https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/iniciativa/iniciativa_conjunta_unica.pdf)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *La unificación penal en México*, conferencia dictada en junio de 2013 en la sede del Poder Judicial de Michoacán, Morelia, Michoacán. Disponible en <[HTTP://SIGOB.PODERJUDICIALMICHOCAN.GOB.MX/WEB/NOTICIAS/DETALLE.ASPX?ID=732](http://sigob.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/noticias/detalle.aspx?id=732)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

LEGISGRAFÍA

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley del Proceso Penal del Estado de Guanajuato

Silvia Patricia López González

13. El Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho.

Resumen: En el Estado Constitucional de Derecho existe una fundamentación axiológica de principios que deben permear a la norma secundaria. Así el Derecho penal contemporáneo que sufre de un descontento generalizado derivado del punitivismo; de fines inocuidadores frente al olvidado ideal de resocialización; del paradigma del riesgo y del populismo penal, debe verse reforzado por los principios Constitucionales de que emana, para lograr garantizar su genuino propósito. Es la Constitución un eje regulador e integrador de los Derechos humanos los cuales deben prevalecer en el centro de la justicia penal.

Palabras clave: Derecho penal, Estado Constitucional, Garantismo penal.

Abstract: In the Constitutional State of Law there is an axiological foundation of principles that must permeate the secondary norm. Thus, contemporary criminal law suffers from widespread discontent derived from punitivism; of innocuous purposes against the forgotten ideal of resocialization; of the paradigm of risk and penal populism, must be reinforced by the Constitutional principles from which it emanates, in order to guarantee its genuine purpose. The Constitution is a regulatory and integrating axis of human rights which must prevail at the center of criminal justice.

Keywords: Criminal law, Constitutional State, Criminal guarantees.

I. *Introducción.*

La evolución de la sociedad y propiamente del Estado moderno ha pasado por varias etapas a lo largo de la historia en las que observamos características específicas, así conocemos desde un Estado liberal; un Estado de derecho Social y Democrático; hasta un Estado Constitucional de Derecho con lo cual, en cada etapa existen normas secundarias que evidentemente son claro reflejo del enfoque que imprime el modelo de Estado.

En un Estado Constitucional de Derecho los principios y valores deben trascender y permear en la ley penal, al menos eso es lo que se esperaría para su oportuna eficacia. El Derecho penal actual, nacido de un Estado Liberal y tan influenciado hoy en día por la teoría funcionalista del derecho penal del enemigo que expande el ejercicio del *ius puniendi* incluso, para combatir el riesgo de lesionar bienes jurídicos, pero sin embargo, no logra ser eficaz para controlar los

altos índices de comisión del delito, por ello se reconoce que existe una crisis actual del Derecho penal producida por el desquebrajamiento de sus funciones –así lo expresa Luigi Ferrajoli– por un lado ineficacia en la prevención de delitos y otro lado penas arbitrarias que se originan por una mutación provocada por la globalización en la fenomenología de los delitos y de las penas¹.

Debemos considerar que nos enfrentamos a otro tipo de construcción del delito, ya no corresponde a la misma naturaleza económica, social y política de la criminalidad común que el Estado soberano hacía frente, y también ha cambiado la reacción penal, ahora se refuerza el punitivismo, existen penas más altas pero menos condenas y los pocos casos que llegan a sentencia se olvidan del fin resocializador, por lo que se expande el populismo penal.

Ante esta realidad se presenta la necesidad de contrarrestar la falta de eficacia del derecho penal con un posicionamiento acorde a los derechos humanos fundamentales, en donde el principio de mínima intervención penal aunado a otros principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos; el principio de culpabilidad; el principio de utilidad de la intervención penal; el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal; el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización se mantengan como postulados indispensables de racionalidad en la creación y aplicación del derecho penal.

II. *Tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.*

El Estado moderno, siguiendo a Jorge Witker, nace en la baja edad media con sus elementos esenciales que son territorio, soberanía y población, su característica es el poder absoluto del monarca cuyas reacciones podemos encontrar en la carta magna de 1215 en Inglaterra, también en la ilustración del siglo XVIII que plasmó las ideas de Montesquieu y Rousseau, y en las Revoluciones estadounidense de 1776 y francesa de 1789 cuyo fruto son la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución Política de 1789, respectivamente².

El constitucionalismo contemporáneo puede verse reflejado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano: “*Toda sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*”³.

En las obras de Kant y Humoldt encontramos el desarrollo teórico del Estado de Derecho pero se adjudica al jurista alemán Robert Von Möhl la expresión *Staatsrechts* que significa Estado de derecho, en oposición a *Machtstaat* que se refiere al Estado de Fuerza o Estado de la Monarquía absoluta, y significa que el Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia⁴.

El Estado liberal de derecho se caracteriza por respetar los derechos y libertades civiles y políticas su paso a Estado social y democrático de derecho se debe a los movimientos sociales de

1 FERRAJOLI, LUIGI, La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos, en Ferrajoli, Moreso, Atienza. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo pp. 117–132.

2 WITKER, JORGE, *Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2016 p. 30.

3 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Disponible en <[HTTPS://WWW.CNDH.ORG.MX/INDEX.PHP/NOTICIA/SE-APRUEBA-LA-DECLARACION-DE-LOS-DERECHOS-DEL-HOMBRE-Y-DEL-CIUDADANO#:~:TEXT=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20naciones%20unidas%20en%201948](https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20naciones%20unidas%20en%201948)> (visto por última vez el 01 de abril de 2024).

4 WITKER (*supra* nota 2), p. 32.

la segunda mitad del siglo XIX, inicios del siglo XX que demandaron la necesidad de incluir los derechos económicos, sociales y culturales. La Revolución Mexicana de 1910, la segunda República española de 1931 y la Revolución Rusa de 1917 proclamaban el respeto por las condiciones de vida de los habitantes, es así que la Constitución Mexicana de 1917; la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia, la Constitución de Weimar de 1918 y la Constitución de la Segunda República Española de 1931 abrieron el camino para el reconocimiento de dichos derechos. El Estado liberal se convirtió así en Estado social de Derecho y también democrático, que implica dos vertientes, democracia política, esto es designación de gobernantes y participación activa de los gobernados y democracia social como realización del principio de igualdad en la sociedad⁵.

Es a finales de la década de los noventa del siglo pasado cuando surge una corriente denominada *neoconstitucionalismo* que propugna por la interpretación y aplicación del derecho constitucional, conformando así el llamado *Estado Constitucional de Derecho* que se caracteriza a través de 4 manifestaciones:

- Un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales.
- Una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo como crítico y proyectivo de sus propios objetivos.
- La aplicación vía jurisdiccional de las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez.
- Constitucionalidad a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes.
- Una subordinación de la ley a los principios constitucionales, equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia para la que representa un límite y a la vez que la completa⁶.

Todo lo cual, significa que cambian las condiciones de las leyes, dependientes ya no solo en la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, la existencia de las normas que en el paradigma *iuspositivista* se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de sus significado con normas constitucionales.⁷

III. Los Derechos Fundamentales como eje integrador.

Hoy en día el Derecho penal como el resto de derechos debe integrarse por una serie de principios constitucionales que será necesario ponderar para acceder a una verdadera tutela judicial

5 WITKER (*supra* nota 2), pp. 32–33.

6 FERRAJOLI, LUIGI, Pasado y futuro del Estado de Derecho, *Revista Internacional de Filosofía política*, núm. 17, 2001 p. 35.

7 FERRAJOLI (*supra* nota 6), p. 34.

que garantice la dignidad humana como núcleo esencial del Estado Constitucional de Derecho.

Así la Constitución no sólo se configura como el eje regulador sino como el eje integrador de principios constitucionales que fundamentan y orientan todo el sistema jurídico y en particular del derecho penal.

Siguiendo la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy la ciencia del derecho tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional, esto es, vincular tres dimensiones: analítica, empírica y normativa, como condición necesaria de racionalidad de la ciencia.

La *dimensión analítica* se refiere a la consideración sistemático-conceptual del derecho válido, que va desde el análisis de los conceptos fundamentales, pasando por la construcción jurídica hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico. La *dimensión empírica* tiene que ver con el conocimiento del derecho positivamente válido pero también con la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial cuya explicación se basa en que no se puede obviar ni como jurista, ni como abogado, ni como juez el conocimiento y la consideración de la jurisprudencia. La *dimensión normativa*, va más allá del conocimiento del derecho positivo, se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia; saber cuál es en el caso concreto –sobre la base del derecho positivo válido– la decisión correcta⁸.

En tanto los principios expresan derechos fundamentales, serán aplicados por el juez al caso concreto, dependiendo las circunstancias particulares, utilizando el método de ponderación referido por Robert Alexy.

Así pues, existen dos tipos de normas ius fundamentales: Los principios y las reglas. Los principios tienen que ser concebidos en las garantías constitucionales y las reglas surgen de las condiciones de precedencia, como resultados de ponderaciones, por lo cual, al depender las reglas de los principios, el modelo se denomina “modelo puro de principios”⁹.

En la Constitución se plasma un sistema de principios morales positivizado en una carta de derechos y debe buscarse que su interpretación al caso concreto sea lo más coherente posible, por lo que siguiendo a Alexy en el método de la ponderación, se debe establecer una especie de fundamentación entre valores o principios contrapuestos y será el juez quien determine el alcance del principio al caso concreto¹⁰.

La regla que determina la ponderación de principios como mecanismo para su aplicación consiste en observar cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, pero cada principio no puede determinar su peso de una manera total o absoluta, sino que esta determinación hace que los pesos sean relativos, así la ley de la ponderación tomada por el Tribunal Federal Constitucional de Alemania lleva a la trascendencia del principio ponderado para su satisfacción, generando un mandato¹¹.

8 ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, colección el derecho a la justicia dirigida por Elías Díaz, versión castellana Ernesto Garzon Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 pp. 30–31

9 ALEXY (*supra* nota 8), p. 116.

10 BECHARA, LLANOS ABRAHAM ZAMIR, *Estado Constitucional de Derecho*, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy, en Saber, Ciencia y Libertad, p. 68.

11 BECHARA (*supra* nota 10), p. 70.

IV. Principios éticos fundamentales: Los Derechos humanos.

La expresión Derechos humanos aparece por primera vez en el derecho internacional en el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas que faculta al Consejo Económico y Social a establecer “Comisiones de orden económico y social y para la promoción de los Derechos humanos”, esta cláusula dio lugar a la creación de la Comisión de Derechos Humanos. El documento fundador del movimiento es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 cuyo artículo primero establece: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros¹².

Podemos definir tres etapas en la constitucionalización de los Derechos humanos, *la primera etapa* se caracterizó por el proceso de inserción de los derechos humanos en los textos constitucionales a partir del proceso de codificación de finales del siglo XVIII y el desarrollo de las generaciones de derechos humanos. *La segunda etapa* se da con la internacionalización de la constitucionalización de los derechos humanos a partir tanto de la Declaración Universal como Americana de Derechos Humanos, ambas de 1948 y *la tercera etapa* consiste en la internacionalización de los derechos humanos incorporándolos al derecho constitucional interno de los sistemas de protección de derechos humanos, en esta etapa se abre la interrelación mayor entre derecho internacional y derecho interno, expresada más evidentemente en el principio de complementariedad al darse competencia concurrente en la jurisdicción universal de derechos humanos¹³.

En México la Reforma Constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos implicó insertarse en un modelo de derecho internacional público, que en palabras del entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Silva Meza lo explica así:

“La reforma supone un cambio de paradigma constitucional al prever que los derechos humanos sean “reconocidos” por el Estado en lugar de considerarse “otorgados” y al ordenar la interpretación “conforme” de las normas relacionadas con los derechos humanos. Esto significa que el trabajo de interpretación de las normas que realicen todas las autoridades y en especial los Órganos Judiciales, deberá tomar en cuenta lo que prevea tanto la Constitución como los diversos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte¹⁴.”

En este esquema se consideran incluidas como fuentes directas en materia de derechos humanos los derechos humanos contenidos en la Constitución, los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales de que México sea parte, puede ser un tratado de derechos humanos o también un tratado que contenga derechos humanos, además de la jurisprudencia nacional en materia de derechos humanos y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

En relación al control difuso que se establece en el artículo primero constitucional, la siguiente tesis señala que todos los jueces de la República Mexicana están obligados a dejar de

12 SPECTOR, HORACIO, Derechos humanos, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen dos, Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015 p. 1522.

13 WITKER (*supra* nota 2), p. 40.

14 WITKER (*supra* nota 2), p. 41.

aplicar aquellas leyes al caso concreto que contravengan los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 10. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 10. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia¹⁵.

La internacionalización de los derechos humanos ha llegado a todos los ámbitos en donde se aplique la justicia penal aplicando los principios morales fundamentales. Indudablemente la historia indica que la noción de derechos humanos es indispensable. Nunca antes la ética había tenido tanta significación en la dirección de los asuntos humanos. Somos testigos de una nueva etapa en la que la frontera entre el derecho y la moral se desdibuja¹⁶.

V. *Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales.*

Luigi Ferrajoli en su teoría garantista propone una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales, así propone un fundamento teórico (razón), un fundamento jurídico (fuente), un fundamento axiológico (justificación) y uno histórico y sociológico (origen).

Siguiendo a Aguilera y López, Ferrajoli establece cuatro criterios para reconfigurar el fundamento axiológico de derechos humanos:

15 Décima Época. Registro: 160589. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXVII/2011(9a.), p. 535

16 SPECTOR (*supra* nota 12), p. 1563.

- a) *Conexión entre derechos fundamentales e igualdad.* Este criterio está relacionado con el principio clásico de igualdad que ha sido incorporado por las distintas revoluciones liberales. También propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del “constitucionalismo global” para establecer niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados.
- b) *Conexión entre derechos fundamentales y democracia.* Dicha teoría concibe a la *democracia constitucional* bajo dos ópticas: una procedimental y otra sustancial. La primera dimensión se refiere exclusivamente a la forma mediante la cual se tomarán las decisiones en el Estado, la dimensión sustancial de democracia nos habla sobre lo que es o no decidible en el marco del Estado constitucional o, dicho en términos más simples, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.
- c) *Conexión entre derechos fundamentales y paz.* Esta implicación y valor surge de la filosofía jurídica contractualista de Thomas Hobbes, de quien Ferrajoli ha tomado diversos criterios para su propuesta iusfilosófica. Según Hobbes, el paso del *status naturalis* al *status civilis* se consiguió a través del pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviatán*. El objetivo prioritario del pacto social es alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz, pero a costa de una dejación absoluta de los derechos naturales del individuo al Estado. En este sentido, tenemos que aportar críticamente que la dialéctica entre libertad y seguridad o derechos y paz es saldada negativamente en Hobbes a favor de la paz.
- d) *El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.* Se clasifican los factores negativos que intervienen en las decisiones del Estado. Estos fenómenos han sido denominados por Ferrajoli como “micro” y “macro” poderes, públicos o privados creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado. En este sentido, estos “poderes” se ven manifestados a través de fenómenos como la criminalidad, el narcotráfico, la corrupción o el clientelismo. Para Ferrajoli, la sociedad actual se encuentra en un estado salvaje de naturaleza donde la ley del más fuerte en materia económica, política o social, impera sobre la legalidad y el Estado de derecho¹⁷.

VI. Conclusiones.

El derecho penal contemporáneo se ha separado de los principios axiológicos proclamados por el Estado Constitucional de derecho, es necesario reconducir los valores universales proclamados por los derechos humanos para lograr que el *ius puniendi* retome el camino democrático y de respeto a la dignidad humana.

El sin sentido de un populismo penal desquebraja todo el sistema de derechos y principios que proclama la democracia, por lo que la propuesta es retomar el camino de respeto a los derechos humanos desde la concepción y creación del derecho penal hasta su puesta en marcha.

17 AGUILERA PORTALES; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2011, pp. 67–69.

La constitución se erige no solo como eje regulador sino como eje integrador de los principios y valores universales, por lo que quizá es momento de replantear el contenido y aplicación de la norma penal para que prevalezca la congruencia con los derechos humanos.

Bibliografía.

- AGUILERA PORTALES; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2011, pp. 49–82.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, colección el derecho a la justicia dirigida por Elías Díaz, versión castellana Ernesto Garzon Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BECHARA, LLANOS ABRAHAM ZAMIR, Estado Constitucional de Derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy, *Saber, Ciencia y Libertad*, pp. 63–76.
- BERNAL, CARLOS, *Estudio introductorio a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. 2a Ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2007, p. XLIII.
- FERRAJOLI, LUIGI, La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos, en Ferrajoli, Moreso, Atienza. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 117–132.
- FERRAJOLI, LUIGI, Pasado y futuro del Estado de Derecho, *Revista Internacional de Filosofía política*, núm. 17, 2001, pp. 31–46.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JORGE, Estado Constitucional de Derecho, poder judicial y derechos humanos en *Enfoques Jurídicos*, año 5, núm. 9, enero-junio 2024, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, Universidad Veracruzana, pp. 35-53.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*. Primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- SOBREVILLA, DAVID, El Modelo Jurídico de Reglas, Principios y Procedimientos de Robert Alexy, *Isonomía*, núm. 4, abril 1996, pp. 97–113.
- SPECTOR, HORACIO, Derechos humanos en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen dos, Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015 (pp. 1521–1570)
- WITKER, JORGE, *Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2016, pp. 29–48.

Sergio Rodríguez Prieto

14. El Minimalismo Jurídico en el Sistema Penal Garantista.

Resumen: El sistema penal actual se ha complicado demasiado en su estructura dogmática, así como legislativa y operativa, por lo que se necesita modificarlo a fondo para eficientar su aplicación. Por ello la propuesta de un minimalismo jurídico en el orden normativo, y por ende procesal, así como la idea de un nuevo modelo de enseñanza que se ajuste totalmente a los principios del garantismo penal, propio de los sistemas democráticos del siglo XXI.

Palabras clave: Garantismo, Sistema Penal Garantista, Minimalismo Jurídico, Nuevo Modelo de Enseñanza.

Abstract: The current penal system has become too complicated in its dogmatic, as well as legislative and operational structure, so it needs to be thoroughly modified to make its application more efficient. Hence the proposal of a legal minimalism in the normative order, and therefore procedural, as well as the idea of a new teaching model that fully conforms to the principles of criminal guarantees, typical of the democratic systems of the 21st century.

Keywords: Guarantees, Guarantist Penal System, Legal Minimalism, New Teaching Model.

Sobre el minimalismo jurídico.

Ya desde el año de 1989, Luigi Ferrajoli nos mostraba los diez axiomas del garantismo penal, de los cuales, para el presente trabajo, rescato, de inicio, el identificado como “principio de *necesidad* o de economía del derecho penal” (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*), y expuesto básicamente de la forma siguiente:

“...Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo. Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la <verdad formal>. Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del favor rei, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio in dubio pro reo, la absolción en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía in bonam partem, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. En todos estos casos tenemos, ciertamente, discrecionalidad. Pero se trata de una discrecionalidad dirigida a no extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros...”¹.

Y tal economía, resulta claro, no solo se limitaba (como la mayor parte de los comentaristas lo supusieron), el tema de la reducción de las figuras típicas en los llamados código penales, sino a la total estructura del sistema penal, y el propio Ferrajoli lo reitera después: “...Ni se acepta la duda como hábito intelectual y moral, ni se respeta al imputado, al que se ve con frecuencias como culpable o peligroso o, peor aún, como enemigo. El mantenimiento del prejuicio y la tendencia a considerar las acusaciones como incuestionables son los elementos característicos de la nunca desaparecida lógica inquisitorial...”².

Como respuesta a esta visión garantista y minimalista, se desarrolla (sobre todo en América Latina) la idea del expansionismo o populismo penal, más o menos explicado esto por Jesús-María Silva Sánchez de la siguiente manera:

“...El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos -de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes-, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de

1 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 104.

2 FERRAJOLI, LUIGI, *Los Derechos y sus Garantías, Conversación con Mauro Barberis* Trotta, Madrid, 2016, p. 17.

la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían —o no con la misma incidencia—, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como <bienes escasos>, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores...”³.

En otras palabras, como también lo afirma, por otra parte Eugenio Raúl Zaffaroni: “...punitivismo populachero impulsor de reformas legislativas de mensajería, de mera recadería política para obtener votos o para no perderlos...”⁴.

Esta lucha entre intervención mínima/expansionismo/populismo se manifestó plenamente en el Estado de Aguascalientes, perteneciente a los Estados Unidos Mexicanos, a principios del presente siglo: el Congreso de dicho estado, aprobó por unanimidad, el 29 de mayo del año 2003, la “Legislación Penal del Estado de Aguascalientes”, publicándose en consecuencia en el Periódico Oficial el Decreto Número 97 el 21 de julio de 2003, en el que se ordenaba la entrada en vigencia de tal normatividad para el 8 de octubre de 2003. ¿Cuál la novedad? Pues que en ese solo documento legislativo, se incluían las normas que tradicionalmente se encontraban (y se encuentran) separadas en un código penal, leyes administrativas especiales, código de procedimientos penales y ley de ejecución de sentencias penales, y tomando como orden de exposición en su articulado, los diez axiomas o principios del garantismo penal propuestos por Luigi Ferrajoli⁵.

Siendo un texto necesariamente novedoso, generó extrañeza y molestia entre los operadores jurídicos, al grado tal que se exigía el veto de tal texto, no obstante, su publicación legal. Quizá por ello, se presentaron situaciones ilógicas, como la siguiente: establecido un plazo para adecuar diversas normas relacionadas a la citada normatividad penal (sobre todo las denominadas leyes orgánicas de diversas instituciones públicas), estas no se hicieron, por lo que se pospuso su entrada en vigencia hasta el 15 de enero de 2004, y justo cuando se hacían los ajustes necesarios, se presentó iniciativa para la re-inclusión de las figuras típicas suprimidas inicialmente, precisamente las identificadas como amenazas, injurias, calumnia, difamación, discriminación, violencia familiar y explotación de grupos socialmente desfavorecidos, y como consecuencia, su aprobación y otro cambio de entrada en vigencia, hasta el 16 de febrero de 2004. Obviamente, ello rompió con la idea de la intervención mínima.

3 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La Expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 25.

4 ZAFFARONI, E. RAÚL, *Dogmática jurídico penal para nuestra América. Diálogos*, Ediar, Buenos Aires, 2023, p. 94.

5 1) Principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación. Ferrajoli (*supra* nota 1), p. 93.

¿Era lógica y necesaria la elaboración de una normatividad como la explicada en esas condiciones y en ese tiempo? Se entiende que sí, y que, además, al cubrir ya todas las exigencias garantistas que se manifestaron con la reforma constitucional de junio del 2008 en los Estados Unidos Mexicanos, debió mantenerse su estructura, sin embargo, y so pretexto de tal cambio constitucional, se abrogó en su totalidad. Pero después de ocurrido aquello, se encuentra lo siguiente:

“...En estas condiciones, la simple reserva de ley orgánica, esto es, el principio según el cual ningún hecho es punible si no está previsto y castigado por una ley del Estado, no es suficiente para garantizar la claridad y la certeza del derecho penal; de ahí, su cognoscibilidad y su capacidad reguladora frente a ciudadanos o jueces. Por eso he propuesto reiteradamente, desde hace años, su refuerzo mediante su transformación en reserva de código, entendiéndolo con esta expresión el principio, mucho mejor si de rango constitucional, según el cual ninguna norma puede ser introducida en materia de delitos, de penas o de procedimientos penales sino mediante una modificación o una integración del texto del código penal o del procesal, que debería aprobarse con un procedimiento legislativo agravado. Resumiendo: todo el derecho penal en los códigos, nada fuera de los códigos...”⁶.

Así, entonces, válida aún más hoy en día, la propuesta que se plantea de conformar un minimalismo jurídico en el sistema penal garantista. “...Gracias a la reserva de código tendríamos un código mucho más voluminoso que el actual pero incomparablemente más simple y accesible que ese piélagos de normas penales hoy insertas en las innumerables leyes especiales...”⁷.

Y, ¿cómo se haría ello? Evidentemente con la conformación de un único texto legal⁸, un modelo integrado de derecho penal, en el que se regulen la totalidad de las variables que conformarían el sistema penal garantista, atendiendo a los básicos principios que sustentan tal tendencia⁹, y los ya referidos axiomas explicados por Luigi Ferrajoli. ¿Cuál sería el orden del articulado?

a) Elaboración de las figuras típicas y/o tipos penales, integradas a partir de dos básicos apartados: descripción de determinado evento antisocial y señalamiento de la consecuencia jurídica que pueda recibir quien sea declarado penalmente responsable (vía debido proceso), en términos de punibilidad¹⁰. Tal descripción deberá centrarse en las maneras en que se pueda afectar fácticamente específico valor social (que por ello alcanzaría el nivel de ‘bien jurídico’), entendiéndolo por éste “...*todo interés vital del individuo o de la colectividad protegido por la ley penal...*”¹¹. El orden de exposición de las figuras típicas y/o tipos penales lo será a partir de la comprensión que se tenga del ‘bien jurídico’ de mayor valor social, y por ende, el mayor rango de ‘punibilidad’

6 FERRAJOLI (*supra* nota 2) p. 20.

7 FERRAJOLI (*supra* nota 2), p. 21.

8 Legislación Penal Nacional.

9 Debido proceso, presunción de inocencia, el que acusa está obligado a acreditar los supuestos de tal acusación.

10 “...*Privación o restricción coactiva de bienes del sujeto que realice la conducta antisocial...*”. Islas de González Mariscal, Olga, “Modelo Lógico del Derecho Penal”, García Ramírez/Isas de González (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 390.

11 González Quintanilla, J.A., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 2009, p. 648. Citado por Astraín Bañuelos, Leandro Eduardo, *El Bien Jurídico. Discusiones Actuales con Especial Referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 183.

que corresponda para ello. Se atenderá en este supuesto, el tema de proporcionalidad sugerido en la parte final del primer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹², o como lo aclara Zaffaroni: “...la proporcionalidad como límite máximo de la respuesta punitiva no se deriva de ningún modelo de estado inexistente ni de ninguna atribución imaginaria de funciones del poder punitivo, sino de la racionalidad que impone el principio republicano de gobierno...”¹³. Luego se hará la diferenciación de los figuras típicas y/o tipos penales según se describan hechos de realización dolosa y/o hechos de realización culposa (evitando hasta donde sea posible el uso de los llamados tipos penales abiertos, que exigen para su comprensión el llevar a cabo remisión a normas no penales, así como aquellos que agravan o atenúan la punibilidad)¹⁴; para enseguida diferenciar los de competencia federal, respecto de los de competencia estatal (evitar en este punto la variable de ‘atracción’, so pretexto de ineficiencia estatal). No olvidar que respecto de las figuras típicas de contenido doloso y/o culposo, también diferenciar las que se dirigen a los ‘adolescentes’ y las diversas a personas mayores de 18 años de edad. Y por supuesto, hacer la adecuada configuración de aquellas que puedan identificarse como de delincuencia organizada, en apartado diverso, y que incluyan en la descripción de eventos como ‘punibilidades’, tanto a ‘adolescentes’ como a personas mayores de 18 años de edad. Evitar la construcción de las llamadas ‘figuras típicas de peligro’.

Por supuesto, eliminar de toda normatividad no penal, los apartados de figuras típicas que inadecuadamente se contemplan en aquella y trasladarlas a la ley que se propone, o dejarlas simplemente como variables de materia administrativa. En México, existen varios ejemplos de normativas incongruentes que pretenden, bajo diversos supuestos evidentemente contradictorios, ‘prevenir, erradicar y sancionar’ concretos hechos¹⁵, que obviamente rompen con los principios del sistema penal garantista, en todos los sentidos.

b) Una vez realizado lo anterior, proceder a la configuración de las normas ampliadoras del tipo, es decir, los supuestos de validez de la norma típica (espacial o territorial, temporal, personal), y necesariamente las reglas de la autoría, participación y complicidad (para lograr con ello la adecuada realización de la ‘imputación objetiva’, y la posterior, en su caso, ‘imputación subjetiva’), con especial referencia al tema de la ‘delincuencia organizada’ en estos márgenes de intervención en el ‘hecho punible’.

c) Paso siguiente, el establecimiento de las reglas del ‘debido proceso’, destacándose por supuesto que el proceso en un sistema penal garantista servirá para esclarecer y valorar jurídicamente un hecho producido, y ello ocurre en dos etapas definitorias: “...1).– La fase de investigación tiende a poner de manifiesto, en primer lugar, la existencia objetiva del hecho; en segundo lugar, la toma en consideración por el Derecho Penal de ese hecho, es decir, si se trata

12 “...Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado...”.

13 ZAFFARONI (*supra* nota 4), p. 106.

14 “...Aparecieron nuevos tipos penales, con abundancia de elementos normativos, remisiones a reglamentaciones, leyes penales en blanco, tipificación de actos preparatorios, problemas de definición del bien jurídico, de imputación objetiva y también subjetiva, en cuanto a la exigencia de conocimientos efectivos, de comprensión de la antijuridicidad, etcétera...”, Zaffaroni (*supra* nota 4), p. 71.

15 Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas; Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, por ejemplo.

de un acto punible o no; y, por último, entrando en el terreno subjetivo ya, si ese hecho punible puede ser imputado con fundamento a una persona; y 2) Determinado y constatado el hecho, las circunstancias subjetivas, la fase de enjuiciamiento (procedimiento principal) sirve para sentar el análisis definitivo del hecho punible y sus consecuencias jurídicas, produciéndose el fallo de culpabilidad o inocencia en relación con el hecho enjuiciado, con expresión, en su caso, de la cantidad de pena a cumplir...¹⁶. Así, son 'partes fundamentales' en la estructura del 'hecho punible' la 'víctima' y el 'victimario' (siendo éste último el que puede adquirir el carácter de 'imputado'), quien será objeto de coacción estatal, puesto que se convierte en materia de actos de investigación y también en medio de prueba. Además, son precisamente tales sujetos los que son los titulares de específicos derechos, y que son los que deben hacerse efectivos en la estructura del sistema penal garantista. En consecuencia, planteado el proceso de tal manera, se establecerían las reglas para desarrollarlo de la forma siguiente:

1) Fase de 'investigación', a cargo de la Fiscalía, pero técnicamente a cargo de la 'policía facultada'. Sirve para la obtención legal del material probatorio necesario y suficiente para realizar o no el ejercicio de la acción penal. Tal investigación se iniciará por denuncia o descubrimiento oficial¹⁷, en la que se establecerá con claridad la necesaria existencia de afectación a específico 'bien jurídico'. Si no hay tal afectación, no existe la obligación de iniciar investigación, por lo que lo primero a comprobar, será en esencia si hubo tal afectación de 'bien jurídico'. Los actos de investigación (obtención de los medios de prueba suficientes para el acreditamiento del 'hecho punible') realizados por la 'policía facultada' tienen poder coactivo, pero limitado, puesto que, si aquellos se traducen en afectación de derechos humanos, tendrán que ser autorizados por la autoridad jurisdiccional. Concluida la investigación (obtención del material probatorio suficiente), la Fiscalía podrá emitir cualquiera de las siguientes determinaciones: i). – No Ejercicio de Acción Penal¹⁸; ii). – Aplicación de Criterio de Oportunidad (para lograr la resolución del conflicto suscitado en sede Fiscalía en la mayor parte de los supuestos que se presenten)¹⁹; o iii). – Ejercicio de Acción Penal. Debe existir además un recurso judicial para forzar, en su caso, el ejercicio de la acción penal.

2) Fase 'intermedia', que se inicia con el ejercicio de la acción penal, y en la cual se dan a conocer al o a los 'victimarios', ante la autoridad judicial, los medios de prueba obtenidos legalmente en la fase de investigación, para estar en condiciones de celebrar la 'audiencia de imputación', en la que se establecerá con total claridad cuál es el 'hecho punible' que se imputa objetivamente a o a los 'victimarios', para que den respuesta a ello. Del contenido de tal respuesta, surgirían entonces diversas variables: i). – La aceptación de haber intervenido en la realización del 'hecho punible' en términos de la imputación objetiva realizada, y respecto de su pre-calificación jurídica, lo que provocaría la suspensión condicional del proceso (que impide resolución

16 GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 40.

17 Olvidarse de los tecnicismos inoperantes actuales, tales como la querrela y las ratificaciones, "delitos" que se persiguen de "oficio" o "a petición de parte", que solamente complican la "configuración" del hecho punible. Fuera ya de lugar el tema del "otorgamiento del perdón" cuando existe el acuerdo reparatorio, tanto en base fiscalía como en base judicial.

18 No existencia de afectación de 'bien jurídico'; imposibilidad de acreditar el "hecho punible"; no existencia de "hecho punible"; o imposibilidad de "imputar" objetivamente el "hecho punible" acreditado.

19 En mayor medida, respecto de aquellos "hechos punibles" realizados sin manifestación de violencia, o de los que puedan encuadrarse en tipos de contenido "culposo".

sobre responsabilidad penal), el acuerdo reparatorio (que impide resolución sobre responsabilidad penal) o el procedimiento abreviado (que facilita la resolución sobre responsabilidad penal, con reducción de la punibilidad prevista en el tipo penal seleccionado); ii). – La no aceptación de haber intervenido en la realización del ‘hecho punible’ en términos de la imputación realizada, que provocaría se ordenara la realización de la ‘audiencia de juicio’ en específica y cercana fecha, en la que se desahogarán los medios de prueba ‘obtenidos’ en la fase de investigación. En todas las variables, solo se emitirán las correspondientes, necesarias e idóneas medidas de apremio, para asegurar el adecuado desarrollo del proceso y la presencia de las partes en la ‘audiencia de juicio’. Obvio, no se incluye en tales medidas, ninguna que se traduzca en privación y/o a afectación de derechos de libertad y propiedad del ‘imputado’.

3) Tercera fase o la de ‘audiencia de juicio’, en la que se busca obtener el acreditamiento del hecho punible base de la imputación (recordar que el que acusa está obligado a probar los planteamientos de su acusación), y su posterior calificación jurídica en términos de <delito> o <no delito>, lo que se entiende se logrará con el desahogo de los medios de prueba obtenidos en la fase de investigación. Si la autoridad jurisdiccional resuelve sobre la existencia del ‘hecho punible’, procederá a realizar su análisis jurídico para resolver sobre la existencia del <delito> o <no delito>, y en el primer supuesto, procederá al establecimiento de la responsabilidad penal del o de los imputados, y con ello clarificar los márgenes de punición, en un dictado de sentencia extremadamente claro... “...No olvidemos que las sentencias no son meros ejercicios de lógica, sino actos de gobierno que operan en la realidad...”²⁰. Evidentemente, la ley establecerá con puntualidad cuáles los elementos a considerar ‘subjétivamente’ para la determinación de la existencia del <delito>²¹, y por ende, la responsabilidad penal del o de los imputados. Obvio, en esta tercera fase, aplica a plenitud el tema de la oralidad, intermediación, concentración y publicidad, y por supuesto, la plena manifestación de la defensa técnica y/o refutación, y más aún cuando se pretenda el acreditamiento en el ‘hecho punible’ imputado, de la ausencia de conducta, la atipicidad, alguna de las causas de justificación o causas de inculpabilidad, por supuestos, debidamente descritas en la norma.

4) Fase de ‘ejecución’ que se realiza a partir de la definitividad de la sentencia condenatoria, y será dirigida, controlada y/o modificada según específicas circunstancias, por la autoridad jurisdiccional facultada para ello, la cual declarará, en su momento, sobre el cumplimiento total de las penas impuestas, penas cuyo contenido y variables de hacerlas efectivas, serán descritas en la norma a plenitud, sin que se rebase su aplicación a la propuesta de punibilidad establecida en el tipo penal, y tomando como planteamiento básico de cumplimiento y modificación, las reglas de la llamada ‘justicia restaurativa’²², que en todo caso, seguirá siendo resolución del conflicto generado con la realización del ‘hecho punible’.

Estas reglas de proceso penal aplican cuando se trata de ‘imputados’ mayores de 18 años de edad, ya que si se trata de adolescentes (personas mayores de 12 años y menores de 18), sobre esta misma base procesal, se realizarán los ajustes propios dadas las características del adolescente, y tomando en cuenta la punibilidad disminuida, que, como dijimos, debe claramente

20 ZAFFARONI (*supra* nota 4), p. 59.

21 En este apartado, los ya poco discutidos conducta (acción/omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

22 Utilizada así, mientras se sustituye el concepto, porque se pudieron ya dar cuenta, de que en el texto, no utilizo en ningún momento, sino hasta ahora, el concepto *justicia*.

establecerse en las figuras típicas correspondientes. No queda claro aún, cabe destacar, el de cómo mantener ese 'garantismo' respecto de la muy relevante variable de la 'delincuencia organizada', que como real problema de 'seguridad pública', se presenta en las sociedades latinoamericanas, pero seguro alguna respuesta de solución surgirá más adelante.

d) Por último, el capítulo que tenga que ver con los medios de impugnación, respecto de específicas decisiones jurisdiccionales, aunque se pretende ahora que las diferencias de valoración y/o criterio aplicados, sean resueltas en mayor medida en audiencia. En este punto (y prácticamente en el desarrollo de todas las audiencias), evitar el protagonismo de los jueces, atendiendo las recomendaciones de Ferrajoli al respecto:

"...a) los jueces y los fiscales deberían ser siempre plenamente conscientes del carácter <terrible> y <odioso> de su poder, como dijeron Montesquieu y Condorcet; es este un poder del hombre sobre el hombre capaz, más que ningún otro, de destruir la vida de las personas²³; b) la duda como hábito, la prudencia en el juicio y la disposición a escuchar todas las diferentes y aún opuestas razones; la conciencia del carácter siempre relativo e incierto de la verdad procesal —probabilista de hecho y opinable en derecho— y por eso, de la permanente posibilidad de errar; las garantías procesales pueden reducir esa posibilidad, pero nunca suprimirla por completo; c) la equitativa comprensión de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada hecho un caso irreductiblemente diferente a todos los demás, aunque subsumibles en la misma previsión legal; por eso, la indulgencia en la valoración de tales circunstancias sobre todo con los sujetos más débiles; d) el respeto debido a todas las partes en causa, víctimas e imputados, sean estos terroristas, mafiosos o corruptos, porque todos están dotados de <igual dignidad social>... de ahí la asimetría que interponen las garantías entre la incivildad del delito y la civildad del derecho como factor de deslegitimación del primero por obra del segundo; e) la capacidad del juez de absolver según lo que resulte de las actuaciones, aun cuando todos reclamen la condena, o de condenar aun cuando todos reclamen la absolucón, preocupándose, no del consenso de la opinión pública, sino de la confianza de las partes en su imparcialidad y en su honestidad intelectual; f) por último, el hábito de sobriedad y reserva que debería manifestarse en el rechazo a hablar de los propios procesos en cualquier sede, tanto más si es ésta pública, en huir de cualquier forma de popularidad y en no dar lugar a la sospecha de una instrumentalización política del ejercicio de la jurisdicción..."²⁴.

También se propone, como lógico complemento de la presente propuesta, un nuevo modelo de enseñanza de lo penal en su conjunto. Básicamente eliminar de los programas de estudio de las carreras de Derecho en Latinoamérica, el viejo formato de *Derecho Penal I*²⁵, *Derecho Penal II*²⁶ y *Derecho Procesal Penal*, para ser sustituido por los cursos que sean necesarios identificados como *Sistema Penal Garantista*. Los procesos de transformación del sistema penal en el orden constitucional nacional, no corresponden ya a los modelos de enseñanza pensados para situaciones ya superadas tanto en términos dogmáticos como de respeto a derechos humanos y sus garantías. Procedamos ya a la *constitucionalización* de la enseñanza en materia penal, como así nos lo sugiere Guastini:

23 Y esto aplica tanto a "víctimas" como a "victimarios"; tanto a asesores jurídicos como a defensores.

24 FERRAJOLI (*supra* nota 2), p. 16.

25 Teoría de la Ley Penal, Teoría del Delito y Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad.

26 Delitos en Particular.

“...acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización” del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales...”²⁷.

Además, ya Winfried Hassemer nos decía al respecto que

“...La separación radical entre Derecho penal sustantivo y procesal, constituye uno de los más graves defectos de nuestro sistema de enseñanza, que puede evitarse en alguna medida cuando se investiga en toda su profundidad un problema básico como el analizado por nosotros hasta ahora, en vez de seguir un catálogo sistematizado de problemas concretos...”²⁸. Tampoco olvidar lo comentado por José María Rico: “...No basta, sin embargo, con modernizar las leyes vigentes y ampliar los campos que deberían cubrir; se necesitan asimismo instituciones apropiadas para su aplicación y cumplimiento efectivos. Por ello, cualquier programa de reforma legislativa debe incluir también los cambios administrativos y judiciales necesarios para asegurar la realización de este objetivo y la posibilidad de promulgar códigos unificados en diversas zonas geográficas...”²⁹.

Se agrega: también se deben incluir nuevos modelos de enseñanza.

Y, ¿cómo realizar esta última parte? La conformación de un minimalismo jurídico³⁰ en el sistema penal garantista, tiene como principio rector el de la presunción de inocencia, mediante el cual se concluye con la idea de que el <delito> es un fenómeno de carácter estrictamente jurisdiccional, ya que a partir de la plena verificación de la existencia del hecho punible, corresponde a la autoridad judicial, y solo a la autoridad judicial, el de calificar de <delito> o <no delito> al señalado hecho punible, el cual, no perderá por ello ninguna de sus características, correspondiéndole también sólo a la autoridad judicial el verificar la existencia o no existencia del hecho punible, y el que por cierto, no será conocido de manera directa, sino solo por medio de específicas pruebas, cuya eficacia legal será determinante. Se reitera: el <delito> no se encuentra en la legislación penal, ya que en ésta, por medio de los tipos penales, describe solo eventos antisociales, con la pretensión de regular conductas en las relaciones humanas cotidianas, al establecer también las consecuencias jurídicas identificadas como penas, pero en términos de punibilidad³¹. Ya lo explicamos arriba. El <delito> tampoco se encuentra en la sociedad, puesto que ahí se manifiestan solamente los hechos punibles que provocan la existencia de víctimas, ofendidos

27 CARBONELL, MIGUEL, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

28 HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 145.

29 RICO, JOSÉ MARÍA, *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina*, Siglo XXI Editores, México, 1997, p. 28.

30 No confundir con lo afirmado por Alessandro Baratta en “Principios del Derecho Penal Mínimo” (Para una Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal, expuestos en la Universidad del Sarre en el año de 1987. BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología y Sistema Penal*, Montevideo, B de F, Ltda, 2004, p. 299).

31 “...Los imperativos o prohibiciones jurídicas pretenden motivar a la generalidad, no solo las conductas de las personas imputables. De modo que los imperativos de las normas penales van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables o no culpables, entre otras cosas porque, como han destacado Baumgarten y Jescheck, en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal...”. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Estudios Penales*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1991, p. 78.

y victimarios, y serán precisamente tales hechos punibles los que se convertirán en el material de investigación y valoración de las instituciones que conforman el sistema penal, y se pueda concluir jurisdiccionalmente si tienen el carácter de <delito> o <no delito>.

Así que, el modelo de enseñanza que se propone parte de la esencial idea de que el <delito> no es un fenómeno estrictamente legal o formal; de que no lo es tampoco en pleno sentido social; y de que sí lo es como fenómeno procesal, y solo en la medida en que se respeten en forma plena, los derechos y garantías que se establecen para esto en la convencionalidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y normas secundarias relacionadas: debido proceso, pues. Y ya comentamos que la propuesta teórica de tales garantías penales y procesales se encuentra en los diez axiomas del garantismo penal o sistema garantista propuestos por Luigi Ferrajoli³². Y según este modelo y concretizando tales axiomas, "...no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos..."³³. Todo esto, debidamente sistematizado y reducido al minimalismo propuesto, será el material de trabajo con el que se conformará el nuevo modelo de enseñanza.

En consecuencia, así se plantearían los objetivos generales de los cursos que se proponen:

1. Sistema Penal Garantista I
Objetivo General: Conocer las reglas y principios del sistema contenidos en normas convencionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes secundarias, así como los principios o axiomas del sistema garantista.
2. Sistema Penal Garantista II
Objetivo General: Conocer el contenido de la teoría del tipo penal (elementos del tipo), las reglas del Derecho Penal Mínimo, y los elementos integradores del hecho punible.
3. Sistema Penal Garantista III
Objetivo General: Conocer las fases del proceso penal garantista, las técnicas de investigación u de obtención de pruebas del hecho punible, para llevar a cabo su adecuada valoración por la autoridad jurisdiccional.
4. Sistema Penal Garantista IV
Objetivo General: Conocer cuáles son los elementos del delito, para el establecimiento adecuado de la responsabilidad penal.
5. Sistema Penal Garantista V
Objetivo General: Conocer las llamadas salidas alternas en el proceso penal, contenido de acuerdos reparatorios, en base a la teoría de la retribución y los modelos de justicia retributiva; asimismo conocer los modelos de ejecución de sanciones penales.

32 Tales axiomas "...no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa. Se trata, en otras palabras, de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas que aquí se axiomatizarán da vida a modelos a su vez deónticos, normativos o axiológicos...". FERRAJOLI, (*supra* nota 1), p. 92.

33 FERRAJOLI (*supra* nota 1), p. 103.

De esta manera se iría conformando el minimalismo jurídico en el sistema penal garantista, sujeto a los complementos y ajustes a realizar por cada entidad interesada en ello, y de acuerdo a sus condiciones históricas, sociales, políticas y económicas.

Bibliografía.

- ASTRAÍN BAÑUELOS, LEANDRO EDUARDO, *El Bien Jurídico. Discusiones Actuales con Especial Referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología y Sistema Penal*, Montevideo, B de F, Ltda, 2004.
- CARBONELL, MIGUEL, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*, Trotta, Madrid, 2003.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón.- Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Los Derechos y sus Garantías, Conversación con Mauro Barberis Trotta*, Madrid, 2016.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los Hechos en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *El Sistema de Enjuiciamiento Criminal Propio de un Estado de Derecho*, Inacipe, México, 2008.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, J.A., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 2009.
- HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1984.
- HASSEMER, WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, (Primera Edición), Valencia, tirant lo blanch, 1999.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA, "Modelo Lógico del Derecho Penal", García Ramirez/Islands de González (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 385-398.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, (Cuarta Edición), Granada, Editorial Comares, 1993.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Estudios Penales*, (Primera Edición), Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1991.
- ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio/ feminicidio)*, ONU, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Curso Básico sobre Garantismo*, Inacipe, Mexico, 2018.
- REINER, ROBERT, "La Policía y la Actividad Policiaca", *Manual de Criminología*, 2da. edición, (México), Oxford, 2002.
- RICO, JOSÉ MARÍA, *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina*, (Primera Edición), México, Siglo XXI Editores, 1997.

RODRÍGUEZ PRIETO, SERGIO, *El Concepto Delito*, Ediciones Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 2005.

ROXIN, CLAUS, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, (Primera Edición), Madrid, Reus, 1976.

ROXIN, CLAUS, *Teoría del Tipo Penal*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1979.

SANTIAGO NINO, CARLOS, *Los límites de la responsabilidad penal*, (Primera Edición), Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La Expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

ZAFFARONI, E. RAÚL, *Dogmática jurídico penal para nuestra América. Diálogos*, Ediar, Buenos Aires, 2023.

Miguel Ángel Ballestas Reyes
José Francisco Márquez Guerra

15. Aproximación desde la victimología verde al caso de los ecosistemas colombianos como nuevos sujetos de derechos: Río Atrato y Vía Parque Isla de Salamanca.

Resumen: El presente artículo aborda la declaratoria jurisprudencial de ecosistemas como nuevos sujetos de derechos en Colombia y explora la contribución de la victimología verde en su reconocimiento como víctimas de delitos contra el medio ambiente. A partir de una investigación de tipo cualitativa, basándose en la revisión y síntesis de información jurídica se examinan los casos del río Atrato y el de Vía Parque Isla de Salamanca. Se constatan las dificultades prácticas para la representación legal de los no humanos, lo que abre la necesidad de una redirección del derecho penal tradicional más allá del naturalismo occidental hacia postulados ecocéntricos.

Palabras clave: Victimología verde, justicia ecológica, víctimas ambientales no-humanas, daño ambiental, ecosistemas colombianos.

Abstract: This article approaches the jurisprudential declaration of ecosystems as new subjects of rights in Colombia and explores the contribution of green victimology in their recognition as victims of crimes against the environment. From a qualitative investigation, based on the review and synthesis of legal information, the cases of the Atrato River and the Vía Parque Isla de Salamanca are examined. Key points such as the practical difficulties for the legal representation of non-humans opens the need for a redirection of traditional criminal law beyond Western naturalism towards ecocentric postulates.

Keywords: Green victimology, ecological justice, non-human environmental victims, environmental harm, non-human subjects of rights, ecosystems of Colombia.

Introducción.

La categoría sujeto de derecho ha sido utilizada desde su origen de forma casi excluyente para designar a la persona humana dejando por fuera a los otros seres no humanos categorizados como meras cosas u objetos sobre los que recae el dominio del ser humano¹. Esta construcción dualista binaria recogida por el derecho occidental hunde sus raíces en la concepción antropocéntrica más amplia que opone la cultura y la naturaleza y que diferencia entre sujeto de conocimiento y objeto conocido para designar la relación entre humanos capaces de razón y no humanos carentes de ella, objetos de utilidad². Esta cosmovisión reconoce al ser humano, de manera individual o en asocio colectivo, como único capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, mientras que a los no humanos no se les reconoce íntegramente capacidades de conciencia ni interioridad, siendo concebidos como meros objetos de acuerdo con su definición de bienes, cosas susceptibles de uso y aprovechamiento³.

La distinción entre las personas como seres culturales y la naturaleza como bienes, es reconocida desde la antropología de la naturaleza de Philippe Descola como la ontología del naturalismo occidental⁴ y se distingue de otras ontologías o “formas de organizar las relaciones entre humanos y no humanos” presentes en el mundo y en cuyos sistemas de identificación, los humanos y los no humanos están en relación de equivalencias sociales y no de subordinación sujeto/objeto entre ellos.

El naturalismo occidental produjo a su vez el sistema de conocimiento moderno que facilitó la expansión global del colonialismo europeo desde el siglo XVI e impuso un sistema económico productivista basado en la explotación de los no humanos bajo la categoría de recursos naturales. Los efectos de esta concepción del mundo que pone al ser humano por encima de la naturaleza han sido nefastos tanto para las otras diversas culturas humanas como para los sistemas ecológicos y demás seres no humanos. En los últimos cincuenta años, el conocimiento de las consecuencias disruptivas de las relaciones ecológicas propiciadas por esta concepción antropocéntrica ha permitido el surgimiento de la conciencia de la protección ambiental en el ámbito internacional y se han abierto campos de reflexión para superarlos sobre todo en aquellos estados ricos en diversidad cultural y biológica.

La necesidad de contrarrestar las causas de la crisis ambiental en el planeta ha generado reacciones críticas que imponen reflexividad hacia el modelo occidental dualista que separa naturaleza y cultura proponiendo políticas de gestión y regímenes jurídicos alimentados por concepciones éticas ambientales que van más allá del antropocentrismo ontológico que considera a los humanos como seres superiores a los demás seres de la naturaleza. Según Di Paola:

1 PETEL, MATTHIAS, “La nature: d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 80, no. 1, 2018, p. 207 DOI:<HTTPS://DOI.ORG/10.3917/RIEJ.080.0207> Disponible en <HTTPS://WWW.CAIRN.INFO/REVUE-INTERDISCIPLINAIRE-D-ETUDES-JURIDIQUES-2018-1-PAGE-207.HTM> (visto por última vez 14.08.2024).

2 LATOUR, BRUNO, *Politiques de la nature: Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La Découverte, 1999, p.13.

3 DESCOLA, PHILIPPE, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005, p. 243.

4 DESCOLA, PHILIPPE, “Par-delà la nature et la culture”, *Le Débat*, 114, 2001, p. 100. DOI: <https://doi.org/10.3917/deba.114.0086> Disponible en <HTTPS://WWW.CAIRN.INFO/REVUE-LE-DEBAT-2001-2-PAGE-86.HTM?REF=DOI> (visto por última vez 08.04.2024).

“El antropocentrismo ontológico bautiza al ser humano como el fin o la razón por la cual todo existe y funciona de la manera en que lo hace. A menudo se acompaña, pero no implica ni es implicado por el antropocentrismo moral, que sostiene que los seres humanos son moralmente superiores a todo lo demás en el orden natural”⁵.

En la actualidad se propugna la superación del antropocentrismo y se mantiene una perspectiva en favor de los derechos de la naturaleza se nutre la victimología verde, referida al estudio de los procesos sociales y las respuestas institucionales acerca de las víctimas no humanas de delitos ambientales⁶. La victimología ecológica surgió como una propuesta ecocéntrica desde los estudios de política victimal teniendo como fundamento la necesidad de colmar el vacío de reconocimiento de los no humanos afectados por delitos medio ambientales como víctimas de un “crimen”, siendo excluidas de la visión victimológica tradicional antropocéntrica, que concibe sólo al ser humano como víctima dentro de la estructura normativa del delito⁷.

El presente estudio presenta el caso de la declaratoria jurisprudencial de ecosistemas nuevos sujetos de derechos en Colombia para explorar qué manera la victimología verde podría contribuir a su reconocimiento como víctimas de delitos contra el medio ambiente tales como el ecocidio. Se aborda la problemática existente en torno al resarcimiento del daño ambiental a los ecosistemas y espacios de interés ecológico reconocidos como sujetos de derechos. Las áreas protegidas colombianas enfrentan problemáticas como la deforestación, la contaminación del agua, la fragmentación de hábitats e incendios forestales producidos por causas antrópicas provenientes principalmente de la ilegalidad⁸. Estos desafíos amenazan la biodiversidad, la calidad del agua, la estabilidad de los ecosistemas y la vida de las comunidades humanas y no humanas que dependen de ellos. Se considera que la óptica de la victimología verde puede ser crucial para garantizar la continuidad de los procesos ecológicos y el bienestar de las diversas poblaciones y comunidades locales y de los no humanos en Colombia.

A partir de una investigación de tipo cualitativa, basándose en la revisión y síntesis de información jurídica se examina el estado de cosas en materia de nuevos sujetos de derechos no-humanos en la jurisprudencia colombiana y se explora la posibilidad de extender los postulados del reconocimiento a la representatividad de los ecosistemas como víctimas a partir del estudio de caso de la declaratoria de sujeto de derecho del río Atrato y Parque Vía Isla de Salamanca.

En el primer acápite se discuten los alcances de los aspectos teóricos de la victimología verde que contribuyen al reconocimiento de los no humanos como víctimas de delitos ambien-

5 DI PAOLA, MARCELLO, *Virtue, Environmental Ethics, Nonhuman Values, and Anthropocentrism*. *Philosophies*, 9(1), 2024, p 4. DOI: <HTTPS://DOI.ORG/10.3390/PHILOSOPHIES9010015> Disponible en <HTTPS://WWW.MDPI.COM/2409-9287/9/1/15> (visto última vez 12.04.2024).

6 WHITE, ROB, “Environmental victimology and ecological justice”. In *Crime, victims, and policy: International contexts, local experiences*, 2015, p. 33. DOI: <HTTPS://DOI.ORG/10.1057/9781137383938_3> Disponible en <HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/CHAPTER/10.1057/9781137383938_3> (visto por última vez 16.03.2024).

7 SKINNIDER, EILEEN, *Victims of Environmental Crime—Mapping the Issues*, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2011, p. 23. Disponible en <HTTPS://GLOBALINITIATIVE.NET/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/ICCLR-VICTIMS-OF-ENVIRONMENTAL-CRIME.PDF> (visto por última vez 13.03.2024).

8 RAMÍREZ, NATALIA ELISA Y LEGUIZAMON, WILMER YESID, “La naturaleza como víctima en la era del posacuerdo colombiano”, *El Ágora U.S.B.*, Vol. 20, 2020, p. 267-268. DOI: <HTTPS://DOI.ORG/10.21500/16578031.4296> Disponible en <HTTPS://REVISTAS.USB.EDU.CO/INDEX.PHP/AGORA/ARTICLE/VIEW/4296> (visto por última vez 17.03.2024).

tales y su resignificación en el proceso de resarcimiento de daños. Posteriormente se describe el panorama actual de los nuevos sujetos de derecho y su representatividad desde la jurisprudencia colombiana. Finalmente, se analizan las implicaciones y desafíos en la inclusión de los nuevos sujetos de derecho no-humanos como víctimas en los delitos ambientales en Colombia desde los aportes de la victimología verde.

Se concluye que la adopción de un enfoque victimológico verde ecocéntrico en el derecho penal colombiano marcaría un avance en la protección de los no humanos como víctimas de delitos ambientales. Aunque se enfrentan desafíos prácticos como el de establecer mecanismos de representación legal adecuados y replantear el derecho penal desde una dirección ecocéntrica este enfoque inclusivo promueve un equilibrio justo entre los derechos humanos y los de los no humanos o “naturaleza”, allanando el camino hacia un futuro sostenible para las nuevas generaciones.

1. *Aportes de la victimología verde a la resignificación del concepto de víctima y sus efectos en el resarcimiento del daño ambiental.*

La victimología es la ciencia multidisciplinar que estudia los procesos de victimización en todas sus dimensiones, conceptualizaciones y enfoques disciplinares⁹, también se encarga de abarcar a la víctima, su personalidad, características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, relaciones con el delincuente, y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito¹⁰. De esta ciencia nace la victimología verde o ecológica, la cual se deriva del enfoque victimológico crítico, el cual busca ampliar el concepto de víctima y reconoce que los perpetradores también pueden ser víctimas de circunstancias sociales injustas.

Angkasa afirma que “la victimología verde sugiere una definición más amplia de víctima que incluye también la victimización de actores no humanos como animales, árboles o ríos”¹¹.

La victimología verde aboga por cambios radicales para prevenir la victimización y proteger los derechos de las víctimas (humanos y no humanos) del daño ambiental y propone una resignificación del concepto de la víctima mediante los postulados que ofrece el ecocentrismo como forma de relacionamiento moral inclusivo con los no humanos como sujetos de derechos. En términos generales, el ecocentrismo sostiene que los ecosistemas, así como todas las formas de vida que los componen, tienen un valor intrínseco, por lo que merecen ser protegidos y preservados independientemente de su utilidad para los seres humanos. Esta perspectiva contrasta con el antropocentrismo (propio del naturalismo occidental), que concibe a los seres humanos como el centro de las consideraciones éticas y la razón de ser de las estructuras sociales,

9 MONTALVO VELÁSQUEZ, CRISTINA, *Tipologías Victimológicas Del Conflicto Interno Armado Colombiano*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2021, p. 42–43. [HTTPS://MANGLAR.UNINORTE.EDU.CO](https://manglar.uninorte.edu.co) Disponible en <[HTTPS://MANGLAR.UNINORTE.EDU.CO/HANDLE/10584/9869?SHOW=FULL](https://manglar.uninorte.edu.co/handle/10584/9869?SHOW=FULL)> (visto por última vez 11.04.2024)

10 HALL, MATTHEW, “Environmental harm and environmental victims: Scoping out a ‘green victimology’”, *International Review of Victimology*, Vol. 20, 2014, p. 129–143. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.1177/0269758013508682](https://doi.org/10.1177/0269758013508682)> Disponible en <[HTTPS://JOURNALS.SAGEPUB.COM/DOI/10.1177/0269758013508682](https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0269758013508682)> (visto por última vez 18.04.2024)

11 ANGKASA, “Green Victimology Perspective the Law Number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management”, *Journal Media Hukum*, 27(2), 2020 p. 229. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.18196/JMH.20200153](https://doi.org/10.18196/jmh.20200153)> Disponible en <[HTTPS://JOURNAL.UMY.AC.ID/INDEX.PHP/JMH/ARTICLE/VIEW/9926](https://journal.umy.ac.id/index.php/jmh/article/view/9926)> (visto por última vez 17.03.2024)

lo cual relega a “la naturaleza” a ser valorada en términos de su utilidad para los seres humanos¹².

La concepción ecocéntrica genera un cambio en la relación entre los seres humanos y los no humanos desde la regulación jurídica. Dicha relación contribuye a desvincular a los ecosistemas con el concepto tradicional de bien¹³, acercándose a la visión de ecosistemas como sujeto de derechos. La victimología verde recoge esta corriente de pensamiento para ofrecer nuevas respuestas a las víctimas no humanas a consecuencia de delitos contra el ambiente entendiendo las categorías de victimización desde un punto de vista de justicia ecológica¹⁴.

Esta vertiente victimológica crea un cambio disruptivo en la interpretación de la política victimal debido a que desde originariamente el derecho penal se relaciona íntimamente con el antropocentrismo. Los autores Daniela Camacho Vinuela y Brayan Chávez explican esta relación de la siguiente manera: “Se deriva de los diferentes procesos sociales que han buscado reconocer al ser humano como sujeto de derecho con el fin de consagrar una protección inmediata frente a violaciones a raíz de hechos enmarcados por la violencia”¹⁵. Esta forma de abordar el derecho penal genera problemáticas interpretativas cuando se plantean estudios de tipos penales que no necesariamente centran el perjuicio en el ser humano. Este es el caso de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en Colombia, donde el bien jurídico tutelado es el ecosistema en su integridad, trascendiendo al ser humano.

La protección jurídica de los no humanos surge de la necesidad globalmente reconocida de dar una respuesta contundente a las transgresiones que sufren otras formas de vida por parte de actores humanos. Dichas transgresiones introducen al concepto de daño ambiental, que en palabras del profesor Mario Peña Chacón se considera cómo: “toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo algún elemento constitutivo del concepto de ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas”¹⁶. Bajo esta premisa, se constituye un concepto de daño en donde la acción u omisión jurídicamente relevante es la causada por el ser humano.

Al abordar los tipos penales ambientales desde una visión antropocéntrica, se minimiza el impacto del daño ambiental en los casos concretos debido a que estos crímenes son vistos como una clase de delitos “sin víctimas”, toda vez que una gran parte de los crímenes ambientales no generan repercusiones inmediatas a las personas que habitan el territorio afectado. En muchos casos el perjuicio resultante puede ser poco perceptible a lo largo del tiempo¹⁷. Esto significa que,

12 GIMÉNEZ, TERESA, “De la justicia climática a la justicia ecológica: los derechos de la naturaleza”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2020, p. 11. DOI: <https://doi.org/10.17345/rcda2842> Disponible en <[HTTPS://REVISTES.URV.CAT/INDEX.PHP/RCDA/ARTICLE/VIEW/2842](https://REVISTES.URV.CAT/INDEX.PHP/RCDA/ARTICLE/VIEW/2842)> (visto por última vez 17.03.2024)

13 El cual hace alusión a una utilidad o beneficio. Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho.

14 WHITE, ROB, “Green victimology and non-human victims”, *International Review of Victimology*, Vol. 24, 2018, p. 243-244. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.1177/0269758017745615](https://doi.org/10.1177/0269758017745615)> Disponible en <[HTTPS://JOURNALS.SAGEPUB.COM/DOI/10.1177/0269758017745615](https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0269758017745615)> (visto por última vez 13.03.2024)

15 CAMACHO, DANIELA Y CHÁVEZ BRAYAN, “La teoría biocéntrica como fundamento protector de la naturaleza en la actividad económica”, *FORO Revista de Derecho*, 2023, p. 10. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.32719/26312484.2023.39.1](https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.1)> Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UASB.EDU.EC/INDEX.PHP/FORO/ARTICLE/VIEW/3867](https://REVISTAS.UASB.EDU.EC/INDEX.PHP/FORO/ARTICLE/VIEW/3867)> (visto por última vez 15.03.2024)

16 PEÑA CHACÓN, MARIO, “Daño ambiental y prescripción”, *Revista Judicial*, 2013, p. 118. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/TABLAS/R31079.PDF](https://www.corteidh.or.cr/tablas/R31079.pdf)> (visto por última vez 15.03.2024)

17 SKINNIDER (*supra* nota 7), p. 27.

aunque se haya cometido un delito contra el medio ambiente, los efectos negativos en los seres humanos pueden manifestarse gradualmente o de manera paulatina. Como consecuencia de lo anterior, se genera una problemática que se puede traducir en poca efectividad material en el derecho penal ambiental, haciendo difícil trazar una línea clara entre el causante del daño y quienes sufren sus consecuencias. Esta se ve profundizada al considerar la dificultad en identificar y cuantificar a las víctimas de los delitos contra el medio ambiente¹⁸.

A diferencia de los delitos tradicionales que afectan directamente a personas o propiedades, los delitos ambientales a menudo tienen impactos indirectos y difusos en la salud humana y en el equilibrio de los ecosistemas. La falta de consecuencias directas, a menudo, tiende a desdibujar el nexo causal entre la conducta delictiva y sus consecuencias ambientales resultando complejo de establecer en instancias de la investigación del delito. En muchos casos, múltiples factores contribuyen a la degradación ambiental, y es difícil atribuir de manera clara y directa el daño a una única acción delictiva. Esto puede generar obstáculos en la recolección de pruebas y en la aplicación efectiva de sanciones penales.

Para dar resolución a estas problemáticas, la victimología verde propone una nueva forma de concebir a la víctima que toma distancia de la visión tradicional de la victimología. El término de víctima ambiental alude a una visión expansiva del concepto de víctima, incluyendo a los no humanos como principales afectados. Además, mediante esta nueva perspectiva se reconoce que la víctima ambiental en la mayoría de casos está involucrada en una relación de poder, dominación y explotación constante con el perpetrador¹⁹. De estos postulados aflora un nuevo paradigma que resalta la necesidad de abordar las relaciones de poder injustas que subyacen en la degradación ambiental y sus consecuencias para todas las formas de vida afectadas.

Este cambio de paradigma nace de la premisa de que la victimización en materia ambiental no es una categorización exclusivamente humana. Esto obedece a que, si bien la conducta antijurídica es indivisible de acciones u omisiones de las personas, los afectados de estas conductas no deben ser categorizados exclusivamente en la sociedad humana. Existen una gran variedad de afectados que se generan a raíz de la influencia gravosa del ser humano con relación a su entorno, por lo tanto, dependiendo del tipo de víctima afectada por acciones que generan daño ambiental, se pueden presentar una variedad de enfoques que desarrollan y entienden a cada una.

Según el criminólogo Rob White²⁰ estas pueden ser categorizadas en tres: *Environmental justice* (donde los afectados son directamente los humanos), *Ecological justice* (vertiente que concibe al humano como parte de un ecosistema mucho más grande y complejo que debe ser protegido por derecho propio) y *Species justice* (Los animales son entendidos como sujetos sintientes que tienen el derecho intrínseco a no sufrir abusos y las plantas a no sufrir la degradación

18 WASHINGTON, HAYDN, PICCOLO, JOHN, KOPNINA, HELEN, Y SIMPSON FERGUS, Ecological and social justice should shington, Haydn, Piccolo, John, Kopnina, Helen, y Simpson Fergus. "Ecological and social justice should proceed hand-in-hand in conservation", *Biological Conservation*, 290, 2024. DOI: <HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.BIOCON.2024.110456> Disponible en <HTTPS://RESEARCHPORTAL.NORTHUMBRIA.AC.UK/EN/PUBLICATIONS/ECOLOGICAL-AND-SOCIAL-JUSTICE-SHOULD-PROCEED-HAND-IN-HAND-IN-CONS> (visto por última vez 12.03.2024)

19 WHITE (*supra* nota 6), p. 39.

20 WHITE, ROB, *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective*, Great Britain, Policy Press, 2013, p. 15–16. DOI: <HTTPS://DOI.ORG/10.2307/1.CTT9QGSQ7> Disponible en <HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/1.CTT9QGSQ7> (visto por última vez 12.03.2024)

injustificada y desproporcionada de su hábitat)²¹.

De esta manera, dependiendo del enfoque victimológico que se dé a los estudios sobre las víctimas y el proceso de victimización de delitos ambientales, se puede abrir paso a perspectivas más amplias y profundas sobre el daño ambiental y las repercusiones sobre estas en especial las no humanas. De allí nace el interés de esta área en resignificar el concepto de “sujeto de derechos” teniendo en cuenta la ampliación conceptual que ha sufrido en los últimos años para integrar a los no humanos.

En la historia del derecho no es novedad que la definición de sujeto de derecho varíe con relación a las necesidades sociales del momento, debido a que halla su génesis en el concepto de persona, que según Valencia Zea y Ortiz:

En sentido jurídico, la palabra persona no indica un ente o un ser, ni mucho menos la realidad antropológica del ser humano; es simplemente una construcción jurídica, es decir, un concepto abstracto que sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares (o sujetos) de derechos subjetivos [...]. El orden jurídico capacita para ser sujeto de derechos o persona a todos aquellos seres en quienes se encuentra la suficiente potencialidad para gobernar sus bienes y poderlos hacer valer frente a los demás²².

En este sentido, dogmáticamente no existen impedimentos que de manera concreta restrinjan a los no-humanos a ser sujetos de derecho. Esto ya es una realidad, la tendencia de declarar como sujetos de derechos a ecosistemas por las diferentes instancias judiciales en el mundo ha llevado a las sociedades a ampliar el marco de discusión. Un siguiente paso en el avance del reconocimiento de estos nuevos sujetos de derechos es su representatividad, que debe ser extendida a terrenos donde con anterioridad no han sido tenidos en cuenta en tanto que víctimas.

Para analizar esta situación se remite a los aportes de la investigadora Eileen Skinninder, que ofrece una categorización de víctima en materia ambiental, mediante su rango y tipología. En medio de su categorización presenta una explicación de cómo la ley concibe a las víctimas, el derecho penal, por naturaleza se centra en el individuo como víctima, siendo opuesta a la concepción de daño ambiental (el factor determinante de un delito en materia ambiental) ya que es descrito como una contravención colectiva. La autora menciona que las víctimas medioambientales pueden ser determinadas de forma temporal, siendo categorizadas como víctimas presentes o futuras. Un ejemplo de esto es la afectación a la calidad del aire que puede perjudicar a generaciones futuras o la contaminación paulatina de ecosistemas.

Otra forma de comprender a la víctima es por medio de la multiplicidad de afectados, no midiendo el daño por su gravedad, sino por la magnitud de sujetos que fueron afectados. Una tercera forma de categorizar a la víctima medioambiental es por su extensión geográfica se pueden encontrar características específicas que pueden llegar a definir un tipo de víctima concreta, abarcando delitos como el tráfico ilegal de fauna salvaje, el de los vertidos ilegales y el de transporte de residuos peligrosos²³. De esta manera se evidencia la diversidad y complejidad

21 Los términos pueden ser traducidos cómo: *Justicia medio ambiental*, *Justicia ecológica* y *Justicia de especies*.

22 VALENCIA ZEA, ARTURO Y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO, *Derecho civil: parte general y personas*, Colombia, Bogotá, TEMIS, 2011, p. 354.

23 SKINNINDER (*supra* nota 7), p. 27.

de las víctimas en casos ambientales, destacando la necesidad de considerar tanto aspectos individuales como colectivos en la protección y reparación de los daños ambientales.

Al observar estos parámetros, se permite abrir a la política victimal una comprensión más amplia de la victimización ambiental, reconociendo los impactos sobre los ecosistemas y los seres vivos que los habitan. Adoptar un enfoque ecosistémico ecocéntrico podría impulsar políticas y acciones más efectivas para proteger y preservar el ambiente, debido a que cambiaría el enfoque con el cual se pueden abordar los casos en los cuales el ser humano no es un actor pasivo remarcable. El ambiente suele ser tratado como un recurso casi ilimitado que puede ser explotado sin graves consecuencias. Sin embargo, se advierte que los daños causados pueden ser irreversibles, incluyendo la extinción de especies, la destrucción de paisajes naturales, el cambio climático y afectaciones a los seres humanos. Al reconocer el valor intrínseco de los ecosistemas y su importancia para el bienestar de las estructuras complejas se abren nuevas posibilidades en los discursos de actualidad para la protección efectiva del mismo y el resarcimiento del daño ambiental con fórmulas que descentralizan el foco de atención en el interés de la utilidad humana.

Estas ideas son resumidas por los autores Matthew Hall y Gema Varona de la siguiente manera:

“El daño medioambiental ha ido cambiando de forma de retratarse en los medios y en la cultura popular. Ese retrato construye y reconstruye imágenes de víctimas ideales, definidas por su inocencia, respetabilidad y vulnerabilidad, según sean percibidos en cada cultura y comunidad. Tradicionalmente la naturaleza se ha concebido como una mercancía, dentro de patrones de explotación industrial y consumo, así como un objeto de disputa, en relación con el espacio y los recursos. La victimología verde supone reflexionar sobre prejuicios antropocéntricos: ¿cómo percibir y ser sensibles al sufrimiento de especies no humanas, si no lo somos ante nuestros propios semejantes? ¿Cómo contemplar la otredad de forma más radical dentro del concepto de justicia ecológica?²⁴.”

En última instancia, La victimología verde propone un cambio de paradigma al reconocer que la victimización ambiental no se limita únicamente a los seres humanos, sino que también incluye a los ecosistemas y a los seres vivos que los habitan. Este enfoque amplía la comprensión de las repercusiones reales del daño ambiental y promueve una protección más efectiva del ambiente. Sin embargo, con la actual aplicación antropocéntrica del derecho penal, se minimiza el impacto de estos delitos al ser considerados muchas veces tipos penales “sin víctimas” directas²⁵.

Los efectos perjudiciales sobre los seres humanos pueden manifestarse gradualmente, lo que dificulta su identificación y cuantificación en el marco del derecho penal²⁶. Adoptar un enfo-

24 HALL, MATTHEW Y VARONA, GEMA, “La victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión”, *Revista de victimología*, No. 7, 2018, p. 117. Disponible en <[HTTPS://WWW.HUYGENS.ES/EBOOKS/VICTIMOLOGIA_N7.PDF](https://www.huygens.es/ebooks/victimologia_N7.pdf)> (Visto por última vez 12.03.2024)

25 RAGNHILD, SOLLUND, “Green Criminology: Its Foundation in Critical Criminology and the Way Forward”, *The Howard Journal*, Vol 60 No. 3, (2021), p. 308. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.1111/HOJO.12421](https://doi.org/10.1111/HOJO.12421)> Disponible en <[HTTPS://ONLINELIBRARY.WILEY.COM/DOI/10.1111/HOJO.12421](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/HOJO.12421)> (Visto por última vez 12.03.2024)

26 MOLINA, JAVIER, “Criminología verde. Apuntes sobre una disciplina necesaria”, García Pachón (ed.), *Derecho penal ambiental y reparación de daños a la naturaleza*, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 33-37. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.13072](https://doi.org/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.13072)> Disponible en <[HTTPS://BDIGITAL.UEXTERNADO.EDU.CO/HANDLE/001/13072](https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/13072)> (Visto por última vez 12.03.2024)

que ecosistémico en el derecho penal permite reconocer el valor intrínseco de los ecosistemas y su importancia para el bienestar global. Esto abre nuevas posibilidades para la protección efectiva del ambiente y la reparación del daño ambiental, al tiempo que refleja una comprensión más amplia de la relación con los no humanos y las diversas formas de existencia no occidentales.

2. *El panorama actual de los nuevos sujetos de derecho y su representatividad desde la jurisprudencia colombiana.*

En el panorama colombiano la iniciativa de repensar a los sujetos de derecho fuera de una interpretación tradicional se ha desarrollado mediante decisiones judiciales de gran envergadura con una fuerte visión ecocéntrica que va en consonancia con los valores propuestos por la Constitución Política de 1991. La famosamente llamada “Constitución ecológica”, vista no solo como validez del ordenamiento jurídico y social vigente, sino como un programa de Estado sobre lo que debe hacer y cómo debe actuar para desarrollar las condiciones necesarias para el modelo de sociedad que el constituyente primario planteó, en este caso, para sus ecosistemas y el ambiente en general²⁷.

La protección al ambiente en Colombia es visto como la respuesta a un problema que requiere atención prioritaria. Las altas cortes han admitido en su discurso que el deterioro de los ecosistemas puede conllevar a perjuicios irreparables como la extinción de las especies, la polución, las deforestaciones masivas, entre otras. Estas son cuestiones de gran importancia que requieren de decisiones firmes para disminuir los peligros a los que las presentes y futuras generaciones pueden verse expuestas, decisiones que requieren un cambio en la mentalidad predominante²⁸.

Es en este tipo de decisiones, motivados por la comisión de delitos ambientales, donde se encuentran la Sentencia T-622 de 2016 por parte de la H. Corte Constitucional de Colombia y la Sentencia STC3872 de 2020 de la H. Corte Suprema de Justicia. Ambos organismos judiciales, como máximas autoridades en materia y tribunales de cierre, invitan a evaluar el concepto de naturaleza como sujeto de derechos a partir del engranaje normativa, partiendo de la norma constitucional y del bloque de constitucionalidad sobre la protección del ambiente, evaluando su evolución. A continuación, se presenta un estudio descriptivo de ambas sentencias, destacando los puntos importantes de interés para un enfoque de victimología verde.

2.1 **El reconocimiento del río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos: Sentencia T-622 de 2016 de la H. Corte Constitucional.**

Este fallo judicial tuvo como objeto principal decidir sobre un problema ambiental de gran envergadura, con relación al uso intensivo y a gran escala de métodos de extracción minera y explotación forestal ilegales en el río Atrato y sus alrededores, tipificados como delitos. Estas

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, [HTTPS://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO), 17.06.1992. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/1992/T-411-92.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/T-411-92.HTM)> (Visto por última vez 10.03.2024)

28 MAJIN, HÉCTOR, “Responsabilidad del agente moral en el daño ambiental: ambiente como víctima del conflicto armado”, *Revista Luna Azul*, No. 50, 2020, p. 197. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.17151/LUAZ.2020.50.10](https://doi.org/10.17151/LUAZ.2020.50.10)> Disponible en <[HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/ARTICULO.OA?ID=321769998010](https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321769998010)> (Visto por última vez 12.03.2024)

actividades estaban teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en el ambiente, afectando los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitaban²⁹. La acción de tutela se presentó con el fin de proteger los derechos a la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria, el medio ambiente sano, la cultura y el territorio de estas comunidades³⁰, y para instar al Estado a tomar medidas urgentes para abordar esta grave situación socio-ambiental y la represión de las conductas ilegales.

Dentro de la Ratio Decidendi, La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia destaca la importancia de establecer una gobernanza sostenible frente a la política nacional minera. La falta de protección por parte del Estado hacia los recursos naturales puede recaer en las comunidades locales, quienes podrían encontrarse en una situación de confrontación con la administración, empresarios y trabajadores mineros³¹. Lo anterior reconoce un conflicto socio-ambiental ante la degradación del ecosistema del Río Atrato producto de la minería ilegal y sus delitos conexos.

La Alta Corte también reconoció de manera directa la existencia de una red intrincada de relaciones entre las comunidades locales que habitan el río con los componentes no humanos bióticos y abióticos reconociendo así las ontologías tradicionales como formas de expresión de vida más allá de la simple dicotomía entre humanos y no humanos³².

Además, se resalta la importancia de reconocer al ambiente como una entidad viviente compuesta de multiplicidad de formas de vida y representaciones culturales que ocupan un lugar fundamental en el ordenamiento constitucional. Por lo cual es necesario protegerla no solo en función del bienestar humano, sino también por la consideración de otros organismos vivos y los espacios de recreación de estas relaciones entre las comunidades y los seres de su entorno merecedores de protección. Esto, según la Alta Corte se enmarca en un principio de interdependencia entre todos los seres vivos del planeta y se refleja en obligaciones fundamentales del Estado y la sociedad para velar por la conservación y el desarrollo sostenible del ambiente.

Se destaca el desarrollo de un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, que reconoce la profunda unidad e interdependencia entre la naturaleza y la especie humana, sugiriendo una nueva interpretación socio-jurídica donde la naturaleza sea considerada como sujeto de derechos. Este enfoque implica un mayor compromiso con la justicia ambiental y cul-

-
- 29 La acción de tutela fue interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación de diferentes Consejos Comunitarios: la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.
- 30 Menciona la H. Corte en su sentencia que se presentaron varias acciones populares, siendo algunas de ellas falladas a favor de las comunidades étnicas, sin que con ello se haya logrado articular la acción estatal para salvaguardar a las poblaciones y emprender la recuperación de los ríos.
- 31 LLINÁS RESTREPO, CAMILA, "El replanteamiento del discurso de DD.HH.: el caso del río Atrato en la Sentencia T-622 de 2016", *Revista Universitas Estudiantes*, No. 21, 2020, p. 77. Disponible en <HTTPS://REPOSITORY.JAVERIANA.EDU.CO/HANDLE/10554/57742> (Visto por última vez 28.03.2024)
- 32 MÁRQUEZ GUERRA, JOSÉ FRANCISCO, "El giro ontológico en el reconocimiento jurisprudencial de los derechos de los no humanos en Colombia. El caso del área protegida Vía parque isla de Salamanca." *ARIES, Anuario de Antropología Iberoamericana*, 2024, p. 13. DOI: <https://doi.org/10.1156/aries/2024.ARO002203> Disponible en <HTTPS://ARIES.AIBR.ORG/ARTICULO/2023/27/4928/EL-GIRO-ONTOLOGICO-EN-EL-RECONOCIMIENTO-JURISPRUDENCIAL-DE-LOS-DERECHOS-DE-LOS-NO-HUMANOS-EN-COLOMBIA-EL-CASO-DEL-AREA-PROTEGIDA-VIA-PARQUE-ISLA-DE-SALAMANCA> (Visto por última vez 08.04.2024)

tural, así como una protección efectiva de la diversidad biológica y cultural para las generaciones futuras. “Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta”³³.

En otro aspecto, se identifican problemas en el Código Minero actual (Ley 658 de 2001) por la falta de alineamientos con la constitución. Se hace hincapié en la necesidad de una regulación actualizada que considere aspectos ambientales y territoriales previamente expuestos. También se destaca la falta de información sobre la realidad minera en el Chocó, lo que dificulta la formulación de políticas públicas que correspondan con las necesidades del territorio. Se exhorta a las autoridades a identificar la actividad minera legal e ilegal mediante acciones pertinentes y desarrollar procesos de formalización con base en información precisa y actualizada.

Finalmente, se resalta la obligación de entender el respeto por la naturaleza como en una reflexión profunda sobre la existencia y el papel contingente del ser humano en el universo. Esto implica reconocer su rol como parte integrante de un conjunto de relaciones de humanos y no humanos que posibilitan la vida, adoptando una perspectiva ecocéntrica que promueva una relación más equilibrada con el ambiente. La diversidad biocultural, centrada en este enfoque, requiere políticas públicas que reconozcan la interrelación entre las diversas culturas o formas de existencia y el entorno relacional en el que se desarrollan, fomentando la participación de las comunidades étnicas y los grupos humanos locales en la toma de decisiones y garantizando la conservación de sus sistemas de conocimiento.

A razón de las consideraciones expuestas anterior, la H. Corte Constitucional emitió una serie de disposiciones complejas y simples con el fin de abordar la grave situación de violación de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en la cuenca del río Atrato, especialmente debido a la minería ilegal en el departamento del Chocó. Entre las órdenes emitidas se encuentra el reconocimiento del río Atrato como una entidad con derechos, la designación de representantes legales para el río y la formación de una comisión para su cuidado. Además, se ordena la elaboración de un plan integral para descontaminar las fuentes hídricas, combatir la minería ilegal y promover la recuperación de las formas tradicionales de sustento de las comunidades étnicas. Se destaca también la exhortación al Gobierno nacional para establecer una comisión interinstitucional que atienda la crisis en el departamento del Chocó. La supervisión de estas medidas quedó a cargo de entidades como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República para garantizar su implementación efectiva.

2.2 Parque Vía Isla Salamanca: El enfoque ecocéntrico como una manera de concebir a la naturaleza más allá de un recurso.

La evolución del enfoque constitucional de la protección ambiental en Colombia ha transitado por distintas corrientes filosóficas que van desde el antropocentrismo hasta el ecocentrismo, esta nueva perspectiva jurídica, que concreta una nueva forma de concebir la relación entre los derechos humanos y el ambiente permite incluir la protección del medio natural dentro del ámbito de protección de los derechos humanos, por ser muchas veces el factor principal de su violación³⁴.

33 Corte Constitucional, “Sentencia T-622/16”, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, [HTTPS://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO), 10.11.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2016/T-622-16.HTM#_FTNREF311](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm#_FTNREF311)> (Visto por última vez 11.03.2024)

34 GIMÉNEZ (*supra* nota 12), p. 7.

Esta sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia toma como precedente casos emblemáticos que ejemplifica esta protección constitucional es la Sentencia T-622 de 2016 antes mencionada y la Sentencia STC-4360 de 2018, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que declaró a la Amazonía Colombiana como sujeto de derechos, destacando la responsabilidad del Estado y las entidades territoriales en su protección, conservación y restauración. Esta decisión subrayó la importancia de los principios de precaución y prevención ambiental en la toma de decisiones judiciales, así como la necesidad de adoptar medidas efectivas para contrarrestar los efectos nocivos de la deforestación y la degradación ambiental³⁵.

La H. Corte conoció de la impugnación de un fallo de tutela proferido por la sala civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la que un ciudadano solicita el amparo de los derechos a la salud, a la vida digna, al agua y al medio ambiente sano de los niños y niñas del distrito a causa de la comisión de delitos de deforestación e invasión de áreas protegidas por la quema indiscriminada del manglar, y así mismo solicita el reconocimiento de sujeto de derechos para la Vía Parque Isla Salamanca³⁶. Se puede observar que el accionante en sus argumentos no tiene como foco la afectación del ser humano, sino que integra en la problemática ecológica los riesgos que tiene para el hombre, en este caso los niños, que son sujetos de especial protección y que en últimas también hacen parte de la naturaleza, sin dejar de lado las consecuencias nocivas para el ecosistema como un todo³⁷. La H. Corte, reconociendo desde un enfoque ecológico que la naturaleza debería dejar de ser vista como un elemento secundario y aprovechable, calificando la perspectiva antropocéntrica como nociva para la sostenibilidad a largo plazo de la vida, menciona que es a partir del ecocentrismo que se puede alcanzar una relación saludable entre la naturaleza y los seres humanos.

En el caso concreto, El análisis detallado de la situación muestra que, a pesar de la solicitud de la Corte a varias entidades para que certificaran las acciones realizadas en relación con la VIPIS, las respuestas recibidas no demostraron un compromiso real para prevenir la deforestación y sus consecuencias negativas. Además, se destaca el carácter especial de la VIPIS como una reserva natural de gran importancia ecológica y cultural, reconocida internacionalmente. Su declaración como sitio Ramsar de importancia mundial³⁸ y como Reserva de la Biosfera por la UNESCO impone mayores responsabilidades a las autoridades ambientales para su preservación.

La Corte Suprema afirma que es necesario mantenerse en la línea de un pensamiento jurídico centrado en la independencia de los ecosistemas, lo que consolida en esta nueva forma de abordar legalmente estos problemas que nace de jurisprudencia precedente. La sentencia emitida ordena a varias entidades, incluida la Presidencia de la República y el Ministerio de

35 Corte Suprema de Justicia, "Sentencia STC 3872-2020", M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, [HTTPS://HARMONYWITHNATUREUN.ORG](https://harmonywithnatureun.org), 19.07.2020. Disponible en <[HTTP://FILES.HARMONYWITHNATUREUN.ORG/UPLOADS/UPLOAD953.PDF](http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload953.pdf)> (visto por última vez 11.03.2024)

36 En adelante VIPIS.

37 MOLINARES, VIRIDIANA Y DÍAZ, DANIELA, "Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país", *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 47, (2022), p. 238. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.22201/111.24484881E.2022.47.17528](https://doi.org/10.22201/111.24484881E.2022.47.17528)> Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/17528](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/17528)> (visto por última vez 17.03.2024)

38 Este tipo de lugares son humedales protegidos por ser considerados cunas de diversidad biológica, son entornos refugio de varias especies de flora y fauna.

Ambiente y Desarrollo Sostenible, formular un plan estratégico para reducir a cero los niveles de deforestación en la VIPIS, así como la creación de un Comité Permanente de Seguimiento para monitorear su implementación. La tesis expuesta resalta la falta de acción efectiva por parte de las autoridades para proteger la VIPIS y propone medidas concretas para abordar este problema y garantizar la conservación de este importante patrimonio natural y cultural.

3. *Análisis de las implicaciones y desafíos en la inclusión de los nuevos sujetos de derecho no humanos como víctima en los delitos ambientales desde los aportes de la victimología verde*

Tras analizar las sentencias T-622 de 2016 de la H. Corte Constitucional y STC3872 de 2020 de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, que reconocen a ecosistemas naturales como sujetos de derechos en casos de degradación o grave daño ambiental, surgen implicaciones y desafíos significativos en la inclusión de nuevos sujetos de derecho no-humanos como víctimas en delitos medio ambientales. Estas implicaciones y desafíos pueden ser abordados desde la perspectiva de la victimología verde y la evolución jurisprudencial en Colombia para dar claridades acerca de cómo se puede abordar la defensa del medio ambiente desde la criminología y victimología. Siendo uno de los aportes más importantes la nueva forma de concebir a la víctima en casos ambientales, reconociendo que los impactos negativos no se limitan exclusivamente a los seres humanos, sino que también afectan a los ecosistemas y a los seres vivos que los habitan³⁹.

Esta nueva forma de ver a la víctima ambiental redefine los parámetros de la victimización verde y promueve una protección más efectiva del ambiente, proponiendo ideas que, de ser aplicadas, podrían cambiar la forma de proceder de las instituciones. Sin embargo, existen desafíos en la implementación efectiva en el ámbito jurídico, especialmente en sistemas legales tradicionalmente antropocéntricos. Un claro ejemplo son los nuevos tipos penales que contempla la ley 2111 de 2021, que incluyen delitos como la deforestación, daños en los recursos naturales y ecocidio e invasión de áreas de especial importancia ecológica.

La jurisprudencia colombiana, a través de las mencionadas sentencias, ha dado pasos importantes hacia la inclusión de nuevos sujetos de derecho no-humanos, como el río Atrato y el Parque Vía Isla Salamanca, como víctimas en delitos ambientales. Pero estos avances no se ven reflejados en leyes posteriores como la anteriormente mencionada, que aún a pesar de desarrollar conceptos penales como ecocidio y contemplar la protección de la integridad de los sistemas bióticos y abióticos, se sigue preservando el discurso antropocéntrico al momento de identificar a los afectados. Aún existen desafíos en la aplicación práctica de estos principios. Por ejemplo, la falta de recursos y capacidades institucionales puede dificultar la implementación efectiva de las medidas ordenadas por los tribunales, especialmente en regiones afectadas por la minería ilegal y la deforestación⁴⁰.

39 WHITE, ROB, 2018 (*Supra* nota 6), p. 239.

40 GARCÍA PACHÓN, MARÍA DEL PILAR, Y HINESTROZA CUESTA, LISNEIDER, *El reconocimiento de los recursos naturales como sujetos de derechos. Análisis crítico sobre los fundamentos y efectividad de la sentencia del río Atrato*, Bogotá, Universidad del Externado, 2020. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.2921](https://doi.org/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.2921)> Disponible en <[HTTPS://BDIGITAL.UEXTERNADO.EDU.CO/HANDLE/001/2921](https://BDIGITAL.UEXTERNADO.EDU.CO/HANDLE/001/2921)> (visto por última vez 18.03.2024)

Otro desafío importante es la necesidad de establecer mecanismos de representación legal para los nuevos sujetos de derecho no-humanos. Aunque las sentencias reconocen la capacidad de los ecosistemas y los entornos naturales para ser titulares de derechos, aún queda por determinar cómo se ejercerá esta representación⁴¹. Es fundamental garantizar la participación de las comunidades locales y los grupos étnicos en la toma de decisiones relacionadas con la protección del ambiente, debido a que ayudaría a enfrentar el reto de superar la visión tradicional del derecho penal, que tiende a centrarse en la responsabilidad individual y la culpabilidad, para adoptar un enfoque más holístico que considere los impactos colectivos y difusos de los delitos ambientales, basado en las ontologías relacionales locales más que en la concepción del naturalismo occidental.

La representación legal de entidades naturales, como ríos, cuencas, o áreas protegidas, plantea desafíos únicos en el sistema jurídico, especialmente en el ámbito de la justicia ambiental. A diferencia de los individuos humanos, que pueden expresar sus intereses y defender sus derechos a través de abogados y representantes legales, los ecosistemas y las entidades naturales no tienen una voz directa en el proceso judicial. Este desafío se agrava aún más debido a la complejidad inherente de los sistemas ecológicos. En caso de asumirse esa vocería, serían las comunidades locales, más que las autoridades del Estado, las que pudieran interpretar mejor el sentido y la significación de la existencia de los no humanos.

Los ecosistemas son sistemas interconectados, en constante cambio y evolución, lo que dificulta definir claramente sus intereses y necesidades⁴². Además, como bien lo expresan los postulados de la victimología verde, los efectos de los delitos ambientales pueden ser difusos y afectar a múltiples especies y componentes del ecosistema de manera diferente, lo que dificulta determinar quién o qué entidad tiene derecho a representar los intereses del ecosistema en un caso judicial. Por lo tanto, es necesario desarrollar mecanismos efectivos de representación legal que puedan capturar la complejidad y la interdependencia de los sistemas naturales, siendo los locales “guardianes o voceros de los no humanos” y en coadyuvancia los activistas del medio ambiente, quienes actúen en nombre de los ecosistemas y las entidades naturales afectadas por los delitos ambientales.

Ahora bien, la designación de representantes legales plantea sus propios desafíos e incógnitas. ¿Quién debería ser designado como representante legal de un río o área protegida? ¿Cómo se puede garantizar que los representantes actúen en el mejor interés del ecosistema y no en intereses particulares o comerciales? ¿Cómo se aseguraría la rendición de cuentas y la transparencia en la toma de decisiones por parte de estos representantes?

La representación legal de entidades naturales también plantea cuestiones filosóficas y éticas sobre la relación entre los seres humanos y el ambiente. ¿Los humanos tienen el derecho moral y ético de representar y defender los intereses de los no humanos en un contexto judicial o extrajudicial? ¿Cómo se puede ponderar los derechos humanos con los derechos de los no humanos en casos de conflicto?

41 En este caso las sentencias analizadas exploran y determinan quienes ostenta su representación, pero no el cómo pueden ejercerla.

42 WIENHUES, ANNA, “Sharing the earth: A biocentric account of ecological justice”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, Vol. 30, 2017, p. 373. DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.1007/S10806-017-9672-9](https://doi.org/10.1007/s10806-017-9672-9)> Disponible en <[HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/ARTICLE/10.1007/S10806-017-9672-9](https://link.springer.com/article/10.1007/s10806-017-9672-9)> (visto por última vez 15.03.2024)

Estas son preguntas difíciles que requieren un enfoque multidisciplinario y la colaboración entre diferentes actores como las comunidades locales, los juristas, científicos ambientales, filósofos y activistas ambientales. La victimización ambiental a menudo está inherentemente vinculada con factores culturales y sociales, momento en el que se adentra en los dominios de la sociología y la antropología⁴³. Cuestiones tan complejas resultan enigmáticas desde únicamente una visión jurídica del asunto.

La representación legal efectiva de sujetos de derechos no humanos en casos de delitos ambientales es fundamental para garantizar un futuro sostenible para las generaciones venideras. Esto es un desafío complejo pero crucial en la búsqueda de una justicia ecológica efectiva. Es fundamental desarrollar marcos legales y conceptuales que reconozcan los derechos de la naturaleza, al tiempo que garantizan la participación de las comunidades locales y los grupos étnicos en la toma de decisiones relacionadas con el ambiente.

Al identificar las víctimas no humanas de los delitos ambientales desde lo amplio a lo concreto, las comunidades locales se pueden hacer partícipes de la toma de decisiones. Incentivando su actuación en los procesos de investigación y judicialización se podría obtener resultados satisfactorios y cumplir con el principio de justicia material. Al pretender sancionar conductas antijurídicas contra los no humanos es necesario que en todas las instancias se reconozca una posición digna a todos los actores.

Proteger los derechos de los no humanos no es solo una cuestión de responsabilidad moral, sino también de autointerés, algo que las altas cortes han ratificado como eje central de la constitución política. En última instancia, la victimología verde resulta fundamental para enfrentar esta tarea. Esto implica no solo la participación de las instituciones, sino también la colaboración activa con otras ciencias, comunidades locales y activistas defensores de los derechos de los no humanos. Este enfoque interdisciplinario reconoce la complejidad de los sistemas naturales, así como la necesidad de comprender y respetar sus dinámicas internas.

Conclusiones

A pesar de los avances jurisprudenciales en Colombia, existen desafíos significativos en la implementación práctica de los derechos de los no humanos y de su reconocimiento como víctimas de los delitos contra el ambiente.

La victimología verde desarrolla ideas que amplían el concepto de víctima. La aplicación de estas ideas en el derecho penal colombiano podría servir para dar el siguiente paso a la inclusión de los sistemas biológicos complejos como víctimas en el proceso penal. Los aportes más importantes son: la ampliación del concepto de víctima, la construcción de mecanismos idóneos de representación legal que tengan en cuenta las ontologías relacionales de las comunidades locales, el replanteamiento del derecho penal fuera del antropocentrismo y un enfoque interdisciplinario y colaborativo.

El primero de los aportes propone una nueva forma de concebir a la víctima en casos ambientales, reconociendo que los impactos negativos no se limitan exclusivamente a los seres humanos, sino que también afectan a los ecosistemas y a los seres vivos que los habitan. Esta

43 HALL (*supra* nota 10), p. 138.

ampliación del concepto de víctima abre la puerta a una protección más efectiva del ambiente y de los seres no humanos que lo componen.

Además, es necesario establecer mecanismos de representación legal para los nuevos sujetos de derecho no humanos. Sin embargo, determinar quién o qué entidad tiene derecho a representar los intereses del ecosistema en un caso judicial plantea desafíos éticos, filosóficos y prácticos que deben abordarse teniendo como principio el destierro del antropocentrismo naturalista y dando paso a una postura ecocéntrica que valida todas las formas de relacionamiento entre humanos y no humanos más allá de las occidentales.

Superar la visión tradicional del derecho penal, centrada en la responsabilidad individual y la culpabilidad, es fundamental para abordar adecuadamente los delitos ambientales. Se necesita un enfoque más holístico que considere los impactos colectivos y difusos de estos delitos, así como los principios de justicia ambiental.

Finalmente, la interdisciplinariedad de la victimología verde que se adelante en favor de los no humanos puede enfrentar estos desafíos con un enfoque innovador y colaborativo que involucre a diversas disciplinas, incluyendo el derecho ambiental, la ciencia ambiental, la sociología, la antropología y la participación de las comunidades locales y los grupos étnicos en la comprensión de los conceptos de daño y reparación teniendo en cuenta sus formas de vida relacionales. Lo anterior reconociendo la complejidad de los sistemas ecológicos y la necesidad de comprender y respetar sus dinámicas internas y el rol de las comunidades locales en su origen y mantenimiento actuales.

En conclusión, la evolución hacia la inclusión de nuevos sujetos de derecho no humanos como víctimas en delitos ambientales representaría un avance significativo en la protección del ambiente y la promoción de la justicia ecológica. Sin embargo, este proceso enfrenta desafíos importantes en términos de implementación práctica, mecanismos de representación legal y replanteamiento del derecho penal. Mediante estos cambios de paradigma es posible garantizar un futuro sostenible para las generaciones venideras, reconociendo la interdependencia con el ambiente y promoviendo un equilibrio justo entre los derechos humanos y los derechos de los no humanos.

Bibliografía.

ANGKASA, "Green Victimology Perspective the Law Number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management", *Journal Media Hukum*, 27(2), 2020 pp. 228-239. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.18196/JMH.20200153](https://doi.org/10.18196/jmh.20200153) Disponible en <[HTTPS://JOURNAL.UMY.AC.ID/INDEX.PHP/JMH/ARTICLE/VIEW/9926](https://journal.umy.ac.id/index.php/jmh/article/view/9926)> (visto por última vez 17.03.2024).

CAMACHO, DANIELA Y CHÁVEZ, BRAYAN, "La teoría biocéntrica como fundamento protector de la naturaleza en la actividad económica", *FORO Revista de Derecho*, 2023, pp. 7-23. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.32719/26312484.2023.39.1](https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.1) Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UASB.EDU.EC/INDEX.PHP/FORO/ARTICLE/VIEW/3867](https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/3867)> (visto por última vez 15.03.2024).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, [HTTPS://CORTE-CONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://corteconstitucional.gov.co), 17.06.1992. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/1992/T-411-92.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-411-92.htm)> (Visto por última vez 10.03.2024).

- Corte Constitucional, Sentencia T-622/16, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, [HTTPS://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO), 10.11.2016. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm#_ftnref311> (Visto por última vez 11.03.2024).
- Corte Suprema de Justicia, "Sentencia STC 3872-2020", M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, [HTTPS://HARMONYWITHNATUREUN.ORG](https://HARMONYWITHNATUREUN.ORG), 19.07.2020. Disponible en <[HTTP://FILES.HARMONYWITHNATUREUN.ORG/UPLOADS/UPLOAD953.PDF](http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload953.pdf)> (visto por última vez 11.03.2024).
- DESCOLA, PHILIPPE, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.
- DESCOLA, PHILIPPE, "Par-delà la nature et la culture", *Le Débat*, 114, 2001, pp. 86-101. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.3917/DEBA.114.0086](https://doi.org/10.3917/DEBA.114.0086) Disponible en <[HTTPS://WWW.CAIRN.INFO/REVUE-LE-DEBAT-2001-2-PAGE-86.HTM?REF=DOI](https://www.cairn.info/revue-le-debat-2001-2-page-86.htm?ref=doi)> (visto por última vez 08.04.2024).
- DI PAOLA, MARCELLO, "Virtue, Environmental Ethics, Nonhuman Values, and Anthropocentrism", *Philosophies*, 9(1), 2024. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.3390/PHILOSOPHIES9010015](https://doi.org/10.3390/philosophies9010015) Disponible en <[HTTPS://WWW.MDPI.COM/2409-9287/9/1/15](https://www.mdpi.com/2409-9287/9/1/15)> (visto última vez 12.04.2024).
- GARCÍA PACHÓN, MARIA DEL PILAR, Y HINESTROZA CUESTA, LISNEIDER, *El reconocimiento de los recursos naturales como sujetos de derechos. Análisis crítico sobre los fundamentos y efectividad de la sentencia del río Atrato*, Bogotá, Universidad del Externado, 2020. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.2921](https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2921) Disponible en <[HTTPS://BDIGITAL.UEXTERNADO.EDU.CO/HANDLE/001/2921](https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2921)> (visto por última vez 18.03.2024).
- GIMÉNEZ, TERESA, "De la justicia climática a la justicia ecológica: los derechos de la naturaleza", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2020, pp. 1–42. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.17345/RCDA2842](https://doi.org/10.17345/rcda2842) Disponible en <[HTTPS://REVISTES.URV.CAT/INDEX.PHP/RCDA/ARTICLE/VIEW/2842](https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2842)> (visto por última vez 17.03.2024).
- HALL, MATTHEW, "Environmental harm and environmental victims: Scoping out a 'green victimology'", *International Review of Victimology*, Vol. 20, 2014, p. 129-143. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1177/0269758013508682](https://doi.org/10.1177/0269758013508682) Disponible en [HTTPS://JOURNALS.SAGEPUB.COM/DOI/10.1177/0269758013508682](https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0269758013508682) (visto por última vez 18.04.2024).
- HALL, MATTHEW Y VARONA, Gema. "La victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión", *Revista de victimología*, No. 7, 2018, pp. 107–128. Disponible en <[HTTPS://WWW.HUYGENS.ES/EBOOKS/VICTIMOLOGIA_N7.PDF](https://www.huygens.es/ebooks/victimologia_n7.pdf)> (Visto por última vez 12.03.2024).
- LATOUR, BRUNO, *Politiques de la nature: Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La Découverte, 1999.
- LLINÁS RESTREPO, CAMILA, "El replanteamiento del discurso de DD.HH.: el caso del río Atrato en la Sentencia T-622 de 2016", *Revista Universitas Estudiantes*, No. 21, 2020, pp. 71–94. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.JAVERIANA.EDU.CO/HANDLE/10554/57742](https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/57742)> (Visto por última vez 28.03.2024).
- MAJIN, HÉCTOR, "Responsabilidad del agente moral en el daño ambiental: ambiente como víctima del conflicto armado", *Revista Luna Azul*, No. 50, 2020, pp. 197-215. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.17151/LUAZ.2020.50.10](https://doi.org/10.17151/luaz.2020.50.10) Disponible en <[HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/ARTICULO.OA?ID=321769998010](https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321769998010)> (Visto por última vez 12.03.2024).
- MÁRQUEZ GUERRA, JOSÉ FRANCISCO, "El giro ontológico en el reconocimiento jurisprudencial de los derechos de los no humanos en Colombia. El caso del área protegida Vía parque isla de Salamanca", *ARIES, Anuario de Antropología Iberoamericana*, 2024, pp. 1–23. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.11156/ARIES/2024](https://doi.org/10.11156/aries/2024).

- AR0002203 Disponible en <[HTTPS://ARIES.AIBR.ORG/ARTICULO/2023/27/4928/EL-GIRO-ONTOLOGICO-EN-EL-RECONOCIMIENTO-JURISPRUDENCIAL-DE-LOS-DERECHOS-DE-LOS-NO-HUMANOS-EN-COLOMBIA-EL-CASO-DEL-AREA-PROTEGIDA-VIA-PARQUE-ISLA-DE-SALAMANCA](https://aries.aibr.org/articulo/2023/27/4928/el-giro-ontologico-en-el-reconocimiento-jurisprudencial-de-los-derechos-de-los-no-humanos-en-colombia-el-caso-del-area-protegida-via-parque-isla-de-salamanca)> (Visto por última vez 08.04.2024).
- MOLINA, JAVIER, “Criminología verde. Apuntes sobre una disciplina necesaria”, García Pachón (ed.), *Derecho penal ambiental y reparación de daños a la naturaleza*, Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 25–63. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.57998/BDIGITAL.HANDLE.001.13072](https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.13072) Disponible en <[HTTPS://BDIGITAL.UEXTERNADO.EDU.CO/HANDLE/001/13072](https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/13072)> (Visto por última vez 12.03.2024).
- MOLINARES, VIRIDIANA Y DÍAZ, DANIELA, “Protección a la naturaleza desde el paradigma ecocéntrico: análisis de sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de otros tribunales de este país”, *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 47, (2022), pp. 219–242. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.22201/111.24484881E.2022.47.17528](https://doi.org/10.22201/111.24484881E.2022.47.17528) Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/17528](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/17528)> (visto por última vez 17.03.2024).
- MONTALVO VELÁSQUEZ, CRISTINA, *Tipologías Victimológicas Del Conflicto Interno Armado Colombiano*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2021. <https://manglar.uninorte.edu.co> Disponible en <[HTTPS://MANGLAR.UNINORTE.EDU.CO/HANDLE/10584/9869?SHOW=FULL](https://manglar.uninorte.edu.co/handle/10584/9869?show=full)> (visto por última vez 11.04.2024).
- PETEL, MATTHIAS, “La nature: d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 80, no. 1, 2018, pp. 207–239. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.3917/RIEJ.080.0207](https://doi.org/10.3917/RIEJ.080.0207) Disponible en <[HTTPS://WWW.CAIRN.INFO/REVUE-INTERDISCIPLINAIRE-D-ETUDES-JURIDIQUES-2018-1-PAGE-207.HTM](https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2018-1-page-207.htm)> (visto por última vez 14.08.2024).
- PEÑA CHACÓN, MARIO, “Daño ambiental y prescripción”, *Revista Judicial*, 2013, pp. 117–143. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/TABLAS/R31079.PDF](https://www.corteidh.or.cr/tablas/R31079.pdf)> (visto por última vez 15.03.2024).
- RAGNHILD, SOLLUND, “Green Criminology: Its Foundation in Critical Criminology and the Way Forward”, *The Howard Journal*, Vol 60 No. 3, (2021), pp. 304–322. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1111/HOJO.12421](https://doi.org/10.1111/hojo.12421) Disponible en <[HTTPS://ONLINELIBRARY.WILEY.COM/DOI/10.1111/HOJO.12421](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/hojo.12421)> (Visto por última vez 12.03.2024).
- RAMÍREZ, NATALIA ELISA Y LEGUIZAMON, WILMER YESID, “La naturaleza como víctima en la era del posacuerdo colombiano”, *El Ágora U.S.B.*, Vol. 20, 2020, pp. 259–273. DOI: <https://doi.org/10.21500/16578031.4296> Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.USB.EDU.CO/INDEX.PHP/AGORA/ARTICLE/VIEW/4296](https://revistas.usb.edu.co/index.php/agora/article/view/4296)> (visto por última vez 17.03.2024).
- SKINNIDER, EILEEN, *Victims of Environmental Crime – Mapping the Issues*, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2011. Disponible en <[HTTPS://GLOBALINITIATIVE.NET/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/ICCLR-VICTIMS-OF-ENVIRONMENTAL-CRIME.PDF](https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2017/12/ICCLR-VICTIMS-OF-ENVIRONMENTAL-CRIME.PDF)> (visto por última vez 13.03.2024).
- VALENCIA ZEA, ARTURO Y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO, *Derecho civil: parte general y personas*, Colombia, Bogotá, TEMIS, 2011.
- WASHINGTON, HAYDN, PICCOLO, JOHN, KOPNINA, HELEN, Y SIMPSON FERGUS, Ecological and social justice should shington, Haydn, Piccolo, John, Kopnina, Helen, y Simpson Fergus. “Ecological and social justice should proceed hand-in-hand in conservation”, *Biological Conservation*, 290, 2024, Article 110456 DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.BIOCON.2024.110456](https://doi.org/10.1016/j.biocon.2024.110456) Disponible en <[HTTPS://RESEARCHPORTAL.NORTHUMBRIA.AC.UK/EN/PUBLICATIONS/ECOLOGICAL-AND-SOCIAL-JUSTICE-SHOULD-PROCEED-HAND-](https://researchportal.northumbria.ac.uk/en/publications/ecological-and-social-justice-should-proceed-hand-)

IN-HAND-IN-CONS> (visto por última vez 12.03.2024).

WHITE, ROB, "Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective, Great Britain, Policy Press, 2013. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.2307/1.CTT9QGSQ7](https://doi.org/10.2307/1.CTT9QGSQ7) Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/1.CTT9QGSQ7](https://www.jstor.org/stable/1.CTT9QGSQ7)> (visto por última vez 12.03.2024).

WHITE, ROB, "Environmental victimology and ecological justice", Wilson, D., Ross, S. (eds.), *Crime, victims, and policy: International contexts, local experiences*, Palgrave Studies in Victims and Victimology. Palgrave Macmillan, London, 2015, pp. 33-52. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1057/9781137383938_3](https://doi.org/10.1057/9781137383938_3) Disponible en <[HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/CHAPTER/10.1057/9781137383938_3](https://link.springer.com/chapter/10.1057/9781137383938_3)> (visto por última vez 16.03.2024).

WHITE, ROB, "Green victimology and non-human victims", *International Review of Victimology*, Vol. 24, 2018, pp. 239–255. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1177/0269758017745615](https://doi.org/10.1177/0269758017745615) Disponible en <[HTTPS://JOURNALS.SAGE-PUB.COM/DOI/10.1177/0269758017745615](https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0269758017745615)> (visto por última vez 13.03.2024).

WIENHUES, ANNA, "Sharing the earth: A biocentric account of ecological justice", *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, Vol. 30, 2017, pp. 367–385. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.1007/s10806-017-9672-9](https://doi.org/10.1007/s10806-017-9672-9) Disponible en <[HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/ARTICLE/10.1007/s10806-017-9672-9](https://link.springer.com/article/10.1007/s10806-017-9672-9)> (visto por última vez 15.03.2024).

Mateo Valentín Carrillo Restrepo

Beatriz Helena Bolaño García

16. El feminicidio en Colombia vs. el Asesinato de la mujer por el hecho de ser mujer en Alemania.

Resumen: El feminicidio, es la muerte de mujeres por su condición de ser mujer y son generados principalmente en su círculo familiar y/o doméstico. Así mismo es un comportamiento que quebranta los Derechos Humanos de las mujeres, generando diversas respuestas estatales para su prevención y sanción, siendo la judicialización de la política criminal una de las respuestas comúnmente utilizadas para combatir esta problemática. Precisamente este estudio compara aspectos políticos, jurídicos, sociales y educacionales de este tipo de violencia en Colombia y Alemania, concluyéndose que pese tener un tratamiento jurídico penal distinto, ambos países comparten un compromiso con la erradicación de esta forma de violencia.

Palabras clave: Feminicidio, Violencia de género, Políticas criminales, Legislación comparada, judicialización de la política criminal.

Abstract: Femicide is the killing of women because of their gender, primarily occurring within their family and/or domestic circle. It is also a behavior that violates women's human rights, prompting various state responses for prevention and punishment. One common response is the involvement of the criminal justice system, aiming to combat this issue through the judicialization of criminal policy. This study specifically compares the criminal justice system's involvement in femicide cases in Colombia and Germany, both lacking specific legal categorization for femicide but sharing a commitment to eradicating this form of violence.

Keywords: Femicide, Gender violence, Criminal policies, Comparative legislation, judicialization of criminal policy.

Introducción.

La violencia de género, y en particular el feminicidio, representa un problema grave y persistente en el ámbito de los Derechos Humanos a nivel mundial. En los últimos años mujeres y niñas han muerto a manos de sus parejas sentimentales o familiares¹. A pesar de los esfuerzos internacionales para combatir este flagelo. Debido a su alta ocurrencia en diversas regiones, resulta oportuno revisar como los estados han afrontado la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres.

El feminicidio, entendido como “asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer”², es una de las manifestaciones más extremas y alarmantes de la violencia contra las mujeres, constituyendo un grave problema social, político y de derechos humanos a nivel mundial. La prevalencia de este delito refleja no solo la persistencia de patrones estructurales como la desigualdad, odio, desprecio, placer y la discriminación de género, sino también fallas estructurales en los sistemas de protección y justicia que deberían salvaguardar los derechos de las mujeres.

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) ha señalado que aproximadamente 1 de cada 3 mujeres en el mundo ha sufrido violencia física o sexual en algún momento de su vida³, subrayando la magnitud del problema. Además, según datos la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), miles de mujeres y niñas son asesinadas cada año en todo el mundo por su género, con muchas regiones reportando tasas crecientes de feminicidios, lo que evidencia la urgencia de abordar esta problemática con acciones concretas y efectivas.

Encontrándose, que la prevención a nivel mundial del feminicidio no siempre cuenta en todos los países que afrontan esta problemática con los mismos elementos a nivel jurídico para ser incluido como un delito con enfoque de género, que incluya todas sus implicaciones de este delito, y no se reduzca a un acto de violencia doméstica. En este sentido, la respuesta internacional al feminicidio ha incluido la adopción de tratados y convenios internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de Belém do Pará, que buscan promover la igualdad de género y erradicar la violencia contra las mujeres.

Sin embargo, la implementación efectiva de estas obligaciones internacionales varía de un país a otro. Mientras algunos países⁴ han logrado avances significativos en la tipificación del feminicidio como delito específico; otros han logrado un considerable desarrollo de políticas

1 Organización de las Naciones Unidas - Mujeres (ONU), “Hechos y cifras: Poner fin a la violencia contra las mujeres”, *Onu Women*. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNWOMEN.ORG/ES/WHAT-WE-DO/ENDING-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN/FACTS-AND-FIGURES](https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures)> (visto por última vez el 18.02.2024).

2 Organización de las Naciones Unidas - Mujeres Colombia (ONU), “Feminicidio”, *Colombia un Women*. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/ES/COMO-TRABAJAMOS/FIN-A-LA-VIOLENIA-CONTRA-LAS-MUJERES/FEMINICIDIO](https://colombia.unwomen.org/es/como-trabajamos/fin-a-la-violencia-contra-las-mujeres/feminicidio)> (Visto por última vez el 18.02.2024).

3 Organización Panamericana de la Salud (OPS), “Violencia contra la mujer”, *Paho*. Disponible en <[HTTPS://WWW.PAHO.ORG/ES/TEMAS/VIOLENCIA-CONTRA-MUJER](https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-mujer)> (Visto por última vez el 18.02.2024).

4 CAVADA, JUAN & CIFUENTES, PAMELA, “Tipificación del delito de feminicidio en Latinoamérica”, *obtienearchivo* 06.2019. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITORIO/10221/27378/1/BCN_TIPIFICACION_DEL_FEMINICIDIO_EN_LATINOAMERICA_2019.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=REPOSITORIO/10221/27378/1/BCN_TIPIFICACION_DEL_FEMINICIDIO_EN_LATINOAMERICA_2019.PDF)> (visto por última vez el 18.02.2024).

públicas⁵ para su prevención y sanción; otros enfrentan desafíos críticos por la impunidad⁶, la falta de recursos y la ineficiencia de los sistemas judiciales; y otros han optado por resolver por vía judicial, aspectos de la prevención del feminicidio que esencia requieren de unas acciones políticas.

De tal forma, que la lucha y prevención contra el feminicidio se ha visto influenciada por la denominada judicialización de las políticas públicas, donde administradores judiciales son quienes toman decisiones públicas para las que no fueron designados, pues las decisiones de políticas públicas que son transcendentales para la vida en sociedad requieren ser tomadas principalmente por funcionarios elegidos democráticamente para cumplir esa función sustancial (Tu espacio jurídico, 2019). Concretamente, a lo que este estudio concierne se plantea una posible intervención de los jueces en la función política para el control y la efectividad del feminicidio.

Atendiendo lo arriba planteado, este paper se propuso identificar similitudes y diferencias en las políticas criminales de Colombia y Alemania, frente a la muerte o asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer, sin importar la denominación dada a este comportamiento delictivo en cada país; toda vez que el estudio se centra en las estrategias de fortalecimiento legal desarrolladas para la implementación de políticas públicas (criminales), tanto a nivel nacional, como internacional; donde Alemania representa un modelo dentro del contexto europeo con un marco legal que se inscribe en las directrices de la Unión Europea, mientras que Colombia ofrece una perspectiva desde el ámbito latinoamericano, donde la violencia de género tiene características y desafíos específicos, reflejados en sus políticas y legislación especializada.

Entonces, para abordar la problemática arriba esbozada el presente trabajo se desarrolla en tres partes: en primer lugar, se desarrolla una revisión de la política criminal de asesinatos de mujeres en Alemania por el hecho de ser mujer, iniciando por el marco europeo y contrastando con la legislación nacional; en segundo lugar, se examina la judicialización de la política criminal de feminicidio en Colombia, detallada desde el inicio histórico hasta los compromisos internacionales del Estado y la sociedad para la prevención y sanción; y finalmente se presentan las discusiones, donde se esboza la importancia de la prevención y educación en ambos países frente al feminicidio.

1. *Política criminal sobre asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujer en Alemania.*

Alemania, como nación miembro de la Unión Europea (UE), opera en un marco legal y político que se ha desarrollado con el propósito de armonizar normativas y estrategias en el ámbito de los derechos humanos y la equidad de género. La UE ha desempeñado un papel fundamental al

5 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Del compromiso a la acción: Políticas para Erradicar la Violencia contra las Mujeres América Latina vs el Caribe", *Unwomen* 2017. Disponible en <[HTTPS://LAC.UNWOMEN.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/FIELD%20OFFICE%20AMERICAS/DOCUMENTOS/PUBLICACIONES/2017/11/DELCOMPROMISOALACCIONESPCOMPRESSED.PDF](https://lac.unwomen.org/sites/default/files/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2017/11/delcompromisoalaccionescompressed.pdf)> (visto por última vez el 8.04.2024).

6 Periódico el país, "Por Debanhi, por Susana, por Adriana.: los miles de feminicidios que indignan América Latina", *el país*. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/MEXICO/2022-11-25/POR-DEBANHI-POR-SUSANA-POR-ADRIANA-LOS-MILES-DE-FEMINICIDIOS-QUE-INDIGNAN-A-AMERICA-LATINA.HTML#:~:TEXT=De%20M%C3%A9xico%20a%20Argentina%2C%20pasando,la%20situaci%C3%B3n%20en%20cada%20naci%C3%B3n](https://elpais.com/mexico/2022-11-25/por-debanhi-por-susana-por-adriana-los-miles-de-feminicidios-que-indignan-a-america-latina.html#:~:text=De%20M%C3%A9xico%20a%20Argentina%2C%20pasando,la%20situaci%C3%B3n%20en%20cada%20naci%C3%B3n)> (visto por última vez el 08.04.2024).

establecer directrices y políticas comunes destinadas a combatir la violencia de género, incluyendo el feminicidio, todo esto teniendo en cuenta que Alemania no tipifica el feminicidio como delito y que un tercio de los asesinatos cometidos en el país son a mujeres y niñas⁷. Este contexto europeo influye en la formulación de políticas criminales en Alemania, proporcionando un marco de referencia y cooperación en la lucha contra la violencia hacia las mujeres.

En este sentido, las iniciativas de la Unión Europea (UE), como la Estrategia para la Igualdad de Género, han promovido activamente la protección de los derechos de la mujer. Además, la Directiva de la Unión Europea (UE) sobre Violencia de Género ha instado a los Estados miembros, entre ellos Alemania, a adoptar medidas específicas para prevenir y sancionar la violencia de género, proporcionando un enfoque común para abordar este grave problema. Por lo tanto, observar como Alemania se alinea con estas políticas europeas es la suma de su compromiso y contribución a los esfuerzos colectivos contra el feminicidio, teniendo en cuenta que el término apenas está entrando en el debate de la sociedad alemana⁸.

1.1 Marco europeo: una mirada desde el Convenio de Estambul.

El marco europeo en la lucha contra el feminicidio se basa en los principios de derechos humanos e igualdad de género. La Unión Europea (UE) ha establecido una serie de directrices y estrategias para combatir la violencia de género, considerando este fenómeno como una violación de los derechos fundamentales⁹. La Estrategia de la UE sobre la Igualdad de Género y los Derechos de la Mujer se erige como un documento central, abordando la violencia de género, incluido el feminicidio, como una prioridad clave.

La Directiva sobre la lucha contra la violencia de género establece estándares para prevenir y combatir esta forma de violencia en los estados miembros. Estas medidas incluyen la cooperación transnacional, la recopilación de datos estadísticos detallados sobre la violencia de género y el fomento de la igualdad a través de la educación y la concientización. Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la violencia Doméstica (convenio de Estambul) proporciona un marco jurídico integral que aborda la violencia contra las mujeres, incluyendo el feminicidio, este convenio entro en vigor en el 2014, para combatir y disminuir, pero se adoptó la adhesión de la UE al convenio el 1 de junio del 2023, lo que insta a trabajar mayormente en la prevención, la protección, el enjuiciamiento y la aplicación de políticas, aspecto que debe de trabajar fuertemente Alemania y los países miembros.

El convenio de Estambul establece un marco integral para combatir la violencia contra la mujer en el que enfatiza dos aspectos relevantes tales como: el capítulo segundo de las políticas integradas y recogida de datos, donde resalta la obligación de los Estados partes al adoptar medidas legislativas para eliminar prejuicios, estereotipos de género, promoviendo la participación activa de toda la sociedad en la prevención de la violencia, así como la creación de entidades oficiales para coordinar, implementar y evaluar políticas; y el capítulo tercero de la prevención

7 LEUSCHNER, FREDERICKE & RAUSCH, ELENA, "Femizid – Eine Bestandsaufnahme aus kriminologischer Perspektive", *Kriminologie - Das Online-Journal* (2022), p. 28. Al respecto también véase BAHR, ROBERT, *Masterarbeit Kriminologische Ursachen von Femizid*, Master Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft (2023).

8 Organización de las Naciones Unidas (*supra* nota 2).

9 ANTÚNEZ, ALBA CAVIGLIA & NARVÁEZ, ANTONIO DÍAZ, "La violencia de género en Europa: legislación, medidas adoptadas y cumplimiento por parte de los Estados", *Repositorio comillas*, (2019), p. 13.

que promueve la educación, la sensibilización y formación de profesionales para tratar los comportamientos violentos y promover la inclusión en el contenido sobre igualdad de género. El enfoque de estos capítulos refleja un compromiso profundo hacia erradicar la violencia contra las mujeres, fomentando cambios culturales y sociales hacia la igualdad¹⁰.

Alemania, como país miembro de la Unión Europea (UE), ha adoptado y participa activamente en estas iniciativas. La adhesión de Alemania a los principios de la UE en materia de género y derechos humanos implica no solo la asimilación de directrices comunes, sino también una participación activa en la cooperación transnacional. La colaboración en la lucha contra la violencia de género implica compartir buenas prácticas, intercambiar información y contribuir a la construcción de un frente común contra el feminicidio en Alemania, como otros países europeos, juega un papel crucial en este esfuerzo conjunto. Aunque no cumple con todo el cimiento de protección o garantías en desarrollo jurídico, cumple con los respaldos internacionales como:

“Los convenios jurídicamente vinculantes ratificados por Alemania se encuentran el Pacto Civil, el Pacto Social, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención contra las Desapariciones Forzadas”¹¹.

En el panorama europeo, el Consejo de Europa, a través de su órgano Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO,) desempeña un papel crucial en la supervisión del cumplimiento de las normativas, contribuyendo a garantizar que los estados miembros tomen medidas efectivas para prevenir y abordar la violencia de género.¹² La cooperación entre los países y las organizaciones no gubernamentales es esencial para este proceso de supervisión¹³.

La lucha contra el feminicidio en el marco europeo requiere una acción integral que aborde tanto los aspectos legales como las barreras institucionales y sociales, la cooperación transnacional, la aplicación efectiva de las directrices y la concienciación pública son clave para avanzar hacia la erradicación de la violencia de género¹⁴. La evaluación comparativa de las políticas y la participación activa de los países, como Alemania, son pasos esenciales para lograr un cambio significativo y duradero en la lucha contra el feminicidio.

10 Consejo Europeo - No. 210 “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, convenio Estambul 2011”, *RM.COE*. Disponible en <[HTTPS://RM.COE.INT/1680462543](https://rm.coe.int/1680462543)> (visto por última vez el 30.03.2024).

11 Política exterior, “Protección de los derechos humanos”, *Actualidad Alemana* 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.TATSACHEN-UEBER-DEUTSCHLAND.DE/ES/PAZ-Y-SEGURIDAD/PROTECCION-DE-LOS-DERECHOS-HUMANOS](https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/paz-y-seguridad/proteccion-de-los-derechos-humanos)> (visto por última vez el 30.03.2024).

12 Consejo de Europa. “Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO) Primer Informe de Evaluación de España”, *Violenciagenero.igualdad* 2020. Disponible en <[HTTPS://VIOLENCIAGENERO.IGUALDAD.GOB.ES/MARCOINTERNACIONAL/INFORMESGREVIO/DOCS/INFORMEGREVIOESPANA.PDF](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoINTERNACIONAL/INFORMESGREVIO/DOCS/INFORMEGREVIOESPANA.PDF)> (visto por última vez el 30.03.2024).

13 Consejo Europeo - No. 210 (*supra* nota 10).

14 SANZ, BELÉN; OTERO, LAURA; BOIRA, SANTIAGO; MARCUELLO, CHAIME & VIVES CARMEN, “Acción COST Femicide Across Europe, un espacio de cooperación transnacional para el estudio y el abordaje del feminicidio en Europa”, *Gac Sanit*, vol.30, no.5. (2016). p. 394.

1.2 El asesinato de la mujer por el hecho de ser mujer en la legislación penal alemana.

La muerte o asesinato de una mujer en Alemania por las razones de odio, de género, desprecio, placer o en sentido de propiedad no se encuentra tipificado como delito autónomo o con una ley de feminicidio, se encuentra tipificado en el código penal alemán “*Strafgesetzbuch*”¹⁵ en la sesión Decimosexta bajo la denominación de hechos punibles contra la vida, en los siguientes tipos penales: §211 Asesinato; §212 Homicidio y §227 Lesión corporal con consecuencia de muerte.

En cuanto al asesinato se encuentra tipificado en el §211 como: “el asesino se castigara con pena privativa de la libertad de por vida”, al igual que definiendo al asesino es “quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho para encubrirlo, mata a un ser humano”.¹⁶

El homicidio contemplado en el §212 “quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años y en casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida”.¹⁷

Lesión corporal con consecuencia de muerte §227 tipificado como “si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal §223–226, entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años y en casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años”¹⁸. Tal como se evidencia en estas disposiciones legales, en el sistema penal alemán la muerte de la mujer no es tipificada como feminicidio, sino como asesinato por razones de violencia doméstica, crimen pasional, drama doméstico, entre otras motivos bajos.¹⁹

Pese a no estar tipificado autónomamente como feminicidio, el asesinato de mujeres es de alta ocurrencia en Alemania. Según estadísticas expuestas por Departamento de Investigación Criminal alemán “entre el 2015 a 2021 han sido asesinadas más de 920 mujeres”²⁰, principalmente “en el ámbito doméstico o en las relaciones de parejas”²¹; y de conformidad FEM- United el 63% de los casos corresponden a asesinatos cometidos por la pareja actual o por la expareja,

15 German Criminal Code (Strafgesetzbuch-StGB). Disponible en <[HTTPS://WWW.GESETZE-IM-INTERNET.DE/ENGLISCH_STGB/ENGLISCH_STGB.HTML](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html)> (visto por última vez 08.04.2024).

16 German Criminal Code (*supra* nota 15).

17 German Criminal Code (*supra* nota 15).

18 German Criminal Code (*supra* nota 15).

19 ARIAS, SONSOLES, “las relaciones de las cúspides judiciales en los sistemas federales: el caso alemán”, *AFDUAM*, número 22, (2018), p. 192.

20 NDR - Kultur Radio & Tv, “Feminizide in Deutschland: Wenn Männer Frauen töten”, *WWW.NDR.DE*. 20.08.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.NDR.DE/KULTUR/FEMIZIDE-IN-DEUTSCHLAND-FALLZAHLEN-GEHEN-2021-LEICHT-ZURUECK,FEMIZID100.HTML](https://www.ndr.de/kultur/femizide-in-deutschland-fallzahlen-gehen-2021-leicht-zurueck,femizid100.html)> (visto por última vez el 18.03.2024). Al respecto también ver: ZDF, “Femizid - Wenn Männer Frauen töten” *WWW.ZDF.DE*, 15.11.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.ZDF.DE/DOKUMENTATION/ZDFINFO-DOKU/FEMIZID-WENN-MAENNER-FRAUEN-TOETEN-100.HTML](https://www.zdf.de/dokumentation/zdfinfo-doku/femizid-wenn-maenner-frauen-toeten-100.html)> (visto por última vez el 18.03.2024).

21 Bundeskriminalamt -BKA-, “Partnerschaftsgewalt - Kriminalstatistische Auswertung”, *BKA.DE*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BKA.DE/DE/AKTUELLEINFORMATIONEN/STATISTIKENLAGEBILDER/LAGEBILDER/PARTNERSCHAFTSGEWALT/PARTNERSCHAFTSGEWALT_NODE.HTML](https://www.bka.de/DE/AKTUELLEINFORMATIONEN/STATISTIKENLAGEBILDER/LAGEBILDER/PARTNERSCHAFTSGEWALT/PARTNERSCHAFTSGEWALT_NODE.HTML)> (visto por última vez 18.03.2024). Al respecto también ver: CRUSCHWITZ, JULIA & HAENTJES, CAROLIN, *Femizide Frauenmorde in Deutschland*, Deutschland, S. Hirzel Verlag, 2022.

donde un solo un 11% de los casos registraban en la policía situaciones de amenazas o de violencia previa.²²

El hecho de que solo un 11% de los casos registran antecedentes o anotaciones policiales que se vinculan con la violencia de las parejas o exparejas, demuestra que en Alemania se requiere sensibilizar a la sociedad civil, al cuerpo policial y a las mujeres en sí de los asuntos de género y los tipos de violencia contra la mujer. Adicionalmente, y de conformidad al Convenio de Estambul, se debería ajustar la legislación penal y la política criminal frente a la violencia contra la mujer²³. En este sentido, la participación de la sociedad civil y de las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres pueden desempeñar un papel crucial en el diseño y seguimiento de dichas políticas²⁴.

De tal forma, que el Código Penal Alemán "*Strafgesetzbuch*" no tipifica de forma autónoma el feminicidio, así como aquellas situaciones que consideran la violencia contra la mujer circunstancias agravantes.²⁵ Es entonces como la evolución de la legislación es la respuesta a desafíos contemporáneos y un aspecto clave que refleja la adaptabilidad del sistema legal para abordar las cambiantes realidades y desafíos asociados con la violencia de género²⁶.

Por otro lado, la jurisprudencia en Alemania juega un papel fundamental en la interpretación de estas leyes y en la determinación de las penas asociadas.²⁷ Ha sido mediante interpretación de los tribunales que se ha podido establecer penas asociadas a la violencia contra la mujer.²⁸

En conclusión, Alemania, tiene un desafío frente a la política criminal del feminicidio, la cual no debe entenderse únicamente a través del prisma legal, sino también considerando iniciativas de prevención integral tales como: la educación y protección contra este tipo de violencia, además la participación de la sociedad civil, como elementos esenciales para abordar las raíces culturales y sociales de la violencia de género, aunando esfuerzos Alemania para combatir el feminicidio desde una perspectiva holística desde la política criminal²⁹.

22 FEM-UNIDAS-"Star der sensibilisierungskampagne zur prevention von femiziden", *WWW.BIG-BERLIN.INFO*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BIG-BERLIN.INFO/SITES/DEFAULT/FILES/UPLOADS/2207_FEM-UNITED_PM_SENSIBILISIERUNGSKAMPAGNE-FEMIZIDE_7-2022.PDF](https://www.big-berlin.info/sites/default/files/uploads/2207_FEM-UNITED_PM_SENSIBILISIERUNGSKAMPAGNE-FEMIZIDE_7-2022.PDF)> (visto por última vez el 30.03.2024).

23 BOSEN, RALF, "La violencia contra las mujeres en Alemania está en aumento", *DW.COM* 24.11.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.DW.COM/ES/LA-VIOLENCIA-CONTRA-LAS-MUJERES-EN-ALEMANIA-ESTÁ-EN-AUMENTO/A-59922638](https://www.dw.com/es/la-violencia-contra-las-mujeres-en-alemania-está-en-aumento/a-59922638)> (visto por última vez el 18.02.2024).

24 Observatorio Europeo sobre el Feminicidio (EOF) Femicidio es una red de organizaciones que trabajan juntas para recopilar datos, investigar y analizar el feminicidio en Europa. Su objetivo es aumentar la conciencia sobre la violencia de género y abogar por políticas y acciones para prevenir el Femicidio.

25 LEUSCHNER & RAUSCH (*supra* nota 7).

26 BOSEN (*supra* nota 23).

27 Portal Europeo de e-Justicia, "Sistemas de justicia nacionales". *EUROPA.EU*. Published 2015. Disponible en <[HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/16/ES/NATIONAL_JUSTICE_SYSTEMS](https://e-justice.europa.eu/16/ES/NATIONAL_JUSTICE_SYSTEMS)> (visto por última vez el 06.04.2024).

28 GÓNGORA, MANUEL; COSTA, SERGIO & LEITE, GUILHERME "Feminicidio en Alemania y desigualdades de género en el sistema judicial", *1LIBRARY.CO*, 2015. Disponible en <[HTTPS://1LIBRARY.CO/ARTICLE/FEMINICIDIO-ALEMANIA-DESIGUALDADES-G%C3%A9NERO-SISTEMA-JUDICIAL.QOGR175Z](https://1library.co/article/feminicidio-alemania-desigualdades-g%C3%A9nero-sistema-judicial.qogr175z)> (visto por última vez el 08.04.2024).

29 GÓNGORA (*supra* nota 28).

2. Política criminal de feminicidio en Colombia.

El fenómeno del feminicidio en Colombia se ha caracterizado por el asesinato de mujeres a manos de hombres por razones de género, esta es una manifestación extrema de la violencia contra las mujeres que se ha perpetuado a lo largo de la historia del país. La implementación de políticas criminales específicas para enfrentar este delito refleja un esfuerzo por parte del Estado colombiano para combatir la violencia de género y proteger los derechos de las mujeres.

2.1 Antecedentes Históricas del feminicidio.

El contexto histórico de Colombia ha sido marcado por conflictos armados prolongados, desigualdades sociales profundas y una cultura patriarcal arraigada. Estos elementos han creado un terreno fértil para la violencia de género, incluyendo el feminicidio.

La violencia de género ha sido un tema que ha generado debate debido a la dominación masculina hacia la mujer en la sociedad, está a desentrañado fantasmas del pasado por la existencia de la misoginia y el machismo generando que algunos opten por minimizar el fenómeno afirmando que la discriminación por razones de género es producto de la ignorancia³⁰ sin embargo las mujeres han logrado alzar su voz pese a esa postura, activando a las organizaciones defensores del género femenino a cambiar la historia.

La persistencia del feminicidio en Colombia puede atribuirse a múltiples factores interrelacionados. Primero, la cultura patriarcal (Fernández, 2012) del país perpetúa desigualdades de género y normaliza la violencia contra las mujeres, viendo su subordinación como natural y justificable. Segundo, el legado del conflicto armado que ha dejado cicatrices profundas en la sociedad colombiana, normalizando la violencia y haciéndola parte de la vida cotidiana. Tercero, las deficiencias en el sistema judicial y la falta de implementación efectiva de las leyes que protegen a los perpetradores de la violencia de género, contribuyendo a una alta tasa de impunidad derivada de una conducta básica de la humanidad³¹.

Esta forma de violencia, también se vivió en el longevo conflicto armado colombiano³², que ha involucrado al gobierno, grupos guerrilleros, paramilitares y bandas criminales, ha exacerbado la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia siendo objeto de violencia sexual, desplazamiento forzado, asesinatos y desapariciones forzadas, muchas veces como parte de estrategias de guerra. Este contexto de violencia generalizada ha normalizado la agresión contra las mujeres, facilitando la emergencia del feminicidio como una crisis particularmente grave.

En respuesta a la creciente crisis de violencia hacia la mujer en Colombia se han hecho avances significativos en el desarrollo de un marco legal para proteger a las mujeres y sancionar la violencia de género. La Ley 1257 de 2008 y la Ley 1761 de 2015, conocida como la Ley Rosa Elvira Cely, mujer bogotana de 35 años que fue asesinada, torturada y víctima de violencia sexual por

30 PINEDA, ESTHER, "El Femicidio En La Sociedad Contemporánea", *Cultura Femicida: El Riesgo de Ser Mujer En América Latina*, Prometeo Editorial, 2021, p. 45.

31 CUERVO, VIVIANA; VEGA, LYDA; MÁRQUEZ, ALONSO & ROMÁN, ÁLVARO, "Feminicidio, impunidad o seguridad jurídica en la política criminal colombiana", *Revista Verba Iuris*, (2017), p. 115.

32 GONZÁLEZ, MARÍA FERNANDA & VEGA, MARÍA JOSÉ, "Tipificación del delito de feminicidio en la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del conflicto armado colombiano", *MEMORIA*. 2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEMORIA.FAHCE.UNLP.EDU.AR/TRAB_EVENTOS/EV.12650/EV.12650.PDF](https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/TRAB_EVENTOS/EV.12650/EV.12650.PDF)> (Visto por última vez el 18.02.2024).

parte de un compañero de estudio; este caso es el reflejo de la discriminación, desigualdad, violencia por razones de género y misoginia que le ha arrebatado la vida a miles de mujeres³³.

Estos son ejemplos de cómo la legislación colombiana busca prevenir la violencia contra las mujeres, tipificando el feminicidio como un delito autónomo. Sin embargo, a pesar de estos avances legales, el país sigue enfrentando desafíos en la prevención y protección de las víctimas para garantizar la vida de las mujeres en el estado colombiano.

2.2 El Papel de la Sociedad Civil frente a la política criminal del feminicidio.

La sociedad civil y los movimientos feministas en Colombia han jugado un papel crucial en la denuncia de los feminicidios y en la presión social hacia el gobierno para tomar medidas más efectivas³⁴. Estos grupos han sido fundamentales en visibilizar la violencia contra las mujeres, apoyar a las víctimas y sus familias, y exigir justicia y cambios estructurales en la sociedad para la prevención de futuros casos de feminicidio³⁵. Su trabajo ha contribuido a la creación de una mayor conciencia pública sobre la gravedad del problema y la necesidad de acciones concretas para erradicarlo³⁶. Los movimientos feministas en Colombia juegan un gran papel en el avance y el reconocimiento de nuestros derechos, la exigencia al Estado y a su orden constitucional, y a todas las instituciones gubernamentales que paulatinamente avanzan en cada área necesitada³⁷.

Este activismo social de las organizaciones de la sociedad civil, han influenciado la política criminal trazada por el estado colombiano frente al feminicidio, cumpliendo un rol de control jurídico, político y social de rendición de cuentas, que articula la protección de los derechos humanos con denuncias colectivas, generando lo que en la modernidad se denomina procesos de *accountability*³⁸ social. Caracterizado por una presión social en pro del reconocimiento legítimo de la defensa de los derechos humanos, de la capacidad colectiva de las democracias contemporáneas para articularse y movilizarse, demostrando el potencial papel que cumplen frente a las demandas sociales.

33 VELANDIA, RAFAEL, *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 27.

34 Organización Mundial de la Salud (OMS) "Comprender y abordar la violencia contra las mujeres Violencia sexual". *OIG.CEPAL.ORG* 2013. Disponible en <[HTTPS://OIG.CEPAL.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/20184_VIOLENCIASEXUAL.PDF](https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_VIOLENCIASEXUAL.PDF)> (visto por última vez el 08.04.2024).

35 ROVALLOS, DANIELA; PEREIRA, LINA; CAMACHO, MARÍA CAMILA; ESLAVA, NATHALIE & AMAYA, NATALIA, "Violencia de género y feminicidio un problema social: una mirada desde el contexto sociocultural en la ciudad de Cúcuta", *BONGA.UNISIMON*. Disponible en <[HTTPS://BONGA.UNISIMON.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/B5AC6A3A-A72D-43D0-9AED-A54609BETEOD/CONTENT](https://bonga.unisimon.edu.co/server/api/core/bitstreams/b5ac6a3a-a72d-43d0-9aed-a54609beteod/content)> (visto por última vez el 08.04.2024).

36 MEJÍA, LINA; MORALES, KERWIN; VELANDIA, TANIA & RODRÍGUEZ, JUAN PABLO, *Diseño De Un Taller Para La Prevención Del Feminicidio Íntimo De Pareja FICF Colombia*. Trabajo de grado universidad católica de Colombia 2017. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UCATOLICA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/DF35B50-E721-402A-A35A-500CB49E43A9/CONTENT](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/df35b50-e721-402a-a35a-500cb49e43a9/content)> (visto por última vez 08.04.2024).

37 MEJÍA *et al.* (*supra* nota 36).

38 La *accountability* social o rendición de cuentas social, es un mecanismo de control no electoral, basado en iniciativas de las asociaciones y movimientos ciudadanos, así como acciones mediáticas cuyo objeto es exponer y denunciar los actos ilegales y corruptos de los funcionarios públicos. Al respecto ver: PACHECO, JAIRO ANTONIO LÓPEZ, "Accountability Social, Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos y Conflicto Político En Colombia, 2002-2010", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, No. 2, 2013, p. 258. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/43495656](http://www.jstor.org/stable/43495656)> (visto por última vez 11.04.2024).

2.3 Prevención y Educación del feminicidio.

La prevención juega un papel clave en la disminución y concientización del feminicidio. Programas educativos dirigidos a niños, jóvenes y adultos, que promuevan la igualdad de género y el respeto mutuo, son esenciales para cambiar las actitudes y comportamientos que perpetúan la violencia contra las mujeres, las campañas de sensibilización pública pueden ayudar a desmontar los estereotipos de género y a promover una cultura de no violencia y respeto a los derechos humanos³⁹.

La inclusión de la perspectiva de género en todos los niveles del sistema educativo, así como la capacitación en igualdad de género para profesionales en todos los sectores, son medidas que pueden contribuir a una transformación cultural a largo plazo hacia el respeto y la equidad⁴⁰.

La lucha contra el feminicidio requiere una acción coordinada entre diferentes sectores del gobierno y la sociedad. La colaboración entre las instituciones de justicia, salud, educación y protección social son cruciales para abordar de manera integral las diversas dimensiones de la violencia de género. Asimismo, el trabajo conjunto con organizaciones de la sociedad civil, grupos feministas y comunidades puede potencializar los esfuerzos de prevención y atención a las víctimas⁴¹.

El apoyo y la cooperación internacional también juegan un rol importante en el fortalecimiento de la política criminal contra el feminicidio, el intercambio de buenas prácticas, el acceso a asistencia técnica y financiera y la participación en foros internacionales pueden enriquecer las estrategias nacionales y promover el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y violencia de género⁴².

3. Discusión.

La discusión sobre las políticas criminales del tipo penal del feminicidio entre Alemania y Colombia revela profundas diferencias en cada país desde el abordaje del problema social y legal hasta las estrategias de prevención y educación contra la violencia de género y protección de los derechos de la mujer en la sociedad.

La decisión de Colombia de definir el feminicidio como un delito específico y autónomo ha sido fundamental para visibilizar la violencia de género como un problema crítico y urgente

39 Organización de las Naciones Unidas - Mujeres Colombia (ONU), "Violencia feminicida: Recomendaciones para el abordaje estatal y la investigación académica", *COLOMBIA.UNWOMEN* 2021. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/2022-02/ID_209_10%20FEB_o.pdf](https://colombia.unwomen.org/sites/default/files/2022-02/ID_209_10%20FEB_o.pdf)> (visto por última vez el 08.04.2024).

40 Amnistía Internacional (EDAI), "Alemania la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal", *AMNESTY.ORG* 2008. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMNESTY.ORG/ES/WP-CONTENT/UPLOADS/SITES/4/2021/07/EUR230032008ES.PDF](https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/EUR230032008ES.pdf)> (visto por última vez el 12.02.2024).

41 SÁNCHEZ, SARA & VERGARA, CLAUDIA, "Iniciativa social con énfasis en cooperación internacional para la creación de un centro de atención sin ánimo de lucro dedicado a la asesoría, información y apoyo para las mujeres CIS víctimas de la violencia de género en el casco urbano de la ciudad de Lorica", *Repositorio.unicordoba* 2021. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/FLIP/?PDF=HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/9EE8141D-1F44-4F82-94AF-0733F179DA99/CONTENT](https://repositorio.unicordoba.edu.co/flip/?PDF=HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/9EE8141D-1F44-4F82-94AF-0733F179DA99/CONTENT)> (visto por última vez el 08.04.2024).

42 MEJÍA, LINA; MORALES, KERWIN; VELANDIA, TANIA & RODRÍGUEZ, JUAN PABLO (*supra* nota 36).

que requiere atención especial. Esta especificidad legal no solo permite sanciones más severas para los perpetradores sino que también enfatiza la necesidad de políticas de prevención y atención dirigidas a combatir la violencia contra las mujeres. La tipificación del feminicidio refleja un reconocimiento del Estado sobre la gravedad de la violencia de género y su compromiso con la erradicación de esta problemática.

En contraste, Alemania no tiene una categorización legal específica para el feminicidio, tratándolo dentro del marco general de asesinato, homicidio y lesiones con consecuencia de muerte. Aunque esto no disminuye la gravedad con que se trata la violencia contra las mujeres, podría limitar la visibilidad y la conciencia pública sobre la especificidad de la violencia de género, así como restringir el desarrollo de políticas públicas y estrategias de prevención enfocadas exclusivamente en la violencia hacia la mujer tal como lo recomienda el convenio de Estambul.

En cuanto a la prevención y la educación sobre la violencia de género ambos países reconocen la importancia en la lucha de este tipo de violencia. Sin embargo, la legislación específica y el contexto social en Colombia han impulsado campañas de sensibilización y programas educativos que abordan directamente el feminicidio y la violencia contra la mujer, sin que ello haya permitido la eficacia de las medidas preventivas, ni en un cambio cultural frente al machismo y a la percepción que de la violencia de género tienen aún ciertos grupos misóginos. Por su parte en Alemania, aunque las campañas de prevención y educación también buscan combatir la violencia contra las mujeres, la falta de una categorización legal específica para el feminicidio puede diluir el enfoque de estas iniciativas, integrándolas en un marco más amplio de lucha contra la violencia doméstica y promoción de la igualdad de género.

Desde el punto de vista de los desafíos que ambos países afrontan para la implementación de política criminales frente a estas formas de violencia, es menester la necesidad de recursos técnicos, jurídicos, económicos, humanos, entre otros, tales como el desarrollo de capacitaciones especializadas para los operadores de justicia, y mecanismos eficientes para la protección de las víctimas.

Atendiendo la discusión que se viene planteando este estudio realizó una comparación de este fenómeno en los dos países, atendiendo criterios legislativos, políticos, sociales, preventivos y educacionales:

Tabla 1. Comparación del asesinato de mujeres en Alemania vs el feminicidio en Colombia.

DEFINICIÓN LEGAL	
COLOMBIA⁴³	ALEMANIA⁴⁴
En Colombia, el feminicidio se define específicamente como un delito autónomo desde la Ley 1761 de 2015 (Ley Rosa Elvira Cely), enfocándose en los asesinatos de mujeres por razones de género.	Alemania no cuenta con una definición legal específica de "feminicidio". Los casos de asesinato de mujeres por razones de género se enmarcan dentro de las leyes generales de asesinato, sin una categoría especial que los distinga como motivados por cuestiones de género.
MARCO LEGAL	
COLOMBIA⁴⁵	ALEMANIA⁴⁶
La legislación colombiana ha avanzado significativamente en reconocer la violencia contra las mujeres como un problema de interés público, estableciendo leyes específicas para combatir y sancionar el feminicidio, con penas que pueden llegar hasta los 41 años de prisión.	<p>§211. Asesinato</p> <p>(1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida</p> <p>(2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.</p> <p>§ 212. Homicidio</p> <p>(1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años.</p> <p>(2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida.</p> <p>§ 213. Caso leve de homicidio Si el homicida sin culpabilidad propia fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario se presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años.</p>

43 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, *Suin-juriscol* 2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.SUIN-JURISCOL.GOV.CO/VIEWDOCUMENT.ASP?ID=30019921](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewdocument.asp?id=30019921)> (visto por última vez el 08.04.2024).

44 HABERMANN, JULIA, "Möglichkeiten Der Sanktionierung von Femiziden Im Deutschen Strafrecht – Ist Ein Femizid-Straftatbestand Notwendig?", *Neue Kriminalpolitik* 33, no. 2 (2021): 189–208. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/27283550](https://www.jstor.org/stable/27283550)> (visto por última vez el 08.04.2024). Al respecto también ver: SCHUCHMANN, INGA & STEINL, LEONIE, "Femizide: Zur Strafrechtlichen Bewertung von Trennungsbedingten Tötungsdelikten an Intimpartnerinnen.", *Kritische Justiz* 54, no. 3, (2021).

45 Ámbito Jurídico, "Feminicidio será castigado con 20 a 41 años de cárcel", *AMBITO JURIDICO.COM* 08.07.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMBITOURIDICO.COM/NOTICIAS/PENAL/ADMINISTRATIVO-Y-CONTRATACION/FEMINICIDIO-SERA-CASTIGADO-CON-20-41-ANOS-DE-CARCEL](https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/administrativo-y-contratacion/feminicidio-sera-castigado-con-20-41-anos-de-carcel)> (visto por última vez 08.04.2024).

46 German Criminal Code -Strafgesetzbuch-StGB (*supra* nota 2).

POLÍTICA DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN

COLOMBIA⁴⁷

Colombia implementa políticas de prevención y atención integral a las víctimas de violencia de género, incluyendo líneas de ayuda, centros de acogida y programas de sensibilización.

ALEMANIA⁴⁸

Alemania cuenta con una red de apoyo a las víctimas de violencia doméstica, que incluye centros de acogida, asesoramiento legal y psicológico, y programas de prevención. Sin embargo, estas medidas no se especifican bajo la categoría de protección a posibles feminicidios.

SENSIBILIDAD Y EDUCACIÓN

COLOMBIA⁴⁹

Hay un fuerte enfoque en la sensibilización y educación sobre la igualdad de género y la violencia contra las mujeres, incluyendo campañas públicas y leyes estatales.

ALEMANIA⁵⁰

Alemania también promueve la igualdad de género y la prevención de la violencia a través de la educación y campañas de sensibilización, aunque no específicamente centradas en el feminicidio.

COPERACIÓN INTERNACIONAL

COLOMBIA⁵¹

Colombia participa activamente en foros internacionales y regionales para combatir la violencia contra las mujeres, adoptando recomendaciones internacionales sobre derechos humanos y violencia de género.

ALEMANIA⁵²

Alemania es parte de varios acuerdos y convenciones internacionales para prevenir la violencia contra las mujeres y promover la igualdad de género, trabajando en cooperación con organizaciones internacionales y países de la Unión Europea.

47 Ley 2215 de 2022 - Gestor Normativo, *FUNCIÓN PÚBLICA.GOV.CO* 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.FUNCIÓN PÚBLICA.GOV.CO/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=188287](https://www.fucionpublica.gov.co/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=188287)> (visto por última vez el 08.04.2024).

48 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), "Mehr Schutz bei häuslicher Gewalt. BMFSFJ", *bmf sfj* 14.05.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.BMFSFJ.DE/BMFSFJ/SERVICE/PUBLIKATIONEN/MEHR-SCHUTZ-BEI-HAEUSLICHER-GEWALT-81936](https://www.bmf sfj.de/bmf sfj/service/publikationen/mehr-schutz-bei-haeuslicher-ge-walt-81936)> (visto por última vez en el 08.04.2024). Al respecto también ver: SCHRÖTTLE, MONIKA & ARNIS, MARIA "Femizide und notwendige Maßnahmen" *WWW.BPB.DE*, 20.04.202. Disponible en <[HTTPS://WWW.BPB.DE/THEMEN/GENDER-DIVERSITAET/FEMIZIDE-UND-GEWALT-GEGEN-FRAUEN/519839/FEMIZIDE-UND-NOTWENDIGE-MASSNAHMEN/](https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/femizide-und-ge-walt-gegen-frauen/519839/femizide-und-notwendige-massnahmen/)> (visto por última vez el 18.03.2024).

49 Ley 2215 de 2022 (*supra* nota 47).

50 BMFSFJ (*supra* nota 2)

51 Organización de las Naciones Unidas (ONU), "Mesa de Género de la Cooperación Internacional en Colombia: 15 años cooperando por la igualdad", *COLOMBIA.UNWOMEN.ORG* 25.11.2023. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/ES/STORIES/NOTICIA/2023/11/MESA-DE-GENERO-DE-LA-COOPERACION-INTERNACIONAL-EN-COLOMBIA-15-ANOS-COOPERANDO-POR-LA-IGUALDAD](https://colombia.unwomen.org/Es/Stories/Noticia/2023/11/Mesa-de-Genero-de-La-Cooperacion-Internacional-en-Colombia-15-Anos-Cooperando-Por-La-Igualdad)> (visto por última vez el 08.04.2024).

52 European Institute for Gender Equality, "*Gender Equality Index Report*". Disponible en <[HTTPS://EIGE.EUROPA.EU/SITES/DEFAULT/FILES/DOCUMENTS/GENDER-EQUALITY-INDEX-REPORT.PDF](https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/gender-equality-index-report.pdf)> (visto por última vez el 08.04.2024).

ENFOQUE CULTURAL Y SOCIAL

COLOMBIA⁵³

La política criminal del feminicidio en Colombia se desarrolla en un contexto de alta conciencia social y movilización contra la violencia de género, con un enfoque significativo en cambiar las normas culturales y sociales que perpetúan la violencia contra las mujeres.

ALEMANIA⁵⁴

En Alemania, el enfoque hacia la violencia de género también busca cambiar actitudes y comportamientos, pero se da dentro de un marco de bienestar social más amplio, integrando la lucha contra la violencia de género en políticas generales de igualdad y protección social.

Fuente: Elaboración propia con fuentes y recursos jurídicos de ambos países.

Atendiendo la comparación arriba agregadas del asesinato de mujeres en Alemania y el feminicidio en Colombia revela las diferencias significativas en ambos países desde la conceptualización hasta el abordaje legal de la violencia de género, particularmente el asesinato de mujeres por razones asociadas a su condición de ser mujer.

El análisis de la legislación y las medidas europeas debe ir acompañado de una comprensión profunda de los términos relacionados con la violencia de género. La terminología precisa es esencial para una comunicación efectiva y para la formulación de políticas adecuadas, antes mencionado, es fundamental para los estados explorar las barreras institucionales que obstaculizan la erradicación de la violencia de género, la falta de iniciativa para iniciar procesos judiciales y los estereotipos arraigados en el sistema judicial son obstáculos significativos. *Los estereotipos de género*⁵⁵ pueden distorsionar la percepción de los hechos, afectar la capacidad de los jueces para analizar las relaciones familiares y obstaculizar la búsqueda de justicia por parte de las víctimas.

En muchos países, las mujeres enfrentan barreras económicas que limitan su acceso al sistema judicial y a servicios legales especializados⁵⁶. La falta de recursos financieros y la ausencia de abogados especializados crean obstáculos significativos para las víctimas de violencia de género. Además, el miedo al estigma, la autculpabilización y la falta de confianza en el sistema judicial son barreras emocionales que las mujeres deben superar para buscar justicia.

Consideraciones finales.

La violencia de género en ambos países tiene una regulación distinta, en Colombia como delito autónomo y en Alemania se tiene como asesinatos, homicidios y lesión corporal con consecuencia de muerte lo cual obedece al contexto regional de cada país, así como el delito de feminicidio ha sido una tendencia en americalatina y no en Europa. El accountability social en la sociedad

53 ACOSTA, MARÍA PAZ & DE LA ESPRIELLA, MIGUEL, "Todos Tenemos Una Rosa Violencia De Género En Colombia: La Lucha Por El Reconocimiento Del Feminicidio" *Pontificia Universidad Javeriana Facultad De Ciencias Jurídicas*. (2015). p.53.

54 HABERMANN (*supra* nota 44).

55 ANTÚNEZ, ALBA & NARVÁEZ, ANTONIO (*supra* nota 9) p. 11.

56 ANTÚNEZ, ALBA & NARVÁEZ (*supra* nota 9).

civil ha sido una influencia como presión social para la implementación del feminicidio, las organizaciones no gubernamentales activistas de derechos humanos ejerciendo control político en la defensa de los principios básicos del Estado de Derecho salvaguardado los derechos de las mujeres y la lucha por el reconocimientos.

El convenio de Estambul ha sido un reto en la Unión Europea ya que el conjunto de artículos establece la obligación de los Estado, la sociedad civil, el sector privado y los medios de comunicación a colaborar en la sensibilización y prevención de los derechos de la mujer enfatizando en la erradicación de esta forma de violencia, facilitando la implementación de medidas de prevención y protección a las víctimas para que pueda influir la percepción como el tratamiento de la violencia de género en el sistema de justicia.

Como desafío general sugiere que, independientemente del enfoque legal específico adoptado por cada país, el combate efectivo contra el feminicidio requiere una combinación de legislación adecuada, políticas de prevención y sensibilización, educación en igualdad de género, y cooperación internacional. La adopción de medidas específicas para el reconocimiento, prevención y sanción del feminicidio, junto con el compromiso de cambiar las normas culturales y sociales que perpetúan la violencia contra las mujeres, son fundamentales en este esfuerzo.

La lucha contra el feminicidio y la violencia de género, en última instancia, refleja el compromiso de una sociedad con la protección de los derechos humanos y la igualdad de género. Tanto Colombia como Alemania, a través de sus respectivos enfoques legales y políticos, contribuyen a este esfuerzo global, aunque con estrategias diferenciadas que responden a sus contextos específicos. La experiencia de ambos países en la materia ofrece lecciones valiosas sobre la importancia de adaptar las políticas y estrategias legales a las realidades culturales y sociales, manteniendo siempre el objetivo común de erradicar la violencia contra las mujeres en todas sus formas.

Bibliografía.

ACOSTA, MARÍA PAZ & DE LA ESPRIELLA, MIGUEL, *Todos Tenemos Una Rosa Violencia De Género En Colombia: La Lucha Por El Reconocimiento Del Feminicidio*, Pontificia Universidad Javeriana Facultad De Ciencias Jurídicas, 2015. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.JAVERIANA.EDU.CO/HANDLE/10554/34336](https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/34336)> (visto por última vez 10.04.2024).

Ámbito Jurídico, “Feminicidio será castigado con 20 a 41 años de cárcel”, *AMBITOJURIDICO.COM* 08.07.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMBITOJURIDICO.COM/NOTICIAS/PENAL/ADMINISTRATIVO-Y-CONTRATACION/FEMINICIDIO-SERA-CASTIGADO-CON-20-41-ANOS-DE-CARCEL](https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/administrativo-y-contractacion/feminicidio-sera-castigado-con-20-41-anos-de-carcel)> (visto por última vez 08.04.2024).

Amnistía Internacional, “Alemania la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal” *AMNESTY.ORG* 2008. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMNESTY.ORG/ES/WP-CONTENT/UPLOADS/SITES/4/2021/07/EUR230032008ES.PDF](https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/EUR230032008ES.PDF)> (visto por última vez el 12.02.2024).

ANTÚNEZ, ALBA CAVIGLIA & NARVÁEZ, ANTONIO DÍAZ, “La violencia de género en Europa: legislación, medidas adoptadas y cumplimiento por parte de los Estados”, *Repositorio comillas*, (2019), p. 13.

ARIAS, SONSOLES, “las relaciones de las cúspides judiciales en los sistemas federales: el caso alemán”, *AFDUAM*, número 22, (2018), p. 192.

- BAHR, ROBERT, *Masterarbeit Kriminologische Ursachen von Femizid*, Master Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft, 2023.
- BOSEN, RALF, “La violencia contra las mujeres en Alemania está en aumento”, *DW.COM* 24.11.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.DW.COM/ES/LA-VIOLENCIA-CONTRA-LAS-MUJERES-EN-ALEMANIA-EST%C3%A1-EN-AUMEN-TO/A-59922638](https://www.dw.com/es/la-violencia-contra-las-mujeres-en-alemania-est%C3%A1-en-aumento/A-59922638)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- Bundeskriminalamt -BKA-, “Partnerschaftsgewalt - Kriminalstatistische Auswertung”, *BKA.DE*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BKA.DE/DE/AKTUELLEINFORMATIONEN/STATISTIKENLAGEBILDER/LAGEBILDER/PARTNERSCHAFTSGEWALT/PARTNERSCHAFTSGEWALT_NODE.HTML](https://www.bka.de/DE/AKTUELLEINFORMATIONEN/STATISTIKENLAGEBILDER/LAGEBILDER/PARTNERSCHAFTSGEWALT/PARTNERSCHAFTSGEWALT_NODE.HTML)> (visto por última vez 18.03.2024).
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), “Mehr Schutz bei häuslicher Gewalt. BMFSFJ”, *bmfjsfj* 14.05.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.BMFSFJ.DE/BMFSFJ/SERVICE/PUBLIKATIO-NEN/MEHR-SCHUTZ-BEI-HAEUSLICHER-GEWALT-81936](https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/mehr-schutz-bei-haeuslicher-gewalt-81936)> (visto por última vez en el 08.04.2024).
- CAVADA, JUAN & CIFUENTES, PAMELA, “Tipificación del delito de feminicidio en Latinoamérica”, *obtiene-archivo* 06.2019. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITO-RIO/10221/27378/1/BCN_TIPIFICACION_DEL_FEMICIDIO_EN_LATINOAMERICA_2019.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27378/1/BCN_TIPIFICACION_DEL_FEMICIDIO_EN_LATINOAMERICA_2019.PDF)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- Consejo de Europa, “Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO) Primer Informe de Evaluación de España”, *Violenciagenero.igualdad* 2020. Disponible en <[HTTPS://VIOLENCIAGENERO.IGUALDAD.GOB.ES/MARCOINTERNACIONAL/INFORMESGREVIO/DOCS/INFORMEGREVIOESPANA.PDF](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcointernacional/informesgrevio/docs/informegrevioespana.pdf)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Consejo Europeo - No. 210, “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, convenio Estambul 2011”, *RM.CO.E*. Disponible en <[HTTPS://RM.CO.E.INT/1680462543](https://rm.coe.int/1680462543)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- CRUSCHWITZ, JULIA & HAENTJES, CAROLIN, *Femizide Frauenmorde in Deutschland*, Deutschland, S. Hirzel Verlag, 2022.
- CUERVO, VIVIANA; VEGA, LYDA; MÁRQUEZ, ALONSO & ROMÁN, ÁLVARO, “Feminicidio, impunidad o seguridad jurídica en la política criminal colombiana”, *Revista Verba Iuris*, (2017), p. 115.
- European Institute for Gender Equality, *Gender Equality Index Report*. Disponible en <[HTTPS://EIGE.EUROPA.EU/SITES/DEFAULT/FILES/DOCUMENTS/GENDER-EQUALITY-INDEX-REPORT.PDF](https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/gender-equality-index-report.pdf)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- FEM-UNIDAS-, “Star der sensibilisierungskampagne zur pravention von femiziden”, *WWW.BIG-BERLIN.INFO*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BIG-BERLIN.INFO/SITES/DEFAULT/FILES/UPLOADS/2207_FEM-UNI-TED_PM_SENSIBILISIERUNGSKAMPAGNE-FEMIZIDE_7-2022.PDF](https://www.big-berlin.info/sites/default/files/uploads/2207_fem-united_pm_sensibilisierungskampagne-femizide_7-2022.pdf)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- German Criminal Code (Strafgesetzbuch-StGB). Disponible en <[HTTPS://WWW.GESETZE-IM-INTERNET.DE/ENGLISCH_STGB/ENGLISCH_STGB.HTML](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html)> (visto por última vez 08.04.2024).
- GÓNGORA, MANUEL; COSTA, SERGIO & LEITE, GUILHERME “Feminicidio en Alemania y desigualdades de género en el sistema judicial”, *LIBRARY.CO*, 2015. Disponible en <[HTTPS://LIBRARY.CO/ARTICLE/FEMINI-CIDIO-ALEMANIA-DESIGUALDADES-G%C3%A9NERO-SISTEMA-JUDICIAL.QOGR175Z](https://library.co/article/feminicidio-alemania-desigualdades-g%C3%A9nero-sistema-judicial.qogr175z)> (visto por última vez el 08.04.2024)

- GONZÁLEZ, MARÍA FERNANDA & VEGA, MARÍA JOSÉ, “Tipificación del delito de feminicidio en la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del conflicto armado colombiano”, *memoria*. 2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEMORIA.FAHCE.UNLP.EDU.AR/TRAB_EVENTOS/EV.12650/EV.12650.PDF](https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.12650/ev.12650.pdf)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- HABERMANN, JULIA, “Möglichkeiten Der Sanktionierung von Femiziden Im Deutschen Strafrecht – Ist Ein Femizid-Straftatbestand Notwendig?”, *Neue Kriminalpolitik* 33, no. 2 (2021): 189–208. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/27283550](https://www.jstor.org/stable/27283550)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- LEUSCHNER, FREDERICKE & RAUSCH, ELENA, “Femizid – Eine Bestandsaufnahme aus kriminologischer Perspektive”, *Kriminologie - Das Online-Journal*, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.RESEARCHGATE.NET/PUBLICATION/359638499_FEMIZID_-_EINE_BESTANDSAUFNAHME_AUS_KRIMINOLOGISCHER_PERSPEKTIVE/LINK/625EA597A279EC5DD702CO44/DOWNLOAD?_TP=EYJ1B250ZXHO1P71MZPCNNOUGFNZSI-61NB1YMXPY2FoAW9u11wICGFNZS161NB1YMXPY2FoAW9u1N19](https://www.researchgate.net/publication/359638499_FEMIZID_-_EINE_BESTANDSAUFNAHME_AUS_KRIMINOLOGISCHER_PERSPEKTIVE/LINK/625EA597A279EC5DD702CO44/DOWNLOAD?_TP=EYJ1B250ZXHO1P71MZPCNNOUGFNZSI-61NB1YMXPY2FoAW9u11wICGFNZS161NB1YMXPY2FoAW9u1N19)> (visto por última vez el 10.04.2024).
- 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, *Suin-juriscol* 2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.SUIN-JURISCOL.GOV.CO/VIEW-DOCUMENT.ASP?ID=30019921](https://www.suin-juriscol.gov.co/view-document.asp?id=30019921)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- Ley 2215 de 2022 - Gestor Normativo, *Funcionpublica.gov.co* 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.FUNCIONPUBLICA.GOV.CO/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=188287](https://www.funcionpublica.gov.co/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=188287)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- MEJÍA, LINA; MORALES, KERWIN; VELANDIA, TANIA & RODRÍGUEZ, JUAN PABLO, *Diseño De Un Taller Para La Prevención Del Feminicidio Íntimo De Pareja FICF Colombia*. Trabajo de grado universidad católica de Colombia 2017. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UCATOLICA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/DF35B50-E721-402A-A35A-500CB49E43A9/CONTENT](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/DF35B50-E721-402A-A35A-500CB49E43A9/content)> (visto por última vez 08.04.2024).
- NDR Kultur Radio & Tv, “Feminizide in Deutschland: Wenn Männer Frauen töten”, *www.ndr.de*. 20.08.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.NDR.DE/KULTUR/FEMIZIDE-IN-DEUTSCHLAND-FALLZAHLEN-GEHEN-2021-LEICHT-ZURUECK,FEMIZID100.HTML](https://www.ndr.de/kultur/femizide-in-deutschland-fallzahlen-gehen-2021-leicht-zurueck,femizid100.html)> (visto por última vez el 18.03.2024).
- Organización de las Naciones Unidas - Mujeres (ONU), “Hechos y cifras: Poner fin a la violencia contra las mujeres”, *Onu Women*. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNWOMEN.ORG/ES/WHAT-WE-DO/ENDING-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN/FACTS-AND-FIGURES](https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- Organización de las Naciones Unidas - Mujeres Colombia (ONU), “Feminicidio”, *Colombia un Women*. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/ES/COMO-TRABAJAMOS/FIN-A-LA-VIOLENCIA-CONTRA-LAS-MUJERES/FEMINICIDIO](https://colombia.unwomen.org/es/como-trabajamos/fin-a-la-violencia-contra-las-mujeres/feminicidio)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- Organización de las Naciones Unidas - Mujeres Colombia (ONU), “Violencia feminicida: Recomendaciones para el abordaje estatal y la investigación académica”, *Colombia.unwomen* 2021. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/2022-02/ID_209_10%20FEB_o.PDF](https://colombia.unwomen.org/sites/default/files/2022-02/ID_209_10%20FEB_o.pdf)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Mesa de Género de la Cooperación Internacional en Colombia: 15 años cooperando por la igualdad”, *COLOMBIA.UNWOMEN.ORG* 25.11.2023. Disponible en <[HTTPS://COLOMBIA.UNWOMEN.ORG/ES/STORIES/NOTICIA/2023/11/MESA-DE-GENERO-DE-LA-COOPERACION-INTERNACIONAL-EN-COLOMBIA-15-ANOS-COOPERANDO-POR-LA-IGUALDAD](https://colombia.unwomen.org/es/stories/noticia/2023/11/mesa-de-genero-de-la-cooperacion-internacional-en-colombia-15-anos-cooperando-por-la-igualdad)> (visto por última vez el 08.04.2024).

- Organización Mundial de la Salud (OMS) "Comprender y abordar la violencia contra las mujeres Violencia sexual". *OIG.CEPAL.ORG* 2013. Disponible en <[HTTPS://OIG.CEPAL.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/20184_VIOLENCIASEXUAL.PDF](https://oig.cepal.org/sites/default/files/20184_VIOLENCIASEXUAL.PDF)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- Organización Panamericana de la Salud (OPS), "Violencia contra la mujer", *Paho*. Disponible en <[HTTPS://WWW.PAHO.ORG/ES/TEMAS/VIOLENCIA-CONTRA-MUJER](https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-mujer)> (visto por última vez el 18.02.2024).
- PACHECO, JAIRO ANTONIO LÓPEZ, "Accountability Social, Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos y Conflicto Político En Colombia, 2002-2010", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, No. 2, 2013, pp. 255-286. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/43495656](http://www.jstor.org/stable/43495656)> (visto por última vez 11.04.2024).
- Periódico el país, "Por Debanhi, por Susana, por Adriana...: los miles de feminicidios que indignan América Latina", *El país*. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/MEXICO/2022-11-25/POR-DEBANHI-POR-SUSANA-POR-ADRIANA-LOS-MILES-DE-FEMINICIDIOS-QUE-INDIGNAN-A-AMERICA-LATINA.HTML#:~:TEXT=De%20M%C3%A9xico%20a%20Argentina%2C%20pasando,la%20situaci%C3%B3n%20en%20cada%20a%C3%B3n](https://elpais.com/mexico/2022-11-25/por-debanhi-por-susana-por-adriana-los-miles-de-femicidios-que-indignan-a-america-latina.html#:~:text=De%20M%C3%A9xico%20a%20Argentina%2C%20pasando,la%20situaci%C3%B3n%20en%20cada%20a%C3%B3n)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- PINEDA, ESTHER, "El Femicidio En La Sociedad Contemporánea", *Cultura Femicida: El Riesgo de Ser Mujer En América Latina*, Prometeo Editorial, 2021, p. 45. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.2307/11.12865290.6](https://doi.org/10.2307/11.12865290.6)> (visto por última vez 11.04.2024).
- Política exterior, "Protección de los derechos humanos", *Actualidad Alemana* 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.TATSACHEN-UEBER-DEUTSCHLAND.DE/ES/PAZ-Y-SEGURIDAD/PROTECCION-DE-LOS-DERECHOS-HUMANOS](https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/paz-y-seguridad/proteccion-de-los-derechos-humanos)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Portal Europeo de e-Justicia, "Sistemas de justicia nacionales", *EUROPA.EU*. Published 2015. Disponible en <[HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/16/ES/NATIONAL_JUSTICE_SYSTEMS](https://e-justice.europa.eu/16/es/national_justice_systems)> (visto por última vez el 06.04.2024).
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), "Del compromiso a la acción: Políticas para Erradicar la Violencia contra las Mujeres América Latina vs el Caribe", *Unwomen* 2017. Disponible en <[HTTPS://LAC.UNWOMEN.ORG/SITES/DEFAULT/FILES/FIELD%20OFFICE%20AMERICAS/DOCUMENTOS/PUBLICACIONES/2017/11/DELCOMPROMISOALACCIONESPCOMPRESSED.PDF](https://lac.unwomen.org/sites/default/files/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2017/11/delcompromisoalaccionespcompressed.pdf)> (visto por última vez el 8.04.2024).
- ROVALLOS, DANIELA; PEREIRA, LINA; CAMACHO, MARÍA CAMILA; ESLAVA, NATHALIE & AMAYA, NATALIA, "Violencia de género y feminicidio un problema social: una mirada desde el contexto sociocultural en la ciudad de Cúcuta", *BONGA.UNISIMON*. Disponible en <[HTTPS://BONGA.UNISIMON.EDU.CO/BITSTREAM/HANDLE/20.500.12442/12659/PDF_RESUMEN.PDF?SEQUENCE=1](https://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/20.500.12442/12659/PDF_RESUMEN.PDF?SEQUENCE=1)> (visto por última vez el 08.04.2024).
- SÁNCHEZ, SARA & VERGARA, CLAUDIA, "Iniciativa social con énfasis en cooperación internacional para la creación de un centro de atención sin ánimo de lucro dedicado a la asesoría, información y apoyo para las mujeres CIS víctimas de la violencia de género en el casco urbano de la ciudad de Lorica", *Repositorio. unicordoba* 2021. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/FLIP/?PDF=HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/9EE8141D-1F44-4F82-94AF-0733F179DA99/CONTENT](https://repositorio.unicordoba.edu.co/flip/?PDF=HTTPS://REPOSITORIO.UNICORDOBA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/9EE8141D-1F44-4F82-94AF-0733F179DA99/CONTENT)> (visto por última vez el 08.04.2024).

SANZ, BELÉN; OTERO, LAURA; BOIRA, SANTIAGO; MARCUELLO, CHAIME & VIVES CARMEN, "Acción COST Femicide Across Europe, un espacio de cooperación trasnacional para el estudio y el abordaje del femicidio en Europa", *Gac Sanit*, vol.30, no.5. (2016). p. 394.

SCHRÖTTLE, MONIKA & ARNIS, MARIA "Femizide und notwendige Maßnahmen" *www.BPB.DE*, 20.04.202. Disponible en <[HTTPS://WWW.BPB.DE/THEMEN/GENDER-DIVERSITAET/FEMIZIDE-UND-GEWALT-GEGEN-FRAUEN/519839/FEMIZIDE-UND-NOTWENDIGE-MASSNAHMEN/](https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/femizide-und-gewalt-gegen-frauen/519839/femizide-und-notwendige-massnahmen/)> (visto por última vez el 18.03.2024).

SCHUCHMANN, INGA & STEINL, LEONIE, "Femizide: Zur Strafrechtlichen Bewertung von Trennungsbedingten Tötungsdelikten an Intimpartnerinnen.", *Kritische Justiz* 54, no. 3, (2021).

VELANDIA, RAFAEL, "Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI", Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 27.

ZDF, "Femizid - Wenn Männer Frauen töten", *www.ZDF.DE*, 15.11.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.ZDF.DE/DOKUMENTATION/ZDFINFO-DOKU/FEMIZID-WENN-MAENNER-FRAUEN-TOETEN-100.HTML](https://www.zdf.de/dokumentation/zdfinfo-doku/femizid-wenn-maenner-frauen-toeten-100.html)> (visto por última vez el 18.03.2024).

Laura María Bastidas Zambrano

17. El Estado social y política criminal: Alemania y Venezuela.

Resumen: En el presente estudio se hace un análisis de índole reflexivo comparativo, en relación al Estado Social y la Política criminal actual en Alemania y Venezuela, con la finalidad de poder tomar los elementos claves a los fines de delimitar insumos dirigidos a la disminución de la criminalidad y, por ende, también, de la victimidad de los ciudadanos y ciudadanas en ambos países, sobre la base de la garantía de sus derechos fundamentales. Alemania y Venezuela tienen el mismo sentido funcionalista del derecho penal con orientación hacia la protección de la ciudadanía. Sin embargo, en Venezuela la cultura de la violencia opaca la efectividad de la política criminal.

Palabras Clave: Estado Social, Política Criminal, Criminalidad, Victimidad, Derechos Fundamentales.

Abstract: This essay presents a reflective and comparative analysis of the Social State and current criminal policy in Germany and Venezuela. The aim is to identify key elements in their pursuit of reducing criminality and victimization of citizens while guaranteeing their fundamental rights. Germany and Venezuela have the same functionalist sense of criminal law oriented towards the protection of citizens, however in Venezuela the culture of violence obscures the effectiveness of criminal policy.

Keywords: Social State, Criminal Policy, Criminality, Victimization, Fundamental Rights.

Introducción.

En el presente estudio se efectúa una breve comparación entre aspectos político criminales de Alemania y Venezuela. A tal efecto se toma la orientación socio política y democrática de ambos países, considerando a Alemania como punto de referencia que no solo lo es para Venezuela, sino para una multiplicidad de países tanto latinoamericanos como de otras latitudes.

Se toma como base el Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia consagrado en la constitución venezolana y la alemana, en la cual prevalece la garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. Aunado a ello, la concepción actual de la política criminal, versa sobre el funcionalismo del derecho penal, que de modo directo se interrelaciona con la concepción del Estado social.

En ese ejercicio del control social, la sociedad alemana se ajusta a las normas jurídicas de manera más coherente que la sociedad venezolana, en este último caso tiene repercusión el tipo de entorno sociocultural en el que se desenvuelven los ciudadanos y ciudadanas venezolanas, en el que se mantiene un ambiente de violencia y, a su vez, genera la posible comisión de delitos cuyo medio de ejecución sea esa misma causa, la violencia. El Estado venezolano constantemente crea nuevos planes y programas que contienen diversos temas de interés general, realiza reformas legislativas, pero en cuanto al tema justicia y seguridad, se hace cuesta arriba su plena realización y puesta en práctica.

1. *Estado social y política criminal: Alemania y Venezuela.*

Como preámbulo a la ciencia político criminal alemana, es importante hacer mención a que ésta tuvo una gran influencia por aquellos pensadores que se dice han conformado la Escuela de Marburgo¹ y la Escuela de la Defensa Social, liderizados por Franz von Liszt, quien efectuó hacia el año 1882 una conferencia denominada “*Der Zweckgedanke im Strafrecht*”, que viene a constituir la reflexión teórica acerca del fin del derecho penal, señalando que la sanción no ha de ser retributiva, sino direccionada a la protección de los bienes jurídicos (los cuales en nuestras Constituciones, vienen a plasmarse como derechos de los ciudadanos y ciudadanas que deben proteger y garantizar su goce y disfrute, los Estados que así los consagren). En este orden de ideas, la Escuela de Marburgo, realizó y presentó una serie de postulados de tendencia ecléctica, frente a lo que se tenía como corrientes clásicas y positivistas del derecho penal y la criminología, los cuales podemos apreciar:

- Se apartan de los fundamentos filosóficos clásicos, para darle cabida a un pragmatismo que implica el análisis reflexivo y apreciación de la realidad social.
- Se conceptualiza el delito como fenómeno natural y jurídico, el cual debe ser estudiado para descubrir las causas que lo originan y a su vez realizar la construcción dogmática del fenómeno.

1 PÉREZ, JUAN, “Autores y postulados de la Escuela de Marburgo y de la Escuela de la Defensa Social”, *Cuadernos de Criminología QdC* 45 (2019). Disponible en <[HTTPS://REVISTAQDC.ES/LOS-AUTORES-Y-POSTULADOS-DE-LA-ESCUELA-DE-MARBURGO-Y-DE-LA-ESCUELA-DE-LA-DEFENSA-SOCIAL/](https://revistaqdc.es/los-autores-y-postulados-de-la-escuela-de-marburgo-y-de-la-escuela-de-la-defensa-social/)> (visto por última vez 5.05.2024).

- Se reconoce el dualismo penal: Penas y medidas de seguridad, que van a variar de acuerdo al sujeto que delinque.
- Dejan de lado el libre albedrío y dan cabida a la denominada responsabilidad moral, donde limitadamente el ser humano tiene libertad.

Con la denominada Escuela de Marburgo se reconoce que es necesario adentrarse en el área de la prevención del delito, así como interactuar con ciencias sociales para poder dar una mejor construcción de las políticas adecuadas y efectivas.

La Política criminal también ha sido concebida como el conjunto de métodos represivos con los cuales el Estado reacciona frente al delito, tal y como la definía Feuerbach². Sin embargo, esta posición teórica va de la mano de una concepción idealista del Estado y de la concepción criminológica clásica, limitando el objeto de estudio a lo que se encuentra tipificado en los códigos penales, apartándose del estudio del fenómeno social. El derecho entonces, bajo esta premisa, es utilizado como instrumento de dominación que separa de la sociedad a los irrecuperables y, a su vez, la norma cumple funciones de intimidación/disuasión general, debiendo mantenerse un límite que impida al Estado convertirse en un ente que legitime y encubra sus acciones de violencia frente a los ciudadanos y vaya, a su vez, en contravención de los derechos y garantías que se han instaurado en la norma constitucional.

En la actualidad, la Política Criminal, en la generalidad de los países occidentales, dentro de los cuales se pueden incluir Alemania y Venezuela, comprende la elaboración e implementación de medidas de prevención general, políticas de rehabilitación/reinserción social y, particularmente, la medición de la efectividad del Sistema de Justicia Penal, tomando como base, las estadísticas que se recogen de los órganos de control social formal, con respecto al índice delictivo en sus diversas modalidades.

En este orden de ideas, la Política Criminal comprende a los efectos comparativos de este ensayo, la prevención del delito en sus diversos tipos, dentro del contexto del Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia. Desde el proceso de creación y modificación de leyes penales, tanto sustantivas como adjetivas, hasta el tratamiento del recluso en los centros penitenciarios. Ello tal como lo reconoce García-Pablos³, quien explica que la criminología clásica, siempre refiere a la eficacia del castigo como aspecto preventivo/disuasorio de los potenciales delincuentes. Esto, desde nuestro punto de vista, está claramente superado en Alemania, tal y como lo describe Hassemer⁴ de acuerdo a las actuales líneas de la Política Criminal, orientada hacia una ciencia penal integral que contenga los datos empíricos de la realidad de la sanción, así como el ejercicio del control social, incluyendo de igual modo el interés en la generación de sanciones nuevas o alternativas, siempre que estén en concordancia con el derecho penal material y el procedimental.

2 TOCORA, FERNANDO, *Política Criminal en América Latina*, 1ra Edición, Bogotá, Ediciones Librería Profesional, 1990, pp. 140-142.

3 GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Tratado de Criminología*, Parte Cuarta, Prevención del Crimen, Capítulo XXV, 4ta Edición, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2009, p. 902, con referencia a la diferencia del concepto de prevención de acuerdo a las posiciones político gubernamentales,

4 HASSEMER, WINFRIED, "La Ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, págs. 35-80. Disponible en <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/DESCARGA/ARTICULO/46431.PDF](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46431.pdf)> (visto por última vez 17.04.2024).

En Venezuela, al contrario, aún se mantiene esta falaz creencia en quienes legislan y/o realizan reformas en el área penal puntualmente, lo hacen sobre la premisa del efecto preventivo y disuasorio de la sanción, de acuerdo al modelo clásico criminológico, suponiendo una eficacia del castigo sobre la imagen intelectualizada del delincuente, casi matemática, al presuponer que la opción de cometer o no un hecho punible es consecuencia de medir costes y beneficios, sobre una reflexiva y racional decisión del autor que mide las ventajas y perjuicios de su accionar. Esto dista de la realidad social venezolana, donde es notorio que una de las grandes preocupaciones de muchos sujetos activos de delitos es realmente el riesgo de llegar a ser detenido en flagrancia y permanecer privado de libertad de forma preventiva. No le preocupa tanto la posible pena a aplicarle, sino la inmediatez del efecto detención preventiva.

Alemania siempre ha sido para muchos de los que vivimos en los países latinoamericanos, una referencia de suma importancia en lo que respecta a la dogmática penal, la política criminal y su modo *sui generis* de llevar a la práctica lo que constituye un Estado Social garantista. Por consiguiente, se busca encauzar en nuestras legislaciones, normativas extrapoladas con la finalidad de adecuarlas a nuestras realidades socioculturales. En el caso de Venezuela, desde la necesidad de realizar el cambio del proceso penal de corte inquisitorial a un sistema de corte acusatorio mixto, como el que se tiene actualmente, se ha revisado la legislación alemana de modo que se pudiera vislumbrar si ésta podría ser guía para las normas propias en el país, puntualmente lo referido a la ley adjetiva penal⁵, por quienes tenían la responsabilidad de legislar, ya que en ella se destaca la función del derecho procesal penal de disponer de recursos procedimentales para garantizar el enjuiciamiento de los culpables, la protección de la sociedad frente a la delincuencia y, a su vez, la garantía de que quien sea inocente evidentemente sea absuelto.

La Ley procesal penal alemana, con respecto a la protección y garantía de los sujetos procesales, define a la víctima, como quien ha sufrido un perjuicio, el cual sea consecuencia de la perpetración de un delito de cualquier índole, con arreglo al derecho alemán y se les confiere una serie de derechos, antes, durante y después del proceso penal. El proceso penal en Alemania, presenta una alta similitud con el proceso penal en Venezuela, en razón a que el mismo inicia con una averiguación dirigida por el Ministerio Público, llevada adelante por la policía, teniendo como base la interposición de una denuncia por la persona o personas agraviadas en el hecho punible⁶. Dentro de ese conjunto normativo, se evidencian los derechos que le asisten, los cuales se clasifican de acuerdo a la etapa procesal, sea en la investigación o ya en la fase de juicio. A su vez, ella obtiene de las instancias formales de control, soporte, apoyo y acompañamiento⁷, lo cual hace sumamente interesante cómo las instituciones del control social formal, puntualmente el Ministerio de Justicia alemán, proveen a los agraviados/víctimas, una serie de lineamientos de fácil acceso para orientarse en el proceso penal y esto constituye una aplicación efectiva de la política criminal orientada hacia éstas, convirtiéndose en política victimal.

5 ROXIN, CLAUDIUS, "Introducción a la Ley Procesal alemana de 1877", trad. de Juan Luis Gómez Colomer, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, pp. 171-186.

6 Unión Europea, Portal Europeo de E-justicia, *Derechos de las víctimas: Alemania*, 2021. Disponible en <[HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/171/ES/VICTIMS_RIGHTS_BY_COUNTRY?GERMANY&ACTION=MAXIMIZE&CLANG=ES&IDSUBPAGE=1](https://e-justice.europa.eu/171/ES/victims_rights_by_country?germany&action=maximize&clang=es&idsubpage=1)> (visto por última vez 9.05.2024).

7 Deutscher Bundesministerium der Justiz, *Hilfe-Info für Betroffene von Straftaten*, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.HILFE-INFO.DE/WEBS/HILFEINFO/EN/HELPANDADVICE/HILFEUNDBERATUNG_NODE.HTML](https://www.hilfe-info.de/webs/hilfeinfo/en/helpandadvice/hilfeundberatung_node.html)> (visto por última vez 9.05.2024).

En Venezuela, se cuenta con la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos procesales⁸, la cual data del año 2006, pero se incluyó un aspecto en la Ley de reforma parcial, en cuanto a la unidad de atención a la víctima en el ministerio público, con relación a la violación de derechos fundamentales. Cabe destacar que de igual modo en el año 2021, el Código Orgánico Procesal Penal fue reformado, principalmente en materia de ampliación de los derechos de las víctimas en el proceso penal, aspectos estos que ahora permiten ejercer un mayor rol protagónico a los agraviados pudiendo hasta actuar sin el fiscal del ministerio público en ciertos y determinados momentos procesales⁹.

Retomando el aspecto comparativo político criminal, las concepciones actualmente dominantes en Alemania se orientan a los cometidos y finalidades del Derecho Penal, desde un punto de vista funcionalista, como bien lo señala Roxin¹⁰, cuya formulación data de 1963, partiendo del injusto penal que se deriva de la función del derecho penal, cuya esencia es la protección de todos los ciudadanos. Ello está en directa relación con la normativa constitucional que versa, a su vez, sobre derechos y garantías dentro de la concepción del Estado Social. Esta posición es reafirmada por Hassemer¹¹, al mencionar que entre 1962 y 1964 se produjeron en Alemania, decididas posiciones reformistas del Código Penal por medio de una Comisión de Derecho Penal, en la cual se destacó el ejercicio de una crítica fundamental a la política criminal de esa época, dejando de lado la concentración de fundamentos teóricos, para enfocarse en el derecho penal integral que ya venía planteando Von Liszt¹², la cual incluye datos que se recaban de la observación en las ciencias sociales, de la realidad social, reflexionando en cuanto a que, como toda política, necesita de la adquisición de compromiso de quienes deseen instaurarla.

En este particular, al mirar hacia atrás, aproximadamente 50 años, para todo aquel investigador en el área del derecho penal y sus ámbitos de alcance, se hacía condición sine qua non, emigrar durante un tiempo a Alemania para de este modo obtener una formación integral en materia penal. Ello gracias a las excelentes traducciones de muchas obras de profesores alemanes traídas al idioma castellano, como por ejemplo el Tratado de Derecho Penal, parte general del profesor Reinhart Maurach, efectuada por Córdoba Roda¹³, cuya obra generó una gran influencia en el mundo hispanohablante, cuyas premisas versaban sobre la teoría finalista del derecho penal. En ese mismo sentido, tuvo una gran repercusión la obra de Armin Kaufmann, entre otras, cuyo esquema de delito finalista actualmente ha sido superado por las nuevas corrientes funcionalistas.

8 República Bolivariana de Venezuela, "Ley de Reforma parcial de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos procesales", 2021, *Gaceta Oficial* N° 6.645, extraordinario, del 17 de septiembre. Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela.

9 República Bolivariana de Venezuela, "Ley de Reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal", 2021, *Gaceta Oficial* N° 6.644 del 17 de septiembre, Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela. Actuación de la víctima de manera autónoma cuando el fiscal dicta acto conclusivo distinto al en principio estimado por aquélla, por ejemplo el sobreseimiento.

10 ROXIN, CLAUDIA, "El nuevo desarrollo en la dogmática jurídico-penal en Alemania", *InDret* 4/2012. Disponible en <[HTTPS://INDRET.COM/WP-CONTENT/THEMES/INDRET/PDF/955.2.PDF](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf)> (visto por última vez 10.03.2024).

11 HASSEMER, WINFRIED (*supra* nota 4).

12 VILLADA, JORGE, "Derecho Penal y Política Criminal: Nuevas Tensiones y Crisis", *Revista en Ciencias Penales y Temáticas Judiciales*, Número 3. IJ-CMXV-688, 2020. Disponible en <[HTTPS://AR.LEJISTER.COM/ARTICULOS.PHP?HASH=C86282EA905CA60788DB1CA8A4FBA38A&HASH_T=6A87EC6B328195D66CBDBAB9EEF](https://ar.lejister.com/articulos.php?hash=c86282ea905ca60788db1ca8a4fba38a&hash_t=6a87ec6b328195d66cbdbab9eef)> (visto por última vez 20.04.2024), quien cita a Von Liszt como precursor de la Política Criminal instaurada como ciencia.

13 MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho penal*, tomo I y II, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.

Tras la superación del finalismo al presentarse la nueva teoría funcionalista, siendo la de Jakobs¹⁴ de gran influencia en Latinoamérica, denominada también doctrina funcional o sistémica, se generó una reformulación del sistema del Derecho penal sobre el fundamento de la normativización del sistema jurídico, a su vez influenciado por la filosofía hegeliana y la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, señalando Jakobs que esta teoría orienta al Derecho penal para garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad¹⁵.

En este orden de ideas, se destaca como objetivo de la ciencia del derecho penal, el aseguramiento de una vida pacífica, donde los ciudadanos sean libres y tengan garantía plena de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales, sobre la base del contrato social que prevalece en las sociedades de corte democrático, siendo el Estado garante de esa libertad y seguridad ciudadana, el cual por medio del ejercicio del poder punitivo, establece determinadas limitaciones en el ejercicio de la libertad personal, con el fin último de mantener la paz social y la seguridad jurídica¹⁶. Sin embargo, Jakobs mantiene que la pena no repara bienes –jurídicos–, su propósito es confirmar la identidad normativa de la sociedad y por ende el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho que produzca una lesión a un bien jurídico, sino frente al hecho como quebrantamiento de la norma, que es a su vez un proceso de comunicación y expresión entre los seres humanos.

Seguidamente, la línea político criminal alemana de acuerdo a Roxin¹⁷, mantiene que la pena contempla en sí misma fines preventivos, dirigida solo a la evitación de futuros hechos delictivos, teniendo como base en sí misma, el ejercicio del control social formal, dentro de la sociedad alemana. En el caso venezolano, claramente está concebida de igual modo con fines de prevención secundaria, dado que ya se ha perpetrado un hecho delictivo, se busca con su aplicación evitar que nuevamente dicho ciudadano continúe cometiendo delitos y, a su vez, tiene un fin resocializador para que esa persona que tiene un comportamiento al margen de la ley, pueda reinsertarse a la sociedad.

En este orden de ideas, tenemos la posición dogmática de Jakobs¹⁸, que se ha mencionado supra, quien indica que la política criminal tiene como finalidad el adecuar la legislación penal para constituir la como una respuesta idónea de las necesidades de la sociedad frente a la delincuencia, ya sea por medio de la tipificación de los delitos, el establecimiento de las penas y medidas de seguridad o por conducto de cualesquiera otros medios más atenuados de respuesta estatal para finalmente lograr la aplicación de medios alternativos a la resolución de conflictos, respetando los derechos y garantías constitucionales.

14 JAKOBS, GÜNTHER, *El lado comunicativo y el lado Silencioso del Derecho Penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho Penal del enemigo*, Lima, Editores del Centro, traducción de José Antonio Caro John y Miguel Polaino Navarrete, 2015, pp. 32-41.

15 JAKOBS, GÜNTHER (*supra* nota 14).

16 República Federal Alemana, *Ley Fundamental Deustcher Bundestag*, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.BTC-BESTELLSERVICE.DE/PDF/80206000.PDF](https://www.btc-bestellservice.de/PDF/80206000.PDF)> (visto por última vez 26.03.2024).

17 ROXIN, CLAUDIUS (*supra* nota 5).

18 VILLADA, JORGE (*supra* nota 12). Cita en su artículo la postura de Jakobs con relación a la Política Criminal, la cual se adecúa a los requerimientos de este breve ensayo.

2. *El Estado social, democrático, de derecho y de justicia.*

Entre 1989 y 1990, cuando se produce la reunificación de las dos entidades que por motivos históricos dividieron a Alemania en Occidental y Oriental, pese a que desde la promulgación de la Ley Fundamental, se consideró ésta como de carácter temporal, se decide mantener esta normativa de rango constitucional, presentando algunas reformas. Ello implica, desde el punto de vista reflexivo, que a pesar de los diferentes embates de toda índole que ha sufrido esta nación, se mantienen los principios democráticos por encima de intereses de tipo político o partidista y esto es lo que permite dilucidar la existencia de una enorme fortaleza en sus bases.

Alemania tiene instauradas en normativa constitucional, las instituciones de carácter democrático, que se correlacionan de forma asertiva con el sistema político territorial que presenta una estructural federal integrada por dieciséis (16) Estados con sus propias normativas que los regulan, los cuales a su vez presentan una especie de paisaje político de carácter heterogéneo, pero en una plena democracia activa, cuya base son los valores y derechos fundamentales dentro de un Estado de Derecho, que presenta su división de poderes y autonomía en cada uno de ellos¹⁹.

Dentro de este ámbito teórico jurídico, se fundamenta la aplicación del derecho penal subjetivo, entendiéndose éste como la titularidad del *Ius Puniendi* que tiene el Estado para el ejercicio del control formal. Este derecho a instaurar normas penales a su vez presente dos bases, como bien lo señala Mir Puig²⁰ el fundamento funcional y el fundamento político.

En el primero de ellos, el Estado tiene la necesidad de aplicar la justicia mediante una sanción penal o medida de seguridad, siendo su razón de ser la protección de los bienes jurídicos (que se encuentran debidamente instaurados constitucionalmente y de ahí deviene la imperiosa necesidad de prevenir los delitos y más aún la victimización de los ciudadanos y ciudadanas), para finalmente proteger a la sociedad. El Estado alemán, consagra en el artículo 20 constitucional²¹, que la República Federal de Alemania tiene como fundamentos ser democrático y social, implicando en tal sentido la garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual direccionado hacia las víctimas, implica una capacidad real de ejercicio de sus derechos como ciudadanos y de la consecución de la justicia.

En este orden de ideas, algunos pensadores alemanes como Konrad Adenauer, Robert Alexy entre otros²², conciben el Estado social como el Estado de bienestar (*Wohlfahrtsstaat*), donde tanto la base económica como el Estado social surgen de la superación fáctica del Estado de derecho, del Estado absoluto o totalitario (en Alemania), dando supremacía a los derechos fundamentales de las personas, en especial a la vida, la libertad personal, así como también la libertad de expresión. En Alemania, se acuñó un nuevo concepto hacia el año 1979, el cual

19 PACHECO, GUADALUPE, "La desaparición de la República Democrática Alemana", *Foro Internacional*, volumen 55, N° 4, 2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.SCIOLO.ORG.MX/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0185-013X2015000400965](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2015000400965)> (visto por última vez 05.05.2024).

20 MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2da Edición, reimpresión. Julio César Faira, Editor, Montevideo—Buenos Aires, B de F, 2003.

21 República Federal Alemana (*supra* nota 16).

22 HUNG CAVALIERI, ROBERTO, "El Pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general desde Adenauer hasta Alexy", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, pp. 481-497. Disponible en <[HTTP://BIBLIO.JURIDICAS.UNAM.MX](http://biblio.juridicas.unam.mx)> (visto por última vez 22.04.2024).

fue creado por Dolf Stenberg “patriotismo constitucional (*Verfassungspatriotismus*), el cual tenía como objetivo generar una nueva identidad nacional, sobre la base de la Constitución de 1949, donde se respetase el civismo, el pluralismo político, la democracia como forma de gobierno, así como las instituciones que ella contiene y el respeto a los derechos humanos.

Cabe destacar que otro pensador alemán que mantuvo la línea del patriotismo constitucional, fue Habermas²³, quien impulsó y expandió lo relativo al desarrollo social en “democracia deliberativa”, “teoría crítica y “teoría de la acción comunicativa”, considerando al derecho como categoría de mediación social, sin dejar de analizar las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional Alemán, con relación a la aplicación y garantía efectiva de los derechos fundamentales.

Así las cosas, otro pensador de suma importancia es Robert Alexy²⁴ quien estableció la “teoría de la argumentación jurídica” y “teoría de los derechos fundamentales”, mediante las cuales procura una mejor comprensión del concepto de Estado social de derecho, haciendo uso de la técnica del silogismo, donde la premisa mayor se verifica con la premisa menor en cuanto a identidad y consecuencia determinada y esto se aplica en el aspecto de valorar frente a dos derechos fundamentales, cuál de ellos en ese supuesto fáctico, tiene mayor ponderación que el otro.

Estos planteamientos teóricos son puestos en práctica por la máxima autoridad judicial venezolana, el Tribunal Supremo de Justicia, en especial las Salas Constitucional, Civil y de Casación Penal, donde los magistrados en ese deber jurídico de motivar, fundamentar y aplicar correctamente el derecho y fundamentalmente los principios constitucionales, a los efectos de la ponderación de aquéllos, hacen uso de las teorías de Alexy para efectuar sus decisiones²⁵ a lo cual se le denomina llanamente “corriente contemporánea de la argumentación jurídica”. De igual modo, se cita en decisiones regionales a otro de los maestros alemanes, como es Claus Roxin²⁶, donde el magistrado designado de dicha Corte refiere en su decisión “(...) sobre la importancia de esta fase intermedia, Roxin, haciendo referencia a la legislación procesal penal alemana, la cual es una importante fuente de inspiración del sistema procesal penal venezolano (...)”, esto evidencia el influjo de los grandes pensadores alemanes en las decisiones y la administración de justicia venezolano.

Seguidamente, pasando desde el ámbito de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales, es importante ver la concepción del delito dentro del Estado social, democrático y de derecho, el cual es descrito como un “problema” interpersonal y, a su vez, comunitario, que genera malestar, cuyo origen deviene de la misma comunidad y en ella debe ser resuelto²⁷. Desde este punto de vista, el problema social afecta a otras personas a quienes el delincuente dirige su acción, convirtiéndose en víctimas y ellas también deben recibir una respuesta de resolución de su problema dentro del entorno social. La Política Criminal actual a nivel global, toma en

23 HUNG CAVALIERI, ROBERTO (*supra* nota 22).

24 HUNG CAVALIERI, ROBERTO (*supra* nota 22).

25 República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Decisión Sala de Casación Civil, Exp. 2010-000538, *Caso Henry infante contra Policlínica Maturín, S.A.*, 2012. Disponible en <<http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.00111-24311-2011-10-538.html>> (visto por última vez 09.05.2024).

26 República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, *Decisión del Tribunal Tercero de control penal ordinario, Estado Amazonas*, Exp. XPO1-P-2011-005520, 2012, 28 de agosto. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/agosto/49-28-XPO1-P-2011-005520-XPO1-P-2011-005520.html> (visto por última vez 09.05.2024).

27 GARCÍA-PABLOS, ANTONIO (*supra* nota 3).

consideración la implementación de programas de prevención victimal, dándole a la víctima una mayor preponderancia en lo que constituye la intervención selectiva en aquellos grupos de personas con mayores riesgos de ser potencialmente víctimas de delitos, de modo que se disminuya esta posibilidad y subsidiariamente el tener que experimentar la victimización primaria (directamente del delito) y la victimización secundaria (como producto de su necesaria interacción con el sistema de justicia penal).

Con respecto al segundo, denominado fundamento político²⁸, el Estado se efectúa una interrogante importante: ¿Por qué el derecho a castigar puede ser ejercido por el Estado? Esto es de importancia en cuanto a lo que respecta al límite del poder ejercido frente a los ciudadanos y ciudadanas, legitimándole para restringir una serie de derechos y libertades a aquéllos en razón a la misma función preventiva del conglomerado social en general. Uno de los mayores representantes de este postulado es Beccaria²⁹, indicando que las personas, para vivir en sociedad de forma armónica, organizada y segura, se vieron en la necesidad de limitar un cúmulo de derechos, cediéndole al Estado esa facultad de proveer el orden y así vivir en tranquilidad.

Denotando a esas personas que tuvieron en su primera oportunidad un protagonismo ejemplar para ceder parte de sus libertades, están aquéllas que, a los efectos del presente trabajo son el foco de atención: Las víctimas. Estas personas, quedan en la práctica, en condición de vulnerabilidad, por el menoscabo o lesión de un bien jurídico (fundamento funcional) por parte de otro conciudadano, a lo cual el Estado tiene el deber de dar cumplimiento a lo consagrado en el artículo 2 constitucional³⁰.

El Estado venezolano, con la concepción social actual, se describe también como un ente intervencionista³¹, que busca proteger de modo más eficaz al ciudadano, mediante una tutela efectiva de los bienes jurídicos. Dichos bienes jurídicos se encuentran debidamente consagrados como derechos fundamentales en base constitucional. Estos derechos fundamentales en lo que respecta a la política criminal, son la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa e igualdad de las partes, una vez que se evidencia que una acción delictiva ha sido judicializada, encontrándose dos sujetos en posiciones diametralmente opuestas, la víctima y el agresor/delincuente. Tomando la orientación del funcionalismo alemán, el derecho penal (sustantivo y adjetivo), debe cumplir con su objetivo, la protección de los ciudadanos en la sociedad, pero en el caso en particular el ciudadano que resulta siendo víctima, requiere no solo una aplicación concreta de la norma en su caso, sino que haya la garantía de que hechos similares no vuelvan a ocurrir.

Sin embargo, existen una serie de limitaciones de orden práctico en el ejercicio del *Ius Puniendi*, cuando se pierde el norte de su aplicación, no existiendo coherencia entre la ley y su cumplimiento, llegando en algunos casos a actuar de forma abusiva en el ejercicio del poder punitivo estatal. El derecho penal debe ser considerado como la *última ratio* del orden jurídico, ya que la pena y las medidas de seguridad pueden ser desplazadas de acuerdo a los intereses

28 MIR PUIG, SANTIAGO (*supra* nota 20).

29 BECCARIA, CESARE, *Tratado de los delitos y de las Penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible en <[HTTPS://E-ARCHIVO.UC3M.ES/REST/API/CORE/BITSTREAMS/EEDBF599-DAA5-4B33-8A7B-709373B4B1C9/CONTENT](https://E-ARCHIVO.UC3M.ES/REST/API/CORE/BITSTREAMS/EEDBF599-DAA5-4B33-8A7B-709373B4B1C9/CONTENT)> (visto por última vez 04.04.2024).

30 República Bolivariana de Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Imprenta Nacional, Caracas-Venezuela, 1999.

31 MIR PUIG, SANTIAGO (*supra* nota 20).

sociales que promueven mecanismos diversos (fuera del aspecto penal stricto sensu), que son mucho más eficaces³².

Lo anterior es clave en la postura del Estado Social actual que de forma progresiva se va adentrando en todos los ámbitos de la sociedad, a lo cual deben tomar especial interés las personas que han sufrido un menoscabo en sus derechos, garantías constitucionales y bienes jurídicos tutelados por él. En este sentido, el sistema jurídico estatal, debe tratar de satisfacer en lo mejor posible, el valor de la seguridad jurídica para sus ciudadanos³³, siendo el derecho herramienta fundamental para de forma ordenada, regular las relaciones sociales y más aún los conflictos que generan algún menoscabo de los bienes antes señalados, los cuales se encuentran debidamente tutelados en la Carta Magna³⁴.

Seguidamente, en lo que concierne a la conceptualización del Estado Democrático, claramente éste queda sujeto a la ley, donde el ejercicio del derecho sea de utilidad para los ciudadanos y ciudadanas del país. El Estado Democrático debe tener como objetivo, tratar con igualdad a todos los ciudadanos y ciudadanas, función ésta que en el ámbito judicial se coloca en el tapete, al tener a dos sujetos procesales en posturas diametralmente opuestas, cada uno de ellos con sus propias características y condiciones sociales, sin embargo, no puede el representante judicial ejercer un trato desigual a alguno de ellos³⁵.

En este orden de ideas, se ha dado un papel protagónico a las víctimas, como garantía de la igualdad procesal de las partes, a tal efecto Kury Helmut³⁶, afirma que en Alemania por ejemplo se sancionaron leyes en cuanto a este tema como la Ley de Indemnización para Víctimas en 1977 y la Ley de Protección a las Víctimas del año 1987 respectivamente, así mismo se creó una organización de ayuda a las víctimas, denominada “Weisser Ring”. Esto constituye un avance en materia de política criminal, más aún se podría afirmar es una estrategia de política victimal en favor de las personas a quienes se les ha lesionado un bien jurídico debidamente protegido en la norma penal, pero que a su vez el Estado no ha sido lo suficientemente eficaz en la prevención de dicha lesión o menoscabo, teniendo entonces que recurrir a otras líneas estratégicas en pro de los afectados.

Hans Joachim Hirsch³⁷, plantea que en la actualidad existe una tendencia a colocar a la víctima en el rol que desde el inicio del Derecho Penal le ha correspondido, ya que se trata del tema de moda de la Política Criminal actual en muchos países europeos principalmente. La víctima está hoy en día, por vez primera en una posición sobresaliente, frente a su opuesto, el victimario. La víctima había sido sustraída de forma súbita de su posición, frente a la actitud del Estado inquisidor en el cual se le aparta a ésta de todas sus atribuciones, cuando se creó la persecución

32 MIR PUIG, SANTIAGO (*supra* nota 20).

33 SALAZAR UGARTE, PEDRO, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Una perspectiva crítica). Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en <WWW.JURIDICAS.UNAM.MX> (visto por última vez 04.04.2024).

34 República Bolivariana de Venezuela (*supra* nota 9)

35 MIR PUIG, SANTIAGO (*supra* nota 20)

36 KURY HELMUT, “Cómo son vistas las víctimas del delito en Alemania. Sobre cuestiones de estigmatización”, *Victimología y Estudios de Victimización*, Buenos Aires, Editorial Brujas, 2006.

37 HIRSCH, HANS JOACHIM, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Ed. Carl Heymanns, 1989.

penal pública sobre la base del *Ius Puniendi*. Tan es así que afirma el autor antes citado, que la víctima nunca se ausentó del proceso, sino que el Estado le sustrajo el conflicto, desalojándola de la posibilidad de realizar lo que hoy denominamos formas de autocomposición procesal y la posibilidad de que ella misma sea acusadora privada en todos los casos.

En este orden de ideas, el Estado, al dejar de lado a uno de los principales sujetos del proceso penal como conjunto de normas jurídicas de carácter instrumental, tomando en cuenta que, no hay delito sin víctima, es decir, sin existir un sujeto o grupo de personas, a quienes se les haya afectado un bien jurídico, sólo se enfocó en sancionar al agresor, victimario o delincuente, imponiéndole penas “resocializantes”, sin tener en cuenta la necesidad de restauración de los derechos lesionados al ofendido que sufrió las consecuencias de un hacer o no hacer del victimario.

Julio Maier³⁸, habla claramente de una “expropiación” de los derechos del ofendido, resumiéndose dicha problemática a una especie de relación Estado-súbdito, pero referida al poder del Estado/nación y su ejercicio punitivo hacia el imputado. La reparación y/o restitución del daño, desapareció del sistema de administración de justicia penal, siendo necesaria la intervención criminológica de manos de la Escuela Positivista, donde por mediación de Enrico Ferri, se incluyó a la víctima y a la reparación del daño entre una de las diversas funciones del derecho penal.

Retomando el por qué se hace una comparación entre Alemania y Venezuela, es importante destacar que se ha contado de manera especial con grandes representantes del Derecho Penal y la Dogmática Penal alemana, como Jakobs, Roxin entre otros, que a bien pudieron asesorar a un grupo de académicos que a su vez realizaron las debidas propuestas de reformas legislativas. Esto gracias a la actividad de índole académica de las universidades tanto públicas como privadas en el país, en especial la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello en la ciudad de Caracas, quienes se encargaron de realizar estas gestiones, en pro de una actualización (por demás necesaria) de la legislación penal adjetiva.

En este orden de ideas, es importante señalar, como a bien se hizo referencia en un artículo elaborado para el Workshop en Weimar, en el año 2019, que la política criminal en Venezuela, se centra desde hace más de 2 décadas, en el denominado *Plan de la Patria*³⁹, siendo el de vigencia en este período el descrito 2019-2025, se mantiene a las Fuerzas Armadas Nacionales Bolivarianas, como brazo ejecutor del Ministerio del Poder Popular del Interior, Justicia y Paz, en la planificación y ejecución de operaciones de seguridad ciudadana, destinadas a ejecutar acciones previsivas y operativas en los Municipios de mayor incidencia criminal en cada entidad federal, con la finalidad de “proteger” de forma efectiva la integridad física de las personas y de sus propiedades, buscando incrementar la máxima convivencia e integración social comunal, para minimizar el índice delictivo y violencia que azota estos sectores populares y de otros estratos sociales y se garantiza el pleno disfrute de los derechos ciudadanos, pero en la práctica cotidiana esto no refleja una disminución alguna de la comisión de delitos, tampoco el ejercicio de la violencia contra las personas.

Se destaca dentro de los denominados objetivos históricos, el continuar construyendo la “mayor seguridad social, estabilidad política y convertir a Venezuela en un país potencia (...)”,

38 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.

39 República Bolivariana de Venezuela, *Plan de la Patria 2019-2025*, 2019, el cual es considerado el III Plan estratégico del gobierno nacional.

denotándose a tal efecto que dicho plan es una continuidad del Plan anterior pero en etapa de profundización⁴⁰.

Así las cosas, se plasman como temas centrales en el denominado Plan antes señalado, la “Protección Social del Pueblo”, que engloba lo relativo a los aspectos de justicia, desarrollo programático constitucional de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales como derechos fundamentales de la población venezolana. Seguidamente se habla de “Transformación revolucionaria del Estado”, con el fin de modificar la estructura estatal a un Estado popular, participativo y comunal, que garantice el control popular y la transferencia de competencias para el combate de la ineficiencia, la burocracia y la corrupción, donde el pueblo sea quien se encargue de realizar dicha planificación, acción, seguimiento, ejercicio del control social de forma conjunta con el gobierno nacional.

Adentrándonos un poco más en lo que constituye dicho plan⁴¹, uno de los aspectos que guarda relación con la democracia y la política, se concentra en la profundización en materia de seguridad y defensa, ejerciéndolas pero en un ámbito distinto, como lo es la forma de gobierno de calle donde es la misma comunidad quien se encarga de la protección social, pero evidentemente con el encauzamiento del gobierno a tal efecto, claramente en razón a la necesidad de concientizar a las ciudadanas y los ciudadanos en lo que respecta el ejercicio del control social.

Dentro de la materia de los Derechos Fundamentales y su aplicación efectiva, el derecho que más se afirma es el derecho a la vida y la seguridad. Venezuela, presente una cultura social violenta que se ha reflejado en el ámbito de la criminalidad, en razón a la serie de delitos que se comenten con el ejercicio de la violencia, tales como el homicidio, el robo agravado, el secuestro, entre otros delitos de constante frecuencia y ocurrencia en el territorio nacional, denotado no solo de las estadísticas oficiales sino de las encuestas de victimización tanto nacionales como regionales de los años 2009⁴² y 2015 respectivamente⁴³.

Finalmente, es plausible afirmar que la política criminal en Venezuela está de igual modo orientada hacia el funcionalismo del derecho penal para la protección de la ciudadanía, con inspiración en tendencias teóricas de Alemania, con la diferencia que claramente se denota de la cultura en sociedad, dado que Alemania no presenta hechos violentos como en Venezuela, donde lamentablemente el nivel de violencia social se mantiene, a pesar de las diversas orientaciones en materia de política criminal que ha generado el gobierno nacional.

Conclusiones.

En materia de política criminal, hay infinidad de aspectos a los cuales podemos referirnos, sin embargo, en esta reflexión, se hace énfasis en la base constitucional, social, democrática de

40 República Bolivariana de Venezuela (*supra* nota 39), Objetivos históricos.

41 República Bolivariana de Venezuela (*supra* nota 39), el cual es considerado el III Plan estratégico del gobierno nacional. Dimensión de la Democracia en lo Político, frentes de batalla.

42 *Encuestas nacionales de victimización*, 2009, Disponible en <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/DSP/PDFS/ENCUESTAVICTIMIZACION2009.PDF](https://www.oas.org/dsp/pdfs/ENCUESTAVICTIMIZACION2009.PDF)> (visto por última vez 10.04.2024).

43 GABALDÓN, LUIS y colaboradores, *Estudio de Delitos Violentos Región Eje Centro Norte Costero, Venezuela* (EDVECNCV), Grupo de Investigaciones Criminológicas, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2015.

derecho y justicia, cuyo análisis permite denotar la funcionalidad del derecho penal como mecanismo del ejercicio del poder estatal para proteger a la ciudadanía.

Alemania es precursor en la política criminal, la dogmática penal y la implementación del Estado social, lo cual ha servido a su vez como ejemplo en la concreta y efectiva aplicación de las normas, que en el caso venezolano se ha filtrado claramente en la legislación y en las concepciones de prevención y aplicación de las penas.

Venezuela presenta una sociedad muy distinta a la alemana, lo que impide de modo fáctico, la plena efectividad de la aplicación de las normas penales, dado el nivel de violencia social existente y la escasa o nula posibilidad de una prevención del delito de forma eficaz, siendo uno de los factores a tomar en cuenta, la falta de intimidación que la aplicación de una sanción punitiva pueda generar en la ciudadanía, sobre todo en aquellos que de forma recurrente menoscaban o lesionan bienes jurídicos de otras personas, o como diría Jakobs⁴⁴, las manifestaciones comunicativas van en contra de la norma, la violentan pero la misma sigue vigente en la aplicación de la sanción punitiva.

El Estado venezolano, en un intento de generar políticas preventivas de forma inmediata, en algunas ocasiones ha incrementado las penas de delitos considerados de suma gravedad, pero este tipo de reacciones que pudiéramos conceptualizar como populismo punitivo, no resuelven de fondo el problema, más bien lo agrava, ya que el agresor observa que la pena del delito de homicidio frente a la de uso de adolescentes para delinquir o robo agravado de vehículo automotor, son de igual modo penas altas, dándole en la práctica lo mismo, frente a la perpetración de tales, hechos tomando en cuenta que acá las penas no son sumativas, sino que se aplica es la pena del delito de mayor gravedad con una proporción de los otros delitos, pero sin excederse en su límite máximo de 30 años que es la máxima pena que puede llegar a imponérsele a una persona que resultare condenada.

Bibliografía.

- BECCARIA, CESARE, *Tratado de los delitos y de las Penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible en <[HTTPS://E-ARCHIVO.UC3M.ES/REST/API/CORE/BITSTREAMS/EEDBF599-DAA5-4B33-8A7B-709373B4B1C9/CONTENT](https://E-ARCHIVO.UC3M.ES/REST/API/CORE/BITSTREAMS/EEDBF599-DAA5-4B33-8A7B-709373B4B1C9/CONTENT)> (visto por última vez 04.04.2024).
- Deutscher Bundesministerium der Justiz, *Hilfe-Info für Betroffene von Straftaten*, 2024, Disponible en <[HTTPS://WWW.HILFE-INFO.DE/WEBS/HILFEINFO/EN/HELPANDADVICE/HILFEUNDBERATUNG_NODE.HTML](https://www.hilfe-info.de/webs/hilfeinfo/en/helpandadvice/hilfeundberatung_node.html)> (visto por última vez 9.05.2024).
- Encuestas nacionales de victimización* 2009. Disponible en <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/DSP/PDFS/ENCUESTAVICTIMIZACION2009.PDF](https://www.oas.org/dsp/pdfs/encuestavictimizacion2009.pdf)> (visto por última vez 10.04.2024).
- GABALDÓN, LUIS y colaboradores, *Estudio de Delitos Violentos Región Eje Centro Norte Costero, Venezuela* (EDVECNVC), Grupo de Investigaciones Criminológicas, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 2015.
- GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Tratado de Criminología*, 2009 4ta Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

44 Jakobs, Günther (*supra* nota 15).

- HASSEMER, WINFRIED, "La Ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, págs. 35-80. Disponible en <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/DESCARGA/ARTICULO/46431.PDF](https://dialnet.unirioja.es/Descarga/articulo/46431.pdf)> (visto por última vez 17.04.2024).
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Ed. Carl Heymanns, 1989.
- HUNG CAVALIERI, ROBERTO, "El Pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general desde Adenauer hasta Alexy", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 2015, pp. 481-497. Disponible en <[HTTP://BIBLIO.JURIDICAS.UNAM.MX](http://biblio.juridicas.unam.mx)> (visto por última vez 22.04.2024).
- JAKOBS, GÜNTHER, *El lado comunicativo y el lado Silencioso del Derecho Penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho Penal del enemigo*, Lima, Editores del Centro, traducción de José Antonio Caro John y Miguel Polaino Navarrete, 2015.
- KURY, HELMUT, "Cómo son vistas las víctimas del delito en Alemania. Sobre cuestiones de estigmatización", *Victimología y Estudios de Victimización*, Buenos Aires, Editorial Brujas, 2006.
- MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.
- MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho penal*, tomo I y II, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2da Edición, reimpresión. Julio César Faira, Editor, Montevideo—Buenos Aires, B de F, 2003.
- PACHECO, GUADALUPE, "La desaparición de la República Democrática Alemana", *Foro Internacional*, volumen 55, N° 4, 2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.SCIELO.ORG.MX/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0185-013X2015000400965](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2015000400965)> (visto por última vez 05.05.2024).
- PÉREZ, JUAN, "Autores y postulados de la Escuela de Marburgo y de la Escuela de la Defensa Social", *Cuadernos de Criminología QdC* 45 (2019). Disponible en <[HTTPS://REVISTAQDC.ES/LOS-AUTORES-Y-POSTULADOS-DE-LA-ESCUELA-DE-MARBURGO-Y-DE-LA-ESCUELA-DE-LA-DEFENSA-SOCIAL/](https://revistaqdc.es/los-autores-y-postulados-de-la-escuela-de-marburgo-y-de-la-escuela-de-la-defensa-social/)> (visto por última vez 5.05.2024).
- REINHART, MAURACH, *Tratado de Derecho penal tomo I y II*, 1962, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona.
- República Bolivariana de Venezuela, "Ley de Reforma parcial de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás sujetos procesales", 2021, *Gaceta Oficial* N° 6.645, extraordinario, del 17 de septiembre. Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela.
- República Bolivariana de Venezuela, "Ley de Reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal", 2021, *Gaceta Oficial* N° 6.644 del 17 de septiembre, Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela.
- República Bolivariana de Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Imprenta Nacional, Caracas-Venezuela, 1999.
- República Bolivariana de Venezuela, *Plan de la Patria 2019-2025*, Imprenta Nacional, Caracas, Venezuela, 2019.
- República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Decisión Sala de Casación Civil, Exp. 2010-

000538, *Caso Henry infante contra Policlínica Maturín, S.A.*, 2012. Disponible en <[HTTP://WWW.TSJ.GOB.VE/DECISIONES/SCC/MARZO/RC.000111-24311-2011-10-538.HTML](http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/rc.000111-24311-2011-10-538.html)> (visto por última vez 09.05.2024).

República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, *Decisión del Tribunal Tercero de control penal ordinario, Estado Amazonas*, Exp. XPO1-P-2011-005520, 2012, 28 de agosto. Disponible en <[HTTP://WWW.TSJ.GOB.VE/TSJ_REGIONES/DECISIONES/2012/AGOSTO/49-28-XPO1-P-2011-005520-XPO1-P-2011-005520.HTML](http://www.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2012/agosto/49-28-xpo1-p-2011-005520-xpo1-p-2011-005520.html)> (visto por última vez 09.05.2024).

República Federal Alemana, *Ley Fundamental Deustcher Bundestag*, 2022. Disponible en <<https://www.btg-bestell-service.de/pdf/80206000.pdf>> (visto por última vez 26.03.2024).

ROXIN, CLAUDIUS, “El nuevo desarrollo en la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret* 4/2012. Disponible en <[HTTPS://INDRET.COM/WP-CONTENT/THEMES/INDRET/PDF/955.2.PDF](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf)> (visto por última vez 10.03.2024).

ROXIN, CLAUDIUS, “Introducción a la Ley Procesal alemana de 1877”, trad. de Juan Luis Gómez Colomer, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, pp. 171-186.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, (Una perspectiva crítica). Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en <[WWW.JURIDICAS.UNAM.MX](http://www.juridicas.unam.mx)> (visto por última vez 04.04.2024).

TOCORA, FERNANDO, *Política Criminal en América Latina*, 1ra Edición, Bogotá, Ediciones Librería Profesional, 1990.

Unión Europea, Portal Europeo de E-justicia, *Derechos de las víctimas: Alemania*, 2021, Disponible en <[HTTPS://E-JUSTICE.EUROPA.EU/171/ES/VICTIMS__RIGHTS__BY_COUNTRY?GERMANY&ACTION=MAXIMIZE&CLANG=ES&IDSUBPAGE=1](https://e-justice.europa.eu/171/es/victims__rights__by_country?germany&action=maximize&clang=es&idsubpage=1)> (visto por última vez 9.05.2024).

VILLADA, JORGE, “Derecho Penal y Política Criminal: Nuevas Tensiones y Crisis”, *Revista en Ciencias Penales y Temas Judiciales*, Número 3. IJ-CMXV-688, 2020. Disponible en <[HTTPS://AR.LEJISTER.COM/ARTICULOS.PHP?HASH=C86282EA905CA60788DB1CA8A4FBA38A&HASH_T=6A87EC6B328195D66CBDAB9EEF](https://ar.lejister.com/articulos.php?hash=c86282ea905ca60788db1ca8a4fba38a&hash_t=6a87ec6b328195d66cbdab9eef)> (visto por última vez 20.04.2024).

PARTE III

Retos del Derecho penal y procesal penal

José Martín Bonilla Leonardo

18. La reforma procesal penal en Latinoamérica entre el *reduccionismo utilitarista* y el *atomismo efectista*. Análisis crítico desde los postulados de la doctrina euro continental.

Resumen: En este trabajo analizo, cómo es que los paradigmas iniciales de la reforma procesal penal se han reemplazado por la banalización del proceso penal, a partir de la difusión de una errada concepción de lo que es y debería ser importante en el funcionamiento del sistema penal (reduccionismo utilitarista). Asimismo, analizo el postulado de maximizar el descubrimiento de la verdad como correspondencia como objetivo primordial del sistema penal (atomismo efectista) y el riesgo que esto genera para el equilibrio subyacente entre varios fines de igual valor que dotan de sentido al sistema penal.

Palabras clave: sistema penal, reforma procesal, sistema inquisitivo, verdad como correspondencia, reduccionismo utilitarista, atomismo efectista.

Abstract: In this work, I analyse how the initial paradigms of criminal procedural reform have been replaced by the trivialization of the criminal process, stemming from the dissemination of a flawed conception of what is and should be important in the operation of the penal system (utilitarian reductionism). Additionally, I examine the postulate of maximizing truth discovery as a primary objective of the penal system (effectual atomism) and the risk this poses to the underlying balance among various equally valued objectives that give meaning to the penal system.

Keywords: Penal system, procedural reform, inquisitorial system, truth as correspondence, utilitarian reductionism, effectual atomism.

El Derecho penal ha sido siempre la más atormentada de las disciplinas jurídicas. No se ha contentado jamás con esquemas e irrealidades. Ha reaccionado constantemente contra todo intento de momificación y de embalsamamiento conceptuales, porque en él late el corazón de un hombre concreto que en la concreción de la vida moral busca su camino. Y es un camino de pena y de dolor, aunque iluminado por el rayo de una esperanza de redención¹.

1. Contexto preliminar de la reforma y la realidad actual del sistema penal en el Perú.

El nuevo sistema procesal penal, incorporado a Perú desde 2004, plantea varios cambios en el sistema de administración de justicia penal: los procesos penales serían más rápidos, garantistas, públicos, transparentes, orales, con jueces independientes del Ministerio Público y donde se dejaría de buscar la confesión del imputado a toda costa. Sin embargo, en los últimos cinco años de estos veinte años el derecho penal se ha convertido en un protagonista de la vida diaria de nuestra sociedad: casi todos nuestros ex presidentes están presos, procesados o sin vida producto de las presiones del sistema penal; los procesos judiciales penales cuentan con una maquinaria de publicidad en tiempo real que ha convertido a toda audiencia judicial de personas vinculadas al poder en un “caso emblemático” que suscita la atención de legos y doctos en derecho al punto que se ha creado un canal institucional del Poder Judicial destinado a ello llamado “Justicia TV” que está disponible en todas las plataformas digitales y redes sociales así que esto garantiza que nadie se pierda la siguiente función; desde la academia se ha difundido una superposición de la técnica sobre la ciencia del derecho penal, parece fundamental que las nuevas generaciones de abogados conozcan cómo “persuadir al juez” para ganar la “batalla judicial” y no complicarse la vida aprendiendo, analizando, sintetizando y comprendiendo los grandes sistemas conceptuales de la doctrina nacional y comparada; los cursos, seminarios, talleres, diplomados, artículos, ensayos y hasta libros se centran en difundir esa superposición. Aquellos que detentar el poder no tienen reparos —sean de izquierda, de derecha, de centro y de toda combinación posible— en buscar a través del derecho penal anular a sus adversarios políticos atribuyéndoles graves delitos de corrupción de funcionarios que en muchos casos se resuelven por medio de acuerdos de Colaboración (delaciones premiadas) cuyos contenidos también se difunden en tiempo real, donde cada día se muestra un poco más de qué dijo (¿de manera secreta?) el colaborador, para que la sociedad sepa quiénes serán los siguientes objetivos del sistema penal, y al final tales acuerdos terminan siendo mecanismos de impunidad de quienes tienen más y mejor información sobre cómo se cometió el delito, por lo que terminan casi impunes quienes manejaron todo el hilo de la madeja delictiva. Termina un caso y surge otro “caso emblemático” que se publicitan día a día para seguir entreteniéndolos con el sistema penal a nuestra sociedad, en pocas palabras a pesar de la reforma procesal hemos convertido el sistema de justicia penal en la más clara muestra de que contemporáneamente vivimos en una civilización del espectáculo².

1 BETTIOL, GIUSEPPE, *El problema penal*. 2da edición. Traducción de José Luis Guzmán Dálvora, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1995, p. 2.

2 Mario Vargas Llosa define a la civilización del espectáculo como: “banalización lúdica de la cultura, donde el valor supremo es

Y la pregunta es: ¿por qué hemos llegado a este estadio? En el presente trabajo considero que al menos dos factores que han incidido en ello son el reduccionismo y el atomismo de nuestras concepciones sobre el sistema penal.

2. *La reforma de los sistemas procesales en Latinoamérica y su divorcio con la búsqueda de la verdad: el reduccionismo utilitarista.*

El profesor Kai Ambos propone que uno de los antecedentes identificables más remotos de la reforma procesal penal en Latinoamérica la podemos ubicar en la propuesta del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica que corresponde a la autoría de los profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando De La Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. Maier³, este antecedente remoto planteaba que una de las misiones institucionales imprescindibles era la búsqueda de la verdad pero dentro de los márgenes permitidos por la Ley⁴.

El procedimiento de reforma en Latinoamérica se ha difundido prácticamente a todos los países del continente así tenemos en que en Argentina esta reforma procesal se viene aplicando desde el año 2019 de manera progresiva (aunque en la provincia de Chubut es desde el 2009); en Bolivia se aplica desde el año 2001; en Chile desde el año 2000; en Colombia desde el año 2005; en Costa Rica desde 1998; en Ecuador desde el año 2009; en El Salvador desde el año 2008; en Guatemala desde 1994; en Honduras desde el año 2002; en México (Federal) desde el año 2016; en Nicaragua desde el año 2002; en Panamá desde el año 2011; en el Paraguay desde el año 2000; en Perú desde el año 2004; en República Dominicana desde el año 2004; en el Uruguay desde el año 2017; y en Venezuela desde el año 1999 y un sistema de reformas en Brasil desde el 2008. El único caso donde no se habría aplicado es en Cuba^{5 6}.

2.1 **La superación de un viejo sistema mutilado y no contextualizado.**

Estos movimientos de reforma, tienden a difundir la idea del abandono del viejo régimen procesal de corte inquisitivo, donde se privilegiaba el secreto y lo escrito; pero también donde el juez que emitía la Sentencia era quien había instruido la causa, esto era lo que pasaba en Perú y como lo plantea Cubas Villanueva, no fue por una característica propia del sistema inquisitivo, sino consecuencia de la creación de un proceso penal sumario donde no existía fase de juicio oral y

divertirse y divertirse, por encima de toda otra forma de conocimiento o ideal. La gente abre un periódico, va al cine, enciende la televisión o compra un libro para pasarla bien, en el sentido más ligero de la palabra, no para martirizarse el cerebro con preocupaciones, problemas, dudas". En VARGAS LLOSA, MARIO, *La civilización del espectáculo*. Colección Premios Nobel. Miraflores, Lima, Penguin Random House Grupo Editorial S.A., 2015, p. 136.

3 AMBOS, KAI, "Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina", *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*. Lima, Palestra Editores. 2010b, p. 470.

4 Una de las disposiciones de este código modelo para Iberoamérica planteaba que: "147. Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. I."

5 RUBILLAGA PUCHOT, DANIEL R., *Reseña sobre las reformas procesales penales en América Latina*. Montevideo, 2020, p. 1-3.

6 DÍAZ PUCHETA, SOFÍA, "El sistema acusatorio en los procesos penales de América del Sur", *Revista Argumentos*, número 4. Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez., 2017, p. 4.

donde inmediatamente culminada la fase escritural de la instrucción donde el juez reunía las pruebas, se pasaba casi de inmediato a la formulación de la acusación y la emisión de la sentencia, reiteramos, sin un previo juicio oral⁷.

Sin embargo, como lo plantea el profesor Kai Ambos⁸ (2010a, p. 181) lo que caracterizaría de manera contemporánea al sistema inquisitivo (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal) es que el juez intervenga en la obtención de las pruebas y que el juicio oral se pueda celebrar en base de esta indagación del juez, en tanto el proceso tiene como fin el esclarecimiento de los hechos; por otro lado, el proceso adversarial se caracterizaría por aquel sistema donde son las partes que obtienen por sí mismas los elementos de prueba, siendo las encargadas de su actuación en la fase del juicio oral (sistema que vendría paulatinamente desapareciendo), y en cuanto al proceso mixto tenemos aquellos donde confluyen elementos de ambos sistemas (Italia, Japón, Suecia). Esto plantea la posibilidad de que —al menos en Perú— le reforma procesal se adoptó en base al hecho de que se contaba con un sistema que ni siquiera respondía a los parámetros de un sistema inquisitivo.

Bajo esa perspectiva debemos recordar que una forma de medir el nivel de desarrollo constitucional y del Estado de Derecho de una nación —como lo propone el profesor Kai Ambos— es a través de la calidad de su sistema de justicia penal; asimismo, es importante recordar que uno de los riesgos para los procesos de reforma en Latinoamérica es no considerar el contexto cultural, nacional y social del país donde se aplica la reforma, sobre todo en un escenario donde los bajos niveles de confianza en el sistema de justicia legitiman propuestas demagógicas de sobrecriminalización que desvían la atención que debería tener el análisis y alternativas a las causas reales del delito en cada sociedad, bajo esa perspectiva es un riesgo para los sistemas de justicia la intromisión de los actores políticos en el sistema de justicia generando leyes penales y procesales penales que sirvan a sus intereses político partidarios. Los procesos de reforma también se incorporaron en búsqueda de celeridad y una búsqueda de mejoras en los derechos del imputado que antes era tratado no como sujeto, sino como objeto del proceso y finalmente la superación de un proceso secreto y escrito por un sistema más transparente, público y con juicio oral con reglas propias de los Estados de Derecho⁹.

En esta perspectiva, los procesos de reforma y la importación de estas ideas que a los mismos subyacen deberían haberse planteado diseñar un proceso que articule a todos los actores involucrados dentro de la sociedad —pues entender el alcance e íntimo valor del sistema penal tiene que ver también con una comprensión del momento “político” en el que se aplica ese sistema¹⁰— para que así la incorporación de las mayores garantías procesales que dota a sujetos procesales como el imputado no sean luego tomados como mecanismo de deslegitimación de los procesos de reforma, para luego no generar un divorcio entre la Ley y la realidad que rige la misma, pues el divorcio entre la Ley y la realidad genera —desde la época de las colonias latinoamericanas— una actitud desplegada por los funcionarios públicos latinoamericanos: *obedecco*,

7 CUBAS VILLANUEVA, V.M., “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Derecho & Sociedad*, número 25, Lima, Perú, p. 158

8 AMBOS, KAI, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 181.

9 AMBOS, KAI (*supra* nota 3), p. 469–478.

10 BETTIOL (*supra* nota 1), p. 55.

*pero no cumpla*¹¹, pues si las autoridades a cargo de la aplicación de este sistema consideran que es un sistema ilegítimo terminan generando que esa actitud se convierta en una práctica cotidiana dentro de la administración de justicia penal generando así una contra reforma a partir de algunas prácticas aparentemente inocuas y menores¹².

2.2 La incorporación de las técnicas de litigación y el rechazo del fin de búsqueda de la verdad por el convencimiento o persuasión del juzgador.

Otro elemento que genera un problema en el contexto de las reformas procesales penales en Latinoamérica es que dentro de la difusión de aquello que debe ser superado también se propone la superación de una supuesta clásica perspectiva donde el proceso debería avocarse solo a la búsqueda de la verdad a través de un procedimiento basado en el conocimiento profundo de las fuentes del derecho (ley, jurisprudencia, doctrina) por un reemplazo del dominio de destrezas prácticas para lograr el convencimiento del juzgador.

Analicemos sino, una de las obras de mayor difusión vinculado a aquellas técnicas que —supuestamente— son la piedra de toque de la reforma procesal penal, una obra que de manera expresa propone que la “teoría procesal” tiene el mismo valor, jerarquía y utilidad que las técnicas de “Litigación” (son dos caras de la misma moneda dicen los autores), por lo tanto, es fundamental que los operadores del sistema de justicia dediquen su tiempo a profundizar en cómo saber objetar en el juicio (aunque todas la tipologías de objeciones propuestas no estén previstas legalmente, la legalidad no importa), tengan destreza en cómo contra interrogar eficazmente en cómo persuadir al juzgador para que considere que es nuestra verdad expresada estratégicamente a través de nuestra teoría del caso sea la que le genere el convencimiento de que los hechos sucedieron como se lo planteamos. Bajo estos postulados cada uno tiene una porción de la verdad porque es un hecho que debería aceptarse: la verdad es inaccesible por haber acontecido en el pasado, por tanto, el juez solo decidirá en función de lo que le informemos siendo por eso muy importante el “arte” del litigio en el juicio oral más allá de la vieja tradición impráctica y que deberíamos desterrar de considerar que podemos alcanzar la verdad de manera simplista como se concebía en el sistema inquisitivo¹³.

El fin del proceso penal, sería entonces ahora —en el contexto de la reforma— un fin de la simple satisfacción de obtener un fallo favorable al interés particular del litigante, por lo que, este debería poder presentar su caso de tal modo que persuada al tribunal de darle la razón, siendo el abogado ya no alguien de conozca y domine los contenidos de la dogmática penal, pues esta no basta, sino que debe ser un “narrador de historias” pero no uno común y corriente, sino uno que genere una “*persuasión*” para así lograr el convencimiento de aquel juzgador que tiene en sus manos la decisión del proceso¹⁴.

En la lógica de los difusores de las técnicas de litigación, uno de los escenarios principales del proceso que es el juicio oral es un escenario donde toda indagación basada en un sistema de

11 AMBOS, KAI (*supra* nota 3), p. 472–473.

12 BINDER, ALBERTO M., *Derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2013, p. 9–12.

13 BAYTELMAN, A. & DUCE, M., *Litigación penal, juicio oral y prueba*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 11–14 / 79–83.

14 MORENO HOLMAN, LEONARDO, “Teoría del caso”, *Colección: Litigación y enjuiciamiento adversarial*. 1ra edición, 4ta reimpresión, Buenos Aires, ediciones Didot, 2015, p. 17–18.

inquisición ha sido abandonada, porque es una meta irrealizable la búsqueda de la verdad real, lo que importa es quien logra alzarse con la victoria en la contienda en la que están insertadas las partes donde cada una sostiene su propia verdad, siendo importante por ello la técnica que le dota de eficacia en función de las pruebas que las partes mismas seleccionan¹⁵.

Desde la dialógica de quienes difunden las técnicas de litigación se llega a señalar de manera expresa que finalmente dentro del escenario del proceso *ganará* —bajo una lógica de competencia— quien “haga creer al juez que su visión de los hechos... es más convincente”¹⁶. La verdad está demás, lo que sucedió fuera del proceso no importa es la verdad propuesta por las partes¹⁷ o la vinculada a otorgar la razón a una de las teorías del caso¹⁸.

Está claro que, para los difusores de técnicas de litigación y estratégicas teorías del caso, la verdad acontecida en la realidad no solo debe superarse, sino que es un importante obstáculo para las pretensiones de sus objetivos conceptuales que generan finalmente un reduccionismo utilitarista pues, conciben el proceso solo desde sus elementos externos sensoriales generando un reduccionismo conceptual y práctico del proceso penal (cómo interrogar, cómo objetar, como expresarse, cómo convencer con nuestro discurso) y que probablemente se basa en una visión utilitarista del proceso, pues esto se hace para legitimar el discurso de que el mejor abogado es quien gana porque tiene esas destrezas que le son útiles a sus fines particulares.

2.3 Ni el proceso es una guerra, ni la litigación que enfatiza el testimonio es una innovación.

El proceso judicial penal no es un escenario bélico, no es un combate, no es una guerra: es un medio donde no existen solo dos actores que pugnan el uno con el otro por alcanzar la victoria, es uno donde existe un tercero imparcial que a partir de las informaciones de las partes debe disponer de los medios de información necesarios —aún de oficio— para concretar los fines que el proceso penal se ha trazado, de lo contrario si se concibe a un juez inactivo eso sí lo convertiría en un juez absolutamente parcial en favor de aquella parte que podría estar obteniendo una victoria ilegítima solo basado en un déficit de información que perfectamente pudo obtenerse dentro del marco de un proceso justo¹⁹.

A esta razón expuesta por el profesor Nieva Fenoll, debo añadir una razón adicional desde la perspectiva opuesta que es la del juez activo: un activista judicial, de aquellos que buscan resolver los procesos judiciales en consonancia con sus ideologías o en su moral particular apartando su decisión del derecho vigente²⁰, esto se entiende cuando una de las consecuencias que han generado los difusores de las técnicas de litigación es plantear al proceso penal en térmi-

15 JAUCHEN, EDUARDO M., *Estrategias de litigación penal oral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2014, p. 13–14.

16 ALMANZA, FRANK, *Manual de litigación oral. Argumentación jurídica y audiencias previas al juzgamiento*. 3ra edición, Lima, editorial San Bernardo, 2024, p. 71–72.

17 REYNA ALFARO, L.M., *Tratado integral de litigación estratégica*, Lima, editorial jurídica Gaceta Jurídica, 2013, pp. 246–249.

18 SAN MARTÍN CASTO, C., *Derecho procesal penal. Lecciones. Conforme al código procesal penal de 2004*, 2da edición. Lima, Fondo Editorial de centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2020, p. 791.

19 NIEVA FENOLL, JORDI, *La prueba, mitos y leyendas*, Chimalhuacán, MaGister publicaciones de Derecho penal, 2022, p. 47–49.

20 RIVAS-ROBLEDO, PABLO, “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”, *Dikaion* 31, 2 (2022), e3126, p. 17. Disponible en <HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/DESCARGA/ARTICULO/8538251.PDF> (visto por última vez el 01.04.2024).

nos bélicos: el derecho es una guerra, donde importa ganar. Siendo así, como en todo conflicto bélico existe un bando amigo y uno enemigo, uno con el que aliarse y otro al cual rechazar, uno que actúa con corrección y otro que es la manifestación de la inmoralidad, la ilegalidad y debe generar nuestro enérgico rechazo, y solo la victoria se le concederá a alguno de estos bandos. En la práctica de los juicios orales, generalmente, ese bando amigo está representado por los funcionarios públicos a cargo de la persecución del delito (Ministerio Público, Fiscalías, Procuradurías, etc.) y esto responde a varias circunstancias: tanto el juzgador como estos funcionarios laboran para el Estado, usualmente tienen simposios conjuntos a las cuales nunca los abogados defensores son convocados de manera oficial, reuniones de coordinación institucional —hasta coordinaciones en tiempo real en pleno desarrollo de las audiencias judiciales que ya tienen un cariz delictivo— y todo ello porque se considera que es el bando correcto el que está al servicio del Estado, al servicio de la colectividad general en búsqueda de la sanción de quien ha delinquido. Naturalmente, concebir —y también difundir la idea!— de que el proceso penal es un escenario bélico termina rompiendo el principio de imparcialidad en detrimento de una de las partes, justificando el juzgador este tipo de actuaciones con su concepción moral particular particular, en una sensación de que no debe tolerar la impunidad, en que no debe escuchar a esos costosos abogados defensores que significan un obstáculo para alcanzar la justicia y la verdad, todo vale en la práctica de este activismo judicial exacerbado.

Adicionalmente a los riesgos señalados hasta esta parte, también debemos recordar que —muy a pesar de la inspiradora novedad con la que difunden sus postulados los gestores de las técnicas de litigación— no están difundiendo nada nuevo, pues dentro del desarrollo de la cultura jurídica, ya Foucault postulaba²¹ que en realidad pertenece a la tradición griega, a la antigua Grecia (es decir, unos 1200 años a.C.), el hecho de hacer surgir como forma de indagación de la verdad al *testimonio*, a partir de permitir que una verdad sin poder (la del testigo) se oponga a un poder sin verdad (la decisión que emite quien debe resolver la controversia). Los contemporáneos sistemas teóricos que proponen poner como eje central —y acaso único del proceso— al dominio de las denominadas técnicas de litigación y teoría del caso, terminan por replantear desde otra terminología el resurgimiento de un sistema eminentemente retórico basado en el testimonio, pues lo que importa es también el testimonio ya no solo del testigo, sino el testimonio que dan los abogados oficiales (fiscales) y los abogados defensores para a través de ellas generar una decisión sólo basada en la persuasión de sus declaraciones.

Tal vez por ello los abogados sean caricaturizados como Chamanes modernos que, a diferencia de los chamanes tribales primitivos, los abogados cuentan relatos mucho más extraños y complejos²²; por ello, para evitar tales reduccionismos, deberíamos comprender que el hecho de que el derecho penal sea un saber práctico implica que los postulados que se hagan sirvan para construir soluciones sociales concretas, pero no desligadas de la justicia y los fines político-criminales de la sociedad²³. Consideremos además que este tipo de reduccionismo no se justifica

21 FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, editorial Gedisa, 2010 [1978], pp. 66–67.

22 HARARI, YUVAL NOAH, *Sapiens, de animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Traducción de Joandoménech Ros, primera edición, séptima reimpresión, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016, pp. 41–42.

23 Yacobucci plantea esta idea basándose en los postulados de Jescheck, en YACOBUCCI, GUILLERMO J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, pp. 426–427.

por el hecho de considerar que “así es el sistema de litigio del common law”, pues una revisión de la doctrina de este sistema procesal nos permite conocer que tal reduccionismo no existe como característica de ese sistema²⁴ ni por sus principios, forma de procedimientos ni por su sistema de fuentes; adicionalmente, se suele plantear que el sistema de fuentes basado en el precedente obliga al juez siempre a aplicar tales precedentes sin alternativa alguna; sin embargo, como lo expone el profesor Tarruffo, en tal sistema en realidad existen decenas de reglas precisamente para evitar la aplicación de tales precedentes, en lugar de reglas que garanticen su aplicación²⁵.

3. *El remedio para el reduccionismo utilitarista: un posible atomismo de la finalidad del proceso penal en los sistemas procesales penales.*

3.1 **El atomismo de la finalidad: el fin más importante (¿único?) es alcanzar la verdad como correspondencia.**

Dentro del contexto de la aplicación de los nuevos sistemas procesales penales en Latinoamérica, pero no solo en esta latitud, sino también a nivel euro continental se viene planteando una corriente de pensamiento insertada dentro del proceso donde el objetivo primordial de los procesos penales —no necesariamente el único— debe ser el establecimiento de la verdad. Bien, en la primera parte hemos planteado que es peligroso abandonar el objetivo de la búsqueda de la verdad, pero ahora analizaremos si la búsqueda de la verdad debería ser el principal y acaso el único objetivo primordial dentro del proceso penal, esto bajo una perspectiva donde para alcanzar tal objetivo se plantea teóricamente un modelo, una de cuyas consecuencias sería un proceso penal sin abogados, porque finalmente estos representan un obstáculo a esa búsqueda de la verdad dentro del proceso penal, como lo expresa Larry Laudan, para quien el deterioro del sistema de indagación a través del proceso penal en el sistema procesal penal (regido por jurados) empezó a deteriorarse con el incremento de abogados defensores y fiscales que despojaron a los jurados de sus facultades de indagación²⁶, pero no solo denuncia el deterioro sino que afirma que los abogados serían una *fuerza poderosa* que: está unida en contra de cualquier cambio que pueda hacer al sistema más simple, más transparente y menos sujeto a la manipulación cínica de sus actores²⁷, tal vez una forma efectiva de alcanzar ese sistema transparente, no manipulado y simple sea eliminando a esa fuerza poderosa de la ecuación, pero esto implicaría, nuevamente, convertir a los acusados en objetos del proceso negándoles su real condición de sujetos del proceso²⁸.

Aunque el profesor Laudan no desconoce que existen otras metas insertadas dentro de la lógica estructural de un proceso judicial, lo que sí destaca es que la meta principal o el objetivo de este debe ser el proponernos como tarea, la construcción —experimento mental epistémico

24 GILES, FRANCIS T., *El derecho penal inglés y su procedimiento*, Santiago, Ediciones Olejnik, 2019, p. 65.

25 TARRUFFO, MICHELE, *Aspectos del precedente judicial*, Nueva León, Coordinación Editorial del Poder Judicial de Nueva León, 2018, pp. 90–94.

26 LAUDAN, LARRY, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Traducción de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 294.

27 LAUDAN (*supra* nota 26), p. 315.

28 ASECIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 24–25.

lo denomina él²⁹— de un sistema comprometido con “la idea de que el objetivo de un proceso es encontrar la verdad sobre un delito”³⁰, todo ello dentro de un contexto en el cual el profesor establece que existen cinco categorías que permitirían definir aquellas reglas que significan un obstáculo para la verdad: 1. Los intereses distributivos que pretenden reducir aún más las probabilidades de las condenas falsas; 2. Las preocupaciones acerca de la incapacidad del jurado para interpretar apropiadamente las pruebas que se le presentan [incapacidad de la cual adolecerían también los jueces profesionales o abogados]; 3. La importancia de salvaguardar los derechos del acusado; 4. La necesidad de supervisar a la policía para disuadirla de conductas inaceptable; y, 5. La conveniencia de mantener la integridad moral de los tribunales asegurando que no sean sujetos de sospecha alguna de complicidad con conductas ilegales de otros agentes del Estado.³¹ Aunque claro, es más expreso el profesor Ferrer Beltrán, en que aparejado a la verdad existen otros objetivos institucionales importantes, pero no fundamentales como lo es la verdad insertada dentro de la actividad probatoria que nos conduce a una decisión judicial³².

En este escenario, dentro de la tradición en construcción de las teorías vinculadas actualmente al razonamiento probatorio se propone una verdad por correspondencia, la misma que responde a una evolución de aquello que concebimos como verdad, tal como lo plantean Nicolás & Frapolli para quienes cuando indagamos respecto al significado de verdad encontramos a lo largo de la historia al menos tres concepciones: la primera, la identifica con lo existente en oposición a lo imaginario (aletheia); el segundo, hace hincapié en lo que es fiable (veritas); y, el tercero, establece una relación de correspondencia con la realidad de las cosas (orthotes)³³.

Ahora bien, podría objetarse el análisis de esta parte a partir de afirmar que en todo caso estaría aplicando un simple “desacuerdo verbal”, porque una cosa es la finalidad del proceso penal como tal y otro diferente es la finalidad de la actividad probatoria insertada dentro del proceso, pero no se trata de un simple desacuerdo verbal porque considero que las finalidades previstas como bases para la concepción y configuración de un proceso penal son transversales al mismo y no cambian por el hecho de ubicarlos en una determinada parte del sistema penal, ni tampoco en una parte de la estructura del proceso, la verdad como finalidad del proceso penal no cambia su significado ni naturaleza por el hecho de vincularla solo a la actividad probatoria, ni porque la planteamos como una finalidad de todo el proceso y el sistema penal en sí, y es porque el concepto de verdad no puede ser variable, sino unívoco porque la realidad es una sola. Precisamente, la correspondencia con la realidad —como contenido de la verdad— se la debemos a Alfred Tarski quien retoma una concepción aristotélica bajo los términos de: “decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”³⁴.

29 Deberíamos recordar que ya en el pasado se propuso suprimir garantías en el sistema penal a partir de la incorporación de conocimiento científico en la época del positivismo italiano, a lo cual ya Bettiol denominó *ideologías aniquilantes*: Zaffaroni, Eugenio Raul, Giuseppe Bettiol (*In Memoriam*). Anexo I contenido, en BETTIOL (*supra* nota 1), p. 235–238.

30 LAUDAN (*supra* nota 26), p. 315.

31 LAUDAN (*supra* nota 26), p. 292.

32 FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 31.

33 NICOLÁS, J.A. & FRAPOLLI, M.J., *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Traducción de textos N Smilg, J. Rodríguez, M.J. Frápolli y J.A. Nicolás. Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 9–11.

34 ETALA, CARLOS ALBERTO, *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 343.

Entonces, si se afirma que la verdad es el objeto primordial, fundamental o de mayor relevancia en la actividad probatoria puede generar el efecto de que se termine planteando tesis tan radicales como aquellas que proponen erradicar todos los obstáculos que impidan el alcance de esa verdad, aunque tales obstáculos puedan implicar inclusive la anulación del derecho de defensa ejercido a través de los abogados defensores, como se planteó líneas atrás cuando recordamos las propuestas del profesor Larry Laudan y que si retrocedemos en la historia —como lo plantea Devis Echandía— podemos encontrar que esta búsqueda de la verdad bajo el postulado de que el juez no debe ser un autómatas pasivo, sino que debe ser activo en la búsqueda de la verdad corresponde todavía a la tradición romana³⁵. Y, además, recordar que concebir que los resultados probatorios del proceso se basan en una teoría de las probabilidades (una verdad por correspondencia probabilística) viene desde la tradición del *Law Evidence* del siglo XVIII³⁶.

El aspecto que sin duda es un importante aporte dentro de estos planteamientos es la forma en la cual nos replantean algunas concepciones vinculadas a una visión irrazonable y subjetiva respecto a la actividad probatoria dentro de los procesos penales, por ejemplo, vinculado a una errada noción de intermediación, pues, está claro que la intermediación, por ejemplo, en la actuación de la prueba testimonial, ya no está concebida en que el juez resuelva en base a la intuición o mera percepción subjetiva de diversa índole (¿el testigo elevó la mirada?, ¿la bajó?, ¿cruzó los brazos o no?) sino que la intermediación está vinculada al control del ingreso de la información que resulte útil y fiable para el caso, en tanto que se actúan las pruebas en presencia del juez, el mismo podrá ejercer el control o limitación racional de tal actividad: es tal el fundamento de la intermediación³⁷, esta consecuencia de un distanciamiento a concepciones sicologistas en búsqueda de una empresa epistémica³⁸ se aplica toda clase de actividad probatoria.

3.2 Un fenómeno complejo: la finalidad en el proceso penal no puede ser unívoca ni preferente de una de las finalidades, debe tender a la armonización de todas las finalidades.

3.2.1 El proceso penal no puede encontrar todas las verdades de la realidad.

Es un dato *incuestionable* de la realidad que no toda persona que comente un delito es sancionada penalmente en mérito a la relación existente entre lo que es el programa general de acciones penalmente sancionables delimitada por el legislador —criminalización primaria— y la capacidad real del sistema de justicia penal para poder identificar, procesar y sancionar a todos los que en algún momento de su vida han ejecutado una acción que podría ser sancionada por reunir las características de un delito; es decir, la capacidad de aplicar el derecho penal a *personas concretas* de carne y hueso —criminalización secundaria— esto como lo expone el profesor Zaffaroni es imposible y por ello, de modo planificado —aun cuando los operadores de justicia no sean ple-

35 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Decimoquinta edición. Tomo I. Bogotá, editorial Temis. 2012, pp. 12–14 / 22.

36 DEVIS ECHANDÍA (*supra* nota 35), p. 19.

37 NIEVA FENOLL, J., "Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras", *Civil Procedure Review*, v.1, n.2: 27–41, jul./set., 2010, 2010, p. 38.

38 ACCATINO, D., Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?, *Revista Online Revus: Revus* [Online], 39 | 2019, p. 89–100. Disponible en <[HTTP://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/5559](http://journals.openedition.org/revus/5559)> DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.4000/REVUS.5559](https://doi.org/10.4000/revus.5559)> (visto por última vez el 01.04.2024).

namente conscientes de ello— se realiza un proceso de selección *respecto a personas que tienen más a la mano* para aplicarles el derecho penal.³⁹

3.2.2 *Las diferentes finalidades presentes dentro de la concepción del proceso y el sistema penal.*

Como lo recuerda Klaus Volk, bajo la denominación de “*derecho penal*” se engloba tanto al derecho penal material como al procesal penal y ello es así porque, aunque estos tienen un ámbito jurídico que tiene campos que se limitan el uno con el otro, no obstante, ambos también tienen una relación funcional que los hace interdependientes, por ello, el proceso penal no puede solo enfocarse en la declaración de culpabilidad o inocencia de una persona⁴⁰. Entonces, dentro del proceso penal no existe una finalidad única, sino varios fines entre los cuales se identifica a la verdad, la justicia y la paz jurídica, todos los cuales se mantienen en un *frágil equilibrio*, pues existen circunstancias en las cuales los procesos se resuelven con un *déficit de verdad*, por ejemplo, cuando el proceso se resuelve a través de un acuerdo penal; existen otros donde existen *déficit de justicia*, por ejemplo, donde se admite pruebas obtenidas con violación de procedimientos pre- establecidos en la ley donde la búsqueda de la verdad se prefiere respecto al cuidado de un proceso absolutamente correcto y casos de *déficit de paz jurídica*, por ejemplo, cuando tiempo después de haberse condenado a una persona, se descubren medios de prueba que hacen patente la ineludible necesidad de revisar la condena, por lo que ya no se puede sostener que las decisiones deben ser irrevisables para garantizar con ese punto final la paz dentro de la sociedad previniéndonos de la perpetuación del conflicto inclusive a través de medios legales⁴¹. Así como el equilibrio que se busca entre los diferentes principios aplicables a un caso como parte de su naturaleza jurídica⁴², se debe buscar el equilibrio entre estos fines, lo cual no significa proponer la priorización de uno de esos como regla general y de base.

Precisamente, desde la doctrina Alemana el profesor Gössel —a quien tuve el beneplácito de conocer personalmente en mí siempre recordada Machala, Ecuador en el año 2012— plantea que dentro de un Estado de Derecho, aún dentro del diseño de un sistema procesal penal inquisitivo (diferente a la pesadilla del proceso de inquisición), existen al menos 3 postulados fundamentales: el primero es que los fines que rigen el proceso son la justicia y la verdad, de allí que no se concibe una decisión justa si no se alcanza la verdad, lo que dota de sentido que el juez pueda participar en la actividad probatoria de manera activa para garantizar esa búsqueda de la verdad aunque, claro, nunca una verdad a todo costo; en segundo lugar, define de manera brillante —recordando a Locke y Montesquieu— que todo poder está al servicio de su propia conservación y expansión y, en tanto el proceso penal también es una manifestación del poder, entonces, este poder unitario debe fragmentarse para así autolimitarse, por lo que existe una fase de averiguación, acusación y juzgamiento cada uno a cargo de distintos órganos; y, finalmente, destaca que esa limitación del ejercicio del poder, se concreta en la prevención de los excesos y abusos de ese poder, no solo a partir del respeto de las leyes que limitan el contenido de ese ejercicio, sino también —y es de los pocos que plantea expresamente esta posibilidad— a través de la garantía

39 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, 2da edición – 2da reimpresión. Buenos Aires, editorial Ediar, 2008, pp. 11–12.

40 VOLK, KLAUS, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 43–44.

41 VOLK (*supra* nota 40), pp. 45–47.

42 ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 41.

de que también el acusado pueda ejercer influencia sobre el procedimiento y sus resultados de manera personal pero también por medio de su abogado defensor quien cumple una función contralora y verificadora de los actos de autoridad⁴³. Complementa planteando que podemos estar en desacuerdo con determinado sector del ordenamiento jurídico, puede ser ese sector el ordenamiento del sistema penal; sin embargo, si ese desacuerdo no se canaliza por los medios constitucionalmente permitidos —lo cual también aplica para quienes detentan el poder— estamos desconociendo las mismas bases del sistema democrático, en tanto las leyes constituyen decisiones democráticamente aceptadas por una mayoría⁴⁴ aunque esa mayoría sea una representativa y no directa; porque además, el respeto de la legalidad implica el reconocimiento de la superación del estado de la barbarie violenta, imprevisible e incontrolable que fue reemplazada por un sistema de reglas, principios y fines que conforman al proceso penal⁴⁵.

Pero también es importante considerar que, la búsqueda de ese equilibrio entre los fines del sistema penal – no solo tiene que ver con un equilibrio de fines que se derivan de los principios básicos de un sistema procesal penal, sino como lo plantea Armenta Deu tiene que ver también con la búsqueda del equilibrio entre los diferentes tipos de sistemas procesales vigentes, un esfuerzo en el cual ya se ha ido avanzando y prueba de ello es la existencia de la Corte Penal Internacional donde se compatibiliza lo que podría ser una disfuncionalidad considerando las diferentes tradiciones jurídicas y los diferentes sistemas procesales de donde provienen quienes allí laboran⁴⁶.

3.2.3 *Todos los elementos del sistema penal están interrelacionados, también sus principios y fines particulares.*

Existe una razón adicional para considerar que no debería postularse que una de las finalidades del sistema penal debería tener preferencia respecto de las otras como regla general y básica pues, cuando se analiza la tarea y fines del proceso penal, además de reconocer la relación inescindible y complementaria entre el derecho penal material y el procesal penal, se cae en cuenta que el fin del proceso penal es de naturaleza compleja, pues debe servir para garantizar la *condena del culpable, la protección del inocente*, el respeto de la legalidad procesal para *alejara toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión*, siendo que en diversas situaciones se generará tensiones entre uno y otro contenido de estas finalidades, pero aún con esa realidad se debe procurar buscar la realización simultánea de esos fines y el equilibrio entre los mismos⁴⁷, existe pues, entre normas sustantivas y procesales penales una relación que inclusive se remonta al mismo momento de la dación de las leyes penales⁴⁸, donde primordialmente el proceso penal sería el medio en el cual se

43 GÖSSEL, KARL H., *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*, Dirigido por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 15–28.

44 GÖSSEL (*supra* nota 43), p. 30.

45 MONTERO AROCA, JUAN, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant Lo Blanch alternativa, 1997, pp. 28–30.

46 ARMENTA DEU, TERESA, *Sistemas procesales penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 54–59.

47 ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho procesal penal*. 2da reimpresión de la traducción al castellano de 25 edición de la obra iniciada y continuada hasta la 8va edición por Eduard Kern. Traducción de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisado por Julio B. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 1–5.

48 CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho procesal penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho, Vol. 4, Primera Serie. México D.F., Oxford

concretarían aquella previsión de conductas y se impondrían las sanciones conminadas⁴⁹.

El derecho procesal penal y las finalidades principales del mismo no pueden ser planteadas —como lo advierte Huamán Castellares— de manera no relacionada con los otros dos sub sistemas que integran a todo el sistema penal como son el sistema de la dogmática sustantiva y el sistema de ejecución penal; pues para que el sistema penal funcione de manera razonable, coherente y eficiente: *los subsistemas presuponen las reglas establecidas en los otros sistemas* de tal modo que, por ejemplo, el sistema de ejecución penal no podría concebirse con prescindencia de los principios y fines de la sanción penal postulados por el sub sistema de dogmática sustantiva que propone las teorías de la pena; el sub sistema de dogmática sustantiva no podría plantear conceptos demasiado subjetivos que fueran de imposible probanza dentro del proceso penal⁵⁰, así como no podría concebirse un sub sistema de derecho procesal penal que postule sancionar basados en un principio de derecho penal autor, cuando dogmáticamente se ha evidenciado la mayor racionalidad y humanidad de un derecho penal de acto.

La idea de esta interrelación, también tiene que ver con una relación subyacente al sistema penal que como lo recuerda el profesor Alberto Binder fue postulado todavía en 1851 por Karl Mittermaier a través de la reflexión del aseguramiento de una doble garantía: la garantía para los intereses de la sociedad, así como una garantía para los intereses de la libertad individual, estos intereses siempre presentes en la construcción de los sistemas penales a lo largo de la historia de la formación de los sistemas procesales penales se han sobrepuesto una a la otra, desde perspectivas que plantean la pre-eminencia de la protección de la libertad y la dignidad de las personas, a las que postulan que el balance debe ser a favor de generar una mayor eficiencia del sistema penal al momento de la aplicación del sistema de sanciones penales, todo lo que genera una relación dialéctica entre eficiencia y garantía⁵¹, una relación donde —es importante internalizar esa idea— siempre debemos buscar el equilibrio aunque no sea una tarea sencilla, ni teóricamente ni en el terreno práctico, y aunque parezca una utopía nos permitirá ver el horizonte o el firmamento hacia el cual siempre debemos avanzar, a aquél horizonte donde está la protección del ser humano como fin valioso en sí mismo, un ser que a fin de cuentas es único, idéntico a sí mismo, no intercambiable: irreplicable en el devenir histórico-temporal⁵².

4. *Una perspectiva hacia el futuro en medio de esta reflexión.*

Con miras al presente, pero sobre todo al futuro el profesor Claus Roxin plantea que de las tesis clásicas del Derecho Penal fundamentado en la ilustración quedan al menos tres ámbitos que deberían ser irrenunciables en este devenir histórico del derecho penal (del sistema penal en sí)

University Press, 2001, p. 11.

49 CHOCLAN MONTALVO, J.A. & CALDERÓN CEREZO, A., *Derecho procesal penal. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 17–19.

50 HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL OSARIM, *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Lima, editores del Centro, 2016, pp. 33–34.

51 BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2da edición, primera reimpresión. Buenos Aires, Ad.Hoc, 2000, pp. 52–64.

52 FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Protección jurídica de la persona*, Lima, Universidad de Lima, 1992, p. 23.

la defensa del principio de *daño social* como criterio de fundamentación del derecho penal, por lo que este no debe ser un instrumento de imposición de una moral general, sino que, respetando las decisiones y libertades individuales solo debe ingresar a la limitación de los derechos de las personas cuando las acciones de estas generen un daño social y no simplemente porque nos parecen moralmente incorrectas; asimismo, la defensa del principio de *última ratio* en tanto y en cuanto el derecho penal dentro de la estructura de nuestra sociedad es un elemento desintegrador del mismo por la afectación que produce en la persona introducida dentro de este sistema sea un inocente e inclusive un culpable, más si se considera que el derecho penal está directamente vinculado a los grupos socialmente marginados; y, finalmente, *la defensa de los derechos individuales de la libertad*, que aunque parezca una obviedad, en realidad se ve un fenómeno creciente de limitar cada vez más este ámbito de protección y legitimar una injerencia progresiva en el ámbito individual y privado de las personas, pudiendo realizarse indagaciones tan sensibles e individuales el acudir a técnicas de investigación que se valen de la genética molecular⁵³.

Como ya se ha planteado en este trabajo, dentro de esa relación dialéctica, compleja, intra y extra sistémica que existe dentro de los elementos que conforman el sistema penal, la búsqueda de las relaciones de equilibrio entre todos sus componentes es compleja hasta el punto de parecer no realizable, pero este nivel de dificultad no debe justificar ni el reduccionismo y banalización del sistema penal que criticamos al inicio con propuestas expresas de desterrar la búsqueda de la correspondencia entre la verdad declarada en el proceso penal y la acontecida en la realidad; pero, tampoco debe conducirnos al atomismo de plantear que en última instancia solo la búsqueda de la verdad es el elemento más valioso dentro del sistema penal, porque el primer camino nos conduce a un peligroso activismo judicial que termina destruyendo todas las garantías procesales y generando decisiones en base a concepciones meramente morales o sentimientos de justicia, alejándose así de una decisión fiable y justa conforme al ordenamiento jurídico y el otro camino atomizador puede conllevar a la construcción de una perfecta guillotina —como en el ejemplo de Binder— donde por enamorarnos de la perfección, brillo y funcionalidad de la navaja olvidamos que esta es un instrumento de decapitación de seres humanos, aunque claro, a los seres humanos no se les decapita actualmente, pero sí se los margina, se los destierra de la civilización, se les excluye de la posibilidad de aspirar a un trabajo que le permita mejorar sus condiciones personales y las de su entorno y se termina justificando la ficción de que el hecho de incrementar el número de personas presas en la sociedad puede realmente servir de remedio ya no solo al fenómeno del delito sino a todos los males que aquejan a la sociedad y, el derecho penal, no sirvió ni sirve para eso en la historia de la humanidad.

53 ROXIN, CLAUDIUS, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores del Derecho Penal. Traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta. Dirección de Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2009, pp. 191–199.

Bibliografía.

- ACCATINO, D., Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?, *Revista Online Revus: Revus* [Online], 39 | 2019, p. 89-100. Disponible en <[HTTP://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/5559](http://journals.openedition.org/revus/5559)> DOI: <[HTTPS://DOI.ORG/10.4000/REVUS.5559](https://doi.org/10.4000/revus.5559)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- ALMANZA, FRANK, *Manual de litigación oral. Argumentación jurídica y audiencias previas al juzgamiento*. 3ra edición, Lima, editorial San Bernardo, 2024.
- AMBOS, KAI, “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- AMBOS, KAI, “Breves comentarios sobre la reforma judicial en américa latina”, *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal*. Lima, Palestra Editores. 2010.
- ARMENTA DEU, TERESA, *Sistemas procesales penales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BAYTELMAN, A. & DUCE, M., *Litigación penal, juicio oral y prueba*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2008.
- BETTIOL, GIUSEPPE, *El problema penal*. 2da edición. Traducción de José Luis Guzmán Dálvora, Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1995.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2da edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2000.
- BINDER, ALBERTO M., *Derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2013.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Derecho procesal penal. Biblioteca Clásicos del Derecho*, Vol. 4, Primera Serie. México D.F., Oxford University Press, 2001.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A. & CALDERÓN CEREZO, A., *Derecho procesal penal. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Madrid, Dykinson, 2002.
- CUBAS VILLANUEVA, V.M., “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Derecho & Sociedad*, número 25, Lima.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Decimoquinta edición. Tomo I. Bogotá, editorial Temis. 2012.
- DÍAZ PUCHETA, SOFÍA, “El sistema acusatorio en los procesos penales de América del Sur”, *Revista Argumentos*, número 4, Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez., 2017, pp. 1–19.
- ETALA, CARLOS ALBERTO, *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, editorial Gedisa, 2010 [1978].

- GILES, FRANCIS T., *El derecho penal inglés y su procedimiento*, Santiago, Ediciones Olejnik, 2019.
- GÖSSEL, KARL H., *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*, Dirigido por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- HARARI, YUVAL NOAH, *Sapiens, de animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Traducción de Joandoméneec Ros, primera edición, séptima reimpresión, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.
- HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL OSARIM, *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal*, Lima, editores del Centro, 2016.
- JAUCHEN, EDUARDO M., *Estrategias de litigación penal oral*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2014.
- LAUDAN, LARRY, *Verdad, error y proceso penal*. Un ensayo sobre epistemología jurídica, Traducción de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid, Marcial Pons, 2013.
- MONTERO AROCA, JUAN, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant Lo Blanch alternativa, 1997.
- MORENO HOLMAN, LEONARDO, "Teoría del caso", *Colección: Litigación y enjuiciamiento adversarial*. 1ra edición, 4ta reimpresión, Buenos Aires, ediciones Didot, 2015.
- NICOLÁS, J.A. & FRAPOLLI, M.J., *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Traducción de textos N Smilg, J. Rodríguez, M.J. Frápolli y J.A. Nicolás. Madrid, Editorial Tecnos, 1997.
- NIEVA FENOLL, JORDI, *La prueba, mitos y leyendas*, Chimalhuacán, MaGister publicaciones de Derecho penal, 2022.
- RIVAS-ROBLEDO, PABLO, "¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones", *Dikaion* 31, 2 (2022), e3126, p. 17. Disponible en <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/DESCARGA/ARTICULO/8538251.PDF](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8538251.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- REYNA ALFARO, L.M., *Tratado integral de litigación estratégica*, Lima, editorial jurídica Gaceta Jurídica, 2013.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho procesal penal*. 2da reimpresión de la traducción al castellano de 25 edición de la obra iniciada y continuada hasta la 8va edición por Eduard Kern. Traducción de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisado por Julio B. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores del Derecho Penal. Traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta. Dirección de Edgardo Alberto Donna, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2009.
- RUBILLAGA PUCHOT, DANIEL R., *Reseña sobre las reformas procesales penales en América Latina*. Montevideo, 2020.
- SAN MARTÍN CASTO, C., *Derecho procesal penal. Lecciones. Conforme al código procesal penal de 2004*, 2da edición. Lima, Fondo Editorial de centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2020.
- TARUFFO, MICHELE, *Aspectos del precedente judicial*, Nueva León, Coordinación Editorial del Poder Judicial de Nueva León, 2018.
- VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*. Colección Premios Nobel. Miraflores, Lima, Penguin Random House Grupo Editorial S.A. 2015.

VOLK, KLAUS, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

YACOBUCCI, GUILLERMO J., *El sentido de los principios penales*. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Giuseppe Bettiol (In Memoriam)*. Anexo I contenido, en BETTIOL, GIUSEPPE, *El problema penal*, 2da edición. Traducción de José Luis Guzmán Dálvora. Buenos Aires, editorial Hammurabi, 1995.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, 2da edición – 2da reimpresión. Buenos Aires, editorial Ediar, 2008.

Christian Scheechler Corona

19. La política criminal en los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, particularmente en explotación sexual y pornografía. Actualidad y proyecciones en el derecho penal chileno.

Resumen: El presente capítulo aborda los principales aspectos de la política criminal chilena en el ámbito de los delitos sexuales contra menores de edad, en específico en los delitos de explotación sexual y pornografía de menores de edad. Se hará una descripción de las principales reformas de los últimos años en la materia, que significaron cambios importantes en esta clase de delitos. Luego, nos detendremos con mayor atención a las reformas de 2022. Se analizará críticamente la política criminal subyacente a estas reformas, identificando aspectos criticables y fortalezas, con miras a las proyecciones de la intervención estatal en estas materias.

Palabras clave: Política criminal, explotación sexual, pornografía infantil, delitos sexuales.

Abstract: This chapter addresses the main aspects of Chilean criminal policy in the field of sexual crimes against children and adolescents, specifically in the crimes of sexual exploitation and child pornography. A description will be made of the main reforms of the last years, which meant important changes in this kind of crimes. Then, we will focus more closely on the 2022 reforms. The criminal policy underlying these reforms will be critically analyzed, identifying critical aspects and strengths, with a view to the projections of state intervention in these topics.

Keywords: Criminal policy, sexual exploitation, child pornography, sexual crimes.

1. *Introducción.*

Los denominados “delitos sexuales” han conminado históricamente la atención de la doctrina, del legislador, y por qué no decirlo, del “público en general”. Este foco se ha visto incrementado a partir de diversas circunstancias, muchas de ellas exógenas del sistema judicial. Sin ánimo de ser taxativos, podemos incluir en este listado a algunos de los movimientos sociales o casos de especial relevancia mediática en los últimos años.

El “movimiento feminista” o la “revuelta feminista” de 2018, que tuvo un importante rol hacia el “estallido social” de 2019, puso sobre la mesa varios temas de índole sexual que involucraba tanto a mujeres como a algunas minorías sexuales. Así, por ejemplo, casos de conductas sexuales impropias de profesores universitarios con alumnas, generaron masivas y vistosas protestas reivindicatorias con el género femenino, impulsadas además por movimientos de alcance internacional, como el #MeToo o el “Ni una menos” (también replicado en Chile)¹.

En estas manifestaciones, los derechos sexuales y reproductivos también toman un papel relevante, reconociendo círculos convergentes con la “revuelta feminista” y los otros movimientos ya señalados, en temas como la autonomía para tomar decisiones en la vida sexual, la elección de la forma de familia que se quiere construir, o la interrupción libre y segura del embarazo².

Los casos más relevantes de violencia sexual, como el de Antonia Barra, los abusos sexuales en el Servicio Nacional de Menores de Chile (SENAME), aquellos cometidos por eclesiásticos contra niños, o incluso aquellos cometidos en otras latitudes (violaciones grupales en India o el caso “La Manada” en España), han avivado el interés social por la prevención y el castigo contra los delitos sexuales. El legislador, por supuesto, ha debido responder a este interés a través de señales explícitas a los operadores del sistema, las víctimas y la sociedad misma.

En las siguientes páginas describiremos las reformas que el legislador ha promovido en el sistema de delitos sexuales chileno, en particular en aquellos ilícitos que afectan a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en contextos de mercados ilícitos (explotación sexual y pornografía). Haremos un breve relato de las reformas que antecedieron a las del último periodo, con una mirada crítica sobre la política criminal subyacente en ellas.

2. *Algunas cuestiones previas relevantes.*

2.1. **Naturaleza de los delitos sexuales y bien jurídico protegido.**

Si bien podemos perfectamente catalogarlos como un sector “clásico” de la parte especial del Derecho Penal, dado los avances y características de este ámbito en los últimos años, vale la pena refrescar un poco el tema, y volver a preguntarnos de qué hablamos cuando nos referimos a delitos sexuales y cuáles figuras en específico conforman este segmento.

Una definición estándar de los delitos sexuales señala que se trata de “todos aquellos actos que atentan contra la libertad y la indemnidad sexuales de las personas, independientemente de su edad, estrato social, raza, etnia, sexo o nacionalidad” (Ministerio Público de Chile). La doc-

1 LLANOS MARDONES, BERNARDITA, “Revuelta feminista en Chile: cultura visual y perfromance”, *Literatura y Lingüística*, 44 (2021), pp. 169-184, pp. 173-174.

2 PÉREZ, ALEJANDRA; LÓPEZ, HERNÁN, *Derechos sexuales y reproductivos*, Santiago, DER Ediciones, 2021, pp. 30 y ss.

trina que se hace cargo de la definición, explícita o implícitamente, no difiere mucho de esta y, en general, se restringe a la calificación dependiendo del bien jurídico protegido.

Rodríguez Collao, a pesar de reconocer que existen delitos en este grupo sin ninguna connotación libidinosa, entiende a los delitos sexuales como un sistema organizado bajo un mismo esquema valorativo, y que tienen como factor común que todas las conductas descritas en los tipos son manifestaciones del impulso sexual o se vinculan con este de alguna forma³.

De acuerdo a esto, surgen dos preguntas que es necesario responder: ¿Solo son delitos sexuales aquellos que atentan contra un bien jurídico sexual? y ¿cuáles son los bienes jurídicos protegidos en estos delitos? Asumimos que ambas preguntas podrían tener idéntica respuesta, o bien transformarse en un bucle, al depender la respuesta de una de la respuesta de la otra. Veamos algunas cuestiones sobre el bien jurídico que podrían ayudar en esta tarea.

Los delitos sexuales en el código penal chileno estuvieron contruidos, en su origen, en torno a intereses colectivos más que individuales, fuertemente ligados a la moral sexual, y por ende con un robusto tono retrógrado⁴. Bajo el epígrafe de “Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, el legislador original tipificó figuras como la violación, el estupro, la sodomía o los abusos deshonestos, por nombrar algunos delitos de connotación sexual⁵.

Si bien se podría estimar que hay intereses individuales evidentes en delitos como la violación o los abusos deshonestos, una revisión con cierto detalle permite revelar una realidad histórica distinta⁶. Por ejemplo, la violación del art. 361 original estaba concebida como un delito únicamente contra la mujer, salvaguardando la moralidad pública y, de forma limitada, la libertad sexual de la mujer, excluyendo al hombre⁷.

La imposibilidad de generar progenie y, como consecuencia, producir problemas de legitimidad de los descendientes o complejidades hereditarias, parecían ser una razón importante para excluir al varón como víctima, dejando una clara nota moralizante con tono patriarcal en la protección del marido, más que de la mujer violada.

Otro elemento en esta línea está dado por la discusión en torno a la eventual violación del marido contra la mujer. Más de medio siglo después de la entrada en vigencia del Código Penal chileno, se consideraba que la mujer podría negarse al coito con el marido en casos graves, como la transmisión de una enfermedad venérea u otro similar. Es decir, en caso alguno el consentimiento de la mujer, y por ende su libertad sexual, era objeto de protección de *prima facie*, y la moral sexual pública solo retrocedía en beneficio de la salud de la mujer (no su libertad sexual)⁸.

La aceptación o reconocimiento casi total de los delitos sexuales como figuras que protegen bienes jurídicos individuales con esa connotación se dio recién hacia finales del Siglo XX, con importantes modificaciones que redefinieron delitos como la violación o los abusos desho-

3 RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*, 4ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2023, p. 93.

4 WINTER ETCHEBERRY, JAIME, *Delitos contra la indemnidad sexual*, Santiago, DER Ediciones, 2018, pp. 2-3.

5 MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021, pp. 185-188.

6 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Madrid, Editorial Congreso de los Diputados, 2010, pp. 141 y ss.

7 LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1955, pp. 200-201.

8 LABATUT (*supra* nota 7), p. 202.

nestos⁹. Se reenfozan estos hacia intereses individuales, con mínimos toques de moralidad, y la protección de la moral sexual pública queda relegada a figuras como la sodomía o el incesto.

Por ende, con una mirada individual de los bienes jurídicos, cobra sentido una definición de delitos sexuales como la antes indicada. Sin embargo, la complejidad de esta especial área en la actualidad parece desbordar una perspectiva centrada solo en la libertad o indemnidad sexuales, generando que la propia definición de delitos sexuales tome nuevos ribetes.

A esta línea contribuyen los delitos de pornografía infanto-juvenil¹⁰, cuya tipificación parece exceder intereses individuales clásicos como la libertad o indemnidad sexuales, reconocidos en general por la doctrina como los principales bienes jurídicos asociados a estos delitos¹¹. Si bien no es el caso de la producción de este tipo de material, donde los menores deben ser “utilizados” para ellos¹², la difusión o posesión no encuentran respuesta satisfactoria en dichos bienes si quien produce no es el mismo sujeto que difunde o posee (y que por ende no “utiliza”).

Para responder a estas interrogantes, en la doctrina nacional y comparada se han enarbolado diversas opciones, como la protección a la imagen del menor¹³, su intimidad sexual o el honor¹⁴, e incluso algunos de corte colectivo como la protección de las generaciones futuras o el uso seguro de las redes por parte de los menores¹⁵, dando cuenta de la especial relevancia de las tecnologías informáticas o telemáticas en este ámbito delictivo¹⁶.

El tema es que, si consideramos como procedente un bien jurídico colectivo, uno individual que no sea estrictamente sexual, o uno asociado a las nuevas tecnologías informáticas, telemáticas o de inteligencia artificial, debemos redefinir la parcela de los delitos sexuales, hacia una bipartición entre delitos sexuales clásicos (con interacción física y protectores de bienes jurídicos individuales como la libertad sexual, honor o indemnidad sexual), y delitos sexuales modernos, de nuevo orden derechamente ciberdeltos sexuales (sin interacción física directa, con protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, o bien clásicos pero redefinidos hacia un nuevo contexto, como el crimen organizado o la ciberdelinuencia).

9 WINTER (*supra* nota 4), p. 2.

10 Cabe dejar constancia que mucha literatura especializada usa una nomenclatura más simple, refiriéndose a estos delitos o al material como pornografía infantil.

11 BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, 4ª Edición, Santiago, Editorial Librotecnia, 2021, pp. 309 y ss.

12 SCHECHLER CORONA, CHRISTIAN, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”, *Política Criminal*, 27 (2019), pp. 376-418, pp. 399-405.

13 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y adolescencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 3 (2013), pp. 929-952.

14 CISTERNAS VÉLIS, LUCIANO, *El delito de pornografía infanto-juvenil como lesión a la intimidad y el honor de los menores de edad*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pp. 22 y ss.

15 GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 31 (2011), pp. 207-258, pp. 241-242.

16 GUTIÉRREZ PEÑA, PAULINA, “El consumo de material pornográfico infanto-juvenil en Chile (art. 367 quáter inc. 3º)”, en González Jara, Manuel Ángel (ed.); Larroucau Toro, René (coord.), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 215-234, pp. 223-229.

2.2. Breve mirada a las importantes reformas de finales del Siglo XX.

El legislador chileno emprendió un número importante de reformas a los denominados delitos sexuales durante el año 2022, las que vienen marcadas por la reforzada protección que se le quiso dar a dos grupos que han captado especial atención en los últimos años: menores de edad y mujeres.

Pero esta historia viene de antaño, particularmente a finales del Siglo XIX. La Ley N° 19.617, del año 1999, fue la que trajo mayores cambios al sistema de delitos sexuales vigente en ese momento, aunque el proyecto que la antecedió carecía de una orgánica sistémica y coherente en su estructura. Mas bien se trató de una importante serie de reformas aisladas unas de otras, que apuntaban a aspectos específicos de los delitos sexuales, y no a una mirada amplia y transversal. Se daba cuenta, una vez más, de una política criminal de corto alcance, motivada por problemas puntuales de aplicación, bajo la lógica del “parche”¹⁷.

Las reformas en particular sí permitieron que algunas de las conductas tipificadas dejaran el tono moralizante y se centraran en valores individuales, como la libertad sexual¹⁸. Así, por ejemplo, la violación comprende desde esta ley a un sujeto pasivo común, pudiendo ser tanto hombres como mujeres, ambos titulares de idéntico bien jurídico (el antes indicado)¹⁹. Lamentablemente la equiparación no fue completa, pues se mantiene una restricción al sujeto activo, implícita en el tipo, y que se deduce del verbo rector introducido por el legislador (acceder carnalmente, en vez de yacer)²⁰.

En esta misma línea, también se reconfiguró el delito de estupro, eliminando otro aspecto moralizante al modificar la exigencia de la doncellez de la mujer víctima, y ampliando el rango del sujeto pasivo también al hombre (en ambos casos, mayores de 14 y menores de 18 años). Algo similar ocurrió con el delito de abuso deshonesto, que mutó a abuso sexual, con una denominación que se deshace de cualquier sentido valórico en el objeto de protección, de la misma manera que el delito de facilitación a la prostitución y corrupción de menores de edad se limita solo a la prostitución luego de esta reforma²¹.

Por último, esta línea aparentemente desmoralizante, implicó la derogación parcial del castigo penal a la homosexualidad masculina. Se eliminó el tipo de sodomía, que castigaba a hombres que consentidamente practicaran el coito, pero se mantuvo el castigo si el accedido era menor de 18 y mayor de 14 años, aún sin las modalidades propias de la violación o el abuso sexual.

Esta especie de “reformismo” prosiguió con la Ley N°19.927, del 14 de enero de 2004, cuyo objeto principal, pero no único, eran los delitos de pornografía de menores. En los otros ámbitos, se incluyó un dudoso concepto en el epígrafe del Título VII, la integridad sexual²². Esto se

17 Véase con mayor detalle en RODRÍGUEZ COLLAO (*supra* nota 3), pp. 95 y ss.

18 Aun cuando el Título respectivo del Código Penal se mantuvo inalterable (Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública).

19 En esta misma reforma se derogaron las diversas formas de raptó que contemplaba el Código, subsistiendo hasta la actualidad la figura de inducción al abandono de hogar, cuyo sujeto pasivo debe tener al menos 10 años de edad.

20 Véase con mayor detalle en Carrasco Jiménez, Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, *Ius et Praxis*, 2 (2007), pp. 137-155.

21 GONZÁLEZ JARA, MANUEL ÁNGEL, *Corrupción, prostitución y explotación sexual en el código penal chileno*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 83-85.

22 OXMAN VILCHES, NICOLÁS, “¿Qué es la integridad sexual?”, *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 8 (2008), pp. 39-55, pp. 47-51.

tradujo en interpretaciones disímiles sobre el bien jurídico protegido, pues hasta ese momento había una cierta claridad en que se protegía la libertad o indemnidad sexuales, dependiendo de la edad del sujeto pasivo (que con esta ley se fijó en 14 años para el consentimiento válido en materia sexual).

También se modificaron los delitos relativos a la prostitución de menores, en torno a no exigir la habitualidad como modalidad típica, así como la introducción de un nuevo delito que castiga la obtención de servicios sexuales por parte de un menor de edad. Con perspectiva, fueron el antecedente inmediato de la actual regulación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

Volviendo a los delitos de pornografía, la Ley N°19.927 reconfiguró los ilícitos, tipificando la producción del material y la definición de este en el antiguo art. 366 quinquies, pero incluyendo la difusión y el almacenamiento en un artículo distinto, el 374 bis, que estaba incluido en un párrafo distinto (“De los ultrajes públicos a las buenas costumbres”). Esto generó múltiples problemas de interpretación y de fijación de la antijuridicidad material, toda vez que la sistemática indicaba que el bien jurídico protegido era diverso en la primera figura respecto a las otras, o no tendría sentido esta separación de artículos en distintos párrafos²³.

Si bien hubo varias modificaciones posteriores, muchas de ellas como efecto secundario del cambio en otras partes del sistema (por ejemplo, la modificación del delito complejo de violación con homicidio a la violación con femicidio), o bien simple maquillaje, son los cambios de los últimos dos años los que nos permiten entender cuáles son los lineamientos político-criminales actuales en materia de delitos sexuales, y hacia dónde van estos últimos.

3. Aspectos generales de las reformas del último lustro.

En esta parte revisaremos, de forma panorámica, cuáles son las reformas que se incorporaron al sistema de delitos sexuales en la legislación chilena, a través de tres leyes dictadas el mismo año (2022).

3.1. Modificaciones introducidas por la Ley N° 21.483, del 24 de agosto de 2022, que “Modifica el código penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica”. La motivación del legislador para sacar adelante este proyecto decía relación directa con la protección de ciertos grupos considerados vulnerables en nuestro ordenamiento jurídico: Los menores de edad, los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad.

Para cumplir tal empresa, el legislador chileno dispuso de una serie de modificaciones, no siendo todas ellas en términos estrictamente penales. Entre las que sí son de corte sustantivos, puede considerarse la incorporación de una nueva circunstancia agravante del Código Penal, incluida en el art. 12 N° 22, que aumenta la pena si la víctima es una persona menor de edad, si se trata de personas de la tercera edad, o bien si la víctima es una persona en situación de discapacidad. Este mismo grupo de sujetos se incluye expresamente para la determinación judicial de la pena, dentro del marco de la determinación legal.

23 BULLEMORE, VIVIAN; MACKINNON, JOHN, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Tomo III, 4ª Edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, pp. 217-219.

En relación con las conductas típicas, se deroga el delito de sodomía, en la parte que aún resultaba punible, y también se elimina la violación sodomítica del secuestro calificado, aunque esto resultaba solo como una medida propia de un derecho penal simbólico (la figura llevaba años derogada). Además, se aumenta el mínimo del rango de pena privativa de libertad para el delito de violación impropia (menores de 14 años), dando el legislador una muestra más de la escalada punitivista que ha tenido la política criminal chilena en las últimas décadas²⁴.

3.2. Modificaciones introducidas por la Ley N° 21.523, de 31 de diciembre de 2022, que “Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización”. Popularmente, esta ley es conocida como “Ley Antonia”, en honor de Antonia, una joven abusada sexualmente y que luego se suicidó²⁵.

Sus disposiciones son bastante heterogéneas, pero no incluyen nuevos delitos en el ámbito sexual, aunque sí dos tipos penales relacionados al suicidio: causar el suicidio de la víctima en contextos de violencia de género (se establece una definición para estos efectos, en el inciso 2° del art. 390 sexies); y la inducción al suicidio (común y feminicida)²⁶.

Se excluye la opción de aplicar la atenuante del 11 N° 7 (intentar reparar el mal causado) en los casos de delitos sexuales, secuestro, robo o sustracción de menores calificados, torturas y trata de seres humanos, y en relación a este último delito, se aumenta la pena en los casos de víctimas menores de edad (art. 411 quáter).

También se incorporan mayores medidas de protección a víctimas, como prohibición de visitar a la víctima, abandono del hogar común o la sujeción del imputado a la autoridad, entre otras. Se introduce nuevamente un criterio para la determinación de la cuantía de la pena: “la afectación síquica o mental de la víctima para la calificación de la extensión del mal producido por el delito”, y se incorporan otras modificaciones de carácter procesal, en el contexto de la misma ley.

3.3. Modificaciones introducidas por la Ley N° 21.522, del 30 de diciembre de 2022, que “Introduce un nuevo Párrafo en el Título VII del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes”.

Esta es la más “sexual” de las tres leyes en análisis, pues se centra principalmente en delitos de esta índole, además de incorporar o modificar diversas disposiciones procesales o penitenciarias relacionadas. Sin duda es la de mayores cambios a las figuras ya existentes, como veremos luego, teniendo incidencia en delitos relativos a la pornografía, la prostitución, el sistema de entrevistas videograbadas y la prescripción de la pena, entre otras.

Esta ley viene a modificar los delitos relativos a la prostitución de menores, transformándolos en delitos de explotación sexual²⁷. La nueva denominación, que se presenta en el párrafo

24 LUNEKE, ALEJANDRA; TREBILCOCK, MARÍA PAZ, “Prevención del delito, la construcción de la seguridad ciudadana y los cambios en la política criminal en Chile. 1990-2017”, *Política Criminal*, 35 (2023), pp. 352-377, pp. 366 y ss.

25 Véase más detalles en BLASCO, LUCÍA, “Antonia Barra: el caso de la joven de 21 años que se suicidó tras ser violada que estremece a Chile”, *BBC News Mundo*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BBC.COM/MUNDO/NOTICIAS-AMERICA-LATINA-53512966](https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53512966)> (visto por última vez el 30.04.2024).

26 CASTILLO ARA, ALEJANDRA, “La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2 (2023), pp. 225-248, pp. 229 y ss.

27 GONZÁLEZ (*supra* nota 21), pp. 93 y ss.

nuevo del Título VII del Código Penal, “Explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes”, es definida expresamente, en el art. 367 inc. 2°, y viene a ser algo más que un simple cambio de nombre, como se verá luego.

Se modifican también los delitos relativos a la pornografía, dejando las figuras de producción, difusión y almacenamiento en un solo (nuevo) artículo, a diferencia de lo que existía desde la Ley N° 19.927 antes vista. Esta nueva tipificación no implica solo un conjunción de dos artículos en uno, sino que incluye un cambio en el *definendum* del producto del delito, toda vez que se cambia de “material pornográfico en que se hubiesen utilizado menores de dieciocho años de edad” a “material pornográfico o de explotación sexual en que se hubiesen utilizado menores de dieciocho años de edad”, o que nuevamente genera problema de interpretación, ámbitos de aplicación de la figura y eventuales vacíos normativos.

Se introduce un nuevo delito, en el art. 367 septies, que castiga la transmisión de ciertas imágenes que afectan a menores, recogiendo un fenómeno criminal que afecta a menores, conocido en algunas latitudes como *camming*.

Por último, esta ley establece una regla concursal expresa para la explotación sexual, salvando algunos problemas interpretativos que se generaban particularmente con los delitos de violación o estupro; y se modifican una serie de otros cuerpos legales, en relación a las penas, prescripción y medidas alternativas a la pena, entre otras materias.

4. *Mirada crítica a las reformas de 2022. Aspectos político-criminales.*

La política criminal chilena no se despega demasiado de lo que ocurre en la mayoría de los países occidentales, y de similar tradición jurídica, en los últimos años. Una marcada tendencia al punitivismo exacerbado, un tono evidente de derecho penal simbólico y una agenda marcada por las redes sociales, los medios de comunicación y los avances científico-sociales, han sido la tónica.

En el ámbito de los delitos sexuales en general, y de los delitos aquí analizados en particular, se mantiene esa línea. Las últimas reformas refuerzan la protección penal de NNA, cumpliendo una serie de obligaciones internacionales contraídas en el último lustro, como con la Convención de Derecho del Niño o la Convención de Palermo, por ejemplo. Esta protección va de la mano con la valoración a otros grupos vulnerables, como los adultos mayores (que ahora se ven más visibilizados desde el Derecho Penal) o las personas en situación de discapacidad²⁸.

Respecto a estos últimos, aún no se aprecia una equiparación en el ámbito de los delitos sexuales, como sí ocurre en el Código Penal español. Ahora, considerando que el legislador chileno ha tenido en reiteradas ocasiones a su par español como modelo, es plausible proyectar futuras reformas que equiparen como sujetos pasivos a los menores de edad con las personas en situación de discapacidad (“necesitados de especial protección”, como dice el Código Penal español). Esto se refuerza con la sostenida inclusión de ambos grupos (y los adultos mayores)

28 CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “Violencia y victimización de niños, niñas y adolescentes. Estándares internacionales para su erradicación y protección jurídica”, en Cillero Bruñol, Miguel; Maldonado Fuentes, Francisco; y Valenzuela Rivera, Ester (eds.), *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile. Aspectos jurídicos y sociales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2021, pp. 3-58.

en diversas normas chilenas (determinación de la pena, delitos de maltrato relevante y trato degradante, etc.).

La inclusión de la explotación sexual como concepto en el Código Penal chileno tiene toques de simbolismo, pero también recoge algunos de los avances que las ciencias sociales han aportado al ámbito de los delitos sexuales. Al incluir el concepto de explotación sexual en el art. 367 inciso segundo, se busca visibilizar el fenómeno detrás de muchos delitos de abuso sexual, estupro o violación, casos en los que las condenas utilizan estos conceptos, privando de un abor-daje más complejo y completo²⁹.

Sin embargo, hay otra razón tanto más poderosa en este cambio, que permite apreciar una línea político-criminal tendiente hacia una mirada más integral de la víctima NNA en delitos de esta naturaleza. El eliminar conceptos como prostitución o servicio sexual, deja al delito desprovisto de un aparente intercambio consensuado entre sujetos activo y pasivo, y permite que la víctima se pueda visualizar a sí misma como tal, y no como un trabajador/a sexual o un prestador de servicios sexuales. Los avances victimológicos son recogidos aquí para quitar al NNA cualquier idea de “auto-responsabilidad” en la explotación de la que es víctima³⁰.

Esto se refuerza con la inclusión del nuevo art. 369 bis A, que considera expresamente la afectación síquica o mental de la víctima como criterio para la determinación de la extensión del mal causado, que es uno de los criterios para la determinación judicial exacta de la pena, en los rangos que le entrega el legislador. Los delitos considerados en este artículo son de aquellos sexuales en sentido estricto (violación, abuso sexual, etc.), pero se extiende a otros ilícitos que afectan intereses sexuales de la víctima, como el robo con violación, o la trata de personas con fines de explotación sexual, entre otros³¹.

En materia de delitos de pornografía infanto-juvenil, existe una nueva sistematización de los delitos, dejando en un solo artículo (367 quáter), tres clases de delitos que estaban tipificados en dos artículos, que formaban parte de dos párrafos distintos. El delito de producción de material pornográfico de menores de dieciocho años estaba tipificado (incluyendo interpretación auténtica) en el art. 366 quinquies, dentro del párrafo de los abusos sexuales; mientras que los delitos de difusión (en sentido amplio), adquisición y almacenamiento de dicho material, se encontraban contenidos en el art. 374 bis, que formaba parte del párrafo sobre ultrajes públicos a las buenas costumbres.

Esta alteración sistémica deja a los delitos contenidos en un único artículo, de la misma manera como ocurre en el Código Penal español³². El objetivo político-criminal es entregar al juzgador herramientas más ordenadas en el combate contra estos fenómenos, evitando que la disparidad de regulación ofrezca lagunas o vacíos que los delincuentes puedan aprovechar. Este nuevo orden parece querer reducir, implícitamente, la discusión sobre el bien jurídico, en la

29 GONZÁLEZ JARA, MANUEL ÁNGEL, “Explotación sexual. Artículo 367 del código penal”, González Jara, Manuel Ángel (editor); Larroucau Toro, René (coordinador), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 165-180.

30 ILABACA TURRI, JAVIERA, “Tratamiento jurídico penal de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 37 (2022), pp. 103-136, p. 104.

31 Completan el listado los delitos de tortura, tortura calificada, estupro, abuso sexual agravado, exposición o determinación de menores a actos de significación sexual y los delitos de explotación sexual.

32 MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO, “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Morillas Cueva, Lorenzo, *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Ed. Dykinson, 2015, pp. 433-483, pp. 471-479.

medida que, al estar en un solo artículo, el legislador protegería un único bien jurídico ante conductas que ofrecen distinto grado de afectación. Los partidarios de la indemnidad sexual como interés protegido pueden asumir que el legislador sanciona un delito de lesión en la producción del material, mientras que castiga el peligro abstracto o concreto en las hipótesis de difusión, comercialización o posesión (adquisición y almacenamiento).

Una postura como aquella es cómoda para la interpretación, o incluso para los operadores del sistema, pero refleja una vez más que el legislador no pone suficiente atención en las discusiones que la doctrina ha tenido al respecto. Aquí se ha llamado la atención a la insuficiencia de la indemnidad sexual para explicar todos los supuestos de delitos sexuales contra menores, sea por su incapacidad intrínseca, sea por la propia definición de indemnidad sexual. También se ha indicado que figuras como la difusión del material, o algunos supuestos de material pornográfico producido (por ejemplo, en la pornografía técnica), se explican de mucho mejor manera recurriendo a la imagen del menor como bien jurídico, o al desarrollo sexual adecuado de NNA. A eso se suman voces que entienden que, en ambientes virtuales, lo protegido no tiene naturaleza sexual, pues el bien jurídico es el uso seguro de las redes por parte de los menores.

Entre los problemas que ofrecen estas reformas, podemos contar la discutible técnica legislativa que sigue estando presente cada vez que el legislador incorpora nuevos delitos o reforma los existentes. En particular, la inclusión de diferentes expresiones entre un epígrafe y el contenido del tipo generan problemas de alcances conceptuales en materia de explotación sexual, toda vez que el párrafo 6 bis del Código Penal chileno utiliza la nomenclatura “explotación sexual comercial”, mientras que el inciso tercero del art. 367 (en el mismo párrafo) incorpora por primera vez en el cuerpo legal una definición de explotación sexual, pero sin el apellido “comercial” que ofrece el epígrafe. Con esto, se genera un problema gratuito que debe solucionarse apelando al *definiens*.

En la misma línea, se generan roces semánticos entre explotación sexual y pornografía, pues una revisión sistémica del Código, presente también en la literatura, permite detectar que el legislador ya ha comprendido a la pornografía como una forma de explotación sexual, tal como lo señala en la tipificación de la trata de seres humanos. Aquí se señala que se castigará el trasladar, acoger, recibir o captar a personas que vayan a ser víctimas de explotación sexual, “incluyendo la pornografía”. A buen entendedor, es claro que la pornografía, cualquiera sea su especie, sería una forma de explotación sexual (comercial o no). Luego, las reformas en materia de pornografía establecen que el material que se produce, de acuerdo con el art. 367 quáter, puede ser pornográfico “o” de explotación sexual, dejando claramente establecido que son hipótesis alternativas. Esto genera más problemas interpretativos para jueces u operadores, al mostrar el legislador una falta de coherencia innecesaria en su trabajo.

Otra cuestión que las últimas reformas demostraron es la falta de capacidad de respuesta rápida a los cambios tecno sociales, a los nuevos fenómenos y/o las nuevas formas de criminalidad. Se ha desperdiciado una buena oportunidad de abordar correctamente, desde el punto de vista penal, fenómenos como el *cibergrooming* o el *ciberstalking*, por ejemplo³³. Ambos ya están en el radar de operadores desde hace al menos 15 años, y salvo la mala tipificación del art. 366 quáter al respecto, poco se avanzó en un fenómeno (*cibergrooming*) nocivo para NNA. Y si bien

33 El primero tuvo un fallido intento de inclusión el año 2011, con la Ley N° 20.526. El segundo solo aparece incluido en los proyectos de Código Penal de la última década.

reconocemos un avance en la inclusión del castigo al “porno-streaming”, su inclusión en el nuevo art. 367 septies no fue de la mano con la inclusión de la denominada “pornovenganza”, que sigue fuera de la órbita de tipicidad por deficiencias técnicas del art. 161-A ya avizoradas por algunos legisladores.

Lo anterior es altamente perjudicial para las mujeres, víctimas usuales de estas prácticas, lo que parece un pecado político-criminal mayor cuando estas últimas reformas han incluido figuras propias de la violencia de género, como el denominado “suicidio femicida”; por ejemplo. Entender que la explotación sexual es también un problema de violencia de género, explicitándolo en la norma, es a esta altura un “pecado político-criminal”, en un gobierno que desde la propia campaña presidencial se autodenominó como “feminista”³⁴.

5. Ideas finales.

En síntesis, consideramos que no cabe duda del avance que ha significado el último paquete de reformas a los delitos sexuales vinculados a menores de edad en nuestro Código. Se ha dado muestra de una política criminal encaminada hacia la integración en la prevención de estos delitos, con una mirada institucional frente a la protección de NNA frente a la explotación sexual. Esta mirada considera la decisión de incluir medidas procesales de protección, de carácter preventivo, al Código Penal, así como nuevas técnicas investigativas, para una persecución más efectiva de estos hechos³⁵.

Sin embargo, el estado actual de la política criminal y la legislación penal en materia de delitos sexuales sufre aún de deficiencias sistémicas, miradas casuísticas y ópticas retrasadas frente a la evolución tecno social. La tipificación de los tipos penales es tan pródiga en buenas intenciones como en errores de tipificación. Subsanan esto será materia de leyes que aborden particularmente estos asuntos, pero que seguramente volverán a carecer de una mirada íntegra de los delitos sexuales contra NNA, que nos permita avanzar hacia una regulación sistémica, acorde a la fenomenología existente y proyectable, y que permita una protección efectiva a las víctimas de tan deleznable delitos.

34 ILABACA (*supra* nota 30) p. 107.

35 CONTRERAS PUELLES, ROBERTO, “Artículo 369 ter del código penal. Medidas intrusivas y técnicas especiales en los delitos sexuales”, González Jara, Manuel Ángel (editor); LARROUCAU TORO, RENÉ (coordinador), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 291-320. Las entregas vigiladas o los agentes encubiertos son las más importantes en este aspecto.

Bibliografía.

Libros

- BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, 4ª Edición, Santiago, Editorial Librotecnia, 2021.
- BULLEMORE, VIVIAN; MACKINNON, JOHN, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Tomo III, 4ª Edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "Violencia y victimización de niños, niñas y adolescentes. Estándares internacionales para su erradicación y protección jurídica", en Cillero Bruñol, Miguel; Maldonado Fuentes, Francisco; y Valenzuela Rivera, Ester (eds.), *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile. Aspectos jurídicos y sociales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2021.
- CISTERNAS VÉLIS, LUCIANO, *El delito de pornografía infanto-juvenil como lesión a la intimidad y el honor de los menores de edad*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017.
- CONTRERAS PUELLES, ROBERTO, "Artículo 369 ter del código penal. Medidas intrusivas y técnicas especiales en los delitos sexuales", González Jara, Manuel Ángel (editor); Larroucau Toro, René (coordinador), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 291-320.
- GONZÁLEZ JARA, MANUEL ÁNGEL, "Explotación sexual. Artículo 367 del código penal", González Jara, Manuel Ángel (editor); Larroucau Toro, René (coordinador), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023, pp. 165-180.
- GONZÁLEZ JARA, MANUEL ÁNGEL, *Corrupción, prostitución y explotación sexual en el código penal chileno*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023.
- GUTIÉRREZ PEÑA, PAULINA, "El consumo de material pornográfico infanto-juvenil en Chile (art. 367 quáter inc. 3º)", en González Jara, Manuel Ángel (ed.); Larroucau Toro, René (coord.), *Delitos sexuales. Problemas contemporáneos de las ciencias penales*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2023.
- LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1955.
- MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª Edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO, "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Morillas Cueva, Lorenzo, *Estudios sobre el código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Ed. Dykinson, 2015.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ, *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Madrid, Editorial Congreso de los Diputados, 2010.
- PÉREZ, ALEJANDRA; LÓPEZ, HERNÁN, *Derechos sexuales y reproductivos*, Santiago, DER Ediciones, 2021.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*, 4ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2023.
- WINTER ETCHEBERRY, JAIME, *Delitos contra la indemnidad sexual*, Santiago, DER Ediciones, 2018.

Artículos en publicaciones periódicas

CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, *Ius et Praxis*, 2 (2007).

CASTILLO ARA, ALEJANDRA, “La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2 (2023).

GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 31 (2011).

ILABACA TURRI, JAVIERA, “Tratamiento jurídico penal de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 37 (2022).

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y adolescencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 3 (2013).

LUNEKE, ALEJANDRA; TREBILCOCK, MARÍA PAZ, “Prevención del delito, la construcción de la seguridad ciudadana y los cambios en la política criminal en Chile. 1990-2017”, *Política Criminal*, 35 (2023).

LLANOS MARDONES, BERNARDITA, “Revuelta feminista en Chile: cultura visual y performance”, *Literatura y Lingüística*, 44 (2021).

OXMAN VILCHES, NICOLÁS, “¿Qué es la integridad sexual?”, *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 8 (2008).

SCHEECHLER CORONA, CHRISTIAN, “Aspectos fenomenológicos y políticos-criminales del sexting. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno”, *Política Criminal*, 27 (2019).

Recursos de Internet

BLASCO, LUCÍA, “Antonia Barra: el caso de la joven de 21 años que se suicidó tras ser violada que estremece a Chile”, *BBC News Mundo*. Disponible en <[HTTPS://WWW.BBC.COM/MUNDO/NOTICIAS-AMERICA-LATINA-53512966](https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53512966)> (visto por última vez el 30.04.2024).

Jorge Segismundo Rotter Díaz

20. Tipo Penal de Violencia Vicaria como mecanismo de combate a la Violencia cometida por razón de Género.

Resumen: La violencia cometida a las mujeres por razón de su género, obedece a estereotipos contruidos socialmente a partir de una sociedad patriarcal, en los que el hombre se le permite la realización de actos de dominio, control y sumisión hacia “su” cónyuge, concubina o la persona con la que tiene una relación de hecho, causando un daño que se puede extender incluso una vez que ha concluido esa relación familiar, en este caso, a través de la violencia que el progenitor ejerce en contra de sus hijos o hijas, con el objetivo de continuar con esa dominación hacia la madre, quien tomará decisiones respecto de su vida personal, pero atendiendo a los intereses de quien fuera su pareja, por el temor del agravio que puedan resentir niños y niñas. Este trabajo parte de investigaciones psicológicas previamente abordadas por expertos para revisar la estructuración de los tipos penales alusivos a este tipo de violencia. Específicamente, se aborda los elementos objetivos, normativos y subjetivos, con el interés de contribuir a su unificación y con ello a que se alcance el fin de reducción de la criminalidad por razones de género.

Palabras clave: Género, violencia vicaria, tipo penal.

Abstract: Gender-based violence against women is based on socially constructed stereotypes based on a patriarchal society, in which men are allowed to carry out acts of domination, control and submission to “their” spouse, concubine or the person with whom they have a de facto relationship, causing damage that can extend even after the family relationship has ended. in this case, through the violence that the parent exerts against their children. This work is based on psychological research previously undertaken by experts to review the structuring of criminal offences alluding to this type of violence. Specifically, it addresses the objective, normative and subjective elements, with the interest of contributing to their unification and thus achieving the goal of reducing crime for reasons of gender.

Keywords: Gender, vicarious violence, criminal type.

Introducción.

En 1887, Matilde Montoya fue la primera mujer en obtener un título universitario en México, graduándose de la carrera de medicina, pero no fue sino hasta el año 1953 que en este país se le “concedió” a las mujeres el derecho a votar y a ser votadas en una elección para cargos de representación popular. Estos pudieran verse como logros de la lucha por una sociedad en la que ser mujer no coloque a una persona en condiciones de vulnerabilidad, empero, por el contrario, son muestras del rezago que ha existido en cuanto al respeto a los derechos de las mujeres y una confirmación del antecedente histórico que sigue conformando una sociedad patriarcal.

Esa desigualdad, además de ser un atentado contra los derechos humanos, llega a constituir conductas que en el siglo XXI se consideran antijurídicas (mandamientos civiles) y antisociales, por cuanto que la colectividad ya muestra rechazo gradual por los actos de dominación, aunque de alguna manera se siguen normalizando, justificando e incluso, invisibilizando, pero los grupos feministas han logrado despertar la conciencia colectiva de México y poco a poco fueron permeando la idea de que, una sociedad verdaderamente justa es aquella que no discrimina y el machismo está influenciado por pensamientos de discriminación hacia las mujeres, al considerarlas inferiores a la figura masculina.

Encontrar los mecanismos que permitan reducir y eliminar la brecha de desigualdad requiere de políticas públicas en materia de salud, educación, economía y claro está, ordenamientos legales que reconozcan este hecho y que lo repriman, así que el derecho penal, una vez más ha sido sacado de la vitrina de la última razón, para colocarlo en el frente de batalla, esperando que la tipificación de estos comportamientos impacte de manera gradual y regresiva en las agresiones a mujeres, por la sola razón de serlo. A principios de siglo, se incorporaron en los códigos penales algunos supuestos de hecho denominados “violencia familia” o “violencia doméstica”, que buscaban reducir esas agresiones directas a las mujeres, aunque la estadística no siempre es confiable, al menos en los medios masivos de comunicación se ha incrementado el rechazo por ese comportamiento de dominación patriarcal. Ahora, las normatividades incorporan un tipo penal diferente, que prevé violencia directa en contra de niñas y niños, pero que persigue el mismo fin específico de control y sometimiento, al que denominan “violencia vicaria”.

El sistema jurídico penal en México prevé treinta y dos legislaciones locales o provinciales y cada una de ellas ha presentado para su aprobación, un tipo penal con construcciones parecidas o similares al de otras Entidades, pero con peculiaridades que han terminado por hacer supuestos diferentes, por eso es tan importante buscar los puntos de encuentro en esos conceptos, desde la dogmática penal.

Se precisa que este trabajo no se enfoca o no presenta la violencia vicaria desde una perspectiva de la psicología forense, pero, se parte de investigaciones psicológicas previamente abordadas por expertos para revisar la estructuración de los tipos penales alusivos a este tipo de violencia. Específicamente, este artículo aborda los elementos objetivos, normativos y subjetivos, con el interés de contribuir a su unificación y con ello a que se alcance el fin de reducción de la criminalidad por razones de género.

1. *Conceptualización.*

a. **Alienación parental.**

No se trata de un sentimiento nuevo, ni siquiera de un síntoma nuevo, se trata de un conjunto de sentimientos ya conocidos, pero que se conjugan como consecuencia del uso sistemático de diferentes estrategias por parte del alienador, el objetivo final no es causar esos síntomas, sino influir en el pensamiento de un hijo o una hija, de tal suerte que se puedan dañar y si es posible destruir los vínculos con el otro progenitor o progenitora. En este caso la víctima directa es el hijo a la hija que ha sido alienado o alienada, ya que impacta directamente en su estado emocional y en la libre autodeterminación de sus actos, en cambio, el o la cónyuge contra quien se alienó a un niño o niña, es una víctima indirecta, al resentir una disminución en la calidad de la relación que mantiene con sus hijos.

La alienación parental se describe como un síndrome, es decir, como el conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un estado determinado, en este caso, un estado emocional, de tal suerte que se trata de un trastorno que afecta el comportamiento. Richard Garner lo definió como “una perturbación psiquiátrica que aflora en el contexto de disputas litigiosas de custodia de los niños, en especial cuando la disputa es prolongada y agria”¹. Aguilar Cuenca lo define como “un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar, destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”².

Se trata de un conjunto de síntomas, pero estos son la consecuencia necesaria de un conjunto de emociones, tales como la tristeza, el enojo, la frustración o la ansiedad, por poner algunos ejemplos.

El ciclo inicia con las estrategias del padre o la madre que alienan, utilizando palabras, frases o incluso realizando acciones que pretenden el objetivo directo para llegar al objetivo final, como ejemplo de estas acciones encontramos expresiones como “ya no te quiere”, “jamás le importaste”, “si de verdad te hubiera querido no te hubiera abandonado”, “lloro porque me da tristeza ver que no te quieren”, “no te busca porque no le interesas” o “si no fuera por mí, no sé qué hubiera sido de ti”. Algunas acciones del padre o la madre que alienan, es mostrar desprecio o desvalor hacia su “adversario”, frente al niño o la niña; comentar la necesidad del divorcio y las causales, presentándose como la víctima y a él o la cónyuge como la responsable; impedir la convivencia con cualquier pretexto; gratificar o premiar los comportamientos despectivos del menor alienado, hacia el progenitor contra el que lo han alienado. En algunas ocasiones se utiliza la mentira como estrategia, pero disfrazada de verdad, como cuando se utiliza el sarcasmo para referir que una persona ha preferido tener éxito personal en lugar de atender las necesidades de sus hijos o hijas, por el hecho de que tiene un trabajo de tiempo completo.

A continuación vienen los sentimientos, que el niño o la niña ya han experimentado antes por otras razones, incluso, es natural que se hayan sentido tristes en alguna ocasión por la pér-

1 GARDNER, RICHARD A., citado por GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, *Alienación Parental*, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, segunda edición, 2011, p. 30.

2 AGUILAR CUENCA, J.M., S.A.P *Síndrome de alienación parental—Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, 2.ª edición, Editorial Almuzara, Córdoba, 2005, p. 31.

dida de una mascota, que ya conocieran el enojo porque les quitaron un juguete, ya habían experimentado frustración por no poder obtener una golosina, o bien, sabían de la ansiedad que causa enfrentarse a algo desconocido; sin embargo, ahora aparecen todos estos sentimientos y otros más de manera simultánea o sucesiva, como consecuencia de las acciones u omisiones ejemplificadas en el párrafo anterior, al sentir tristeza porque creen que no son amados, coraje por pensar que su padre o su madre aman a otra familia, frustración de no poder hacer un cambio o ansiedad por mejorar las relaciones. El padre o la madre que aliena a sus hijos, recibe de estos la euforia, el amor, admiración, afecto, optimismo, gratitud, satisfacción o agrado, en tanto que el padre o madre contrario, recibirá del niño o la niña el enfado, el odio, la tristeza, indignación, impaciencia, deseo de venganza o celos, que se extiende a sus familiares o amigos.

En tercer lugar, aparecen los síntomas, que son el reflejo de los sentimientos y estos a su vez el resultado de las emociones despertadas por las acciones u omisiones del alienador o la alienadora, para ello, una vez más se recurre a la segunda edición de la obra en materia de Alienación Parental³, que hace hincapié en lo siguiente:

1. Odio, desprecio o por lo menos desvaloración a la figura del padre o de la madre ausente del domicilio que habitan.
2. Racionalizaciones triviales, frívolas o absurdas para despreciar a la figura paterna o materna; es decir, si el niño o la niña justifican sus motivos de rechazo o de odio a hacia su padre o madre asociándolos con recuerdos de pequeños altercados experimentados con ellos, que puedan ser considerados absurdos.
3. El niño o la niña no pueden ver actitudes buenas en la figura paterna o materna o no describen alguna conducta que consideren incorrecta, inapropiada o mala en la figura paterna o materna contraria.
4. Los “menores” alienados consideran que una actitud de rechazo hacia la figura paterna o materna es producto exclusivo de su decisión (Fenómeno del Pensador Independiente) y que no es el reflejo de los comentarios que reciben del alienador o la alienadora.
5. Existe un apoyo automático e incondicional de parte del niño o la niña hacia la figura del padre o la materna que los está alienando; dicho en otras palabras, los “menores” apoyan totalmente lo que diga la persona alienadora, incluso ante la evidencia contraria.
6. Existe una casi completa ausencia de culpa hacia los sentimientos del padre o madre que están rechazando, lo que se evidencia cuando no existe gratitud por posibles regalos, favores o apoyos de la figura contra la que lo han alienado.
7. Aparición de escenarios prestados, como cuando repiten una letanía que parece aprendida, y que incluye frases de la figura adulta que lo está alienando (el hijo cuenta hechos que no ha vivido él o que ha escuchado contar).
8. Aparece una extensión del odio a la familia y/o a los amigos del padre o la madre en contra del cual lo están alienando.

3 VERDUZCO ÁLVAREZ ICAZA, MA. ANGÉLICA, “El síndrome de alienación parental en los divorcios de alto nivel de conflicto Alienación Parental”, *Alienación parental*, México, CNDH, 2011, pp. 261–264.

En resumen, el proceso inicia por una acción como aquella de decirle al niño que su padre o su madre no lo quieren y que por eso no se están preocupando por lo que le pase, esto genera una emoción llamada dolor que posteriormente se traduce en tristeza de no sentirse amado y protegido, reflejando una conducta como la del posterior rechazo en contra del padre o la madre contra el que lo están alienando y alterando la conducta y el sano desarrollo de la personalidad del “menor”, que en la alienación parental es la víctima directa que reciente el daño emocional y conductual.

Mención aparte merece el hecho de que la justicia federal mexicana, en la tesis denominada: “Síndrome de Alienación Parental” en materia familiar. su tratamiento y ponderación judicial deben enfocarse sobre los parámetros de protección del interés superior del menor y de equidad de género⁴, ha reconocido que el denominado Síndrome de Alienación Parental fue mencionado por Richard Gardner en 1985 y publicado dos años después en su libro “El Síndrome de Alienación Parental y la Diferencia entre Abuso Sexual Infantil Fabricado y Genuino”; sin embargo, jamás lo documentó ni acreditó algún estudio o programa que respondiera a algún protocolo determinado que sustentara las conclusiones, de allí que el citado síndrome no esté reconocido ni avalado en la Clasificación internacional de Enfermedades, en su onceava edición (CIE 11) que emite la Organización Mundial de la Salud, ni en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, en su quinta edición (DSM 5), que publica la Asociación Psiquiátrica Americana, o por otras asociaciones médicas y psicológicas internacionales que mediante un proceso de publicación debate entre pares y aprobación den carácter de científicas a las afirmaciones del citado autor.

Eso no quiere decir que el derecho de la espalda por completo a este Síndrome, pero al parecer, la justicia lo limita de entrada a temas de derecho familiar, sin darle o reconocerle científicidad, aceptando que parte de la perspectiva de la protección del progenitor “víctima” y castiga o sanciona al “alienador”, pero lo más importante, que a través de las medidas que tienden a la “desprogramación” del menor y de su aislamiento de su padre alienador, el menor readquiera la conciencia de que necesita la presencia de su otro progenitor, restableciendo vínculos afectivos y emocionales, para que así pueda tener un sano y equilibrado desarrollo en todas sus facetas.

En conclusión, el criterio admite que ese Síndrome puede ser tomado en consideración al momento de dictar ciertas medidas de naturaleza cautelar o de protección, pero como no tiene todo sustento científico, no es idóneo para tomar decisiones en materia de justicia familiar.

b. Violencia vicaria.

La psicóloga, psicoterapeuta y perito forense, nacida en Argentina, pero que desde 2002 reside en Madrid España, Sonia Vaccaro, acuñó en 2012 el concepto de Violencia Vicaria, para definir a la violencia física, moral, económica o de cualquier tipo que un progenitor emplea en contra de un hijo o una hija, con el objetivo principal de causar un daño directo a la madre, consistiendo en esencia ese daño en un acto de dominación, sometimiento o control, aún posterior a la conclusión de la relación matrimonial.

⋮ Todos los días vemos cómo hombres que durante el matrimonio no se preocuparon ni interesaron por

4 Tesis aislada número II.20.C.17 C (10a.), emitida en la Décima Época, por el Segundo Tribunal de Justicia Federal en Materia Civil del Segundo Circuito, con registro digital 2015415, publicada el viernes 27 de octubre de 2017 en el Semanario Judicial de la Federación.

sus hijas/os, al momento del divorcio, solicitan la custodia compartida, un régimen de visitas amplio y algunos solicitan la custodia plena, sólo por su afán de continuar en contacto con la mujer y continuar el maltrato, ahora a través de los hijos y las hijas. A este fenómeno, lo he denominado “violencia vicaria”: aquella violencia que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. Es a la mujer a la que se quiere dañar y el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona. El maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/hijas, es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo.⁵

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶, por vicaria debemos entender: “adj. Que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye”, o bien, maneja como sinónimo de la palabra: “representante, sustituto, suplente”; en consecuencia, tratándose de relaciones familiares, implica que el padre o la madre que están alienando, suple las funciones y facultades del otro progenitor, regularmente en caso de ausencia de este último, como ocurre en las separaciones. En este sentido, el término de vicario *per se* no es necesariamente dañino, por el contrario, representa la oportunidad de, por lo menos “intentar” llenar un espacio vacío en el desarrollo de las niñas y los niños, esto lo digo con la mayor reserva, ya que será un especialista en la materia quien afirme o niegue si en verdad, uno de los progenitores puede llenar esos espacios que el otro ha dejado sin ocupar, o bien, si la llegada de una tercer persona puede lograrlo o no, lo que si es cierto, es que el vicario o la vicaria tratará de hacerlo, lo que se puede advertir fácilmente en frases como “he sido padre y madre para mis hijos”, “no has tenido madre, pero te sobra padre” y otras que muestran el llenado de esos espacios en la formación de las personas.

El concepto de violencia en cambio, si se relaciona con un mal, en el mejor de los casos, con un mal necesario, como en el caso de las quimioterapias que causan un agravio a la salud de las y los pacientes, pero que es necesario para revertir el proceso del cáncer, otro ejemplo de la violencia considerada necesaria, es la legítima defensa, en la que incluso se puede privar de la vida a una persona, pero es necesario para salvaguardar la propia o la de otra persona. Como sinónimos de violencia se pueden encontrar las palabras: agresividad, brutalidad, salvajismo, ferocidad o coacción, con lo cual una vez más se confirma que a priori es un concepto que encuentra rechazo y que solo se justifica en situaciones excepcionales, en las que la violencia puede producir un resultado socialmente aceptado o impedir uno socialmente rechazado. La violencia es entonces la obtención de resultados —legítimos o ilegítimos— a través del uso de la fuerza física, moral, psicológica, económica o de cualquier otra índole, en el entendido que cuando la violencia se ejerce sobre las fuerzas de la naturaleza, siempre es física, como en el supuesto de dinamitar una montaña para lograr abrir una brecha o camino, en cambio, cuando esa violencia se ejerce sobre las personas, no necesariamente debe ser física, ya que en ese caso tienen cabida las otras formas ya antes mencionadas, entre las que ahora agregamos, la violencia vicaria.

Precisado lo anterior, ya podemos ir conjugando dos conceptos, primero violencia, y posteriormente vicaria, para dar más adelante una definición conjunta, asumiendo entonces que la violencia vicaria está compuesta de procesos de fuerza o coacción regularmente moral, emocio-

5 VACCARO, SONIA, ¿Qué es la Violencia Vicaria? Disponible en <[HTTPS://WWW.SONIAVACCARO.COM/POST/VIOLENCIA-VIC](https://www.soniavaccaro.com/post/violencia-vic)> (visto por última vez el 10.04.2024).

6 Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE, Disponible en <[HTTPS://DLE.RAE.ES/VICARIO?M=FORM](https://dle.rae.es/vicario?m=form)>, (visto por última vez el 11.04.2024).

nal, psicológica o económica, que se ejerce en contra de una persona —antiguamente cónyuge, concubina, concubinaria o con un amasiato—, a través de la utilización de niñas y niños —de los cuales ambas personas son progenitores—, quienes son el puente en el que se apoya esa violencia.

Se trata de acciones realizadas por una persona para someter y dañar a otra, aprovechándose del amor que la segunda tiene a otras personas —regularmente hijos o hijas—, ya que ante el temor de que pueda ocurrirles algún daño a estas últimas, la persona violentada accede a las pretensiones de la que ejerce la violencia.

El pasado mes de junio, un suceso impactó a la comunidad de Ohio, Estados Unidos. Chad Doerman, un hombre de 32 años, cometió un asesinato contra sus hijos en presencia de su esposa.

Las investigaciones determinaron que Doerman maltrataba de manera recurrente tanto a su esposa como a sus hijos. Debido a ello, su mujer había contemplado la idea de separarse de él y obtener la custodia de los niños. Sin embargo, la persistente amenaza de “voy a lastimar lo que más amas” la hizo reconsiderar su decisión. Finalmente, cansada de soportar las constantes agresiones y humillaciones, optó por enfrentar la situación.

Cuando Doerman conoció las intenciones de su esposa, y según su testimonio, decidió buscar la manera de hierirla profundamente. Fue así que desde finales de 2022 diseñó un plan: asesinar a sus hijos⁷.

2. Descripción del tipo penal de violencia vicaria

México se conforma como una federación, integrada por 32 Entidades, provincias o departamentos, que ceden algunas de sus facultades a esa federación, en el caso de los delitos, solo algunos serán competencia de la nación, en tanto que la mayoría serán juzgados por tribunales estatal o regionales, en el caso del delito de violencia vicaria, de las treinta y dos entidades, actualmente Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Ciudad de México, Colima, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas los han incorporado a su Código Penal, aunque atendiendo a la brevedad de la publicación, solamente se analizarán cuatro de las legislaciones que ya han incorporado este tipo penal.

En la Ley de Acceso a las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia del Estado de Zacatecas (que fue la primera norma que lo incorporó como tipo penal en todo el país), se establecieron como formas de violencia a las mujeres, entre otras, la violencia vicaria, con la siguiente construcción.

“VIII. Violencia vicaria. Cualquier acto u omisión, por parte de la pareja o ex pareja sentimental de una mujer que inflija a personas con las que ésta tenga lazos de parentesco civil, por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado, un daño, menoscabo o sufrimiento de cualquier

7

Universidad Nacional Autónoma de México, *Violencia vicaria: la forma más cruel de lastimar*, Disponible en <[HTTPS://UNAMGLOBAL.UNAM.MX/GLOBAL_REVISTA/VIOLENCIA-VICARIA-LA-FORMA-MAS-CRUEL-DE-LASTIMAR/](https://unamglobal.unam.mx/global_revista/violencia-vicaria-la-forma-mas-cruel-de-lastimar/)> (visto por última vez el 11.04.2024)

naturaleza con el propósito de causar perjuicio o daño psicológico, patrimonial, físico o de cualquier otra índole a la mujer[...]”⁸.

Zacatecas abrió el camino y en consecuencia no tenía un referente de éxito o fracaso, por lo que han integrado un tipo penal sencillo, sin mayores complicaciones y que por consiguiente puede ser más fácil de acreditar en una audiencia de juicio, caso contrario a la tipificación en la capital del país. El 12 de diciembre del 2022, la Ciudad de México, que es una de las tres Entidades más grandes de la nación y que en conjunción con el Estado de México conforman la urbe más habitada del país, incorporó como delito en su respectiva Ley de Acceso a las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia.

“X. Violencia Vicaria: es la acción u omisión cometida por quien tenga o haya tenido una relación de matrimonio, concubinato o haya mantenido una relación de hecho o de cualquier otro tipo, por sí o por interpósita persona, que provoque la separación de la madre con sus hijas e hijos o persona vinculada significativamente a la mujer, a través de la retención, sustracción, ocultamiento, maltrato, amenaza, puesta en peligro o promoviendo mecanismos jurídicos y no jurídicos que retrasen, obstaculicen, limiten e impidan la convivencia, para manipular, controlar a la mujer o dañar el vínculo afectivo, que ocasionen o puedan ocasionar un daño psico-emocional, físico, patrimonial o de cualquier otro tipo a ella y a sus hijas e hijos o persona vinculada significativamente a la mujer, e incluso el suicidio a las madres y a sus hijas e hijos o persona vinculada significativamente a la mujer, así como desencadenar en el feminicidio u homicidio de las hijas e hijos perpetrados por su progenitor

Este tipo de violencia puede cometerse también a través de familiares o personas con relación afectiva de quien comete este tipo de violencia”⁹.

Un tercer análisis para comparación, es el Estado de Nuevo León, que lo incorporo no solamente por la gran población de esa Entidad, sino por tener una formación cultural distinta a la capital del país. La Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en Nuevo León, en su artículo 6 la define como:

“X. Violencia vicaria o a través de interpósita persona: Es cualquier acto u omisión que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se dirige contra las hijas y/o hijos, familiares o personas allegadas, ya sea que se tenga o se haya tenido relación de matrimonio o concubinato; o mantenga o se haya mantenido una relación de hecho con la persona agresora; lo anterior aplica incluso cuando no se cohabite en el mismo domicilio. Se manifiesta a través de diversas conductas, entre otras:

- a) Amenazar con causar daño a las hijas e hijos;
- b) Amenazar con ocultar, retener, o sustraer a hijas e hijos fuera de su domicilio o de su lugar habitual de residencia;
- c) Utilizar a hijas y/o hijos para obtener información respecto de la madre;

8 Poder Legislativo del estado de Zacatecas, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Zacatecas* [HTTPS://WWW.CONGRESOZAC.GOB.MX/17.01.2009](https://www.congresoazac.gob.mx/17.01.2009), modificado 30.09.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.CONGRESOZAC.GOB.MX/64/LEY%20CUAL=142](https://www.congresoazac.gob.mx/64/LEY%20CUAL=142)> (visto por última vez 23.04.2024)

9 Congreso de la Ciudad de México, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México* [HTTPS://WWW.CONGRESOCDMX.GOB.MX/29.01.2008](https://www.congresocdmx.gob.mx/29.01.2008), modificado 10.08.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.CONGRESOCDMX.GOB.MX/MEDIA/DOCUMENTOS/A1C727C900AE4FBO41A641CB1FCOFDC498852685.PDF](https://www.congresocdmx.gob.mx/MEDIA/DOCUMENTOS/A1C727C900AE4FBO41A641CB1FCOFDC498852685.PDF)>, (visto por última vez 07.05.2024)

- d) Promover, incitar o fomentar actos de violencia física de hijas y/o hijos en contra de la madre;
- e) Promover, incitar o fomentar actos de violencia psicológica que descalifiquen la figura materna afectando el vínculo materno filial;
- f) Ocultar, retener o sustraer a hijas y/o hijos, así como a familiares o personas allegadas;
- g) Interponer acciones legales con base en hechos falsos o inexistentes, en contra de las mujeres para obtener la guarda y custodia, cuidados y atenciones o pérdida de la patria potestad de las hijas y/o hijos en común;
- h) Condicionar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias a las mujeres y a sus hijas e hijos; y
- i) Cuales quiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres¹⁰.

Finalmente traigo a comparativo la legislación del Estado de Quintana Roo, que ha sido cuestionada por su insinuación a que las mujeres también cometen el delito de violencia vicaria.

“IX. Violencia Vicaria: Aquella violencia contra la víctima que ejerce la persona que mantenga o haya mantenido una relación de hecho o de pareja con aquella, y que por sí o por interpósita persona, utilice como medio a las hijas e hijos de ésta, para causarle daño, generando una consecuente afectación psicoemocional e incluso física, económica, patrimonial o de cualquier otro tipo, tanto a la víctima, como a quienes fungieren como medio¹¹.”

Hacer un comparativo a partir de cuatro tipos penales, es tarea difícil, atendiendo a que se supone describen a un mismo delito, pero que sus construcciones son diferentes, por ello procuraré encontrar los puntos de convergencia entre ellas y posteriormente las grandes diferencias.

a. ¿Quién comete el delito?

En un análisis estrictamente gramatical del tipo penal, el delito puede ser cometido por hombres y por mujeres, ya que las construcciones legales mencionan que lo comente la pareja o ex pareja sentimental, es decir, quien tenga o haya tenido una relación de matrimonio, concubinato o haya mantenido una relación de hecho o de cualquier otro tipo; de tal suerte, que si la definición estableciera: “El cónyuge o excónyuge, el concubinario o ex concubinario, el amasio o ex amasio, o, el hombre que tenga o haya mantenido una relación de hecho o de cualquier otro tipo”, entonces se trataría de un delito que únicamente puede ser cometido por los hombres, pero las y los legisladores han tenido especial cuidado en dejar abierta la calidad del sujeto activo en relación con su sexo o su género, dejando como único requisito esa relación previa o existente de tipo sentimental. A mayor abundamiento debemos recordar que en la concepción moderna del matrimonio, las dos personas contrayentes pueden ser mujeres y aunque biológicamente

10 H Congreso del Estado de Nuevo León, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Nuevo León* [HTTPS://WWW.HCNL.GOB.MX/](https://www.hcnl.gob.mx/) 20.09.2007, modificado 08.12.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.HCNL.GOB.MX/TRABAJO_LEGISLATIVO/LEYES/LEYES/LEY_DE_ACCESO_DE_LAS_MUJERES_A_UNA_VIDA_LIBRE_DE_VIOLENCIA/](https://www.hcnl.gob.mx/trabajo-legislativo/leyes/leyes/ley_de_acceso_de_las_mujeres_a_una_vida_libre_de_violencia/)> (visto por última vez 07.05.2024)

11 Poder Legislativo del estado de Quintana Roo, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Quintana Roo* [HTTPS://WWW.CONGRESOQROO.GOB.MX/](https://www.congresoqroo.gob.mx/) 27.11.2007, modificado 03.04.2024, disponible en <DOCUMENTOS.CONGRESOQROO.GOB.MX/LEYES/L122-XVII-20240403-L1720240403209.PDF > (visto por última vez 03.05.2024)

no pueden concebir hijos entre ellas, si pueden recurrir a procesos de inseminación artificial o adopción, en consecuencia, la violencia vicaria puede ocurrir no solamente cuando se trata de un matrimonio, concubinato o relación de hecho entre un hombre y una mujer y por consecuencia, en estos casos concretos, una mujer puede cometer la conducta, aún en agravio de otra.

b. ¿Contra quién se comete el delito?

A diferencia del sujeto activo, en el caso de la víctima, la pura mención al tipo penal en las correspondientes leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, da como resultado que la creación del tipo penal tenga como objetivo la protección de las mujeres y no de los hombres, máxime si se considera que la mayoría de las normatividades refieren expresamente que el propósito es causar perjuicio o daño a la mujer. Empero, el Estado de Quintana Roo deja abierta la puerta a los hombres como víctimas, lo que en mi opinión no es acertado, porque ya no cumple el objetivo de la política criminal de erradicación de la violencia contra las mujeres, cometida por razones de género, más aún si se hace la interpretación del tipo penal atendiendo a un contexto histórico y a un contexto integral, ya que debe recordarse que el concepto fue acuñado por primera ocasión en 2012, en Madrid, por la psicóloga Forense Sonia Vaccaro para referirse a un neologismo aplicado en el ámbito de la violencia de género que denomina a una forma de violencia por la que un progenitor ataca a una hija o un hijo con el objetivo de causar dolor, expresamente a la madre¹².

Si lo que se pretende es erradicar una conducta antisocial cometida por razón de parentesco, la víctima puede ser el hombre o la mujer, al ser un delito de violencia familiar; en tanto que, si el objetivo es acabar con la violencia cometida por razón de género, la víctima solo puede ser quien pertenece a un grupo en condiciones de vulnerabilidad y aunque existen hombres que en lo particular pueden ser violentados, en lo general son las mujeres y no los hombres quienes por los estereotipos o constructos sociales permanecen en desventaja.

c. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado?

Queda claro que no es la integridad física o emocional de las víctimas, ni siquiera la vida o el sano desarrollo lo que se tutela, para eso ya otros tipos penales como Lesiones, Femicidio o Violencia Familiar se han ocupado de su prevención o sanción. Lo que el delito de violencia vicaria protege es el derecho de las mujeres a tomar decisiones libremente y que estas no se vean coaccionadas por violencia cometida en su contra en razón de su género. Por otro lado, es un tipo penal que fácilmente puede aceptar un concurso real o ideal, ya que, por ejemplo, las alteraciones al estado de salud física causadas a un ser querido de la mujer que se pretende coaccionar a través de esa conducta, dan vida al tipo penal de lesiones y al mismo tiempo al tipo penal de violencia vicaria, ya que en ese caso hay agresión a dos bienes jurídicos diferentes y claro está, a dos víctimas distintas.

Todas las personas tenemos el derecho a ejercer nuestro libre albedrío y con ello decidir el rumbo y destino de nuestra vida, pero la desigualdad creada en la sociedad, por los mandatos que a hombres y a mujeres nos imponen, colocan a los primeros en ventaja en relación a las

12 DE BLAS GORORDO, ITIAR, *La Violencia Vicaria. Regulación y Reformas Legales*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. [HTTPS://WWW.CEJ-MJUSTICIA.ES](https://www.cej-mjusticia.es) Disponible en <[HTTPS://WWW.CEJ-MJUSTICIA.ES/SEDE/PUBLICACIONES/VER/13733](https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13733)> (visto por última vez 03.05.2024).

segundas, delantera que no se origina por causas naturales, sino del constructo ancestral proveniente de una sociedad patriarcal; esa ventaja permite, aún en el siglo XXI, que la toma de decisiones consideradas importantes al interior de una pareja, deban pasar por la aprobación del hombre, “derecho” que intenta mantener incluso tras la terminación de esa relación, ampliando su esfera de poder más allá del mero matrimonio, concubinato, amasiato o relación de hecho, para que la mujer siga sometida a su voluntad, de allí que el tipo penal de violencia vicaria busca la protección de ese libre albedrío, de la capacidad que tiene una mujer para decidir de manera autónoma y sin coacciones.

d. Cuál es el verbo rector (conducta)?

Algunos tipos penales hablan simplemente de acciones u omisiones que se inflijan a personas con las que la víctima tenga lazos de parentesco, otros tipos en cambio son más explícitos al señalar que se trata de actos de retención, sustracción, ocultamiento, maltrato, amenaza, puesta en peligro o promoviendo mecanismos jurídicos y no jurídicos.

Mención aparte se hace a la legislación de Nuevo León, que primos hace una lista enunciativa entre sus incisos “a” al “h”, especificando que serán delito acciones tales como: Amenazar con causar daño a las hijas e hijos; utilizar a hijas y/o hijos para obtener información respecto de la madre; o bien, interponer acciones legales con base en hechos falsos o inexistentes, en contra de las mujeres para obtener la guarda y custodia, cuidados y atenciones o pérdida de la patria potestad de las hijas y/o hijos en común; empero, se trata de una mera enunciación de posibles conductas y no de una lista limitativa, tan es así que el último inciso refiere que “Cuales quiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres”¹³, práctica que es común en las legislaciones mexicanas.

e. ¿Cuáles son sus elementos normativos?

Qué es lo que se debe entender o cuándo estaremos ante un matrimonio o un concubinato, son respuestas que regularmente el Código Civil responderá, de tal suerte que se trata de valoraciones normativas jurídicas, pero, en qué caso nos encontramos ante una retención, sustracción, ocultamiento, son valoraciones que hará el tribunal, a partir de definiciones no contenidas en la norma, sino a partir de conceptos que el sentido común reconoce en una región específica o en el mejor de los casos, atendiendo a una definición proveniente de diccionario, por lo que se pueden considerar elementos normativos culturales o gramaticales. De igual manera, un juzgador o juzgadora, a partir de distintos datos de prueba o pruebas puede tener por acreditados ciertos hechos como la convivencia o la asistencia común, pero ello no tiene como deducción necesaria una relación de hecho o de pareja, así que la inferencia que realiza provendrá de las máximas de la experiencia que emanan del sentido común de los juzgadores en lo general.

f. ¿Cuál es su elemento subjetivo específico?

El dolo genérico es el daño que se infringe a la o las personas cercanas sentimentalmente a la víctima, pero el dolo específico tiene que ver con el deseo de dominación, control o sometimiento de esta última. Como ya apuntamos en el análisis del bien jurídico tutelado, son las mujeres las

13

H Congreso del Estado de Nuevo León, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Nuevo León* (supra nota 10).

que por razones de género tienen que ceder ante el poder que ejercen sobre ellas los hombres, por ello, estos últimos encuentran en la violencia vicaria un mecanismo para continuar con esa dominación, ahora de manera indirecta, pero siempre manteniendo una intención especial, un deseo ilegítimo de control de la conducta de las demás personas.

Zacatecas de manera expresa refiere que el objetivo específico es causar perjuicio o daño psicológico, patrimonial, físico o de cualquier otra índole —a la mujer—, en tanto que en la Ciudad de México se precisa que se busca “manipular, controlar a la mujer o dañar el vínculo afectivo que tiene con sus seres queridos”¹⁴; por su parte Nuevo León describe como dolo específico, “el propósito de para manipular, controlar a la mujer o dañar el vínculo afectivo, pero se estudia por separado, el objetivo de obtener la guarda y custodia de los hijos e hijas a través del fraude procesal, que se convierte en violencia vicaria cuando el objetivo principal no es obtener la sentencia favorable, sino que la víctima obtenga una sentencia desfavorable que la obligue o coaccione en la toma de sus decisiones”¹⁵.

g. ¿Cuál es el resultado producido?

La legislación de Quintana Roo, en muy pocas líneas, precisa que debe existir un resultado material y no de peligro, pues la transformación al mundo exterior consiste en la existencia de una afectación psicoemocional e incluso física, económica, patrimonial o de cualquier otro tipo, tanto a la víctima, como a quienes fungieren como medio. El Estado de Nuevo León, en el último inciso de su tipo penal, pone de manifiesto que el delito se consuma cuando se causan lesiones o que los resultados sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres, debiendo aclarar que al menos los dos primeros resultados dan pie a un concurso de delitos. La Ley de Acceso para las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México, prevé la necesidad de que esa conducta tenga como resultado, “la separación de la madre con sus hijas e hijos o persona vinculada significativamente a la mujer; la manipulación o el control de la mujer o dañar el vínculo afectivo, ocasionando un daño psicoemocional, físico, patrimonial o de cualquier otro tipo a ella y a sus hijas e hijos o persona vinculada significativamente; esta normatividad va mucho más allá que las otras y propone como posible resultado el suicidio, así como desencadenar en el feminicidio u homicidio de las hijas e hijos perpetrados por su progenitor”.¹⁶

h. ¿Qué papel juegan las hijas e hijos en el tipo penal?

Una vez más es la normatividad de Quintana Roo la que con toda claridad establece que las hijas y los hijos no son víctimas del delito, sino que son el medio o “instrumento” por el cual se comete, al referir: “generando una consecuente afectación psicoemocional e incluso física, económica, patrimonial o de cualquier otro tipo, tanto a la víctima, como a quienes fungieren como medio”¹⁷, de donde se advierte que las hijas y/o hijos, familiares o personas allegadas no se consideran víctimas del delito de violencia vicaria, sino medios de comisión, sin que con ello se afirme que

14 Congreso de la Ciudad de México, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México* (supra nota 9).

15 H Congreso del Estado de Nuevo León, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Nuevo León* (supra nota 10).

16 Congreso de la Ciudad de México, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México* (supra nota 9).

17 Poder Legislativo del estado de Quintana Roo, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Quintana Roo* (supra nota 11).

no puedan ser víctimas de un delito distinto que emerge en concurso. Mientras que en la alienación parental se trata de ganar la simpatía de hijos e hijas para tener una ventaja en la relación sentimental que sostengan con la madre, en la violencia vicaria el objetivo es dañar a esta última, de tal suerte que le cause una afectación emocional, que como ya he dicho con anterioridad, la limite en su toma de decisiones.

Conclusiones.

Aunque tipificar una conducta debe ser considerada como la última herramienta para aniquilar un comportamiento antisocial, atendiendo a un derecho penal de mínima intervención, en este caso en particular, existe una política criminal de erradicación de la violencia de género mediante prevención general positiva, a partir de la tipificación, y de prevención especial y general negativa como resultado de la sanción. No obstante, es importante que las políticas públicas abran un frente de batalla en los medios de comunicación, dando información sobre la violencia de género y en particular, sobre el concepto de violencia vicaria doctrinal y normativa, de lo contrario, se sancionará a una sociedad que desconoce la existencia del tipo penal, incluso, indebidamente considera que esos comportamientos son “normales” y por lo tanto los justifica.

Se trata de un delito cometido por razones de género y no de un delito de violencia familiar.

Es vital que el legislador al momento de la creación de la norma y que el administrador de justicia al imponer una sanción, conozcan la naturaleza del delito, atendiendo a que si bien es cierto se presenta como consecuencia directa de un vínculo familiar entre las y los intervinientes, aún si ese nexo se está terminando, el comportamiento violento del agresor no obedece a que pretenda conservar una familia o por el contrario deshacerla, cierto es también que, lo que pretende es dominar y coaccionar a la víctima, como un mecanismo de control, al considerar — porque así lo dicen los estereotipos de género— que por ser el hombre tiene el derecho de decidir y disponer del estilo de vida de la mujer, pero al sentir que esa dominación se podría terminar con el divorcio o la culminación de la relación de pareja, utiliza las herramientas más crueles de las que dispone, que son los hijos e hijas que procrearon o adoptaron, amenazando con causarles daño o incluso causándoles, para que la mujer, por ese temor, continúe bajo su dominación.

No puede entenderse la necesidad de incorporar este supuesto de hecho a los códigos Penales, sino se acepta primero que la violencia de género es un cáncer social que cobra miles de vidas cada año, toda vez que las estadísticas, cuando las hay, dan cuenta de hechos violentos que se generan en torno al concepto de familia, pero en muchas ocasiones llaman a esto violencia doméstica, por otra parte, aún si se reconoce como violencia cometida por razones de género o justificada por los constructos sociales llamados estereotipos, esa estadística solo refleja las denuncias presentadas por agresiones a mujeres, sin embargo, la cultura machista al final del día no solo “impone” socialmente la obligación de los hombres de dominar y someter a las mujeres para demostrar su capacidad y hombría, sino que esa dominación se debe extender a otros hombres, de allí que el modelo patriarcal termina por cobrar muchas más vidas de las que se contabilizan en las estadísticas.

Las legislaciones de algunos Estados de la República Mexicana están confundiendo el “Síndrome” de Alienación Parental, con la Violencia Vicaria. Como ya apuntamos anteriormente, el delito de violencia vicaria no se comete por razón de parentesco, sino por razones de género,

pero la confusión entre estos hechos hace que los tipos penales los presenten a veces como sinónimos, cuando se trata de hechos o conductas diferentes, no tanto por el verbo rector o comportamiento del sujeto activo, sino por los objetivos específicos (dominación o control) y los resultados obtenidos (coacción).

Luego entonces, una misma conducta puede dar dos resultados diferentes y para que exista concurso, deben asistir al hecho los dos elementos subjetivos específicos, uno, el deseo de control sobre los hijos, que es el hecho de violencia doméstica del que conocerá la rama del derecho familiar, y dos, el deseo de dominación o control de la mujer, del que conocerá la rama del derecho penal.

Otro problema serio, es tipificar como delito el “síndrome” de alienación parental, que no tiene aún, la característica de la científicidad, al no haber sido publicado y debatido por las más importantes universidades, por la Asociación Psiquiátrica Americana (DSM V) o por la Organización Mundial de Salud (CIE 11), sino que se conoce de su existencia a partir de una publicación, pero sin importar lo acertada que esta pueda ser, debe pasar un tamiz de control científico, lo que hasta hoy no ha ocurrido.

En la tipificación se están incorporando conductas delictivas que ya antes se encontraban descritas como delitos autónomos, agregando únicamente la característica del daño o perjuicio a la mujer, pero bien pudiera decirse que está existiendo una doble calificación de la misma conducta, como ocurre con la sustracción de menores, esto puede dar la pauta a un concurso de delitos, pero los operadores del sistema de justicia penal deben conocer la estructura de ambos delitos para consignar y sancionar doblemente, sin incurrir en una doble sanción por el mismo hecho. Además, tipifican la presentación de demandas bajo el supuesto de argumentación de hechos falsos con el objetivo de ganar la custodia, eso es tanto como atentar contra el derecho de defensa de sus propios intereses y de acceso material a la justicia, previsto en el artículo 17 Constitucional, coaccionando al demandante o demandado a no presentar hechos que, de no ser considerados como probados, serían materia de criminalización. En este sentido ya existe un antecedente en el fraude procesal, en el que la presentación de la demanda o la contestación por sí solas, no configuran hechos delictivos, aún si un tribunal considera que los hechos argumentados no fueron probados.

Aunque los tipos penales no sean precisos al respecto, el delito de violencia vicaria también puede ser cometido por mujeres, sobre todo cuando se trata de relaciones de pareja en dos personas del mismo sexo, en las que una de ellas asume un rol masculino y la otra un rol femenino, sin embargo, requerirá de una comprobación especial y de una argumentación que quizá por ahora no encontremos en las audiencias.

En el caso de la víctima, el delito claramente describe que deberá tratarse de una mujer, pero no existe un sustento científico para que un hombre no pueda ser víctima del mismo ilícito, máxime si se considera que en algunos hogares los roles se pueden invertir y las mujeres asumen la función de control y dominación. A pesar de ello, la justificación para que el tipo penal prevea que la víctima siempre será una mujer, es en atención a que se trata de una acción positiva que intenta disminuir las condiciones de vulnerabilidad de un grupo social específico y, por lo tanto, al ser desigual, debe ser una medida provisional y temporal y no definitiva, mantenerla por siempre en las normatividades sería tanto como aceptar que jamás cumplió su objetivo y será necesario igualmente buscar otros mecanismos.

Bibliografía.

AGUILAR CUENCA, J. M., *S.A.P Síndrome de alienación parental –Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, 2.ª edición, Editorial Almuzara, Córdoba, 2005

Congreso de la Ciudad de México, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la Ciudad de México* [HTTPS://WWW.CONGRESOCDMX.GOB.MX/](https://www.congresocdmx.gob.mx/) 29.01.2008, modificado 10.08.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.CONGRESOCDMX.GOB.MX/MEDIA/DOCUMENTOS/A1C727C900AE4FBO41A641CB1FC-OFDC498852685.PDF](https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/A1C727C900AE4FBO41A641CB1FC-OFDC498852685.PDF)> (visto por última vez 07.05.2024).

Congreso del Estado de Nuevo León, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Nuevo León* [HTTPS://WWW.HCNL.GOB.MX/](https://www.hcnl.gob.mx/) 20.09.2007, modificado 08.12.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.HCNL.GOB.MX/TRABAJO_LEGISLATIVO/LEYES/LEYES/LEY_DE_ACCESO_DE_LAS_MUJERES_A_UNA_VIDA_LIBRE_DE_VIOLENCIA/](https://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/ley_de_acceso_de_las_mujeres_a_una_vida_libre_de_violencia/)> (visto por última vez 07.05.2024).

DE BLAS GORORDO, ITIAR, *La Violencia Vicaria. Regulación y Reformas Legales*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. [HTTPS://WWW.CEJ-MJUSTICIA.ES](https://www.cej-mjusticia.es) Disponible en <[HTTPS://WWW.CEJ-MJUSTICIA.ES/SEDE/PUBLICACIONES/VER/13733](https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13733)> (visto por última vez 03.05.2024).

GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA y otros, *Alienación Parental*, México D.F., Comisión Nacional de Derechos Humanos, segunda edición, 2011.

Poder Legislativo del estado de Quintana Roo, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Quintana Roo* [HTTPS://WWW.CONGRESOQROO.GOB.MX/](https://www.congresoqroo.gob.mx/) 27.11.2007, modificado 03.04.2024, disponible en <[DOCUMENTOS.CONGRESOQROO.GOB.MX/LEYES/L122-XVII-20240403-L1720240403209.PDF](https://www.congresoqroo.gob.mx/leyes/L122-XVII-20240403-L1720240403209.PDF)> (visto por última vez 03.05.2024).

Poder Legislativo del estado de Zacatecas, *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el estado de Zacatecas* [HTTPS://WWW.CONGRESOZAC.GOB.MX/](https://www.congresozac.gob.mx/) 17.01.2009, modificado 30.09.2023, disponible en <[HTTPS://WWW.CONGRESOZAC.GOB.MX/64/LEY-CUAL=142](https://www.congresozac.gob.mx/64/LEY-CUAL=142)> (visto por última vez 23.04.2024).

Universidad Nacional Autónoma de México, *Violencia vicaria: la forma más cruel de lastimar*, Disponible en <[HTTPS://UNAMGLOBAL.UNAM.MX/GLOBAL_REVISTA/VIOLENCIA-VICARIA-LA-FORMA-MAS-CRUEL-DE-LASTIMAR/](https://unamglobal.unam.mx/global_revista/violencia-vicaria-la-forma-mas-cruel-de-lastimar/)> (visto por última vez el 11.04.2024).

VACCARO, SONIA, *¿Qué es la Violencia Vicaria?* Disponible en <[HTTPS://WWW.SONIAVACCARO.COM/POST/VIOLENCIA-VIC](https://www.soniavaccaro.com/post/violencia-vic)> (visto por última vez el 10.04.2024).

VERDUZCO ÁLVAREZ ICAZA, MA. ANGÉLICA, “El síndrome de alienación parental en los divorcios de alto nivel de conflicto Alienación Parental”, *Alienación parental*, México, CNDH, 2011, pp. 229–268.

Alexander Díaz Pedrozo

21. Los listados de prohibición de subrogados penales en el estado constitucional social de derecho.

Resumen: Los listados de prohibición de subrogados penales son un conjunto de normas que prohíben la libertad del sujeto penado por los delitos seleccionados por el legislador. En esa medida son disposiciones jurídicas que cumplen la función de evitar la interpretación judicial al decidir sobre medidas alternas a la prisión. por eso producen un impacto negativo en el encarcelamiento que se traduce en el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles. Nuestro objetivo en este artículo es estudiarlo desde el campo político-criminal en el contexto del Estado social de derecho.

Palabras clave: Listado de prohibición de subrogados penales, Estado social de derecho, libertad de configuración legislativa, estado de cosas inconstitucionales, disposiciones jurídicas.

Abstract: The lists prohibiting criminal surrogates are a set of rules that prohibit the freedom of the subject convicted of crimes selected by the legislator. To that extent, they are legal provisions that fulfill the function of avoiding judicial interpretation when deciding on alternative measures to prison. That is why they have a negative impact on incarceration, which translates into an unconstitutional state of affairs in prisons. Our objective in this article is to study it from the political-criminal field in the context of the social rule of law.

Key words: List of prohibition of criminal surrogates, social rule of law, freedom of legislative configuration, unconstitutional state of affairs, legal provisions.

1. *Introducción.*

El presente trabajo trata de una serie de preceptos normativos que se encuentran presentes en la legislación penal colombiana, cuya función es impedir el alcance de la libertad, una vez que las personas han sido condenadas por los delitos para los cuales se encuentran dirigidas. Estos preceptos normativos, para los efectos del presente trabajo, se denominan listados de prohibición de subrogados penales. Limitamos esta investigación¹ a las normas sobre prohibición de subrogados penales, aunque su alcance en la legislación es mucho más amplio, pues estos se encuentran diseminados en el sistema jurídico-penal, con la misma lógica, pero respecto de otros institutos penales o procesales distintos: medidas de aseguramiento y prescripción de la acción penal.

Es necesario investigar sobre este tipo de normas, porque generalmente se encuentran aisladas y no se les ubica como principales sino accesorias. Es decir, se ubican como requisitos de procedibilidad de la acción penal, de la libertad provisional en el proceso penal o de las medidas alternas a la prisión. Esto les permite pasar desapercibidas en el contexto de los estudios del derecho penal sustancial, procesal y de ejecución de las penas. Pues, se presentan como requisitos de procedibilidad de subrogados penales. Es decir, como requisitos para conceder un subrogado penal o mejor para tener acceso a una medida alternativa a la prisión. Sin embargo, la negación de la libertad por el delito cometido tiene un impacto muy negativo en la posibilidad de adquirir la libertad, lo que se traduce en una sobrepoblación carcelaria que a su vez produce estado de cosas inconstitucionales² en las cárceles colombianas. Este impacto negativo se produce, si tenemos en cuenta que la mayoría de los delitos a los que aplican estas normas prohibitivas son las que más se realizan y por tanto las que más pueblan las cárceles: son principalmente, los llamados delitos convencionales, tales como el tráfico de estupefacientes o los delitos sexuales.

Este estado de cosas inconstitucionales resulta una paradoja, pues estos preceptos normativos han sido declarados constitucionales en virtud de la libertad de configuración legislativa de que goza el legislador, no obstante, el impacto negativo que producen estas normas en el derecho fundamental de la libertad y la dignidad del sujeto penado.

En esas condiciones, este artículo explica la naturaleza jurídica de los listados de prohibición de subrogados penales en el contexto del Estado social de derecho e introduce una caracterización político-criminal como dispositivos de excepción permanente, propia del Estado legal que pervivió por más de un siglo en Colombia. Esta caracterización implica que el momento constitucional que surgió con la Constitución de 1991 no ha variado la visión jurídica frente a este tipo de normas, no obstante que en su diseño se presenta como muy garantista de los derechos fundamentales de la persona, presidida por su dignidad humana.

1 Este artículo es producto de la investigación que desarrollo actualmente en el Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Por lo tanto, su objeto en esta ocasión es dar a conocer el planteo de la cuestión relacionada con listados de prohibición de subrogados penales en el contexto del Estado social de derecho, el abordaje constitucional que implica la problemática que este tipo de normas trae consigo y lo que espero poder aportar en el ámbito jurídico penal.

2 La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado el concepto de estado de cosas inconstitucionales para designar que el funcionamiento de determinadas instituciones está produciendo efectos contrarios a la Constitución y por lo tanto amerita su intervención en términos de políticas públicas que deban adelantarse para superar la violación de derechos fundamentales. En el caso de las cárceles, estas han sido declaradas en estado de cosas inconstitucionales mediante las siguientes sentencias: T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y SU-122 de 2022.

2. *El Estado social de derecho como contexto de los listados de prohibición de subrogados penales.*

Para explicar el contexto jurídico-político dentro del cual se producen los listados de prohibición de subrogados penales, resulta menester describir brevemente dos momentos constitucionales importantes para su caracterización. El primero de ellos viene dado por la Constitución conservadora de 1886 en el que la efectividad de los derechos fundamentales estaban condicionadas a su incorporación en la ley civil. En efecto, el título III de dicha Constitución consagró “de los derechos civiles y garantías sociales”. Allí quedaron expresos los derechos civiles y políticos. Luego en el artículo 52 del mismo título quedó expresamente señalado que “las disposiciones del presente título se incorporarán en el Código civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución”. De esa forma, los derechos fundamentales quedaron sometidos al imperio de la ley, originando un Estado basado fundamentalmente en la ley.³ No obstante lo anterior, con posterioridad —en el año 1910— se incorporó el control de constitucionalidad de las leyes por medio de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, su control no trascendió de la mera formalidad⁴.

Un aspecto relevante bajo este modelo constitucional fue su supervivencia bajo los estados de excepción. Es decir, la Constitución de 1886 bajo el amparo del artículo 121 sirvió de amparo a la declaración permanente de estados de excepción. La denominación genérica constitucional de estos estados de excepción fue la de estado de sitio, por la turbación del orden público. Estos estados de excepción le permitían al presidente de la República gobernar a la Nación a través de Decretos extraordinarios “obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros”. Fue así como se produjo un sistema jurídico penal diferenciado: uno codificado mediante Decretos expedidos con fundamento en el artículo 76 constitucional, que permitía al Congreso de la República “revestir pro-témpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”. De esa forma se expidió el código penal de 1980⁵ y otro modelo a través de Decretos de estados de excepción, que constituían la legislación penal complementaria.

Con este diseño constitucional, todo este periodo de la vigencia de la Constitución de 1886, fue gobernado bajo estados de excepción. De esta excepcionalidad no escapó el sistema penal. Este, por el contrario, tratándose de un mecanismo de control social directo, se constituyó en el campo predilecto del legislador penal. Fue así como se expidieron una serie de Decretos leyes a través de los cuales se reguló restrictivamente las libertades individuales.

3 TASCÓN, TULLIO ENRIQUE, *Historia del derecho constitucional colombiano*, Edición Especial, 2000, p. 180.

4 QUICHÉ RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO, *El control de constitucionalidad*, Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2014, p. 90. La descripción que hace este autor es muy relevante entorno del control de constitucionalidad que se hizo por la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886: “Como es fácil de apreciar, en el ejercicio de sus competencias, la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional, fue siempre inferior a las tareas encomendadas, caracterizándose por el ejercicio de un control mínimo, débil y medroso, complaciente con el Congreso y especialmente con el presidente, que además permaneció al margen de los avances del derecho mundial”.

5 El art. 76 de la Constitución de 1.886 señala: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 10. Revestir, pro-tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

Producto de esta realidad es la expedición de las Decretos-leyes de orden público que dieron origen a la justicia excepcional, mediante la cual se crearon delitos, se alteraron competencias, procedimientos, etc.⁶

El segundo momento constitucional de importancia para esta investigación es el que se produjo con el movimiento estudiantil de la séptima papeleta en el año de 1990⁷, que permitió la derogación de la Constitución de 1886 y el nacimiento de la Constitución de 1991. En efecto, la Constitución de 1991 en su artículo primero definió el modelo estatal como “Estado social de derecho,” basado en la dignidad humana y además restringió la declaratoria de los estados de excepción. De esta manera, la codificación penal quedó limitada formalmente a la reserva de ley, tal como quedó consignado en el artículo 150-2 de la Constitución, quedando proscrita la expedición de leyes penales a través de Decretos extraordinarios.

El Estado social de derecho, como expresa Rodrigo Uprimny⁸, es producto de una evolución en el que convergen el estado de derecho, democrático y el Estado social. Sin embargo, en el caso colombiano su diseño va más allá de la amalgama de los tres modelos de Estado históricos. Esto es así, teniendo en cuenta que nuestra realidad es distinta a la europea. En esa medida, el Constituyente de 1991 diseñó un Estado social de derecho pluralista, lo que implica la profundización de la democracia y no restringiéndola. En todo caso, el Estado social de derecho pluralista al profundizar la democracia limitó cualquier restricción de derechos que implicara un no derecho, pues incluso en la regulación de los estados de excepción dejó a salvo los derechos humanos y los derechos fundamentales (Art. 214-2 CP).

De esta manera, no ha lugar desde la Constitución ninguna normativa que reprodujera la producción del derecho en el Estado preconstitucional a 1991. Este entendimiento viene aparejado con el Estado constitucional⁹ que se sirve de unos principios que permiten que la Constitución sea una norma jurídica¹⁰, aplicable directamente desde el ámbito de la democracia constitucional¹¹. De tal manera que ningún poder dentro del Estado social de derecho pueda crear un derecho sin derechos, como, a nuestro juicio, ocurre con los listados de prohibición de subrogados penales respecto del sujeto penado.

6 Sobre la legislación penal en estados de excepción consultar: CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ *et al.*, *La legislación de emergencia y la justicia penal. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales*, Sociedad editora análisis, Primera edición, Colombia, 1990. También: PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY *et al.*, *Estado de derecho y sistema penal*, Biblioteca Jurídica Dike-Universidad de Antioquia. Medellín-Colombia, 1997. En el periodo de 1948-1966, COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO, *Derecho penal de enemigo en la violencia (1948-1966)*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2010, p 291-301.

7 LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, p. 79.

8 UPRIMNY, RODRIGO, “Constitución de 1991, Estado social de derechos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas”, en *El Debate a la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia-Ilsa, Bogotá, 2002, p. 55-72.

9 HÁBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Autónoma de México, México, 2001, p.1.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Thomson Civitas, 2006, p. 55.

11 FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Editorial trota, Madrid, 2011, p. 9 y ss.

3. *Los Listados de prohibición de subrogados penales desde lo jurídico.*

Bajo un marco jurídico constitucional propio del modelo Estado social de derecho, en el que la ley se enmarca dentro de la supremacía constitucional, resulta relevante preguntarse por la naturaleza jurídica de los Listados de prohibición y su validez en el conjunto normativo nacional. Lo primero que debemos aclarar es sobre lo que entendemos por listados de prohibición de subrogados penales y cómo se encuentran consagrados en el sistema penal.

Los listados de prohibición abarcan todas aquellas disposiciones jurídicas que bajo la forma de requisitos de procedibilidad de los subrogados penales, prohíben su concesión cuando la sentencia condenatoria se produce con ocasión de uno de los delitos enlistados en ellos. Es así como el código penal —ley 599 de 2000— nos trae las siguientes disposiciones jurídicas al respecto: Artículo 38G y 68A, además de otras normas complementarias como la ley 750 de 2002.

Como disposiciones jurídicas, estos preceptos normativos forman parte del derecho penal material, porque se encuentran consagradas en el código penal. Sin embargo, no forman parte de los tipos penales en cuantos preceptos y sanción. Más bien forman parte de las consecuencias de las conductas punibles y en ese sentido refuerzan la pena que ya viene establecida en la sanción por el delito cometido. A manera de ejemplo, si una persona es condenada por la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, la consecuencia de la declaración de condena es que su pena debe cumplirse en centro carcelario, sin la opción de un mecanismo alternativo a la prisión, como la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la pena.

La estructura normativa de estas disposiciones jurídicas no permite interpretación alguna que puedan morigerar su aplicación. Pues se trata de normas prescriptivas de carácter prohibitivas por su contenido¹². Al ser normas prohibitivas resulta obligatoria su aplicación exegética para el Juez, quien al referirse en una sentencia a la ejecución de la pena solo debe corroborar que esta es por uno de los delitos objeto de prohibición. Esta conclusión deviene de la redacción de estas disposiciones, que con los siguientes ejemplos lo hacemos más ilustrativo: El artículo 38G que regula el subrogado penal de la prisión domiciliaria, para su concesión señala los requisitos que exige su aplicación y luego introduce la fórmula “excepto en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código”. El artículo 68 A del código penal utiliza una redacción distinta que conlleva a los mismos efectos: “No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados en la ley; siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”. A renglón seguido añade el listado de delitos prohibidos para subrogados penales: “Tampoco quienes hayan sido condenados contra la administración pública”.

A más de lo anterior, los listados de prohibición refuerzan el espíritu punitivista presente en el código penal, en el que la pena máxima es de cincuenta años y sesenta años si se trata de un concurso de conductas punibles (Art. 31 y 37 del código penal). Además, que la pena mínima exigida para tener acceso a los subrogados penales o mecanismos alternos a la prisión resultan insuficientes si tenemos en cuenta que las penas mínimas que contempla la legislación superan

12 NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, p. 73.

los cuatro años para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena a prueba y los años que como pena mínima se exige para la concesión de la prisión domiciliaria (Art. 38 A y 63 código penal). De esta manera una persona que reciba una condena por un delito de tráfico de armas de fuego (Artículo 365 del código penal), aunque no está prohibido los subrogados penales para este delito, de todas maneras, no podría acceder a un subrogado penal, pues la pena por esta conducta oscila entre 9 a 12 años de prisión.

4. *Los Listados de prohibición de subrogados penales desde lo político-criminal.*

Más allá de lo estrictamente jurídico penal, los Listados de prohibición son producto de la política criminal estatal. Su justificación viene dada por una concepción securitaria¹³, basada en el riesgo que los autores de los delitos enlistados en ellos representan para la seguridad ciudadana. Aquí no se trata de la descripción de los delitos como tales sino de institutos allende a la pena, pues prolongan su severidad con la imposibilidad de la obtención de la libertad, lo cual pone en cuestión las bases de un Estado social de derecho, que se basa en la dignidad de la persona humana.

La política criminal, según Claus Roxin “está en un peculiar punto medio entre la ciencia y la estructura social, entre la teoría y la práctica. Por una parte, se basa como ciencia en los conocimientos objetivos del delito en sus formas de manifestación empíricas y jurídicas; por otra parte, quiere como una forma de la política establecer determinadas ideas o intereses, trata como teoría de desarrollar una estrategia definitiva en contra del delito”¹⁴. Según esta definición, resulta necesario preguntarse ¿cuál es la estrategia que subyace a los listados de prohibición de subrogados penales? La respuesta a tal problema se debe buscar en las posibilidades que ofrecen los Listados de prohibición para el sujeto penado en términos de libertad.

En esa medida, si partimos que la posibilidad de libertad es nula por el delito cometido, resulta plausible pensar que estamos frente a una política criminal que fortalece la pena impuesta para cada delito y en la fase de ejecución de la sentencia penal condenatoria se dirige hacia una funcionalización del Derecho punitivo en la fase de la ejecución de la pena. Esta realidad de la pena reforzada con los listados de prohibición nos permite pensar que en ella prevalece una función de prevención general positiva o de prevención-integración de la pena contraria a toda posibilidad de reinserción social del condenado, como fin de la pena estatal, según el artículo 40 del código penal, junto a la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado¹⁵.

La anterior deducción proviene de la renuncia tácita del Estado a la resocialización del condenado como función de la pena en la fase de la ejecución de la pena, tratándose de un delito

13 BÖHM, MARÍA LAURA, “Políticas de seguridad y neoliberalismo”, en Armando Fernández Steinko (Ed.), *Delincuencia, Finanzas y Globalización*, Madrid, 2013, p. 307–333.

14 ROXIN, CLAUDIUS. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Editorial PPU, 1992, p. 9.

15 El artículo 4 del código penal señala: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

vinculado a los listados de prohibición de subrogados penales. La prevención general positiva forma parte de la teoría de la pena propuesta por Jakobs, en la que la pena significa una auto-comprobación¹⁶. Es decir, a través de la pena el Estado confirma la vigencia de la norma y restablece la confianza social en el sistema jurídico rota con el delito¹⁷. Esta concepción de la pena, como habremos de revisar más adelante, rompe con principios garantistas de la pena y funcionaliza al sujeto penado en razón de la sociedad, lo que equivale a instrumentalizarlo. Esta funcionalización opera en el plano de la alarma social que producen ciertos delitos, potencializando las funciones simbólicas de la pena, dada la existencia de una cifra oscura de la criminalidad no cubierta por el sistema penal¹⁸.

En este punto de nuestra reflexión, los Listados de prohibición de subrogados penales reafirman la funcionalización que el Derecho penal ha sufrido en el caso colombiano por la existencia de la guerra aun existente. De esta manera, la política criminal se muestra a través de un derecho penal eficientista y ese eficientismo es contraproductivo, porque los fenómenos de violencia que se pretenden controlar con la norma penal no logran ser superados. Por el contrario, dicha normatividad divide al sistema jurídico penal en un derecho penal del ciudadano y un derecho penal de la enemistad¹⁹.

5. *La constitucionalidad de los listados de prohibición de subrogados penales.*

La política criminal encarnada en los Listados de prohibición de subrogados penales ha sido trasladada a la Corte Constitucional, mediante demandas de inconstitucionalidad. Es necesario en este punto explicar que en Colombia existe un Tribunal constitucional, encargado de resguardar la Constitución de normas que tengan visos de inconstitucionalidad. La existencia de esta Corte Constitucional viene dada por el artículo 241 de la Constitución que le confía a la Corte Constitucional la guarda de integridad y la supremacía constitucional. De esta manera la Corte Constitucional es el órgano jurisdiccional de cierre en materia constitucional.

En lo que respecta a las normas que consagran a los Listados de prohibición de subrogados penales, estos han sido declarados constitucionales por formar parte de la libertad de configuración legislativa del poder legislativo para hacer las leyes. Esta doctrina la podemos observar respecto de los artículos 68 A y 38 G del código penal de la siguiente manera. Mediante la sentencia C-646 de 2016 la Corte se declaró inhibida para resolver la demanda de inconstitucionalidad ya que el asunto de interpretación de dicha norma se presenta como legal y ya la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la justicia ordinaria se había pronunciado al respecto. Pronun-

16 JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 10–16.

17 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 9. También puede consultarse a LESCH, HEIKO H., *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 48.

18 Para una revisión crítica de la función de la pena dentro de la teoría sistémica: BARATTA, ALESSANDRO, "Integración-prevenición: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBDeF, 2004, p. 1–30.

19 APONTE CARDONA, ALEJANDRO, *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano?*, Bogotá, Editorial Temis, 2005.

ciamiento que se funda en la: “facultad de libre configuración y con sujeción a políticas criminales para enfrentar de manera más severa comportamientos delictivos de alto impacto social”²⁰, por parte del Legislador.

Desde el código penal de 1980, promulgado con el Decreto Ley 100 de 1980, existía un régimen ordinario de concesión en el artículo 72 y luego mediante la ley 415 de 1997, se introdujo el artículo 72 A, que establecía un listado de delitos frente a los cuales no procedían subrogados penales. La Corte Constitucional mediante la sentencia C-592 de 1998 se pronunció sobre su constitucionalidad. En esa oportunidad el argumento para declarar dichas normas ajustadas a la Constitución fue la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados para la concesión de subrogados penales que atienden “a criterios de razonabilidad determinados por la mayor repercusión que la vulneración o afectación de los bienes jurídicos tutelados, tiene en elementos de importancia estratégica para la viabilidad y sostenibilidad del orden público social y económico, cuya restauración, dicho sea de paso, se hace indispensable para el restablecimiento y normalización del tejido social y de la organización estatal”²¹.

Este criterio jurídico de constitucionalidad se ha mantenido incólume, no obstante, el importante salvamento de voto del magistrado Alejandro Martínez Caballero, quien sostuvo que ese tipo de normas resultan contrarias a la Constitución, pues su examen:

“muestra que los pactos de derechos humanos y la Carta imponen una función esencialmente resocializadora al tratamiento penitenciario. Ahora bien, la norma parcialmente acusada precisamente niega de plano esa función, puesto que excluye de la nueva regulación de la libertad condicional a determinados condenados, no en razón de su comportamiento en los centros de reclusión sino únicamente debido al tipo de delito cometido”²².

Este salvamento tiene la capacidad de rendimiento suficiente para seguir explorando la posibilidad de “desmontar” los Listados de prohibición de subrogados penales, pese a que no resultan vinculante. Esta capacidad deviene de la permanencia de este tipo de normas que merman la capacidad garantista del Estado social de derecho y la potencia de los argumentos disidentes. Con base en esa realidad proponemos las siguientes conclusiones preliminares de caras a la investigación doctoral de la que se deriva este artículo.

6. Conclusión.

Existe una discusión seria pendiente entorno a la constitucionalidad de los listados de prohibición como categoría normativa. Esta discusión tiene como pilares la contradicción entre las funciones resocializadoras de la pena y la negación de plano de la posibilidad de aplicación de mecanismos alternos a la prisión para un número grande de delitos. Para dirimir esta discusión el criterio de libertad de configuración legislativa del Congreso de la República no resulta suficiente si tenemos en cuenta que el Estado social de derecho excluye la posibilidad de suspensión de los derechos de libertad, aun en los estados de excepción.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998. S.V. Alejandro Martínez Caballero.

Además, las cárceles colombianas han sido declaradas en estado de cosas inconstitucionales por el hacinamiento carcelario, producido en gran parte por la imposibilidad de acceso a mecanismos alternos a la prisión. Justamente, esta es una posibilidad que depende de las circunstancias de cada caso, siendo el Juez natural quien debe tomar esa decisión. Por lo que los Listados de prohibición niegan la posibilidad de interpretación de la ley por el Juez y lo convierten en un aplicador automático de la ley.

Finalmente, en el campo de la política criminal resulta un reto desmontar estas políticas securitarias por parte del legislador, por lo que los Tribunales constitucionales en virtud del poder que les otorga el Estado constitucional, pueden retirar del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Constitución. Este mecanismo resulta idóneo para combatir todo tipo de eficientismos contrarios al Estado social de derecho que privilegia la dignidad humana.

Bibliografía.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO, *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2009.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO, *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano?*, Bogotá, Editorial Temis, 2005.

BARATTA, ALESSANDRO, "Integración-prevenición: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBdeF, 2004.

BÖHM, MARÍA LAURA, "Políticas de seguridad y neoliberalismo", en Armando Fernández Steinko (ed.), *Delincuencia, Finanzas y Globalización*, Madrid, 2013.

CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ *et al.*, *La legislación de emergencia y la justicia penal. Aspectos doctrinales y jurisprudenciales*, Sociedad editora análisis, Primera edición, Colombia, 1990.

Corte Constitucional colombiana, sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana, sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional colombiana, sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-122 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-616 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-592 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-592 de 1998. S.V. Alejandro Martínez Caballero.

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

- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Editorial trotta, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Thomson Civitas, 2006.
- HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Autónoma de México, México, 2001.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre editores-Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.
- LESCH, HEIKO H., *La función de la pena*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
- PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY et al., *Estado de derecho y sistema penal*, Biblioteca Jurídica Dike-Universidad de Antioquia. Medellín-Colombia, 1997.
- QUICHÉ RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO, *El control de constitucionalidad*, Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia, 2014.
- ROXIN, CLAUS. *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Editorial PPU, 1992.
- TASCÓN, TULLIO ENRIQUE, *Historia del derecho constitucional colombiano*, Edición Especial, 2000.
- UPRIMNY, RODRIGO, "Constitución de 1991, Estado social de derechos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas", en *El Debate a la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia-Ilsa, Bogotá, 2002.

Sofia Bustamante Álvarez

22. Eutanasia y suicidio asistido: una comparación entre la visión legal alemana y colombiana.

Resumen: A pesar de su diferencia jurisprudencial y social, Alemania y Colombia comparten un mismo problema, un marco de suicidio asistido despenalizado pero carente de regulación específica. En este trabajo se explora el desarrollo jurisprudencial de ambos países desde un panorama comparado, analizando las sentencias que en cada país forjaron los cimientos que parecen prepararlos para la intervención que resulte en la esperada ley. También se revisa los contextos sociales actuales de cada país y los retos a los que se enfrentan para no solo asegurar la autonomía de sus ciudadanos, sino también su seguridad.

Palabras clave: Alemania, Autonomía, Colombia, Dignidad, Derechos humanos, Eutanasia, Jurisprudencia, Muerte digna, Suicidio Asistido.

Abstract: Despite their jurisprudential and social differences, Germany and Colombia share the same issue: a framework of legalized assisted suicide lacking specific regulation. This paper explores the jurisprudential development of both countries from a comparative perspective, analysing the landmark judgments in each country that seem to lay the groundwork for the intervention resulting in the anticipated law. It also examines the current social contexts of each country and the challenges they face in not only ensuring the autonomy of their citizens but also their safety.

Key Words: Assisted Suicide, Autonomy, Colombia, Dignity, Dignified death, Euthanasia, Germany, Human Rights, Jurisprudence.

Introducción.

Tanto Colombia como Alemania han recorrido un camino similar en lo que respecta a la eutanasia. Ambas naciones han despenalizando la práctica dando paso a un intenso debate público y a un progresivo desarrollo normativo y jurisprudencial. A pesar de los avances, en ninguno de los países existe aún una ley que limite de manera integral la regulación del suicidio asistido.

Durante este trabajo se desarrollarán, revisando tanto el ámbito histórico como el social, las consecuencias de la falta de claridad jurídica en torno al procedimiento, la desigualdad en el acceso del mismo y la responsabilidad de los diferentes actores involucrados.

También se tendrá en cuenta el carácter público con el que Colombia aborda la materia, donde el Estado asume la responsabilidad de prestar el servicio, resultando en procedimientos burocráticos extenuantes para los pacientes. En contraste, se revisará la posición alemana, que desliga al gobierno de la prestación del servicio, permitiendo que sean entidades privadas quienes se encarguen. Además, se tendrán en cuenta los diferentes tipos de eutanasia, como en los países a analizar algunas son penalizadas, otras son legales y otras irrelevantes para el legislador penal. Cabe destacar que, a diferencia de Colombia, en Alemania la eutanasia activa aún no está legalizada. La práctica permitida en este país se limita a la asistencia al suicidio, donde el paciente recibe los recursos necesarios para poner fin a su vida por sus propios medios.

El trabajo se adentra en un debate que continúa vigente, sin una resolución definitiva a la vista. Se ofrece una postura diferente, desde el derecho comparado, entre dos países que aún se encuentran en un proceso de reflexión y análisis respecto a la búsqueda de encontrar un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual y la protección de la dignidad y la vida humana.

1. Evolución legislativa sobre eutanasia en Colombia.

En Colombia el proceso de legislación sobre la eutanasia, a pesar de su complejidad, puede destacar por un inicio temprano. El primer paso se da en referencia a la eutanasia pasiva¹, en el artículo 10 de la resolución 13437 de 1991 donde se reconoce el derecho a morir con dignidad, siguiendo el curso natural cuando se trata de enfermedades en fases terminales².

Seis años después, en 1997, la Corte Constitucional en la sentencia C-239 proporcionó definiciones y precisiones sobre la eutanasia a partir de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano José Eurípides Parra Parra en contra del artículo del Código Penal que señalaba como antijurídico el homicidio por piedad³. Tras un amplio análisis, la Corte consideró que dicha sanción vulneraba los derechos constitucionales a la vida digna, la autonomía personal y la integridad física y moral de las personas. Por este motivo declara exequible el artículo 239 del código penal y advierte la imposibilidad de derivar responsabilidad para el médico

1 Eutanasia Pasiva: aquella que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte. Cita: ESQUIVEL, JUAN. "El derecho a una muerte digna: la eutanasia." Universidad de Barcelona. 04.2003. Disponible en <[HTTP://WWW.UB.EDU/CIUDADANIA/HIPERTEXTO/EVOLUCION/TRABAJOS/0304/3/4.HTM](http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/trabajos/0304/3/4.htm)> (visto por última vez el 28.03.2024).

2 GONZÁLEZ, C. "Resolución 13437 de 1991" ministro de Salud. 1991. (1991).

3 Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. Art. 239. Derogado 24 de Julio de 2004. (Colombia).

que practique la eutanasia en casos de enfermos terminales donde concurra la voluntad libre del paciente. Finalmente, la Corte exhorta al Congreso a crear legislación específica que, conforme a los principios de humanidad, regule en materia de muerte digna⁴.

El mayor acercamiento a la creación de una ley específica sobre eutanasia no llegó sino hasta mayo de 2013, cuando el senador Armando Benedetti actuó como ponente para el proyecto en el Senado. Al momento de la presentación, pese haber sido firmado por 87 congresistas, el proyecto solo obtuvo 37 votos, 12 a favor y 24 en contra, 51 congresistas decidieron abstenerse de votar, lo que resultó en la caída de este⁵.

Ante la inexistencia de una ley específica de eutanasia, las regulaciones en materia de muerte digna son resultado del desarrollo jurisprudencial. El punto de partida se ubica el año 2014, una mujer diagnosticada con cáncer de colon terminal presenta una acción de tutela contra su Entidad Promotora de Salud (EPS) por negarle la práctica de la eutanasia. La EPS justificó su decisión argumentando la inexistencia de regulación y lineamientos para verificar la madurez y voluntad del paciente, la competencia de médicos tratantes, la forma de ejecutar el procedimiento y finalmente destacó el vacío legal a la hora de constituir un documento que certifique la voluntad del paciente.

La Corte aprovecha su decisión para hacer precisiones sobre la eutanasia, reconoce la muerte digna como un derecho fundamental usando como referente a países como Holanda, Estados Unidos y Bélgica. Expone la prolongación innecesaria de una vida dolorosa como una vulneración al principio de dignidad humana. Resuelve a favor de la paciente y establece los requisitos para acceder a la eutanasia activa. Estos consisten en el padecimiento de enfermedad grave que produzca intensos dolores y la firma del consentimiento libre informado e inequívoco. Para determinar la aplicabilidad del paciente se crea la figura del comité interdisciplinario para la recepción y análisis de solicitudes de eutanasia⁶.

La Corte encarga al Ministerio de Salud y Protección Social impartir las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités. Para esto el Ministerio expide la resolución 1216 de 2015, donde estipula que estos estarán conformados por un abogado, un médico, un especialista en la patología diferente al médico tratante y un psiquiatra o psicólogo clínico, todos designados por la EPS, destacando que ninguno de ellos puede ser objetor de conciencia a la eutanasia⁷. También durante la resolución se especifican las obligaciones de las EPS en el procedimiento frente a los pacientes y la ruta a seguir ante la objeción de conciencia por parte del médico encargado.

En el año 2016 el Ministerio de Salud expide la resolución 1051, donde establece los requisitos y formalidades para la efectiva realización de una voluntad anticipada. El ministerio define, en esta resolución, la voluntad anticipada como un documento en el que una persona en uso del

4 Corte Constitucional de Colombia (20 de mayo de 1996). Sentencia No. C-239/97 [M.P. Gaviria, C.].

5 GUERRA, YOLANDA, "Ley, jurisprudencia y eutanasia: Una introducción al estudio de la normatividad colombiana a la luz del caso colombiano" SciELO. 12. 2013. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1657-47022013000200007](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-47022013000200007)> (visto por última vez el 28.03.2024).

6 Corte Constitucional (15 de diciembre de 2014). Sentencia No. T-970/147 [M.P. González, M.].

7 Ministerio de Salud y protección social (20 de abril de 2015). Resolución 1216/2015. Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. p. 6-8.

libre desarrollo de su personalidad y en respeto a su autonomía expresa la negativa a someterse a tratamientos y procedimientos innecesarios que tengan como fin alargar su vida actuando en contra del principio de dignidad (Ministerio de Salud Colombiano, 2016)⁸.

Un año más tarde, en 2017, se desarrolla la sentencia T-544 del año 2017, resultado de la acción de tutela en contra de una EPS que se negó, por falta de legislación existente, a practicar la eutanasia en un menor de edad que sufría retraso mental severo, resistente a tratamiento y resultante en sufrimiento insoportable. La Corte decidió reconocer el derecho a la muerte digna en niños y adolescentes⁹. También señala la necesidad de crear un consentimiento sustituto, que actúe en caso de imposibilidad del paciente para manifestar su voluntad de forma expresa. Para el reconocimiento del consentimiento sustituto fue necesaria otra acción de tutela, la T-721 de 2017, en este caso presentada por los familiares de un paciente en estado vegetativo, que por su condición no podía presentar un consentimiento voluntario y al ser mayor de edad no contaba con apoderados legales. La Corte resuelve reconocer como válido el consentimiento sustituto, facultando al cónyuge o familiar encargado para entregar consentimiento por el paciente que se encuentre en incapacidad de expresar su voluntad y cumpla con los demás requerimientos legales para acceder a la eutanasia¹⁰.

Aunque la eutanasia ya contaba con regulación que parecía adaptarse a la sociedad colombiana, a finales de 2017 la Corte Constitucional emitió un fallo en respuesta a una acción de tutela presentada por una ciudadana en representación de los derechos de su hija menor de edad. La menor fue diagnosticada con un cáncer agresivo en etapa terminal y, después de enterarse de la falta de esperanza en su recuperación y agotar todos los recursos médicos a su disposición sin mejoría, solicitó la eutanasia. Sin embargo, su solicitud fue denegada por el gerente del hospital que la atendía, ya que la institución no contaba con un oncólogo para formar parte de un Comité Científico Interdisciplinario. Las regulaciones del ministerio de salud que parecían facilitar el proceso y garantizar los derechos de la paciente fueron el principal impedimento para acceder a una muerte digna.

En la sentencia se consideró que se cumplían los requisitos para practicar la eutanasia activa. En consecuencia, la Corte Constitucional estableció una serie de instrucciones vinculantes con las EPS en materia de la conformación del Comité Científico Interdisciplinario¹¹.

En 2021 el debate sobre los requisitos para acceder al derecho a una muerte digna volvió a abrirse con la sentencia C-233 que permitió el acto eutanásico no solo para personas con enfermedades terminales sino también para aquellas que padecen enfermedades graves o una lesión corporal asociada al sufrimiento, no necesariamente terminal¹². Este avance se da sustentado en el principio de autonomía y dignidad humana, donde no solo se contempla un derecho a morir dignamente, sino a decidir morir cuando la enfermedad produce un sufrimiento que imposibilita vivir con dignidad¹³.

8 Ministerio de Salud y protección social (1 de abril de 2016). Resolución 1051/2016. Por medio de la cual se reglamenta la Ley 1733 de 2014 en cuanto al derecho a suscribir el Documento de Voluntad Anticipada.

9 Corte Constitucional (25 de agosto de 2017). Sentencia No. T-544/17 [M.P.: Ortiz, G.].

10 Corte Constitucional (12 de diciembre de 2017). Sentencia No. T-721/17 [M.P.: Lizarazo, A.].

11 Corte Constitucional (2 de noviembre de 2017). Sentencia No. T-423/17 [M.P.: Escruceña, I.].

12 Corte Constitucional (23 de julio 2021) Sentencia No C-233/21 (MP Fajardo, D.).

13 Grupo Morir a Tiempo, "La eutanasia en la Sentencia C-233 de 2021", *Morir a Tiempo* (1 ed., Vol. 1, pp. 171-181).

La resolución más reciente expedida por el ministerio de salud fue la 971 de 2021, donde se establece

“el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia”¹⁴.

Por último, la sentencia de la Corte más reciente es la C-164 de 2022. En esta decisión la Corte reconoció la asistencia médica al suicidio como opción de muerte asistida. En la sentencia, para acceder al procedimiento se toman en cuenta los mismos requerimientos para acceder a eutanasia; consentimiento libre e informado, enfermedad grave o incurable debidamente diagnosticada que produzca sufrimiento insoportable al paciente, y que sea practicada por un médico autorizado.

La Corte manifiesta la importancia de la solidaridad médica siguiendo los principios de la moral y la intención altruista respecto al paciente que enfrenta un sufrimiento que se considera indigno¹⁵.

El suicidio asistido es distinto a la eutanasia en tanto durante el suicidio asistido es el paciente quien se administra los medicamentos letales, pero con asistencia y supervisión de personal médico calificado. La asistencia al suicidio es una eutanasia vista desde la completa autonomía del paciente.

2. Evolución legislativa sobre eutanasia en Alemania.

Para Alemania el termino más correcto a emplear no sería el de eutanasia, sino que con mayor precisión se usa el concepto “asistencia al suicidio” (FTB por sus siglas en alemán)¹⁶.

Si se quiere hablar sobre la eutanasia dentro de la jurisprudencia alemana, en la legislación del país no se ha sancionado la eutanasia pasiva¹⁷. Complementario a esto, el Tribunal Federal Superior alemán especifica en la sentencia del 13 de septiembre de 1994 que la interrupción de un tratamiento que prolonga la vida de un paciente terminal con su consentimiento no implica responsabilidad penal¹⁸.

El Código penal (StGB), por otra parte, sí penaliza lo que podría conocerse como eutanasia activa directa¹⁹. Lo contempla en el § 216 como Homicidio a Petición, donde especifica “Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años” (§ 215 StGB). Se refiere a

14 Ministerio de Salud y protección social (1 de julio de 2021). Resolución 971/21. Por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia.

15 Corte Constitucional (11 de mayo de 2022). Sentencia No.C-164/22 [M.P: Lizarro, A.].

16 En alemán *Freitodbegleitungen* que significa Asistencia al suicidio.

17 BARROSO, BORJA, “Eutanasia y suicidio asistido: un estudio comparado de las novedades en Alemania, Austria, Portugal y España”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52,(2023) pp. 579-608.

18 BGH 1 STR 357/94. Sentencia del 13 de septiembre de 1994.

19 RIQUELME, PABLO, “Vista de Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania” *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 109, septiembre-diciembre (2020), p. 303.

tos mayores o enfermos de gravedad a emplear el suicidio asistido de forma común²⁷.

Tras esta ley, la FTB se enfrentó a un gran muro. Para quedar exenta de responsabilidad penal era necesaria la simultaneidad entre la falta de motivación económica y cercanía con el suicida, adicional a esto la BtMG no había contado con ningún cambio, aún no era posible adquirir medicamentos letales de forma directa.

Es entonces cuando el Tribunal Administrativo Federal en 2017 gestiona la sentencia que autoriza la compra de pentobarbital sódico con fines suicidas. Se trata de una excepción que autoriza al comprador cuando, primero, padece una enfermedad grave e incurable o, segundo, se enfrenta a un sufrimiento que requiera un alivio imposible de lograr por otra vía, y que además no exista otra posibilidad razonable de realizar el deseo de morir. Este último se conoce como emergencia extrema. La sentencia también destaca la necesidad de modificar la BtMG en función de regular con claridad la asistencia al suicidio²⁸.

La sentencia de 2017 no fue suficiente para garantizar los derechos de los ciudadanos que deseaban acceder a la FTB, varios recursos de amparo fueron presentados por la vulneración de derechos constitucionales que ocasiona la ley de 2015. En respuesta a algunos de estos, en 2020 la sala segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán expide la sentencia que declara nulo el § 217 del StGB.

El tribunal reconoce que en la autonomía se incluye el derecho a la muerte auto determinada, libertad de quitarse la vida propia y también la libertad de buscar ayuda en terceros.

En la sentencia se establece como criterio único y principal para acceder a la asistencia para el suicidio la libre responsabilidad, está entendiéndose como la capacidad de decisión sobre la base de una ponderación realista de los pros y los contras basándose en la propia imagen y cosmovisión de sí mismo²⁹. La sentencia no especifica los criterios para determinar la libre responsabilidad, deja la determinación en manos de quien asistirá el suicidio. Durante esta sentencia, de nuevo, se manifiesta la necesidad de creación de regulación en materia de FTB.

En febrero de 2022, el Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia dio una sentencia que desestimó las demandas de tres personas que querían obligar al Instituto Federal de Medicamentos y Productos Sanitarios (BfArM, por sus siglas en alemán) de Bonn a suministrarles un medicamento letal. En la sentencia se resolvió con base a la falta de responsabilidad del Estado para facilitar el acceso a medicamentos letales. Anteriormente la sentencia 2017 del Tribunal Administrativo Federal es clara al destacar que BtMG, no crea una “oferta de suicidio asistido”, cuenta solo con una excepción para la protección de derechos constitucionales, la cual requiere justificación³⁰. Este es el más reciente señalamiento de la necesidad de regulación en la materia. Mientras esto ocurre, los pacientes tendrán que seguir acudiendo a los profesionales de la salud para que estos sean quienes recetan el medicamento.

27 GONZÁLEZ, L. (2021). ¿El final de la despenalización de la eutanasia como excepción en los ordenamientos europeos? Comillas: Universidad Pontificia.

28 Urteil vom 02.03.2017 - BVerwG 3 C 19.15.

29 Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15.

30 Urteil vom 02.03.2017 - BVerwG 3 C 19.15. (Artículo 38).

3. *Entre Alemania y Colombia: un problema similar con distintas consecuencias.*

Es interesante comparar los efectos causados por un factor común en dos países tan distintos entre sí. Tanto en Colombia como en Alemania la eutanasia pasiva y el suicidio asistido están despenalizados. Lastimosamente en ninguno de los dos existe todavía una ley que unifique la jurisprudencia y sea clara sobre requisitos para pacientes y formas de actuar para profesionales de la salud.

Si bien el Estado alemán busca procurar la autonomía de sus ciudadanos evitando interferir en la decisión de terminar con su vida, hay vacíos legales que dejan espacio libre para la confusión y dilatación en los procesos legales. Un ejemplo es la BtMG y su falta de modificación para la claridad en materia de suicidio asistido, dejando en manos de los doctores la decisión de recetar o no, los medicamentos necesarios. Sin un proceso claro a seguir para determinar la existencia de libre responsabilidad y la justificación con el fin de proporcionar la receta, el margen de error crece, perjudicando a los pacientes que ante la negativa de su médico tratante deben buscar otra alternativa, una para la que lo relativo a la regulación es un tema del que no se habla mucho.

Las organizaciones de asistencia al suicidio son un concepto relativamente nuevo. *Dignitas*, la que podría ser la más popular en Europa, fue fundada en Suiza, país que es conocido mundialmente por incentivar al controversial “Turismo de la muerte”³¹. La organización abrió su oficina en Hannover, Alemania en 2005. *Dignitas* no solo se encarga de asistencia al suicidio, también garantiza que los testamentos vitales regulados por la ley de septiembre de 2009 sean ejecutables³² y brinda asesoramiento jurídico para garantizar protección a los derechos de autonomía, como podría ser la eutanasia pasiva e indirecta. También cuenta con abogados contratados periódicamente para defensa de médicos, pacientes y hospitales que lo requieran para cuestiones jurídicas críticas.

Aunque *Dignitas* es más conocida a nivel internacional, la organización de derechos civiles y protección al paciente más grande y antigua de Alemania es la Sociedad Alemana para la Muerte Humanitaria (DGHS por sus siglas en alemán)³³. Desde el año 1980 aboga por la autodeterminación del final de la vida³⁴. Tal como *Dignitas*, la DGHS brinda asesoramiento en testamentos vitales y presta asistencia al suicidio.

Pese a que ambas son organizaciones sin ánimo de lucro, para recibir asistencia suicida en cualquiera de las dos es necesario pagar una membresía. Para la DGHS tiene un costo mínimo

31 El confidencial, C. “El derecho al suicidio asistido en Suiza atrae al “turismo de la muerte”, *ELCONFIDENCIAL.COM*. 5.07.2016. <[HTTPS://WWW.ELCONFIDENCIAL.COM/MUNDO/2016-07-05/EUTANASIA-SUIZA-TURISMO-MUERTE_1227670/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2016-07-05/EUTANASIA-SUIZA-TURISMO-MUERTE_1227670/)> (visto por última vez el 28.03.2024).

32 (Tercera ley para cambiar la ley de cuidados sobre testamentos vitales). GmbH, B. V. (s. f.-b). *Bundesgesetzblatt BGBl. Online-Archiv 1949 - 2022* | *Bundesanzeiger Verlag*. 2022, Bundesanzeiger Verlag GmbH.

33 Deutsche Gesellschaft für Humanes Sterben, traducido al español por sus siglas DGHS.

34 DGHS, “Selbstbestimmung am Lebensende”, *DGHS.DE* s. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.DGHS.DE/](https://www.dghs.de/)> (visto por última vez el 28.03.2024).

de 25 euros anuales³⁵, mientras que la de *Dignitas* inicia en ochenta euros³⁶. Por una FTB, *Dignitas* cobra alrededor de 1.100 euros y DGHS una tarifa fija de 4.000 euros, e incluso ofrece una tarifa por asistencia de fallecimiento doble por 6.000. Ambas aseguran que estos costos cubren honorarios de abogados, insumos y ayudan a financiar el fondo solidario de pacientes que no pueden costear la tarifa fija.

Un factor particular sobre *Dignitas* es que, a pesar de la existencia de una sede en Alemania, para acceder a una FTB los pacientes deben viajar a la sede en Suiza³⁷, así que el costo de viaje es un monto extra para tener en cuenta.

El problema con estos centros es que no basta con el pago de la membresía y el acompañamiento suicida. Ambas organizaciones establecen criterios adicionales para poder acceder a la asistencia. *Dignitas* en su página web menciona entre los criterios sobre el paciente el “Buen juicio”, y un nivel mínimo de movilidad física para administración de fármaco letal³⁸. Es igualmente indispensable para el procedimiento que exista el acompañamiento de un médico suizo que recete el fármaco, para lo cual es necesario que el paciente presente una enfermedad terminal, discapacidad intolerable o dolor insoportable. Por otra parte, los criterios de DGHS son más ambiguos. Inicialmente es necesario llevar más de 6 meses siendo miembro, y es indispensable la presencia de libre responsabilidad. La organización determina esta libre responsabilidad mediante dos consultas: la consulta inicial es con un abogado de la organización para aclarar motivos personales, situación familiar y responsabilidad del deseo suicida, la segunda consulta se desarrolla con un médico donde se discuten alternativas paliativas. Si en ambas se determina que el paciente actúa con libre responsabilidad, se acuerda una cita para el suicidio³⁹.

Hay un aspecto importante a pensar cuando se revisan los criterios de estos centros, y es la prohibición estipulada en la sentencia del 26 de febrero de 2020 para condicionar la admisibilidad de la FTB a criterios materiales y el aval para establecer restricciones regulatorias que garanticen la libre decisión⁴⁰. Esta libertad para generar criterios de acceso a la asistencia en virtud de esclarecer la libre decisión deja desamparados a los pacientes. El Estado alemán reconoce el derecho al suicidio motivado por la decisión individual, los profesionales no pueden evaluar según razonabilidad objetiva, es el paciente quien determina finalmente desde su autonomía la forma y momento de su muerte. Entonces es importante preguntarse el papel de la negligencia que muestra el Estado para establecer criterios que aseguren la decisión informada, que en últimas instancias es el único criterio relevante para acceder al suicidio asistido. Con criterios ambiguos que empujan la responsabilidad en las organizaciones y profesionales de la salud será mucho más complicado asegurar no solo el derecho a la vida sino a la vida digna, vida que el

35 Dignitas. “Wer ist Dignitas in Deutschland?”, *DIGNITAS.CH* s. f. Disponible en <[HTTP://DIGNITAS.CH/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=61&ITEMID=42&LANG=DE](http://dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=42&lang=de)> (visto por última vez el 28.03.2024).

36 Dignitas. “Membership” *Dignitas.ch* s. f. Disponible en <[HTTP://WWW.DIGNITAS.CH/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=16&ITEMID=48&LANG=EN](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=48&lang=en)> (visto por última vez el 28.03.2024).

37 NCBI, “Assisted suicide organisation opens branch in Germany”, *NCBI.NLM.NIH.GOV* 09.10.2005 Disponible en <[HTTPS://WWW.NCBI.NLM.NIH.GOV/PMC/ARTICLES/PMC1273481/](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1273481/)> (visto por última vez el 28.03.2024).

38 Dignitas, “Accompanied Suicide” *DIGNITAS.CH*/s.f. Disponible en <[HTTP://DIGNITAS.CH/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=20&ITEMID=60&LANG=EN](http://dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=20&Itemid=60&lang=en)> (visto por última vez el 28.03.2024).

39 Dignitas (*supra* nota 38).

40 Zum Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 §340, 341.

ciudadano decide vivir. Cada día que pasa sin esta regulación crece tanto el peligro de ciudadanos siendo asistidos sin recibir el acompañamiento adecuado, poniendo en riesgo una vida cuya real intención no era finalizar. Asimismo, el de ciudadanos prolongando una vida indigna de sufrimientos. Si bien el Estado no está en obligación de proporcionar la asistencia⁴¹, como mínimo debe asegurarse de tener claras las reglas para quienes se encargarán de proporcionar dicha asistencia a sus ciudadanos.

El caso colombiano se diferencia al alemán por la cantidad de jurisprudencia en materia de suicidio asistido, eutanasia y voluntades anticipadas. En Colombia incluso existe una resolución que se encarga del paso a paso en el trámite para la solicitud de la eutanasia. La obligación de control radica en el gobierno, la solicitud inicial se hace ante la EPS, que se encarga de designar al Instituto Prestador de Salud (IPS) que conformará el comité encargado de responder. El tiempo de respuesta con el que la entidad cuenta es de 10 días calendario⁴². Si la solicitud se aprueba, se le pregunta al paciente si reitera su decisión, en caso afirmativo el paciente tendrá un máximo de 15 días calendario para programar la eutanasia.

Aunque el trámite suena sencillo, para poder ejecutarlo es necesario tener conocimiento sobre el resto de jurisprudencia, no ser congruente con lo ya estipulado en las sentencias de la Corte durante la solicitud puede perjudicar su resultado. En caso de negativa por parte del comité, se debe presentar una acción de tutela, y para soportar es necesario apoyarse por el resto de normativas distribuidas en sentencias y resoluciones.

La falta de una ley sobre eutanasia en Colombia perjudica de varias formas a sus ciudadanos, por una parte, afecta el principio que mediante la previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de derechos y obligaciones al tener seguridad de la interpretación estable y consistente de los jueces, el principio de seguridad jurídica⁴³, la ausencia de una normativa clara deja a los ciudadanos en situación de ambigüedad. No hay ley, solo jurisprudencia, si se desea imponer una acción de tutela respecto a muerte digna, no hay seguridad sobre las bases normativas que soporten la decisión de un juez.

No es posible contemplar el impacto que tiene la falta de esta ley sin recordar el contexto de la sociedad colombiana, una población con una desigualdad demasiado marcada como para no ser mencionada. No solo es importante resaltar el desconocimiento normativo de gran parte de la población, el ciudadano debe moverse entre largas sentencias para entender y hacer efectivo su derecho a una muerte digna. La comodidad y accesibilidad de la información legal debería ser una prioridad cuando la vida digna es el derecho en juego.

4. ¿Qué vale la pena implementar?

Ambos países legislan de forma distinta sobre el tema, es interesante acercarlos desde las similitudes que les permitirían implementar perspectivas normativas novedosas pero congruentes con su problemática.

41 CÁMARA, GREGORIO, "La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXVII (2021), p. 455.

42 Ministerio de Salud y protección social (*supra* nota 14) artículo 13.

43 Corte Constitucional (9 de agosto de 2001) Sentencia 836 de 2001 (MP Escobar, R.).

En temas de eutanasia el Estado colombiano mantiene una postura casi paternalista, los criterios de enfermedad y de sufrimiento son indispensables para su autorización. Incluso cumpliendo médicamente con el criterio, es necesaria la evaluación por parte de un Comité que no solo certifique la presencia de un padecimiento insoportable y permanente sino también la inexistencia de una alternativa distinta a la eutanasia⁴⁴.

En Colombia existe el derecho a la autonomía como el libre desarrollo de la personalidad, este según la Corte Constitucional “busca proteger la potestad del individuo para auto determinarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses”⁴⁵. La Corte también lo entiende desde la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia como parte del derecho⁴⁶.

Al igual que Alemania, Colombia en virtud del derecho del libre desarrollo de la personalidad podría eliminar los criterios de enfermedad incurable. El Tribunal Constitucional Federal alemán respalda su decisión marcando como inadecuado el condicionar la asistencia a criterios de enfermedad terminal o de edad, ya que reconoce que esta decisión se expresa como un acto de autodeterminación que debe ser respetado por el Estado. Defiende al individuo como único con capacidad de decidir basado en su comprensión de la calidad de vida, por esto no necesita justificar su deseo.⁴⁷ Para el Estado colombiano es necesario acercar a sus ciudadanos a la autonomía y libertad de decisión, no solo para elegir cómo se vive, sino en qué momento no es digno continuar viviendo.

En cuanto al Estado alemán, su forma desarrollo jurisprudencial respecto a la FTB muestra un claro desinterés en ser sujeto activo en la asistencia al suicidio, para el Estado alemán no es conveniente encargarse de los procesos eutanásicos como lo hace el Estado colombiano. Pero esto no lo excusa de carecer en regulación para los terceros facultados para encargarse del procedimiento. Alemania al igual que Colombia faculta a su Ministerio de salud para la elaboración de reglamentos legales y administrativos en búsqueda de la protección de los intereses de los pacientes.⁴⁸ En virtud de esta facultad el Ministerio de Salud de Alemania, tal y como el colombiano, puede plantearse expedir una ley que esclarezca el trámite de solicitud de FTB, e incluso un reglamento para las organizaciones que facilitan su acceso.

Conclusión.

El suicidio asistido y la eutanasia son temas relativamente nuevos, es común que los gobiernos se abstengan a propuestas que contemplen la posibilidad de tomar malas decisiones y más aún al momento de legislar respecto a un tema tan irreversible y controversial como lo es la muerte. Los debates se van a dar y en la mayoría de los casos eso es necesario. Es indispensable tener un

44 Ministerio de Salud y protección social (*supra* nota 15), p. 3-7.

45 Corte Constitucional (16 de abril de 2008). Sentencia No.C-336-08 [M.P: Vargas, C.]

46 Corte Constitucional (*supra* nota 45).

47 Urteil des Zweiten Senats (*Supra* nota 40).

48 Bundesministeriums für Gesundheit, “Aufgaben des Bundesministeriums für Gesundheit” *Bundesgesundheitsministerium.de* s.f Disponible en <[HTTPS://WWW.BUNDESGESUNDHEITSMINISTERIUM.DE/MINISTERIUM/AUFGABEN-UND-ORGANISATION/AUFGABEN.HTML](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/aufgaben-und-organisation/aufgaben.html)>

espacio de discusión que se preste para poner las ideas y preocupaciones sobre la mesa, pero por la misma severidad del tema es imprescindible actuar con celeridad y con respeto. Un paciente enfrentado un sufrimiento tan insoportable que le provoca el deseo de autolisis no puede retrasarse por procesos burocráticos o dudas por falta de regulación.

Sociedades que en contextos globalizados avanzan de forma tan veloz necesitan regulaciones capaces de seguirles el paso y ser sensatas con su ritmo evolutivo. Cada año las cifras de favorabilidad de la eutanasia en la opinión pública crecen,⁴⁹ las solicitudes aumentan⁵⁰ y hay un desconcierto frente a la claridad de las pautas que regulan esas peticiones. No basta con una legislación que actúe conforme a la autonomía, es necesaria una legislación que brinde protección y no entorpezca el ejercicio del derecho incorruptible a la propia decisión.

Bibliografía.

- BARROSO, BORJA, "Eutanasia y suicidio asistido: un estudio comparado de las novedades en Alemania, Austria, Portugal y España". *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, (2023), pp. 579-608. Disponible en <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=9214427](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9214427)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- BGH 1 StR 357/94, Zum Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 (Ley 2020. Artículo 340, 341.) Disponible en <[HTTPS://WWW.BUNDESVERFASSUNGSGERICHT.DE/SHAREDDOCS/ENTSCHEIDUNGEN/DE/2020/02/RS20200226_2BVR234715.HTML](https://www.bundesverfassungsgericht.de/shareddocs/entscheidungen/DE/2020/02/RS20200226_2BVR234715.HTML)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Bundesministeriums für Gesundheit, "Aufgaben des Bundesministeriums für Gesundheit" *Bundesgesundheitsministerium.de* s.f Disponible en <[HTTPS://WWW.BUNDESGESUNDHEITSMINISTERIUM.DE/MINISTERIUM/AUFGABEN-UND-ORGANISATION/AUFGABEN.HTML](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/aufgaben-und-organisation/aufgaben.html)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- CÁMARA, GREGORIO, "La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXVII (2021), p. 455. Disponible en <[HTTPS://WWW.BOE.ES/BIBLIOTECA_JURIDICA/ANUARIOS_DERECHO/ABRIR_PDF.PHP?ID=ANU-E-2021-10039900464](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2021-10039900464)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Código Penal [CP], Ley 599 de 2000. Art. 239. Derogado 24 de Julio de 2004. (Colombia) Disponible en <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>> (visto por última vez el 01.04.2024).
- CORREA, LUCAS, & JARAMILLO, CAMILA, "De la muerte lenta #2/ Cifras, barreras y logros sobre el derecho a morir dignamente en Colombia", *DescLAB | Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, núm. 2 Diciembre 9 (2022), p 23 Disponible en <[HTTPS://WWW.DESCLAB.COM/_FILES/UGD/EOE620_6A-4D002443244417A5552C762E40C785.PDF](https://www.descslab.com/_files/ugd/EOE620_6A-4D002443244417A5552C762E40C785.PDF)>

49 CORREA, LUCAS, & JARAMILLO, CAMILA, "De la muerte lenta #2/ Cifras, barreras y logros sobre el derecho a morir dignamente en Colombia", *DescLAB | Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, núm 2 Diciembre 9 (2022), p. 23.

50 CORREA, LUCAS, & JARAMILLO, CAMILA (*supra* nota 49).

- Corte Constitucional (11 de mayo de 2022), Sentencia No.C-164/22 [M.P. Lizarro, A.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2022/C-164-22.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-164-22.htm)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional (12 de diciembre de 2017), Sentencia No.T-721/17 [M.P. Lizarazo, A.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2017/T-721-17.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-721-17.htm)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional (15 de diciembre de 2014), Sentencia No. T-970/14 [M.P. González, M.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2014/T-970-14.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-970-14.htm)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional (16 de abril de 2008), Sentencia No.C-336-08 [M.P. Vargas, C.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2008/C-336-08.HTM#:~:TEXT=EL%20DERECHO%20AL%20LIBRE%20DESARROLLO,ACORDE%20CON%20SUS%20PROPIOS%20INTERESES%2C](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-336-08.htm#:~:text=El%20derecho%20al%20libre%20desarrollo,acorde%20con%20sus%20propios%20intereses%2c)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional (2 de noviembre de 2017), Sentencia No.T-423/17 [M.P. Escruceña, I.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2017/T-423-17.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-423-17.htm)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional (25 de agosto de 2017), Sentencia No.T-544/17 [M.P. Ortiz, G.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2017/T-544-17.HTM#:~:TEXT=T%2D544%2D17%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&text=El%20DERECHO%20A%20LA%20SALUD,SU%20VIDA%20EN%20CONDICIONES%20DIGNAS](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-544-17.htm#:~:text=T%2D544%2D17%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&text=El%20derecho%20a%20la%20salud,su%20vida%20en%20condiciones%20dignas)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte constitucional (9 de agosto de 2001), Sentencia 836 de 2001 (MP Escobar, R.) Disponible en <[HTTPS://WWW.ALCALDIABOGOTA.GOV.CO/SISJUR/NORMAS/NORMA1.JSP?I=17773&DT=S](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=17773&dt=S)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Constitucional de Colombia (20 de mayo de 1996), Sentencia No. C-239/97 [M.P. Gaviria, C.]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/1997/C-239-97.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Corte Europea de Derechos Humanos, Resumen de sentencia., *CSJN.GOV.AR* s.f Disponible en <[HTTPS://WWW.CSJN.GOV.AR/DBRE/SENTENCIAS/CEDHKOCH.HTML](https://www.csjn.gov.ar/dbre/sentencias/cedhkoeh.html)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Council Of Europe. (2010), European Convention of Human Rights. *Council Of Europe*, echr. Disponible en <[HTTPS://WWW.ECHR.COE.INT/DOCUMENTS/D/ECHR/CONVENTION_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/D/ECHR/CONVENTION_SPA)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- DGHS, “Selbstbestimmung am Lebensende”, *DGHS.DE* s. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.DGHS.DE/](https://www.dghs.de/)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Dignitas, “Accompanied Suicide” *DIGNITAS.CH*/ s. f.. Disponible en <[HTTP://DIGNITAS.CH/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=20&ITEMID=60&LANG=EN](http://dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=20&Itemid=60&lang=en)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Dignitas, “Membership”, *DIGNITAS.CH* s. f. Disponible en <[HTTP://WWW.DIGNITAS.CH/INDEX.PHP?OPTION=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=16&ITEMID=48&LANG=EN](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=48&lang=en)> (visto por última vez el 01.04.2024).

- Ministerio de Salud y protección social (1 de julio de 2021). Resolución 971/21. Por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia artículo 13. Disponible en <[HTTPS://WWW.MINSALUD.GOV.CO/SITES/RID/LISTS/BIBLIOTECADIGITAL/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-971-DE-2021.PDF](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/lists/biblioteca/digital/ride/de/dij/resolucion-971-de-2021.pdf)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Ministerio de Salud y protección social (20 de abril de 2015). Resolución 1216/2015. Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. p. 6 - 8. Disponible en <[HTTPS://WWW.MINSALUD.GOV.CO/NORMATIVIDAD_NUEVO/RESOLUCION%201216%20DE%202015.PDF](https://www.minsalud.gov.co/NORMATIVIDAD_NUEVO/RESOLUCION%201216%20DE%202015.PDF)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- NCBI, "Assisted suicide organisation opens branch in Germany", *Ncbi.nlm.nih.gov* 09.10.2005 Disponible en <[HTTPS://WWW.NCBI.NLM.NIH.GOV/PMC/ARTICLES/PMC1273481/](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1273481/)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- RIQUELME, PABLO, "Vista de Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania" *UNED. Revista de Derecho Político*, núm 109, septiembre-diciembre (2020), p. 303. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UNED.ES/INDEX.PHP/DERECHEPOLITICO/ARTICLE/VIEW/29061/22359](https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/29061/22359)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Strafgesetzbuch § 215 StGB, Disponible en <[HTTPS://WWW.RIS.BKA.GV.AT/NORMDOKUMENT.WXE?ABFRAGE=BUNDESNORMEN&GESETZESNUMMER=10002296&ARTIKEL=&PARAGRAF=215&ANLAGE=&UEBERGANGSRECHT=#:~:TEXT=PARAGRAPH%20215%2C,ZU%20ZWEI%20JAHREN%20ZU%20BESTRAFEN.>](https://www.ris.bka.gv.at/NORMDOKUMENT.WXE?ABFRAGE=BUNDESNORMEN&GESETZESNUMMER=10002296&ARTIKEL=&PARAGRAF=215&ANLAGE=&UEBERGANGSRECHT=#:~:TEXT=PARAGRAPH%20215%2C,ZU%20ZWEI%20JAHREN%20ZU%20BESTRAFEN.>)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- TOMÁS, CARMEN, & LANUZA, VALIENTE, "Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada". *Derecho A Morir*, derechoamorir.org. p. 16. Disponible en <[HTTPS://DERECHEAMORIR.ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2018/07/POSIBILIDADESREGULACIONEUTANASIA.PDF](https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/07/POSIBILIDADESREGULACIONEUTANASIA.PDF)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Urteil vom 02.03.2017 - BVerwG 3 C 19.15. (Artículo 38). Disponible en <[HTTPS://WWW.BVERWG.DE/020317U3C19.15.0](https://www.bverwg.de/020317U3C19.15.0)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Urteil vom 02.03.2017 - BVerwG 3 C 19.15. Disponible en <[HTTPS://WWW.BVERWG.DE/020317U3C19.15.0](https://www.bverwg.de/020317U3C19.15.0)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 (Ley 202. Artículo 240.). Disponible en <[HTTPS://WWW.BVERWG.DE/260220U3C14.18.0](https://www.bverwg.de/260220U3C14.18.0)> (visto por última vez el 28.03.2024).
- Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB): Hinweise und Erläuterungen für die ärztliche Praxis**. Deutsches Ärzteblatt. Disponible en <[HTTPS://WWW.AERZTEBLATT.DE/ARCHIV/186360/VERBOT-DER-GESCHAEFTSMAESSIGEN-FOERDERUNG-DER-SELBSTTOETUNG-\(-217-STGB\)-HINWEISE-UND-ERLAEUTERUNGEN-FUER-DIE-AERZTLICHE-PRAXIS](https://www.aerzteblatt.de/archiv/186360/VERBOT-DER-GESCHAEFTSMAESSIGEN-FOERDERUNG-DER-SELBSTTOETUNG-(-217-STGB)-HINWEISE-UND-ERLAEUTERUNGEN-FUER-DIE-AERZTLICHE-PRAXIS)> (visto por última vez el 28.03.2024).

Luisa Liliana Gutiérrez Herrera

23. Desmoronamiento y Norte de la Entrevista Forense en “Actos sexuales con menor de Catorce Años”: Un Análisis desde la Legislación Colombiana.

Resumen: La legislación colombiana en las leyes 906 de 2004 y 1652 de 2013, regula la entrevista forense en casos de abuso sexual infantil. Establecen procedimientos precisos, sin embargo, su implementación enfrenta retos en términos de capacitación del Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I). Este análisis aborda las disposiciones legales y jurisprudenciales de la entrevista forense, su valor probatorio y las consecuencias de una práctica deficiente en casos de abuso sexual infantil en Colombia. Se reflexiona sobre la mejora de su efectividad en el contexto colombiano, destacando la importancia de garantizar el respeto y la protección de las víctimas.

Palabras clave: Entrevista forense, abuso sexual infantil, Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 906 de 2004, Ley 1652 de 2013, actos sexuales en menor de catorce años, prueba de referencia, Colombia.

Abstract: In Colombian legislation, the laws 906 from 2024 and 1652 from 2013 regulate forensic interview for cases of child sexual abuse. those laws establish precise procedures; however, their implementation faces challenges in terms of training to the police personal that have the function of realizate (Technical Investigation Corps: C.T.I). This analysis addresses the legal and jurisprudential provisions of the forensic interview, its probative value and the consequences of poor practice in child sexual abuse cases in Colombia. It reflects on improving its effectiveness in the Colombian context, highlighting the importance of ensuring respect for and protection of victims.

Keywords: Forensic interview, child sexual abuse, Children and Adolescents, Law 906 from 2004, Law 1652 from 2013, sexual acts in children under fourteen, reference evidence, Colombia.

1. Introducción.

La adopción del sistema penal acusatorio en Colombia, mediante la Ley 906 de 2004, ha suscitado una transformación significativa en el procedimiento penal del país. La Ley 906 de 2004, entre otras implementaciones, estableció competencias específicas para el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Con posterioridad, la Ley 1652 de 2013 reglamentó la práctica de la entrevista forense a menores de edad víctimas de posibles delitos sexuales.

La entrevista forense en Colombia es considerada un medio material probatorio, así lo reglamenta el art. 275 de la Ley 906 de 2004, adicionado mediante el art. 1 de la ley 1652 de 2013 en los siguientes términos: “También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código¹, por lo que la misma corresponde al procedimiento que utiliza la Policía Judicial para recolectar información que sea útil dentro de una investigación por delitos sexuales en contra de menores de edad. Frente a la necesidad de entrevistar a Niños, Niñas y Adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales, la Ley 1652 de 2013 reglamentó que esta debe ser practicada por una persona que pertenezca al Cuerpo Técnico de Investigación (C.T.I.) de la Fiscalía General de la Nación, con formación y conocimientos específicos en la realización de entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), evitando siempre la revictimización de los menores; advirtiendo que este procedimiento se debe llevar a cabo en una Cámara Gesell o en su defecto en un espacio adecuado que contemple la edad y etapa de desarrollo de la presunta víctima, bajo la supervisión de un Defensor de Familia y la existencia del consentimiento de los padres o un representante legal del menor, durante la realización de la entrevista, los menores pueden estar acompañados de sus padres o representantes legales, tiene que quedar registro filmico de la misma.

Las entrevistas deben seguir siempre el principio del interés superior del menor². Es así como, al pasar el examen de constitucionalidad³ los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1652 de 2013, la Corte Constitucional preponderó la obligación de considerar el principio *pro infans* en las decisiones que le corresponda tomar a los funcionarios judiciales y la obligación de brindar el mayor nivel de protección posible a las menores víctimas de abuso sexual. Por lo tanto, garantizar el bienestar y la integridad de los entrevistados implica, entre otras cosas, que los entrevistadores han de ser personas altamente especializadas y preparadas⁴. No obstante, El art. 206A de la

1 “Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el título iv del código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, [...]”.

2 Corte Constitucional, M.P., Estrada, Alexei Julio, 7 de marzo de 2013, T-117/13.

3 Corte Constitucional, M.P. Pinilla Pinilla, Nilson, 26 de marzo de 2014, C-177/14. (Declara exequible los artículos 1, 2 y 3 de la ley 1652 de 2013).

4 BERLINERBLAU, NINO Y VIOLA, *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*, Argentina, UNICEF, 2013, p. 54.

Ley 906 del 2004, a través del cual se reglamentó la realización de la entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes no específica como obligatorio el uso de un protocolo específico de entrevista, ni la profesión de los funcionarios autorizados para realizarla.

Teniendo en cuenta lo anterior, este texto se enfoca en estudiar las disposiciones legales, su implementación y algunos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes con relación a la entrevista forense en casos de abuso sexual infantil en Colombia, la prueba de referencia y otros aspectos, prestando especial atención al delito de “*Actos sexuales con menor de Catorce Años*”⁵ por las características que la conducta reviste, a fin de establecer si la práctica de la entrevista forense responde con claridad al modelo de valoración restringida, esto es, la prohibición de basar una condena exclusivamente en prueba de referencia que prevé el inciso 2º del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, cuando el menor no acude a juicio.

2. Análisis legal y Jurisprudencial Colombiano.

Con la adopción del sistema penal acusatorio se dio paso a la transformación del código penal y de procedimiento penal colombiano, éste último, modificado por la Ley 906 de 2004 y en ella se establecieron y fijaron, entre otras, las competencias del Instituto Colombiano de Medicina legal y Ciencias Forenses⁶ respecto de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Con posterioridad, se expidió la Ley 1652 de 2013, orientada a reglamentar la práctica de la entrevista forense a los menores de edad cuando hayan sido víctimas de posibles delitos sexuales.

Según el art. 2 literal d., la entrevista debe ser

“realizada por personal del **Cuerpo Técnico de Investigación** de la FGN **entrenado en entrevista forense** en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un **entrevistador especializado**”⁷ (negrillas fuera del texto).

De otra parte, el legislador a través la Ley 1652 de 2013 adicionó el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, otorgando a la entrevista forense realizada a NNA como posibles víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el carácter de “elemento material probatorio”. Asimismo, previó la posibilidad legal de poderla incorporar o aducir en el juicio oral, mediante el profesional de la psicología o la persona del cuerpo técnico de la fiscalía general de la Nación que entrevistó y valoró a la víctima. De acuerdo con el literal f) del nuevo artículo 206A de la Ley 906 de 2004, el profesional: “*podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe*

5 “Artículo 209. *Actos sexuales con menor de catorce años.* <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”. Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000, *Diario Oficial* No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

6 En el art. 204 lo define como un organismo técnico-científico para presta auxilio y apoyo en las investigaciones que desarrolle la fiscalía general de la Nación y los órganos con funciones de Policía Judicial.

7 Congreso de Colombia, Ley 1652 de 2013, *Diario Oficial* No. 48.849 de 12 de julio de 2013.

realizado”⁸. Por consiguiente, la entrevista forense a víctimas de delitos sexuales, al ser uno de los recursos disponibles con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para obtener información precisa y confiable sobre el posible autor de la conducta punible, la existencia de testigos, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos dentro del marco de las investigaciones, exige respetar la prevalencia de los derechos del menor, e implica la obligación de respetarlos adecuando el procedimiento judicial cuando ellos intervengan. El fundamento es claro, el desarrollo mental de los menores, sumado a las consecuencias adversas del abuso sexual, no les permite desenvolverse en las condiciones en las que lo haría alguien en un procedimiento para adultos. Por esta razón, el procedimiento cuenta con unas características especiales y su práctica debe ajustarse a lo previsto en la Ley 906 de 2004, en los artículos 205, 206 y el artículo 206A adicionado por la Ley 1652 de 2013 ya analizado. Igualmente, debe cumplir con lo previsto en los artículos 32, numeral 8° de la Ley 1448 de 2011 y el artículo 13, numeral 9° de la Ley 1719 de 2014.

A su turno, deben ser consideradas las normas que regulan la recepción de testimonios de Niños, Niñas y Adolescentes contenidas en los artículos 206A y 383¹¹ de la Ley 906 de 2004, así como lo dispuesto en el artículo 150¹² de Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Ado-

8 Art. 206A (*supra* nota 1).

9 “Las entrevistas realizadas con las víctimas dentro del marco del programa de protección deberán efectuarse en sitios seguros y confidenciales, en particular cuando involucran mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Congreso de Colombia. “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Ley 1448 de 2011, de 10 de junio de 2011

10 “Artículo 13. *Derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual.* Las víctimas de violencia sexual sin perjuicio de los derechos, garantías y medidas establecidos en los artículos 11 y 14, y el Capítulo IX del Título IV de la Ley 906 de 2000 <sic. es 2004>; en los artículos 80, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1257 de 2008; en los artículos 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 52, 53, 54, 69, 132, 135, 136, 137, 139, 140, 149, 150, 151, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 190, 191 de la Ley 1448 de 2011; en el artículo 54 de la Ley 1438 de 2011; en el artículo 15 de la Ley 360 de 1997; en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198 de la Ley 1098 de 2006 y demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, tienen derecho a: [...]”

9. A contar con asesoría, acompañamiento y asistencia técnica legal en todas las etapas procesales y desde el momento en que el hecho sea conocido por las autoridades. Las entrevistas y diligencias que se surtan antes de la formulación de imputación deberán realizarse en un lugar seguro y que le genere confianza a la víctima, y ningún funcionario podrá impedirle estar acompañada por un abogado o abogada, o psicóloga o psicólogo. Se deberán garantizar lugares de espera para las víctimas aislados de las áreas en las que se desarrollan las diligencias judiciales, que eviten el contacto con el agresor o su defensa, y con el acompañamiento de personal idóneo.” Congreso de Colombia. “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.” Ley 1719 de 2014, de 18 de junio de 2014

11 “Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 50. del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.” Congreso de Colombia. Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, *Diario Oficial* No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

12 “Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El Defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo

lescencia). Las normas exigen que el sujeto que realiza la entrevista garantice la idoneidad de la comunicación con la víctima atendiendo las características del delito investigado. En consecuencia, la preparación y el papel que desempeña el entrevistador son esenciales para garantizar la obtención de información precisa, confiable, proteger la integridad del testimonio, brindar apoyo emocional a la víctima y garantizar el cumplimiento de los procedimientos legales adecuados, teniendo en cuenta, como se ha señalado, que la entrevista forense rendida por los Niños, Niñas y Adolescentes constituye prueba de referencia en los términos de la Ley 1652 de 2013 que, por tratarse de manifestaciones de contenido inculpativo, puede ser valorada por el Juez de forma excepcional en los eventos expresamente previstos en el artículo 438 del código de procedimiento penal, cuando el sujeto pasivo “[...] es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal ...”¹³. En esa misma línea, también

“es posible usar sus declaraciones anteriores como prueba de referencia así concurren al juicio, en aplicación del principio pro infans, siempre que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido» o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada”¹⁴.

A partir de ese precepto, los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si la declaración recibida antes de juicio oral, y posteriormente llevada al mismo, constituye una prueba de referencia, son:

“(i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado»¹⁵.

No obstante, para que sea considerada y valorada una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su admisión. Tal solicitud debe cumplir con una carga argumentativa específica, lo que implica que se debe

fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.” (“<Esta ley entró a regir seis (6) meses después de su promulgación, según lo dispuso el Art. 216>”) Congreso de Colombia. Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006, de 8 de noviembre de 2006.

13 Congreso de Colombia, Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dr. Hernández Barbosa, Luis Antonio, 1 de marzo de 2023, SP068-2023.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar Patricia, 16 de marzo de 2016, SP3332-2016.

“(i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (v) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio”¹⁶.

En todo caso, el valor probatorio de la prueba de referencia es restringido, puesto que no se permite dictar una condena basada únicamente en este tipo de prueba. Por lo que se hace necesaria la existencia de otros medios probatorios de naturaleza diferente que la complementen, y que la apreciación conjunta de todos estos elementos permita llegar a la convicción de que el delito efectivamente ocurrió y de que el acusado es responsable.

En contraste con lo anterior, el artículo 206A de la Ley 906 del 2004, mediante el cual se regula la realización de la entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes en desarrollo de la especial protección y prevalencia que tienen los derechos de los menores de edad sobre cualquier derecho, tal y como lo establece La Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política, artículo 44¹⁷, no definen la profesión del funcionario que tendrá a cargo realizar la entrevista, ni tampoco el uso de un protocolo específico para llevarla a cabo.

En este sentido, sostiene la Psicóloga Adriana Espinosa Becerra que:

“La diferencia entre las especialidades de los profesionales de la psicología en el sistema de administración de justicia colombiano está ausente, las partes aunque están obligadas a presentar a sus testigos peritos y certificar su idoneidad (Artículo 413 C.P.P) no se encuentran ajustados debates jurídicos que realmente comprendan el impacto que puede traer un profesional sin la especialidad, compatibilidad y experticia necesaria para fungir como asesor de la administración de justicia. Es así que los juzgadores de primera instancia avalan la presentación de psicólogos clínicos, educativos, entre otros en escenarios judiciales [...]. Para una revisión de la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema ver: Casación 32595 del 9 de Noviembre de 2009. M.P. Alfredo Gómez Quintero; Casación 31950 del 19 de Agosto de 2009. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; Casación 32868 del 10 de Marzo de 2010. M.P. Sigifredo Espinosa; Casación 32103 del 21 de Octubre de 2009; en donde se desvirtúa la necesidad de contar con profesionales idóneos para determinados procesos, otorgándole competencia y facultades a distintas personas; se confunde el rol entre psicólogo clínico — terapeuta y psicólogo forense, entre otros”¹⁸.

Como consecuencia, la Fiscalía, en su calidad de entidad responsable de ejercer la acción penal, debe tomar todas las medidas a su disposición para garantizar que las entrevistas realizadas a los Niños, Niñas y Adolescentes fuera de la audiencia del juicio oral sean debidamente docu-

16 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar, Patricia, 23 de mayo de 2018, SP1783-2018.

17 “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. Constitución Política de la República de Colombia. Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional* No. 116 de 20 de julio de 1991

18 ESPINOSA BECERRA, ADRIANA, *Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales*, Bogotá, 2012, Defensoría de Pueblo, Tomo I, p.11.

mentadas, especialmente cuando decide presentarlas como prueba, además de la carga que tiene de llevar a cabo una investigación exhaustiva, con el objetivo de obtener evidencia que permita superar la restricción establecida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, el cual prohíbe que la condena se base únicamente en pruebas de referencia,

“lo que coincide con lo planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ratificado por el Tribunal Supremo de España en torno a la imposibilidad de que la condena se base exclusiva o preponderantemente en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar”¹⁹.

Dentro de este contexto, ¿la práctica de la entrevista forense responde con claridad al modelo de valoración restringida que prevé el inciso 2º del artículo 381 C.P.P., cuando el menor no acude a juicio?

Para empezar, es importante resaltar la vigencia del principio del interés superior y la prevalencia de los Niños, las Niñas y los Adolescentes, mediante el cual se refuerza el derecho que estos tienen para gozar de forma eficaz de los derechos fundamentales, como sujetos de plenos derechos en el marco legal y constitucional vigente. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado, Dr. Mauricio González Cuervo, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado claramente los criterios jurídicos generales a los que debe acudirse, para determinar el interés superior del menor y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, con miras a tomar la decisión que corresponda en cada caso. (i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse siempre aplicando la norma más favorable a sus intereses; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar al menor de todo tipo de abusos y arbitrariedades y protegerlos frente a condiciones extremas que amenazan su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Cuando el equilibrio entre los derechos del niño y los de sus parientes (biológicos o, de hecho) se quiebre, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En relación con los intereses de los padres, estos pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente y garantice la materialización de su interés superior; (v) Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado”²⁰.

Por lo tanto, en Colombia se han promulgado diversas leyes destinadas a salvaguardar los derechos de los menores de edad que participan en el proceso penal como víctimas y/o testigos, señalándose que estas disposiciones deben ser interpretadas en consonancia con los tratados internacionales que velan por la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Este aspecto fue ratificado por la Corte Constitucional en su sentencia C-177 de 2014, en la cual se hace referencia a los siguientes tratados:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

19 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Patiño Cabrera, Eyder, 13 de julio de 2016, SP9508-2016.

20 Corte Constitucional, M.P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio, Sentencia del 27 de julio de 2011 T-580/11.

Hombre (abril 30 de 1948), [...] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (marzo 23 de 1976). [...] la Convención Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 22 de 1969) [...], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16 de 1966) [...]. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), [...]. Años después en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (noviembre 29 de 1959) [...] indicó que, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales e incluso la debida defensa legal [...].

Se exigen mayores esfuerzos para la protección de las prerrogativas de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre 20 de 1989) [...]. La comunidad internacional preocupada por la explotación sexual infantil ha acogido el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (mayo 25 de 2000) [...]. Es así evidente que existe un cúmulo de instrumentos internacionales y, según el caso, integradores del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Const.), que imponen obligaciones a la familia, a la sociedad y al Estado de garantizar a ultranza los derechos de niños, niñas, adolescentes, realizándose el compromiso frente a eventuales delitos sexuales²¹.

En consecuencia, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) enfatiza la prioridad que se debe otorgar a los casos de violencia sexual infantil para asegurar la sanción de los responsables, la reparación de los daños sufridos y la restauración plena de los derechos afectados. Asimismo, se establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir cualquier forma de revictimización²².

En vista de que, los menores son víctimas de delitos sexuales de gran complejidad como son los “Actos sexuales con menor de catorce años”, que además tienen exigencias probatorias muy particulares en el proceso penal, por ser realizados usualmente en intimidad, sin posibles testigos para acreditarlos, que se valen de la vulnerabilidad de la víctima, **lo que impide que la prueba de referencia se acompañe de otras pruebas directas**, haciendo imposible la ejecución de actos de investigación para recaudar pruebas de hechos o circunstancias que permitan concluir que los hechos se presentaron tal y como los relata la víctima, por lo que la respuesta legal a este tipo de delitos se ha caracterizado más por buenas dosis de derecho penal de autor que de acto, afirmación que se sustenta en la flexibilización de las garantías probatorias del procesado que buscan evitar la revictimización de los Niños, Niñas y Adolescentes, al permitirse, como ya se explicó, la admisibilidad en juicio de la entrevista forense como prueba de referencia, la cual ha sido flexibilizada vía jurisprudencial, en los siguientes términos:

“La Corte ha modulado las reglas sobre la prueba de referencia y pacíficamente ha considerado que **la inflexibilidad de las normas debe ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal**, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediatez y contradicción. En otras palabras, **las formas o la ritualidad acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad**”²³. (énfasis propio).

21 Corte Constitucional (*supra* nota 3).

22 Congreso de Colombia, arts. 192 y subsiguientes, Ley 1098 de 2006, de 8 de noviembre de 2006.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala penal, M.P. Soto Díaz, Jorge Hernán, 7 de febrero de 2024, SP175-2024.

De otra parte, durante el desarrollo histórico del proceso penal con tendencia acusatoria, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado frente a la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, entre otros aspectos, sobre: la apreciación de las pruebas, la corroboración periférica, la entrevista forense, la prueba de referencia, la credibilidad de los menores, el fenómeno de retractación, por lo tanto,

“La apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley”²⁴.

En relación con la valoración de los testimonios de Niños, Niñas y Adolescentes, se debe poner especial atención a cualquier antecedente que pueda hacer más creíble la narración de la víctima, por lo que se cuenta con unas reglas jurisprudenciales particulares para el estándar, como las reglas de corroboración periférica:

“(i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. [...] Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: [...] (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; [...] (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso”²⁵.

Bajo esa tesis, sin desconocer que la violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes es una realidad execrable, no se puede aceptar que el proceso penal se convierta en una cacería de brujas. Ello, en la medida en que al ser estos delitos una de las conductas más graves del código penal, la ley de infancia y adolescencia (artículo 199) no permite algún tipo de beneficios por la aceptación de cargos. Es inadmisibles que el proceso democrático profundice la pretensión de convertir en venganza la sanción penal estableciendo aumentos punitivos que atienden el clamor de la sociedad y los medios de comunicación, e implantando con la Ley 2081 de 2021 la “imprescriptibilidad de la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años”²⁶ la cual, en opinión de quien escribe, desconoce la Constitución colombiana²⁷ y la seguridad jurídica. La realidad

24 Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio, 9 de febrero de 2009, T-594/09.

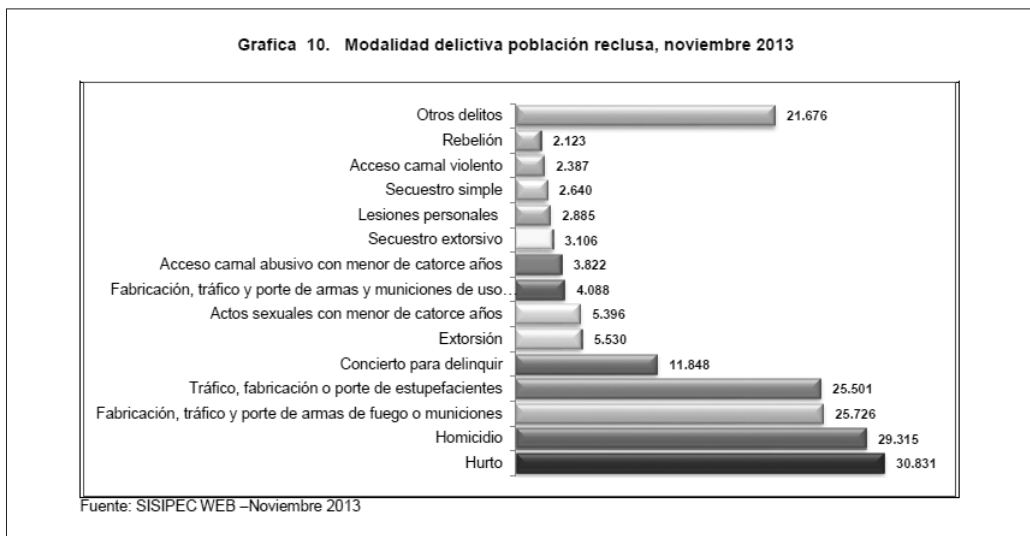
25 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar, Patricia, 2 de septiembre de 2020, SP3274-2020

26 Congreso de Colombia. “Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años – No más silencio.” Ley 2081 DE 2021, 3 de febrero de 2021.

27 “ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las

demuestra que en estos delitos el presunto responsable de la conducta es condenado desde la denuncia. Efectos mediáticos, abusos de la detención preventiva, imprescriptibilidad de la acción penal, etc., son una buena muestra de un proceso penal de autor.

A título ilustrativo, se cuenta con las estadísticas que presenta el INPEC a noviembre 2023²⁸, en la que se informa que hay en Colombia 11.605 personas intramuros, entre condenadas y con detención preventiva por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, de las cuales 5.396 se encuentran privadas de la libertad por el delito de “actos sexuales con menor de catorce años”, es decir que el 46.5 % de la población privada de la libertad por delitos sexuales, corresponde al delito contenido en el artículo 209 del código penal, “*Actos sexuales con menor de catorce años*” como se puede apreciar en la siguiente grafica tomada del informe estadístico del INPEC:



Lo dicho hasta ahora permite entender que, la rigurosidad y el robustecimiento de la investigación en el proceso penal, especialmente en los delitos de “actos sexuales con menor de catorce años”, debe erigirse sobre las formalidades de la entrevista forense que, si bien es cierto, no es un dictamen pericial, constituye una prueba importantísima cuando resulte que existen pocas pruebas de cargo en contra del procesado. Como ya se ha dicho, esta clase de delitos suelen ser realizados en la intimidad, sin que sea posible en muchos casos practicar los testimonios de

formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.” (negrillas propias) *Constitución Política de la República de Colombia*. Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

28 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “Informe estadístico Población Privada de la Libertad-INPEC” noviembre 2023 p. 25.

los familiares directos de la víctima. En su mayoría, el conocimiento es constitutivo de pruebas indirectas: los dichos del menor o testigos de oídas. Las afirmaciones anteriores confirman la dificultad probatoria que reviste el proceso penal cuando aborda las conductas descritas en el artículo 209 del código penal colombiano.

Pese a lo anterior, sorprende el hecho de que en la práctica se observa que la mayoría de los investigadores del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía, en sus informes y en juicio oral, utilicen indistintamente o desconozcan los términos “entrevista judicial” y “entrevista forense”, sus características, naturaleza y diferencias. A fin de aclarar los conceptos y propósitos de la “entrevista judicial” y la “entrevista forense”; si bien el propósito de ambas entrevistas corresponde a establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objeto de investigación. La “entrevista forense” se fundamenta en un protocolo especializado que busca reducir el riesgo de contaminación siguiendo unos pasos delimitados orientando al entrevistador a conseguir la mayor cantidad información. Por lo tanto, la entrevista forense:

“es la utilizada por los profesionales de diferentes disciplinas forenses independientemente de la parte procesal para la cual trabajen o incluso desde el ejercicio privado, que asumiendo un rol de peritos deben interactuar con un testigo para obtener de ellos información relevante para el cumplimiento de su labor que eventualmente puede ser tenida en cuenta como medio de conocimiento dentro del acervo probatorio de un proceso”²⁹.

En cambio, la “entrevista judicial” es un “procedimiento utilizado por la Policía Judicial para obtener información respecto a la ocurrencia de un delito a través de una serie de preguntas dirigidas a la víctima o a un potencial testigo, cuyo objetivo es la obtención de información útil para la indagación e investigación de los hechos. Se efectúa en desarrollo de los actos urgentes y/o del programa metodológico, empleando medios idóneos para registrar los resultados, cumpliendo las reglas técnicas pertinentes. Además, el investigador deja constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas”³⁰. Por lo que, la entrevista judicial es realizada por

“por solicitud del representante del ente acusador o con el control posterior de éste, **el investigador** adelanta este procedimiento con el fin de recuperar información que permita establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar de unos hechos, por supuesto esto hace que lo recuperado adquiera en muchas ocasiones naturaleza de testimonio, pero esto no significa que dentro de la dinámica de una entrevista judicial se adelante un ejercicio de evaluación de credibilidad, no por lo menos desde la perspectiva de la psicología jurídica y forense y mucho menos desde los postulados teóricos de la psicología del testimonio”³¹. (énfasis propio)

En todo caso, las circunstancias de tiempo modo y lugar no corresponden a los hechos que se enuncian en el marco de una valoración psicológica forense, ni a los de un proceso terapéutico, por lo tanto, se oponen a los hechos que se narran en la entrevista forense, ya que cada uno se

29 ESPINOSA BECERRA (*supra* nota 18).

30 Consejo Nacional de Policía Judicial, *Manual Único de Policía Judicial*, Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA//WP-CONTENT/UPLOADS/POLICIAJUDICIAL/DOC-CNPJ/MANUAL%20PJ%20-%202005.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/COLOMBIA//WP-CONTENT/UPLOADS/POLICIAJUDICIAL/DOC-CNPJ/MANUAL%20PJ%20-%202005.PDF)> (visto por última vez 10 de febrero de 2024)

31 ESPINOSA BECERRA, ADRIANA, *Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales*, Bogotá, Defensoría de Pueblo, 2012, Tomo II, p. 25.

encuentra enmarcado dentro de un propósito diferente. En consecuencia, no pueden ser tomados como los hechos de la noticia criminal, ¿a qué viene esta afirmación? Durante el testimonio rendido por algunos investigadores en el Juicio Oral, suelen confundirse los relatos realizados por el menor durante la entrevista forense, con los que hacen los diferentes profesionales citados a declarar.

En torno a lo señalado, suele afirmarse que los relatos de los menores son consistentes porque se repiten, lo que no los convierte en coherentes y creíbles, ya que en esta clase de procesos no se acostumbra hacer una discriminación respecto de las circunstancias que afectan a los menores. Por ejemplo: no se acostumbra discriminar su entorno, los antecedentes terapéuticos, si los hay o no, cuántas denuncias por hechos similares se han realizado, cuadros depresivos, afectaciones en las relaciones. A juicio de quien escribe, han sido vanos los protocolos que, según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en sus diversas guías deben seguirse en las evaluaciones psiquiátricas o psicológicas realizadas a los menores de edad que han sido presuntas víctimas de delitos sexuales. En dichas guías se exige al evaluador

“analizar si el relato ofrecido por la víctima tiene coherencia interna, es decir, si la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados de tal forma que puede llegar al resultado de los hechos investigados; si tiene coherencia externa, o sea, si es concordante con la realidad en que se mueven los actores; si el uso de términos y conceptos de temporalidad, espacialidad, frecuencia y otras capacidades cognitivas son acordes con el desarrollo evolutivo del menor; si el respaldo afectivo es coherente con las ideas que expresa; y si tiene espontaneidad, detalles, contextualización en tiempo y espacio de acuerdo a la edad [...]”³².

Sumado a lo anterior, la entrevista forense presenta dificultades que se advierten en la capacitación y formación de una gran mayoría de funcionarios que la practican. Por ejemplo, adolece, entre otras características, de un protocolo adecuado o de una estructura autorizada, carece de todas las circunstancias propias del recaudo del testimonio de los menores. Lo anterior se sostiene tras un estudio realizado a 53 expedientes por varios autores, quienes afirman que dentro de los expedientes analizados que, además de no cumplirse el requisito del consentimiento informado, tampoco se está

“atendiendo a la Ley 1090³³ de 2006 y demás disposiciones legales en Colombia, por las siguientes razones: a) no se establece la acreditación, las funciones, ni los roles que se deben desempeñar en el ejercicio pericial; b) no se determina la justificación de la evaluación en el escenario legal; c) no se establece el objetivo general ni los objetivos específicos para desarrollar en el programa de evaluación; d) no se aclara acerca de los tiempos y procedimientos en la evaluación; e) no se enuncian los derechos de los evaluados frente a los requisitos legales, ni las condiciones de conocer los resultados en el proceso legal; f) condiciones del uso de cámara de Gesell y/o cámara de video para la correspondiente evidencia demostrativa; g) la necesidad de hacer uso de otras fuentes de información en la realización del informe y la respectiva sustentación en el juicio oral. El incumplimiento de los requisitos atentar

32 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses “Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales”. Versión 01, febrero de 2010, p. 25.

33 “Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología, se dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones”.

contra la eficacia probatoria y la legalidad de la prueba al exponerse los resultados en los complejos casos de ASI³⁴.

Con lo dicho hasta acá, se concluye que la entrevista forense en casos de abuso sexual infantil constituye un recurso crucial para obtener información precisa y confiable en el proceso de investigación judicial. Sin embargo, su implementación efectiva requiere una capacitación adecuada, sin generalizar, del personal encargado.

Al constituirse la entrevista forense en prueba de referencia, su mala praxis hace de la corroboración periférica un escenario complejo, especialmente en las conductas de actos sexuales con menor de catorce años, por tratarse de una conducta en la que es casi imposible la obtención de pruebas directas, diferentes al testimonio del menor de edad, bien sea que acuda o no a juicio.

En consecuencia, con la práctica de la entrevista forense no se satisface con claridad —sin determinar la cantidad de procesos— el modelo de valoración restringida de que trata el inciso 2° del artículo 381 C.P.P., cuando el menor no acude a juicio. Ello, toda vez que la entrevista forense se está realizando por personal no capacitado, desactualizado, y, adicionalmente, la Fiscalía acude a juicio sin hacer la investigación que demanda la conducta, fundamentando el ejercicio punitivo sólo en la entrevista forense y la noticia criminal. Por lo tanto, es primordial que el sistema judicial colombiano asegure que las entrevistas forenses sean realizadas por profesionales idóneos para garantizar la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y la obtención de pruebas válidas para el proceso penal.

Se espera que los hallazgos aquí presentados sirvan para que se motive a los funcionarios del C.T.I. de la Fiscalía a cualificarse más y que la capacidad investigativa por parte del Estado mejore, con el fin de garantizar efectivamente el interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes, colaborando así con humanizar y materializar la justicia.

Bibliografía

BERLINERBLAU, NINO Y VIOLA, *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*, Argentina, 2013.

Congreso de Colombia, “Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años—No más silencio.” Ley 2081 de 2021, *Diario Oficial* No. 51.557 de 3 de febrero de 2021.

Congreso de Colombia, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Ley 1448 de 2011, *Diario Oficial* No. 48.096 de 10 de junio de 2011

34 RODRÍGUEZ-CELY, LEONARDO ALBERTO *et al.* “Estudio sobre la evidencia demostrativa y el uso de protocolos en casos de abuso sexual infantil en Colombia”, *Rev. Crim.*, Bogotá, v. 60, n. 1, enero de 2018, pp. 133–151. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1794-31082018000100133&LNG=EN&NRM=ISO](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082018000100133&lng=en&nrm=iso)> (visto por última vez el 1 de marzo de 2024).

- Congreso de Colombia, "Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones." Ley 1719 de 2014, *Diario Oficial* No. 49.186 de 18 de junio de 2014.
- Congreso de Colombia, "Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales". Ley 1652 de 20013, *Diario Oficial* No. 48.849 de 12 de julio de 2013.
- Congreso de Colombia, Código de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006, *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- Congreso de Colombia, Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, *Diario Oficial* No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.
- Congreso de Colombia, Código Penal. Ley 599 de 2004, 24 de Julio de 2000.
- Constitución Política de la República de Colombia, Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la *Gaceta Constitucional* No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Corte Constitucional, M.P. Estrada Alexei Julio, 7 de marzo de 2013, T-117/13.
- Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio, 9 de febrero de 2009, T-594/09.
- Corte Constitucional, M.P. Pinilla Pinilla Nilson, 26 de marzo de 2014, C-177/14.
- Corte Constitucional, M.P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio, Sentencia del 27 de julio de 2011 T-580/11.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dr. Hernández Barbosa, Luis Antonio, 1 de marzo de 2023, SP068-2023.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar Patricia, 16 de marzo de 2016, SP3332-2016.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar, Patricia, 23 de mayo de 2018, SP1783-2018.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Dra. Salazar Cuellar, Patricia, 2 de septiembre de 2020, SP3274-2020.
- Corte Suprema de Justicia, Sala penal, M.P. Soto Díaz, Jorge Hernán, 7 de febrero de 2024, SP175-2024.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Patiño Cabrera, Eyder, 13 de julio de 2016, SP9508-2016.
- ESPINOSA BECERRA, ADRIANA, *Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales*, Tomo I, Bogotá, Defensoría de Pueblo, 2012.
- ESPINOSA BECERRA, ADRIANA, *Aportes de la Psicología Forense al Abordaje de los Delitos Sexuales*, Tomo II, Bogotá, Defensoría de Pueblo, 2012.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales*, Bogotá, INMLCF 2019
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, *Informe estadístico Población Privada de la Libertad—INPEC*, Bogotá, INPEC, noviembre 2023.

Recursos de Internet.

Consejo Nacional de Policía Judicial, Manual Único de Policía Judicial, 2005. Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA//WP-CONTENT/UPLOADS/POLICIAJUDICIAL/DOC-CNPJ/MANUAL%20PJ%20-%202005.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/policiajudicial/doc-cnpj/manual%20PJ%20-%202005.pdf)> (visto por última vez el 1 de marzo de 2024).

RODRÍGUEZ-CELY, LEONARDO ALBERTO *et al.* "Estudio sobre la evidencia demostrativa y el uso de protocolos en casos de abuso sexual infantil en Colombia". *Rev. Crim.*, v. 60, n. 1, enero de 2018. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1794-31082018000100133&LNG=EN&NRM=ISO](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082018000100133&lng=en&nrm=iso)> (visto por última vez el 1 de marzo de 2024).

Cristhian A. Cerna-Ravines

24. Presente y futuro de la resocialización del delincuente de cuello blanco. A propósito del Programa de Intervención en Delitos Económicos de España.

Resumen: El autor analiza la posibilidad de la resocialización de los delincuentes de cuello blanco, tomando como referencia el Programa de Intervención en Delitos Económicos (Pideco) aplicado en España. En ese sentido, realiza una descripción de la importancia de estudiar la resocialización en esta clase de delincuentes y se muestran las características identificadas por la Criminología en estos; posteriormente, luego de analizar brevemente el Pideco, se presentan sus resultados, precisándose, finalmente, que de modo preliminar sí es posible la resocialización de estos delincuentes, pero que se requieren analizar muestras futuras del programa, además de que otros países asuman dicha iniciativa.

Palabras clave: Delincuencia económica, delincuente de cuello blanco, sanción penal, resocialización

Abstract: The author analyzes the possibility of resocialization of white-collar criminals, taking as a reference the Program of Intervention in Economic Crimes (Pideco) applied in Spain. In this sense, he describes the importance of studying the resocialization of this type of offenders and shows the characteristics identified by Criminology in them; then, after briefly analyzing Pideco, his results are presented, specifying, finally, that resocialization of these offenders is indeed possible in a preliminary way, but that future samples of the program need to be analyzed, in addition to other countries taking on this initiative.

Keywords: Economic crime, white collar criminal, criminal sanction, resocialization

1. *Introducción.*

La evolución de la sanción penal y de su finalidad han estado enfocadas en el delincuente clásico, que es, principalmente, aquel individuo que hurta y roba en las calles o la persona que comete crímenes violentos; sin embargo, con el paso del tiempo se ha vuelto evidente que muchos de los delitos cometidos actualmente no encajan en dicho contexto, muestra de ello es la ciberdelincuencia, los delitos de odio, los actos ilícitos cometidos por organizaciones criminales y, un punto bastante relevante, la delincuencia económica.

Esta delincuencia económica actualmente es cometida por individuos con características bastante diversas, que ponen en cuestionamiento si la visión que se tiene sobre la sanción penal y su finalidad es la correcta —ya que no suele o no puede ser cometida por los delincuentes clásicos— y dentro de ellos se encuentran los denominados delincuentes de cuello blanco (DCB), que pueden ser definidos como aquellas personas que son respetadas, admiradas y tienen un estatus social alto, pero que cometen delitos utilizando su profesión, sobre todo en el ámbito de los negocios¹.

Ahora bien, el debate de la sanción penal respecto a los DCB puede girar en torno a varios aspectos, pero, sobre todo, es interesante analizar si la denominada resocialización, reconocida como una de las principales finalidades que se le asignan a la pena de prisión, puede ser exitosa en ellos, a pesar de que en la mayoría de Estados, sobre todo latinoamericanos, se sigue enfocando la resocialización, a través del tratamiento penitenciario, en brindar mejores medios educativos y laborales a los internos, lo que no se adaptaría a las características del DCB, como se mencionará brevemente más adelante.

Es importante aclarar que, pese a que existen diversas formas de entender a la resocialización², para efectos de este trabajo podemos definirla como aquel proceso llevado a cabo por el Estado mediante el tratamiento penitenciario enfocado en brindarles a los internos herramientas cognitivas y técnicas, según las características individuales y las causas particulares que los llevaron a delinquir, a fin de que no reincidan.

Bajo la definición anterior de resocialización, qué duda cabe de que si lo que se pretende es aplicarla a los DCB se debe mirar sus características tanto individuales como contextuales y, con base en ello, luego de un tratamiento resocializador adecuado, verificar cuál es el pronóstico de éxito en ellos. Evidentemente, para poder realizar tal inferencia tenemos que remitirnos a algún programa que venga atendiendo esta problemática, por lo que veremos cómo el Programa de Intervención en Delitos Económicos (Pideco) se viene aplicando en España y qué resultados viene generando; de ese modo tendremos una mejor idea frente a este desafío que afronta el Derecho penal en la actualidad, tanto en Europa como en Latinoamérica.

Por el Pideco nos referimos al tratamiento penitenciario que busca la resocialización de aquellos individuos que han cometido un delito económico, ajustando el programa a los factores

1 Cf. SUTHERLAND, EDWIN, "White-Collar Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1, (1940), p. 1.

2 Sobre estas formas, véase por todos: LÓPEZ MELERO, MONSERRAT, "Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 65, (2012), pp. 258-262.

criminógenos particulares de la delincuencia económica —que, como veremos más adelante, incluye a la delincuencia de cuello blanco—, a fin de evitar la reincidencia delictiva³. En síntesis, es un programa que dicta lineamientos para resocializar exclusivamente a los delincuentes que hayan cometido delitos económicos.

Dicho todo lo anterior y aclarado a qué nos referiremos con algunos conceptos que serán mencionados más adelante, podemos abordar un tema que, como también se verá *infra*, tiene suma relevancia, ya que el impacto de la delincuencia de cuello blanco no se percibe a simple vista porque no tiene víctimas directas, pero sí genera un impacto sumamente negativo en diversos ámbitos de la sociedad que puede llevar a desestabilizar al propio Estado, tornándose muy relevante determinar si la resocialización es posible y, en todo caso, en qué medida para los DCB.

2. La relevancia de la delincuencia económica en la actualidad.

Antes de abordar cuestiones que nos llevarán a responder —en la medida de lo posible— el problema central de este trabajo, es menester detenernos a resaltar la trascendencia de la delincuencia económica y, por ende, de los delincuentes económicos —en los que se incluyen, por supuesto, a los DCB— en la actualidad, ya que ello permitirá darnos cuenta de que todo lo que engloba a la sanción del DCB —en este caso, si puede resocializarse o no— tiene una gran importancia por la repercusión del tipo de delitos que suelen cometer.

Pues bien, en Alemania, uno de los bancos más importantes es el Deutsche Bank. Esta institución obtuvo, en 2022, un beneficio neto superior a los cinco mil millones de euros⁴ y fue galardonado en 2023 como el mejor banco privado doméstico⁵ por la revista inglesa *Euromoney*. Su incidencia e importancia en la economía alemana y europea es evidente, por lo que los directivos de esta institución deben ser personas capacitadas y probas, ya que cualquier acción negativa puede causar un efecto dominó en las finanzas mundiales.

A pesar de ello, diversos ejecutivos del consejo de vigilancia de la empresa Mannesmann se vieron involucrados de manera negativa en un asunto muy relevante en el ámbito económico, entre ellos quien en su momento fue director ejecutivo del Deutsch Bank. Según el caso Mannesmann, los ejecutivos autorizaron pagos por más de 60 millones de euros durante de la fusión de la empresa citada anteriormente y el consorcio británico Vodafone⁶.

3 Cf. Ministerio del Interior de España – Secretaría Técnica, “Documentos Penitenciarios 28. Programa de Intervención en Delitos Económicos – PIDECO-”. Disponible en <[HTTPS://WWW.INTERIOR.GOB.ES/OPENCMS/PDF/ARCHIVOS-Y-DOCUMENTACION/DOCUMENTACION-Y-PUBLICACIONES/PUBLICACIONES-DESCARGABLES/INSTITUCIONES-PENITENCIARIAS/PROGRAMA_DE_INTERVENCION_EN_DELITOS_ECONOMICOS_PIDECO_126210489.PDF](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/PROGRAMA_DE_INTERVENCION_EN_DELITOS_ECONOMICOS_PIDECO_126210489.PDF)> (visto por última vez el 11.02.2024).

4 EP, “Deutsche Bank gana más de 5.000 millones en 2022, su mejor resultado desde antes de la crisis financiera”, *El País* 02.02.2023. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/ECONOMIA/2023-02-02/DEUTSCHE-BANK-GANA-MAS-DE-5000-MILLONES-EN-2022-SU-MEJOR-RESULTADO-DESDE-ANTES-DE-LA-CRISIS-FINANCIERA.HTML?EVENT_LOG=FA](https://elpais.com/economia/2023-02-02/deutsche-bank-gana-mas-de-5000-millones-en-2022-su-mejor-resultado-desde-antes-de-la-crisis-financiera.html?event_log=fa)> (visto por última vez el 11.02.2024).

5 *Euromoney*, “Europe’s best private bank 2023: BNP Paribas Wealth Management”, *Euromoney* 30.03.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.EUROMONEY.COM/PRIVATE-BANKING-AWARDS/PRIVATE-BANKING-AWARDS-2023#EUROPE](https://www.euromoney.com/private-banking-awards/private-banking-awards-2023#EUROPE)> (visto por última vez el 11.02.2024).

6 LÓPEZ MAGALLÓN, ENRIQUE, “El caso Mannesmann: ¿un nuevo Enron en puerta?”, *DW.com* 26.10.2006. Disponible en <[HTTPS://WWW.DW.COM/ES/EL-CASO-MANNESMANN-UN-NUEVO-ENRON-EN-PUERTA/A-2215887](https://www.dw.com/es/el-caso-mannesmann-un-nuevo-enron-en-puerta/a-2215887)> (visto por última vez el

Si bien en instancias penales no se determinó la responsabilidad de los mencionados, sí se puso en duda su probidad, ya que repartieron millonarias cantidades de dinero mientras la compañía era absorbida; estas conductas negativas pusieron en peligro a una institución sumamente importante dentro de la economía, pudiendo causar —si es que no causó de manera cierta— graves problemas que repercutirían en toda Alemania.

Caso similar sucedió en España, donde ocurrió el famoso caso “Tarjetas black de Bankia”, en el que diversos directivos de la entidad financiera Bankia, antigua Caja Madrid, se vieron involucrados en apropiación indebida, siendo muchos de ellos sentenciados por dicho delito económico. Sin entrar en los detalles jurídicos y criminológicos del caso⁷, es importante precisar que todos esos actos y la mala administración generaron que el sistema financiero español tenga pérdidas graves y que el Estado deba invertir 22.000 millones de euros para rescatar a la citada entidad⁸, dinero que evidentemente desestabilizó muchos sectores de la sociedad española y perjudicó a todos los ciudadanos; por lo que podemos decir que su afectación a la estabilidad estatal fue más grande que muchos de los delitos comunes a los que se le suele prestar mucha más atención.

Por su parte, en Latinoamérica ocurrió un hecho bastante relevante, nos referimos al caso “Odebrecht”. La empresa que lleva el mismo nombre era una reconocida constructora transnacional que operaba a nivel mundial, pero en 2016, el Departamento de Justicia de Estados Unidos dio a conocer una investigación en la que se evidenciaba que esta había otorgado dinero a funcionarios de diversos países de América Latina, a fin de que sea beneficiada en un sinnúmero de licitaciones de obras públicas. Fueron los mismos funcionarios de Odebrecht los que confesaron sus delitos, determinándose que dieron más de 788 millones de dólares americanos a las máximas autoridades de los países, consiguiendo así un beneficio de 3336 millones de dólares americanos por obras públicas⁹, y teniendo en cuenta las economías latinas, el impacto fue tremendo.

Tengamos en consideración que muchos de los delitos económicos son cometidos dentro y mediante las empresas más importantes de las economías mundiales y tienen como protagonistas a un importante número de connotados profesionales que laboran dentro de estas, así como a altos funcionarios que se encargan de tomar las decisiones más importantes en los países. Con lo dicho, no nos puede caber duda de la importancia de analizar si los individuos que cometen delitos económicos pueden o no resocializarse y, por ende, si son propensos o no a reincidir en sus conductas delictivas.

12.02.2024).

7 Sobre todos esos detalles, véase: ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA, *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características y vías de prevención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 34-35, 74-77, 126-130, 155, 200-202, 223-224.

8 DE BARRÓN, IÑIGO, “El caso Bankia 10 años después: el hundimiento del ‘Titanic’ bancario español”, *El País* 08.05.2022. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/ECONOMIA/2022-05-08/EL-CASO-BANKIA-10-ANOS-DESPUES-EL-HUNDIMIENTO-DEL-TITANIC-BANCARIO-ESPANOL.HTML](https://elpais.com/economia/2022-05-08/el-caso-bankia-10-anos-despues-el-hundimiento-del-titanic-bancario-espanol.html)> (visto por última vez el 12.02.2024).

9 BARRÍA, XIMENA, “Caso Odebrecht: las deficiencias del Estado de Derecho en Latinoamérica”, *Global Affairs – Universidad de Navarra* s. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNAV.EDU/WEB/GLOBAL-AFFAIRS/DETALLE/-/BLOGS/CASO-ODEBRECHT-LAS-DEFICIENCIAS-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-EN-LATINOAMERICA](https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/caso-odebrecht-las-deficiencias-del-estado-de-derecho-en-latinoamerica)> (visto por última vez el 12.02.2024).

3. *La delincuencia económica y el delincuente de cuello blanco.*

Ahora bien, con lo dicho en el punto anterior es clara la relevancia que tiene el análisis de la delincuencia económica y, por supuesto, sus actores: los delincuentes económicos¹⁰. Sin embargo, debemos tener en consideración que no todo delincuente económico tiene la capacidad para generar un gran impacto negativo en las finanzas estatales, sino que existen escalas y, por ello, la atención de este trabajo va dirigida a los que sí son capaces de causar grandes perjuicios.

Por ejemplo, el dueño de una empresa que tenga ingresos anuales de medio millón de euros no causará gran impacto con un delito fiscal como si puede hacerlo el dueño de una empresa que tenga ingresos anuales superiores a los ochocientos millones de euros. O será más relevante evitar que el gerente general de la empresa ordene a un subordinado entregar dinero a un funcionario público para que este actúe en favor de la persona jurídica, que solo centrarnos en la conducta del subordinado que no ostenta capacidad de decisión y solo cumple las órdenes, y si no lo hace, otro podría hacerlo.

Con lo dicho queremos mostrar que dentro de los delincuentes económicos podemos encontrar diversos individuos que no generen por sí mismos un gran daño económico; en cambio, serán los delincuentes que tengan capacidad de mando, esto es, los DCB, quienes tengan mayor potencial para causar graves perjuicios en las economías nacionales y mundiales y, por dicho motivo, quienes ocupan nuestra atención en este momento.

Las ideas antes esbozadas se pueden resumir en que el DCB es un delincuente económico¹¹, pero no todo delincuente económico puede ser DCB, sino que solo lo será si es un individuo con alto estatus social y económico, respetabilidad y poder, y que comete el delito, en la mayoría de los casos, utilizando su profesión o posición de mando¹².

Dicho esto, parece lógico ahora centrarnos en analizar cuáles son las características que los estudios criminológicos han encontrado en los DCB —y sobre su contexto—, ya que, como también se dijo en nuestra introducción, la resocialización deberá hacer énfasis en estas.

10 Existe una discusión respecto a la correcta definición de delincuentes económicos y de delincuencia económica para el Derecho penal, pero que no es motivo de debate en este trabajo. Véase esta discusión en: BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 40-41; TIEDEMANN, KLAUS, *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, Mantilla Villegas, Amelia (traductora), Barcelona, Ariel, 1985, p. 9; ALBERTCH, HANS-JÖRG, "Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas". En: Universidad Nacional de Educación a Distancia (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (pp. 259-281), Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 259-261; SHOVER, NEAL, "El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva". En: Bueno Aurus, Franciso; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 457-473), Madrid, Dykinson, 2006, pp. 457-460; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Buenos Aires y Montevideo, B de F, 2016, p. 14.

11 FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO, *Instituciones del Derecho penal económico y de la empresa*, Valladolid, Thomson Reuters, 2013, p. 18.

12 Este concepto, además de lo ya citado anteriormente en la introducción, se respalda con lo dicho en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Corrupción corporativa: el precio de la deslealtad. ¿Está justificado un delito de administración desleal societario?*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 50. Sin perjuicio de la definición dada, existen algunos juristas que precisan que es complejo investigar a todas las personas que encajan dentro de la definición de DCB, dicha discusión no es abordada en este trabajo por su extensión, pero véase por todos: Geis, Gilbert, "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico". En: BUENO AURUS, FRANCISO/ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO/ GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 309-324), Madrid, Dykinson, 2006, pp. 310-322.

3.1. Las características del delincuente de cuello blanco y su contexto.

En principio, es importante mencionar que el estudio del DCB es bastante complejo por las dificultades para sancionar a quienes tienen alto poder, poco acceso a entrevistas fiables con los DCB, deficiente acceso a datos oficiales sobre ellos, entre otros, o incluso porque la doctrina no tiene un consenso generalizado sobre este concepto.

A pesar de lo dicho, se han hecho esfuerzos por establecer parámetros generales acerca de cuáles son las características más resaltantes en sentido criminológico sobre estos individuos; por ejemplo, un reciente estudio publicado en 2023 por Esquinas Valverde¹³, del cual partiremos para analizar al DCB, identifica cinco grupos de características más relevantes y prevalentes que envuelven a este tipo de sujetos, a saber: i) La ambigüedad moral y legal en la forma de abordar los delitos de cuello blanco; ii) el carácter criminógeno de las instituciones en las que estos delincuentes ocupan puestos de poder; iii) la existencia de una subcultura empresarial que orilla a la comisión delictiva; iv) ciertos rasgos característicos en la personalidad del DCB; y, v) el carácter difuso de la víctima de los delitos cometidos por esta clase de delincuentes.

Respecto al primer punto, esto es, la ambigüedad en la concepción de los delitos cometidos por el DCB, se hace referencia a aquel contexto en el que, en primer lugar, no se suele ver a este como un delincuente propiamente dicho —precisamente por esta admiración que se le tiene—. Palpable es el caso de aquellos futbolistas¹⁴ que cometieron delitos de evasión tributaria¹⁵, pero que son admirados por la población y se tiene la sensación de que el trato jurídico que se les da es muy duro o injusto.

En segundo lugar, la ambigüedad también se manifiesta en el tratamiento jurídico que tienen los DCB, no solo porque muchos de sus delitos tienen penas más benévolas, sino también porque tienen mayores recursos para acceder a una defensa de calidad y así poder tener “éxito” en un proceso judicial¹⁶, además de que el trato por parte de las autoridades no es tan incisivo como sucede con los delincuentes comunes. Un caso evidente es el mostrado en el documental *Inside Job*¹⁷, que narra qué sucedió en la crisis financiera de 2008 en Estados Unidos y cómo muchos de los involucrados salieron bien librados, a pesar de que a ojos de diversos especialistas fueron los culpables del devastador escenario económico; dicho trato benigno se debería a la inactividad de autoridades, trato jurídico beneficioso y al amplio poder de defensa que ellos ostentaban.

En tercer y último lugar, esta ambigüedad también se ve en la concepción que tienen los DCB de sí mismos, es decir, que ellos no se consideran delincuentes, utilizando diversas técnicas

13 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), p. 34.

14 Véase, por ejemplo: TORRES, DIEGO, “Cristiano Ronaldo firma su condena a dos años de cárcel por fraude fiscal”, *El País* 22.01.2019. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/DEPORTES/2019/01/22/ACTUALIDAD/1548146267_061080.HTML](https://elpais.com/deportes/2019/01/22/actualidad/1548146267_061080.html)> (visto por última vez el 26.02.2024); POZAS, ALBERTO, “De Messi a Ronaldo: el fraude de futbolistas de élite que intentaron ahorrarse 37 millones en impuestos”, *EL DIARIO.ES* 27.10.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.ELDIARIO.ES/POLITICA/MESSI-RONALDO-FRAUDE-FUTBOLISTAS-ELITE-INTENTARON-AHORRARSE-37-MILLONES-IMPUESTOS_1_10629579.HTML](https://www.eldiario.es/politica/Messi-Ronaldo-fraude-futbolistas-elite-intentaron-ahorrarse-37-millones-impuestos_1_10629579.html)> (visto por última vez el 26.02.2024).

15 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), p. 83.

16 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), pp. 93-112.

17 CABA, WILSON, “Crisis financiera 2008 (Inside Job en español)”, *Youtube* 06.02.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=EEI2QcYGNEY](https://www.youtube.com/watch?v=EEI2QcYGNEY)> (visto por última vez el 30.12.2023).

de neutralización para su actuar¹⁸. Sobre esto, es bastante ilustrativo el caso de Samuel Insull, inversionista estadounidense que vendía acciones sin valores, que al momento de ser interrogado manifestó que no sabía por qué era procesado, ya que él hacía lo que todos hacen en los negocios¹⁹.

Respecto a la segunda característica citada, es decir, el carácter criminógeno de las instituciones donde el DCB tiene poder, se precisa que para este tipo de delincuencia se necesitan ciertas condiciones de poder para ser cometida, no cualquiera puede hacerlo²⁰, por lo que la posición que tienen en las entidades o empresas les permite manipular y realizar el delito respaldados por todo el aparato antes mencionado.

Lo señalado *supra* es explicado a través de diversas teorías criminológicas enfocadas en la oportunidad delictiva; por ejemplo, la teoría de las actividades rutinarias²¹, la teoría del triángulo del fraude²², entre otras, ya que precisamente por su posición se encuentran en un espacio en donde tienen la oportunidad para convertirse en DCB.

La tercera característica referente a que existe una subcultura empresarial como factor de riesgo para la comisión de delitos económicos se puede ver manifestada en que, entre otras cosas, (i) en muchos casos la organización se convierte en lo más importante, por lo que los intereses de esta superan a las normas morales y legales, pudiendo ser vulneradas para beneficiarla; (ii) el tamaño y la complejidad de las organizaciones lleva a que se presenten situaciones que obligan a los jefes a tomar decisiones arriesgadas que ven como normales y que, en ocasiones, lleva a infringir las normas penales; (iii) la cultura empresarial que presiona a la competitividad, sumada a la falta de ética de los que ocupan las cúpulas de las empresas, orienta a ser “la mejor entidad” y superar a los competidores, sin importar qué métodos deban utilizar, así sean delictivos; y, (iv) una cultura enfocada solamente en el éxito económico como parámetro de crecimiento, por lo que si una acción ilícita beneficia económicamente, entonces es aceptada²³.

Así, se puede decir que es la propia cultura dentro de la empresa la que crea diversas condiciones para que los directivos puedan verse involucrados en actividades ilícitas. En ese mismo sentido, Juanatey Dorado²⁴ indica que es la propia empresa y la cultura de esta la que crea las condiciones que orillarán al fraude.

La cuarta característica señalada manifiesta que existen algunos rasgos distintivos en la personalidad del DCB. Sobre ello, una de las particularidades más resaltantes es la falta de remordimiento por sus actos, así lo manifestó Soltes²⁵ en un estudio cualitativo realizado con

18 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), pp. 169-170.

19 SUTHERLAND, EDWIN, *El delito de cuello blanco*, De Olmo, Rosa (traductora), Madrid, La Piqueta, 1999, p. 262.

20 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), pp. 220.

21 COHEN, LAURENCE / FELSON, MARCUS, “Social change and crime rate trends: a routine activity approach”, *American Sociological Review*, 44, 4, (1979).

22 CRESSEY, DONALD R., *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*, Glencoe, IL Free Press, 1953.

23 Cf. ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), pp. 235-263.

24 Cf. JUANATEY DORADO, CARMEN, “Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco”, *Revista Penal*, 40 (2017), p. 136.

25 SOLTES, EUGENE, “The psychology of White-Collar Criminals. A researcher reflects on conversations with nearly 50 convicted executives about why they did what they did”, *The Atlantic* 14.12.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.THEATLANTIC.COM/BUSINESS/ARCHIVE/2016/12/PYSCHOLOGY-WHITE-COLLAR-CRIMINAL/503408/](https://www.theatlantic.com/business/archive/2016/12/psychology-white-collar-criminal/503408/)> (visto por última vez el 28.02.2024).

empresarios condenados en Estados Unidos, quienes mostraban este patrón común entre ellos, lo que los lleva a no tener empatía con las personas que han afectado con sus actos²⁶ —si acaso son conscientes del todo de dicha afectación—, haciendo gala de insensibilidad moral para con los demás, a pesar de que usualmente se muestran como personas altruistas y preocupadas por la sociedad²⁷.

A los elementos de la personalidad antes nombrados se les suma un rasgo narcisista, que genera que estos individuos creen que merecen más que el resto, se sienten más importantes, subestiman a los demás mientras sobrestiman sus propios logros, se sienten el centro de atención y creen que pueden usar al resto para lograr sus fines y una buena posición que según ellos les pertenece²⁸.

Sobre este rasgo narcisista Rijsenbilt y Commandeur publicaron un estudio muy interesante en el que se tuvo como muestra a quinientos directores ejecutivos que contaban con más de tres años en su cargo, identificándose que quienes eran narcisistas buscaban realizar acciones más arriesgadas para que los demás los elogien y admiren, aunque estas acciones deriven en la comisión de un delito²⁹; es decir, aquellos directivos con rasgos narcisistas más marcados tienen mayor propensión a ser DCB.

Todo lo anterior se agrava cuando los DCB tienen un bajo estándar moral incapaz de frenar a sus deseos de admiración, o se suelen alejar de sus estándares morales cuando ven cercano el obtener algún beneficio económico³⁰.

Otro elemento importante radica en que estos individuos, al ser bastante astutos e inteligentes, no dudan en cometer un delito si saben que pueden eludir fácilmente la prisión gracias a sus habilidades, por lo que son criminales verdaderamente peligrosos³¹.

Todo lo mencionado son solo algunos elementos que se han encontrado en diversas investigaciones, pero quizá son los más resaltantes y coincidentes, por lo que deben ser tomados muy en cuenta al analizar a este tipo de delincuentes.

La quinta y última característica muestra que, a diferencia de los delitos comunes en los que la víctima es perfectamente individualizable, en los delitos económicos no sucede ello de manera clara, lo que genera que la sensación de daño sea mucho más vaga; en ese sentido, al no percibirse una afectación y una víctima clara, los propios DCB no interiorizan que su acción ha sido delictiva³².

De todo lo señalado en este apartado puede identificarse que la delincuencia de cuello blanco está rodeada de diversas características que la diferencian de otro tipo de delitos, por lo

26 Cf. CÁMARA ARROYO, SERGIO, "Estudios criminológicos contemporáneos (VIII): El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología", *Derecho y Cambio Social*, 59 (2000), p. 448.

27 CERNA RAVINES, CRISTHIAN ALEXANDER, "La responsabilidad social solidaria como fin de la pena en los supersocializados: especial referencia a Perú y España", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial (2021), pp. 7-8.

28 ESQUINAS VALVERDE (*supra* nota 7), pp. 270-271.

29 RIJSENBILT, ANTOINETTE/ COMMANDEUR, HARRY, "Narcissus enters the courtroom: CEO narcissism and fraud", *Journal of Business Ethics*, 117, 2 (2013), pp. 413-429.

30 SOLTES, EUGENE (*supra* nota 25).

31 BAJO FERNÁNDEZ (*supra* nota 10), pp. 65-67.

32 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (*supra* nota 12), p. 55.

que el DCB es un caso especial que debe ser atendido con debida diligencia e individualización por parte del Estado si lo que se espera es que pueda resocializarse.

4. *La resocialización del delincuente de cuello blanco.*

Pues bien, parece que la tarea de resocializar al DCB es mucho más sencilla una vez que hemos identificado a quién nos referimos y cuáles son sus características, ya que la resocialización buscará incidir en estas para que, a través del tratamiento penitenciario, se logre la no reincidencia delictiva; sin embargo, ello no es aplicado en la práctica penitenciaria de Latinoamérica. Por ejemplo, en Perú no existe un tratamiento penitenciario enfocado en el DCB, sino que, por lo general, se pretende resocializar a través de educación —básica y técnica— y labores técnico-productivas³³ —carpintería, panadería, etc.—, aun cuando el DCB no requiere dicha forma de tratamiento penitenciario, ¿cómo resocializar con educación básica a quien, por lo general, ha estudiado en las mejores universidades? ¿De qué manera se puede evitar que el DCB reincida si el enfoque resocializador pretende enseñarle trabajos técnico-productivos y este tiene un ámbito de profesión totalmente distinto?³⁴.

Lo dicho anteriormente no es un problema que no haya sido identificado por la legislación de diversos países, sobre todo europeos, en donde las leyes exigen que el tratamiento penitenciario sea individualizado o diferenciado, atendiendo a las características y circunstancias de cada individuo o grupo de delincuentes; así, en Alemania, se destaca que el objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad radica en resocializar y evitar la reincidencia (art. 2 de la Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas privativas de libertad de mejoramiento y seguridad —la Ley de ejecución—), también se busca que la ejecución de la pena “[...] garantice un tratamiento acorde con las diferentes necesidades del recluso” (art. 142.1 de la Ley de ejecución), esto implica que se deba garantizar un tratamiento diferenciado según el tipo de delincuente.

Sobre este principio de diferenciación en el tratamiento penitenciario, Castro Morales³⁵, citando a Laubenthal³⁶ y a Wirth³⁷, señala que implica que en los establecimientos penitenciarios se deben tener especialistas que puedan atender a las necesidades de tratamiento que presentan diferentes grupos de internos, ello a pesar de que en las regulaciones específicas se ha hecho poco hincapié en eso.

33 Sobre ello véase en: LEÓN TOMASTO, MARCO, “Especial del Sistema Penitenciario. Cárceles productivas y reinserción social”, *Enfoque Derecho* 29.04.2020. Disponible en <[HTTPS://ENFOQUEDERECHO.COM/2020/04/29/CARCELESPRODUCTIVASYREINSECCIONSOCIAL/](https://enfoquederecho.com/2020/04/29/carcelesproductivasyreinseccionsocial/)> (visto por última vez el 12.03.2024).

34 Un análisis mayor sobre esto, véase en: CERNA RAVINES, CRISTHIAN ALEXANDER, “Los supersocializados y el actual concepto de resocialización ¿Necesitamos un nuevo paradigma del fin de la pena?”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 137 (2020), pp. 39-48; y CERNA RAVINES (*supra* nota 27).

35 CASTRO MORALES, ÁLVARO, “Ejecución de la pena de prisión de adultos en Alemania: análisis de las leyes estatales a la luz de la Ley Federal de 1976 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG)”, *Derecho PUCP*, 82 (2019), p. 292.

36 LAUBENTHAL, KLAUS, *Strafvollzug*, 7ª ed., Berlín-Hidelberg, Springer, 2015.

37 WIRTH, WOLFGANG, “Vierter Abschnitt. Vollzugsbehörden. §141: Differenzierung. En: SCHWIND, HANS-DIETER/ JEHL, JÖRG-MARTIN/ LAUBENTHAL, KLAUS (eds.), *Strafvollzugsgesetz*, Berlín, De Gruyter, 2005, pp. 865–878.

En España, siguiendo esa misma idea diferenciadora o individualizadora de la resocialización, se ha ideado el Pideco, enfocado de manera más precisa en los DCB, y aunque no se puede desconocer que tiene algunas fallas que deben mejorarse respecto al tipo de individuos en los que se enfoca —cuestión que veremos más adelante—, sí es un gran avance que merece ser analizado, aunque sea de manera breve.

4.1. La resocialización del delincuente de cuello blanco en el Pideco.

4.1.1. Aclaraciones previas sobre el Pideco.

En primer lugar, debemos saber que este programa no se aplica solamente al DCB, sino a los delincuentes económicos en general, abarcando delitos contra el patrimonio³⁸, orden socioeconómico, hacienda pública, seguridad social, derechos laborales, derechos de ciudadanos extranjeros y delitos ambientales; es decir, no se hace una diferencia por el sujeto, sino por el tipo de delito que se ha cometido, ya que todos mencionados son considerados como delitos económicos por la ley española —Título XIII del Código Penal español, titulado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”—.

Si bien dicha clasificación responde al nombre del programa, no creemos que sea coherente con la esencia de la resocialización. Como mencionamos anteriormente, los delincuentes económicos pueden ser diversos sujetos que no necesariamente tengan características similares, incluso si han cometido el mismo delito; por ejemplo, los factores criminógenos que tiene el director ejecutivo de una empresa no son los mismos que del empleado que coadyuva a cometer un delito económico, el primero es un DCB, mientras que el segundo no entra en dicha clasificación ni tiene las mismas características.

Una clasificación por el delito sirve, sin duda alguna, a efectos de la dogmática de la parte especial del Derecho Penal³⁹, ya que permite clasificar los delitos según el bien jurídico que lesionan, por ejemplo; sin embargo, no es saludable al momento de hablar de la resocialización, debido a que esta no está enfocada meramente en el tipo de delito que cometió, sino en los factores criminógenos. Además, es curioso que el enfoque esté en delincuente económico y no en DCB, sobre todo cuando en el documento oficial de Pideco, citando a Redondo y Garrido⁴⁰, se hace referencia al perfil criminológico del DCB, asemejándolo al que tendría toda persona condenada por delitos económicos⁴¹, sin hacer la distinción precisada *supra*.

Sin embargo, pese a lo anotado, es importante reconocer que sí se ha intentado dar un paso adelante en la individualización y diferenciación de la resocialización de determinado grupo de delincuentes, dentro de los que se encuentran los DCB, por lo que los resultados de la aplicación de este programa nos pueden dar una idea cercana a si la resocialización en los individuos que son materia de nuestro análisis es viable o no.

38 Se excluyen los delitos de hurto y robo, entre otros similares, ya que estos tienen otro tipo de tratamiento penitenciario.

39 Es de esa postura —incluso descartando los aportes criminológicos acerca del delincuente de cuello blanco dentro de los delitos económicos cuando de dogmática penal se trata—: GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho Penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 68.

40 REDONDO ILLESCAS, SANTIAGO/ GARRIDO, VICENTE, *Principios de Criminología*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

41 Ministerio del Interior de España – Secretaría Técnica (*supra* nota 3), p. 23.

4.1.2. El Pideco y sus resultados.

El Pideco tiene una duración aproximada de ocho meses y cuenta con 32 sesiones que componen diversas unidades de intervención: i) Alianza terapéutica y motivación al cambio⁴²; ii) Identidad⁴³; iii) Habilidades personales⁴⁴; iv) Responsabilidad⁴⁵; v) Valores⁴⁶; vi) Actividades sociales⁴⁷, además de sesiones de justicia restaurativa⁴⁸.

Los resultados del programa fueron presentados el 21 de noviembre de 2023 en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, en un evento titulado “Predicción y evaluación de riesgo en la delincuencia económica y empresarial”, donde, por un lado, la profesora Meritxell Pérez⁴⁹ precisó que se aplicó el programa a 78 personas durante dos años, identificándose que estos tenían como características el uso del engaño, valoraban el lujo y asociaban el éxito a la posesión de bienes materiales para tener un alto estatus social; además, tenían rasgos narcisistas, poca empatía por los demás y un bajo control de sus impulsos, sumado todo ello a valores morales cuestionables.

Con base en ello, se trabajó en las características antes citadas como el narcisismo, la poca empatía, incluso también el hedonismo, la falta de humildad, entre otras; todo ello con la intención de buscar la resocialización y no solamente charlas morales o cambios espirituales como usualmente se cree de este tipo de programas.

Por otro lado, es importante lo expuesto por Sánchez Leganés y Valero Rivas⁵⁰, quienes mostraron la aplicación del Pideco en el Centro Penitenciario Madrid VII, el mismo que tuvo aplicación a 21 personas entre octubre de 2022 y junio de 2023, aunque solo 14 terminaron con el programa.

Durante la aplicación del citado programa se precisó que los internos se mostraron comunicativos y con ganas de ser escuchados. Asimismo, se evidenció que en ocasiones tenían una percepción de ellos mismos que no coincidía con la realidad. Además, se hizo énfasis en trabajar ciertos rasgos de la personalidad, sobre todo en reconducir el narcisismo hacia la empatía, a pesar de que los internos mostraron dificultades para desarrollar la humildad y aceptar las cualidades positivas de otros.

Luego de finalizado el periodo de aplicación del programa se mostraron algunos resultados alentadores de cara a la resocialización, como la asunción por parte de algunos internos acerca del daño que causaron, generando un cambio de visión sobre sus acciones, y lograron ver

42 Enfocada en la motivación del interno y en crear una alianza terapéutica que garantice el éxito del Pideco.

43 Se busca facilitar al interno una identidad apartada del delito.

44 Unidad centrada en mejorar los rasgos narcisistas y egocéntricos del delincuente.

45 Se intenta que el delincuente asuma la responsabilidad de sus actos en sociedad.

46 Se enfatiza en redefinir y estructurar su escala de valores.

47 Se pretende que el interno participe se involucre en sociedad, aplique lo aprendido y repare el daño.

48 Ministerio del Interior de España – Secretaría Técnica (supra nota 3), pp. 15-17.

49 PÉREZ RAMÍREZ, MERITXELL, *Perfil del delincuente económico. Variables psicológicas*, Ponencia presentada en el evento denominado Predicción y evaluación de riesgo en la delincuencia económica y empresarial, Madrid, 2023.

50 SÁNCHEZ LEGANÉS, SILVIA/ VALERO RIVAS, INÉS, *Equipo de intervención del Centro Penitenciario de Madrid VII*, Ponencia presentada en el evento denominado Predicción y evaluación de riesgo en la delincuencia económica y empresarial, Madrid, 2023.

al tratamiento penitenciario como una oportunidad de reflexión y mejora.

Paradigmático es el caso de un interno llamado Iván, quien en un inicio minimizaba las consecuencias de sus actos y atribuía la responsabilidad a la víctima, pero luego mostró una importante evolución al asumir su responsabilidad y generar empatía con las víctimas de su delito, además de un genuino arrepentimiento. Tal es la evolución de Iván que su pronóstico de reincidencia es medio bajo y no tiene ningún tipo de sanción penitenciaria.

Si bien los resultados presentados no son demasiado concluyentes por lo nuevo que es el Pideco, sí son un avance y muestra importantes —dado los prácticamente nulos precedentes a nivel internacional—, por lo que a partir de ello podríamos estar en la capacidad de realizar algunas inferencias que, a lo mejor, posteriormente, con la ayuda de mayores datos de la continuación de este programa, puedan ser mejoradas.

5. *¿Es posible la resocialización del delincuente de cuello blanco?*

Con base en todo lo señalado hasta el momento, nos permitimos emitir algunas ideas acerca de si es posible o no la resocialización del DCB, ello pese a que probablemente un tema tan complejo no tiene una respuesta exacta; sin embargo, también es necesario generar debate e ideas que contribuyan a avanzar en este camino.

Pues bien, en primer lugar, la Criminología ha aportado ya un esfuerzo bastante importante en pro de la resocialización del DCB, y es que no sería posible pensar en esta si es que ni siquiera se hubiesen identificado características generales de este tipo de delincuentes; sin embargo, este camino ya se ha realizado en la academia criminológica y, además, las características identificadas coinciden con los rasgos del DCB encontrados dentro del Pideco. Este es un avance sumamente grande, ya que el éxito de la resocialización tiene como primer peldaño la identificación de todos los elementos que rodean al delincuente sobre el que se va a aplicar el tratamiento penitenciario.

Otro aspecto importante que nos lleva a pensar en que sí es posible la resocialización son los resultados que ha mostrado Pideco, en el sentido que, por ejemplo, el caso de Iván se muestra la capacidad que pueden tener estos individuos para modificar patrones tan complicados como el narcisismo, las justificaciones frente a las consecuencias de sus actos y la falta de empatía para con las víctimas. Esto no hace más que corroborar que con un programa bien estructurado, que incida en las características de los DCB, es posible cambiar patrones y características criminógenos.

Lo precisado supra se puede mejorar, definitivamente, si se busca una mejor individualización del tipo de delincuentes que se quieren resocializar, esto es, migrar de la aplicación del programa en los delincuentes económicos hacia los DCB en específico, ya que ello permitirá que tanto el tratamiento como sus resultados sean mucho más exactos y permitan mostrar evidencia más fiable; si ello no sucede, podemos caer en el error de aplicar un programa pensado en DCB a individuos que no cumplen con esas características e interpretar de forma errada los resultados del tratamiento.

A pesar de lo dicho, no podemos desconocer que existe un punto bastante complejo que es prácticamente imposible abordar desde el tratamiento penitenciario, nos referimos al sistema económico en general, esto es, que es la propia estructura la que crea la visión del éxito económico y que, precisamente, refuerza y alimenta los rasgos de los potenciales del DCB; además,

una vez que egresen del centro penitenciario volverán a introducirse en un sistema que contribuyó a cometer el delito.

Entonces, creemos que el panorama es alentador, pero para dar una respuesta definitiva necesitamos que más Estados pueden apostar por tratamientos individualizados que, sumados al Pideco y sus mejoras que hemos planteado, puedan brindarnos una visión más clara acerca del futuro de la resocialización en esta clase de delincentes.

6. *A modo de conclusión.*

Luego de todo lo dicho podemos concluir que el tema de la resocialización requiere suma atención en la actualidad, ya que no está resuelto, sobre todo en Latinoamérica donde el paradigma resocializador se sigue centrando en el delincuente común, obviando que existen nuevas formas de delincuencia y, por lo tanto, otro tipo de criminales con igual o mayor impacto socioeconómico que el delincuente clásico.

Así, el DCB es un actor con capacidad de generar grandes perjuicios en el Estado, al estar inmerso en sectores claves de la economía, siendo que el interés del Derecho penal debe estar enfocado no solo en sancionarlo, sino también en resocializarlo. En ese camino, el avance criminológico en el estudio de sus características ha constituido un gran paso en la búsqueda de la mencionada resocialización.

Entre las características encontradas se encuentran la ambigüedad moral y legal en el trato de los delitos que cometen, el carácter criminógeno que puede tener la institución o entidad en la que ejercen poder, que se suma a una subcultura empresarial que normaliza el delito de cuello blanco, lo que se agrava con el carácter difuso que tienen las víctimas de los delitos que ellos cometen. Además de ello, tienen rasgos particulares en la personalidad, tales como narcisismo, falta de empatía, deseo de riqueza, entre otros.

Dichas características tienen que ser abordadas por el tratamiento resocializador, con programas exclusivos e individualizados, cuestión que ha pretendido realizar España con el Pideco que, pese a diversas mejoras que debe tener, es un hito internacional al cual se le debe prestar bastante atención, no solo por su innovación, sino, sobre todo, porque los resultados que ha mostrado pueden guiarnos hacia una respuesta positiva acerca de si el DCB puede resocializarse, al evidenciar que los internos que participan de este programa pueden migrar del narcisismo a la empatía, de la falta de preocupación por sus actos hacia un verdadero remordimiento y asunción de responsabilidad.

Este es un desafío que deben asumir todos los Estados, pero que lamentablemente es olvidado, ya que se les brinda más importancia a otros aspectos de las Ciencias Penales —discusión sobre los tipos penales, nuevas formas de imputación, etc.— y se abandona el aspecto quizá más complejo y del que no queremos hablar: la ejecución de la pena. Quizá es más cómodo no mirar a quienes se encuentran encerrados en los penales, quizá tampoco vemos como problemático que sujetos con traje y corbata necesiten un tratamiento, ya que son “gente como nosotros”, pero es vital preocuparnos por este tema, de lo contrario la repercusión de sus delitos en nuestra sociedad seguirán costando grandes daños y desembocarán en desestabilización del propio Estado en su conjunto, cuestión que no parece demasiado lejana.

Bibliografía

- ALBERTCH, HANS-JÖRG, "Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas". En: Universidad Nacional de Educación a Distancia (ed.), *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (pp. 259–281), Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978.
- BARRÍA, XIMENA, "Caso Odebrecht: las deficiencias del Estado de Derecho en Latinoamérica", *Global Affairs—Universidad de Navarra* s. f. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNAV.EDU/WEB/GLOBAL-AFFAIRS/DETALLE/-/BLOGS/CASO-ODEBRECHT-LAS-DEFICIENCIAS-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-EN-LATINOAMERICA](https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/caso-odebrecht-las-deficiencias-del-estado-de-derecho-en-latinoamerica)> (visto por última vez el 12.02.2024).
- CABA, WILSON, "Crisis financiera 2008 (Inside Job en español)", *Youtube* 06.02.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=EEI2QCYGNEY](https://www.youtube.com/watch?v=EEI2QCYGNEY)> (visto por última vez el 30.12.2023).
- CÁMARA ARROYO, SERGIO, "Estudios criminológicos contemporáneos (VIII): El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología", *Derecho y Cambio Social*, 59 (2000), pp. 446–500.
- CASTRO MORALES, ÁLVARO, "Ejecución de la pena de prisión de adultos en Alemania: análisis de las leyes estatales a la luz de la Ley Federal de 1976 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG)", *Derecho PUCP*, 82 (2019), pp. 281–313.
- CERNA RAVINES, CRISTHIAN ALEXANDER, "La responsabilidad social solidaria como fin de la pena en los supersocializados: especial referencia a Perú y España", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 7 especial (2021), pp. 1-14.
- CERNA RAVINES, CRISTHIAN ALEXANDER, "Los supersocializados y el actual concepto de resocialización ¿Necesitamos un nuevo paradigma del fin de la pena?", *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 137 (2020), pp. 39–48.
- COHEN, LAURENCE / FELSON, MARCUS, "Social change and crime rate trends: a routine activity approach", *American Sociological Review*, 44, 4, (1979), pp. 588–608.
- CRESSEY, DONALD R., *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*, Glencoe, IL Free Press, 1953.
- DE BARRÓN, ÍÑIGO, "El caso Bankia 10 años después: el hundimiento del 'Titanic' bancario español", *El País* 08.05.2022. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/ECONOMIA/2022-05-08/EL-CASO-BANKIA-10-ANOS-DESPUES-EL-HUNDIMIENTO-DEL-TITANIC-BANCARIO-ESPANOL.HTML](https://elpais.com/economia/2022-05-08/el-caso-bankia-10-anos-despues-el-hundimiento-del-titanic-bancario-espanol.html)> (visto por última vez el 12.02.2024).
- EP, "Deutsche Bank gana más de 5.000 millones en 2022, su mejor resultado desde antes de la crisis financiera", *El País* 02.02.2023. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/ECONOMIA/2023-02-02/DEUTSCHE-BANK-GANA-MAS-DE-5000-MILLONES-EN-2022-SU-MEJOR-RESULTADO-DESDE-ANTES-DE-LA-CRISIS-FINANCIERA.HTML?EVENT_LOG=FA](https://elpais.com/economia/2023-02-02/deutsche-bank-gana-mas-de-5000-millones-en-2022-su-mejor-resultado-desde-antes-de-la-crisis-financiera.html?event_log=fa)> (visto por última vez el 11.02.2024).
- ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA, *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características y vías de prevención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- Euromoney, "Europe's best private bank 2023: BNP Paribas Wealth Management", *Euromoney* 30.03.2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.EUROMONEY.COM/PRIVATE-BANKING-AWARDS/PRIVATE-BANKING-AWARDS-2023#EUROPE](https://www.euromoney.com/private-banking-awards/private-banking-awards-2023#EUROPE)> (visto por última vez el 11.02.2024).
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Buenos Aires y Montevideo, B de F, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO, *Instituciones del Derecho penal económico y de la empresa*, Valladolid, Thomson Reuters, 2013.
- GEIS, GILBERT, "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico". En: Bueno Aurus, Franciso/ Serrano Gómez, Alfonso/ Guzmán Dálbora, José Luis (eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 309–324), Madrid, Dykinson, 2006.
- GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho Penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- JUANATEY DORADO, CARMEN, "Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco", *Revista Penal*, 40 (2017), pp. 126–145.
- LAUBENTHAL, KLAUS, *Strafvollzug*, 7ª ed., Berlín-Hildelberg, Springer, 2015.
- LEÓN TOMASTO, MARCO, "Especial del Sistema Penitenciario. Cárceles productivas y reinserción social", *Enfoque Derecho* 29.04.2020. Disponible en <[HTTPS://ENFOQUEDERECHO.COM/2020/04/29/CARCELES-PRODUCTIVASYREINSECCIONSOCIAL/](https://enfoquederecho.com/2020/04/29/carceles-productivas-y-reinseccion-social/)> (visto por última vez el 12.03.2024).
- LÓPEZ MAGALLÓN, ENRIQUE, "El caso Mannesmann: ¿un nuevo Enron en puerta?", *DW.COM* 26.10.2006. Disponible en <[HTTPS://WWW.DW.COM/ES/EL-CASO-MANNESMANN-UN-NUEVO-ENRON-EN-PUERTA/A-2215887](https://www.dw.com/es/el-caso-mannesmann-un-nuevo-enron-en-puerta/a-2215887)> (visto por última vez el 12.02.2024).
- LÓPEZ MELERO, MONSERRAT, "Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 65, (2012), pp. 253–304.
- Ministerio del Interior de España – Secretaría Técnica, "Documentos Penitenciarios 28. Programa de Intervención en Delitos Económicos –PIDECO–". Disponible en <[HTTPS://WWW.INTERIOR.GOB.ES/OPENCMS/PDF/ARCHIVOS-Y-DOCUMENTACION/DOCUMENTACION-Y-PUBLICACIONES/PUBLICACIONES-DESCARGABLES/INSTITUCIONES-PENITENCIARIAS/PROGRAMA_DE_INTERVENCION_EN_DELITOS_ECONOMICOS_PIDECO_126210489.PDF](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/programa_de_intervencion_en_delitos_economicos_pideco_126210489.pdf)> (visto por última vez el 11.02.2024).
- PÉREZ RAMÍREZ, MERITXELL, *Perfil del delincuente económico. Variables psicológicas*, Ponencia presentada en el evento denominado Predicción y evaluación de riesgo en la delincuencia económica y empresarial, Madrid, 2023.
- POZAS, ALBERTO, "De Messi a Ronaldo: el fraude de futbolistas de élite que intentaron ahorrarse 37 millones en impuestos", *ElDiario.es* 27.10.2023. Disponible en <https://www.eldiario.es/politica/messi-ronaldo-fraude-futbolistas-elite-intentaron-ahorrarse-37-millones-impuestos_1_10629579.html> (visto por última vez el 26.02.2024).

- REDONDO ILLESCAS, SANTIAGO/ GARRIDO, VICENTE, *Principios de Criminología*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- RIJSENBILT, ANTOINETTE/ COMMANDEUR, HARRY, "Narcissus enters the courtroom: CEO narcissism and fraud", *Journal of Business Ethics*, 117, 2 (2013), pp. 413-429.
- SÁNCHEZ LEGANÉS, SILVIA/ VALERO RIVAS, INÉS, *Equipo de intervención del Centro Penitenciario de Madrid VII*, Ponencia presentada en el evento denominado Predicción y evaluación de riesgo en la delincuencia económica y empresarial, Madrid, 2023.
- SHOVER, NEAL, "El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva". En: Bueno Aurus, Francisco; Serrano Gómez, Alfonso/ Guzmán Dálbora, José Luis (eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 457-473), Madrid, Dykinson, 2006.
- SOLTES, EUGENE, "The psychology of White-Collar Criminals. A researcher reflects on conversations with nearly 50 convicted executives about why they did what they did", *The Atlantic* 14.12.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.THEATLANTIC.COM/BUSINESS/ARCHIVE/2016/12/PYSCHOLOGY-WHITE-COLLAR-CRIMINAL/503408/](https://www.theatlantic.com/business/archive/2016/12/psychology-white-collar-criminal/503408/)> (visto por última vez el 28.02.2024).
- SUTHERLAND, EDWIN, *El delito de cuello blanco*, De Olmo, Rosa (traductora), Madrid, La Piqueta, 1999.
- SUTHERLAND, EDWIN, "White-Collar Criminality", *American Sociological Review*, 5, 1, (1940), pp. 1-12.
- TIEDEMANN, KLAUS, *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, Mantilla Villegas, Amelia (traductora), Barcelona, Ariel, 1985.
- TORRES, DIEGO, "Cristiano Ronaldo firma su condena a dos años de cárcel por fraude fiscal", *El País* 22.01.2019. Disponible en <[HTTPS://ELPAIS.COM/DEPORTES/2019/01/22/ACTUALIDAD/1548146267_061080.HTML](https://elpais.com/deportes/2019/01/22/actualidad/1548146267_061080.html)> (visto por última vez el 26.02.2024).
- WIRTH, WOLFGANG, "Vierter Abschnitt. Vollzugsbehörden. §141: Differenzierung. En: Schwind, Hans-Dieter/ Jehle, Jörg-Martin/ Laubenthal, Klaus (eds.), *Strafvollzugsgesetz*, Berlín, De Gruyter, 2005, pp. 865-878.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Corrupción corporativa: el precio de la deslealtad. ¿Está justificado un delito de administración desleal societario?*, Madrid, Dykinson, 2021.

PARTE IV
Derechos Humanos
y Justicia transicional

Rodolfo González Espinosa

25. Desafíos del Derecho Penal en México. El tipo penal de desaparición forzada de persona cometido por particulares.

Resumen: La desaparición forzada de persona es un fenómeno delictivo que ha marcado a México en años recientes. Con la intención de frenarlo, los legisladores han establecido distintos tipos penales, los cuales, requieren de una atención especial, en específico el tipo penal de desaparición forzada de personas cometido por particulares, pues no cumple con todos los requisitos normativos y, por tanto, se aparta de los estándares internacionales. En este artículo se discute la debida interpretación del tipo penal para mantenerlo fiel tanto a la intención del legislador como a los estándares internacionales.

Palabras Clave: Desaparición forzada, Derecho Penal, víctimas, delincuencia organizada, derechos humanos.

Abstract: The forced disappearance of persons is a criminal phenomenon that has marked Mexico in recent years. With the intention of curbing it, legislators have established different criminal offenses, which require special attention, specifically the criminal offense of forced disappearance of persons committed by private individuals, since it does not comply with all the normative requirements and, therefore, departs from international standards. This article discusses the proper interpretation of the criminal offense in order to keep it faithful to both the legislator's intention and international standards.

Key Words: Enforced disappearance, criminal law, victims, organized crime, human rights.

1. Introducción

La desaparición de personas, como fenómeno delictivo, representa una deuda histórica para las víctimas en México. Según datos oficiales, entre 1962 y 2023, en el país 295,209 personas han sido desaparecidas¹; tan solo en 2022 se reportaron 22,754 personas desaparecidas². Es evidente que, como expresión de macrocriminalidad³, las desapariciones forzadas representan un enorme desafío para el Estado mexicano, sobre todo porque, aunque existen casos cometidos por miembros de las fuerzas armadas y policiales, otros se deben a los grupos criminales que operan en el país⁴.

El cambio en la política de seguridad pública implementado en México de 2006 a 2012 supuso un cambio de paradigma con la confrontación directa del crimen organizado mediante el uso de las fuerzas armadas,⁵ lo que podría ayudar a explicar el aumento sostenido de los desaparecidos en México⁶.

La situación imperante en el país, así como las condenas internacionales han obligado al Estado mexicano a buscar mecanismos institucionales para hacer frente a la crisis de desaparecidos⁷. De esta forma, el 17 de noviembre de 2017, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGMDFP), que contempla no solo el tipo penal original de desaparición forzada, sino que agrega un tipo penal exclusivo para los particulares⁸.

-
- 1 Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No localizadas de México, disponible en <https://versionpublicar.npdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>; GRAMMER, CHRISTOPH, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Max-Planck Institut / Duncker & Humbolt, 2005, p. 12.
 - 2 Estas cifras han sido reducidas por el gobierno mexicano y disminuidas derivado de una nueva metodología. Al respecto v. <[HTTPS://WWW.GOB.MX/SESNSP/ACCIONES-Y-PROGRAMAS/REGISTRO-NACIONAL-DE-DATOS-DE-PERSONAS-EXTRAVIADAS-O-DESAPARECIDAS-RNPED](https://www.gob.mx/SESNSP/ACCIONES-Y-PROGRAMAS/REGISTRO-NACIONAL-DE-DATOS-DE-PERSONAS-EXTRAVIADAS-O-DESAPARECIDAS-RNPED)>
 - 3 La macrocriminalidad entendida como una variante de la violencia colectiva, que se distingue en que la acción individual no es concebible como un hecho aislado y puntual, sino sólo como parte de un contexto de acción colectiva, que representa una condición marco indispensable de la acción individual. V. JÄGER, HERBERT, *Makrocriminalität*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 11–5.; AMBOS KAI, *Treatise on international criminal law*, Vol. I, 2nd ed., Oxford, OUP, 2021, p. 139.
 - 4 SAENZ, RODOLFO, "Confronting Mexico's Enforced Disappearance Monsters", 50 *Vanderbilt Law Review*, 2021 pp. 56 ss.; Human Rights Watch, "Neither Rights nor Security. Killings, Torture and Disappearances in Mexico's War on Drugs", *HRW*, 2011, *passim*; Human Rights Watch, "México: Culpables conocidos, víctimas ignoradas – Tortura y maltrato en México", *HRW*, 2012, *passim*.
 - 5 Cf. García Luna, Genaro, *Para entender el nuevo modelo de seguridad para México*, México, NOSTRA ediciones, 2011, *passim*.; SAENZ (*supra* nota 4), pp. 57 ss.
 - 6 Sobre el aumento de las desapariciones forzadas, con una clara tendencia a partir de 2007: <[HTTPS://WWW.GOB.MX/SESNSP/ACCIONES-Y-PROGRAMAS/REGISTRO-NACIONAL-DE-DATOS-DE-PERSONAS-EXTRAVIADAS-O-DESAPARECIDAS-RNPED](https://www.gob.mx/SESNSP/ACCIONES-Y-PROGRAMAS/REGISTRO-NACIONAL-DE-DATOS-DE-PERSONAS-EXTRAVIADAS-O-DESAPARECIDAS-RNPED)> También, SAENZ (*supra* nota 4), pp. 57 ss.
 - 7 Cabe mencionar que, tanto a nivel federal, así como la mayoría de las entidades federativas contemplaban en su legislación el delito de desaparición forzada en sus legislaciones. Al respecto, v. Gaceta Parlamentaria, Año XX Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 12 de octubre de 2017 Número 4884-IV, 13-22; LOZANO MENDOZA, MARÍA DE LOURDES, *La Desaparición Forzada de Personas en México*, México, Porrúa, 2016, p. 9; ISLAS COLÍN, ALFREDO, *Desaparición Forzada de Personas*, México, Porrúa, 2016, pp. 4 s.
 - 8 Existen dos modalidades que por cuestión de espacio no se estudiarán, se trata de la omisión de entrega del recién nacido y de la retención u ocultamiento de los recién nacidos durante el periodo de la desaparición forzada. Art. 35 LGMDFP:

El número de personas desaparecidas en México es un tema complejo que amerita un estudio desde distintas aristas. Sin embargo, este artículo se hará cargo únicamente desde una perspectiva dogmática como respuesta punitiva estatal. En ese sentido, se analizará y esbozarán algunas de las complejidades que presenta el tipo penal de desaparición forzada de persona cometida por particulares, puesto que de la descripción típica se desprende que no cumple con los elementos esenciales de la desaparición forzada. Lo que, en esencia, generará mayor impunidad y un peligro para cualquier persona imputada por este delito. Para lo cual, primero se analiza el delito de desaparición forzada de personas cometida por particulares (2); posteriormente, se toma una postura crítica sobre el tipo penal (3) y en el último acápite se describen las principales conclusiones de este breve artículo (4).

2. *El delito de desaparición forzada de persona cometida por particulares en la legislación mexicana*

El delito de desaparición forzada, un tipo penal sumamente complejo⁹, fue recogido como crimen de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y su inclusión fue impulsada por la delegación argentina derivado de las políticas de desaparición de persona llevadas a cabo, por las dictaduras, en América Latina¹⁰ y su persecución es considerada de *ius cogens*¹¹.

En el plano internacional, del que México es parte, la desaparición forzada de persona se entiende desde las distintas convenciones e instrumentos internacionales. Así, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) la reconoció como un procedimiento cruel e inhumano con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que caracterizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal¹².

Por su parte, la Asamblea General de la ONU reconoce a las desapariciones forzadas, como el arresto, detención o trasladado en contra de su voluntad a las personas, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en

Se impondrá pena de diez a veinte años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa a quien omita entregar a la autoridad o Familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición cometida por particulares durante el periodo de ocultamiento, a sabiendas de tal circunstancia.

Asimismo, se impondrá pena de diez a veinte años de prisión a quien, sin haber participado directamente en la comisión del delito de desaparición cometida por particulares, retenga o mantenga oculto a la niña o niño que nazca durante el periodo de desaparición de la madre, a sabiendas de tal circunstancia.

9 GRAMMER (*supra* nota 1), p. 96.

10 AMBOS, KAI, "Impunity and International Criminal Law.", *Human Rights Journal* 18, 1997, pp. 1 ss.; Van den Herik, Larissa / Braga da Silva, Rafael, "Article 7. i) Enforced disappearance of persons", en AMBOS, KAI (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court*, 4th ed., München, Hart/Beck/Nomos, 2022, nm. 180–181.

11 Reconocida así en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) como en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párrs. 84, 93, 128, 130-132; caso La Cantuta vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, Nro. 162, párrs. 160 y 225. Lo que significa que es costumbre internacional y, por lo tanto, obligatoria para todos los Estados aún y cuando no sean partes en algún tratado.

12 "La desaparición forzada de personas constituye un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que caracterizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal". Asamblea General de la OEA, Res. AG/RES-666 (XIII - 0/83), del 18 de noviembre de 1983.

nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas¹³.

Posteriormente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) define a la desaparición forzada como la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona¹⁴.

Por otro lado, el ECPI recoge al crimen de desaparición forzada entre aquellos de lesa humanidad y lo describe como la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado¹⁵.

Finalmente, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF) establece a la desaparición forzada como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado, o por personas o grupos de personas, que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida¹⁶.

Por su parte, en México, la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas

13 “Profundamente preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”. Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Res. 47/133 de 18 de diciembre 1992. <[HTTPS://WWW.ACNURO.ORG/FILEADMIN/DOCUMENTOS/BDL/2002/1428.PDF](https://www.acnur.org/fileadmin/documentos/BDL/2002/1428.pdf)>

14 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) de 1994, Art. II “la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”

15 Art. 7, párr. 2, inc. i): “se entenderá por desaparición forzada de persona la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

16 “Se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del estado, o por personas o grupos de personas, que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del 20 de diciembre de 2006 <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/INSTRUMENTS-MECHANISMS/INSTRUMENTS/INTERNACIONAL-CONVENTION-PROTECTION-ALL-PERSONS-ENFORCED](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced)>; doctrinalmente, v. TAXIL, BÉRANGÈRE, “A la confluence des droits”, 53 *Annuaire français de droit international*, 2007, passim.

(LGMDFP)¹⁷ recoge en su art. 27 el tipo penal de desaparición forzada de personas, como el delito cometido por “el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.”

Por su parte, el art. 34 de la misma ley sanciona a los particulares que priven de la libertad a sus víctimas, con la intención de ocultarlas¹⁸.

2.1. Elementos.

Si bien de las descripciones de desaparición forzada supra citadas se desprenden diversas características, lo cierto es que todas coinciden en que, desde el punto de vista objetivo, la conducta consiste en la privación de la libertad y la negativa a brindar información sobre el paradero de la víctima, aunque dichos elementos deben ser concurrentes y no pueden escindirse para su estudio¹⁹. Por otro lado, el autor debe formar parte del Estado así como contar con su apoyo o aquiescencia.

2.1.1. Privación de la libertad.

La conducta típica en el delito de desaparición forzada de persona consiste en la privación de la libertad, pero es importante recalcar que la detención puede ser incluso legal, es decir, en flagrancia²⁰, en cumplimiento de una orden de aprehensión o detención²¹. Sin embargo, el delito requiere que una vez la víctima se encuentre privada de la libertad los autores nieguen su paradero.

Este delito es de naturaleza permanente o continua, ya que si bien inicia cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas²², con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, no menos cierto es que se consuma con la falta de información sobre su paradero. Dicha consumación sigue actualizándose hasta que los sujetos pasivos sean encontrados o se establezca cuál fue su destino²³.

17 Algunas Entidades Federativas ya contaban con una ley de Desaparición Forzada de Personas como Guerrero con su Ley Para Prevenir y Sancionar La Desaparición Forzada de Personas en el Estado de Guerrero Numero 569 publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 14 de octubre de 2005, o Morelos con su Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Desaparición Forzada de Personas para el Estado de Morelos publicada en el Periódico Oficial el 02 de septiembre de 2015. Sin embargo, con la publicación de la Ley General el 17 de noviembre de 2017 todas las autoridades deberán adecuar su normativa y aplicar la Ley General con base en su art. 1 “La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en todo el territorio nacional”.

18 Art. 34 LGMDFP. Incurrir en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.

19 Tesis: I.10.P162 P (10a.), TCC, 10a. Época, Gaceta del SJF, Libro 69, t. IV, agosto de 2019, 4527, Registro: 2020364.

20 Tesis: I.10.P165 P (10a.), TCC, 10a. Época, Gaceta del SJF, Libro 69, t. IV, agosto de 2019, 4529, Registro: 2020460.

21 VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), nm. 273.

22 1a./J. 4/98, 9ª. Época, SJF y su Gaceta, t. VII, febrero de 1998, 92, Registro: 196899; AMBOS, KAI, *Treatise on international criminal law*, Vol. II, 2nd ed., Oxford, OUP, 2022, p. 112.

23 P/J. 48/2004, 9ª Época, SJF y su Gaceta, t. XX, julio de 2004, 968, Registro: 181147

Las violaciones a derechos humanos o sus consecuencias subsisten, a pesar de que la víctima sea liberada²⁴. Esto es así, puesto que en ocasiones puede ocurrir que la privación de la libertad tenga como finalidad evitar que la víctima interponga un recurso o haga valer sus derechos.

Imaginemos el caso de una persona que tramita un amparo para evitar la consumación de un acto de autoridad y debe, por ejemplo, ratificar su firma so pena de no tener por interpuesta la demanda; o pierde la primera instancia de un juicio y tiene un plazo perentorio para recurrir la resolución, y es privada de su libertad el tiempo suficiente para evitar que cumpla con la ratificación o la interposición del recurso, para posteriormente ser liberada.

Para el caso de la desaparición forzada de persona cometida por particulares, si bien la ley exige también como conducta la privación de la libertad, aquí el legislador si exige una finalidad concreta: la de ocultar a la víctima o su paradero.

2.1.2. Negativa a informar sobre el paradero de la persona desaparecida.

El delito de desaparición forzada de persona se consuma no al momento de privar a la víctima de la libertad, sino precisamente cuando el autor “hace desaparecer” a la persona privada de la libertad al ocultarla²⁵ omitiendo brindar información, y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección²⁶.

El ocultamiento de la víctima se exterioriza con la ausencia o falsedad de la información sobre la detención, la negativa de la detención o para informar del paradero de la víctima²⁷.

En el caso de la desaparición forzada cometida por particulares, es evidente la contradicción que existiría si se exigiera al particular declarar sobre el paradero de la víctima, puesto que se autoincriminaría, por lo que el legislador dejó fuera esta parte de la conducta típica²⁸.

2.1.3. Finalidad de negar el acceso a la justicia o el ejercicio de derechos.

En el tipo penal original, la ley mexicana vigente no exige una finalidad, basta con la desaparición, aunque la jurisprudencia sí distingue la finalidad de la desaparición forzada frente al delito de abuso de autoridad por el retraso injustificado para poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente. Es decir, reconoce que la desaparición forzada busca proteger

24 Tesis: I.10.P163 P (10a.), TCC, 10a. Época, Gaceta del SJF, Libro 69, t. IV, agosto de 2019, 4454, Registro: 2020452.

25 La jurisprudencia reconoce al ocultamiento, para efectos del tipo penal, mediante diversos métodos o motivos, tales como la negativa de la detención, la omisión de información sobre el paradero de la víctima o del lugar en el que se encuentra detenida o privada de la libertad; que no se le permita el acceso a familiares, abogados o autoridades a la información conducente para la pronta localización y debida defensa de quien se aduce como desaparecido. “Lo anterior, porque con esas acciones u omisiones “se esconde, tapa o se disfraz la verdad”, siendo éstas, acotaciones del verbo “ocultar”. Entonces, “el negar reconocer la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y no dejar huellas o evidencias”. Cf. I.10.P.J/4 (10a.), TCC, 10a. Época, Gaceta del SJF, Libro 58, t. III, septiembre de 2018, 2182, Registro: 2017988

26 AMBOS (*supra* nota 22), pp. 110-111; AMBOS / BÖHM “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo”, en AMBOS (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*, Colombia: Temis / CTZ, 2009, pp. 198-200; VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), nm. 275.

27 Tesis: I.70.P88 P (10a.), TCC, 10ª Época, Gaceta del SJF, libro 45, t. IV, agosto de 2017, 2832, Registro: 2014890.

28 La doctrina reconoce que la obligación de proporcionar información solo debe recaer en las entidades que expresamente se encuentran obligadas a hacerlo. V. SAENZ (*supra* nota 4), p. 91; GIORGOU, IRENA, “State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute”, 11 JICJ, December 2013, pp. 1012 s.

que la víctima no quede al margen del amparo de la ley, y se le niegue la posibilidad de ejercer los recursos legales y las garantías procesales que le asisten, en tanto que el abuso de autoridad se actualiza con un retraso injustificado.²⁹

Como ya se mencionó *supra*, para el caso de la desaparición forzada de persona cometida por particulares, el legislador exige una finalidad concreta, la de ocultar a la víctima o su paradero. Es decir, privar de la libertad a la víctima con la finalidad de ocultarla.

2.1.4. Calidad específica del sujeto activo.

La desaparición forzada de persona requiere de una calidad específica del sujeto activo: que sea agente del Estado o cuente con la aquiescencia del Estado³⁰. Normalmente se trata de agentes estatales de las fuerzas armadas o de los cuerpos de seguridad, pues son quienes despliegan el uso de la fuerza estatal.

Sin embargo, podría tratarse de cualquiera que, siendo parte del Estado o sus aparatos, sea capaz de desaparecer personas y cuente con la protección estatal para mantenerse impune³¹.

Para el caso de privaciones de la libertad cometidas directamente por agentes del Estado, la carga de la prueba que desvirtúe esa responsabilidad se invierte, corresponde así al Estado demostrar que las víctimas no desaparecieron en manos de sus agentes.³²

Por otro lado, el término aquiescencia, de origen latín "*acquiescentia*", significa consentimiento o acuerdo como sinónimo de aprobación, asentimiento, consentimiento, aceptación, afirmación, entre otros. El término aquiescente es un adjetivo que hace referencia al individuo que consiente o aprueba un asunto determinado, es decir, su consentimiento apoyo o compli- cidad para su comisión. De tal forma, que el sujeto activo cuente con la aprobación estatal para llevar a cabo sus fines.

La importancia de este elemento no es menor, pues en esencia representa un universo de potenciales autores, siempre y cuando actúen con la aquiescencia del Estado³³.

Este es quizás el elemento más relevante de la desaparición forzada y precisamente el que, en el caso de la desaparición cometida por particulares, se encuentra ausente: la calidad específica del activo, ya que no se exige que sea servidor público y tampoco es necesario contar con la aquiescencia del Estado. Lo que no es intrascendente, pues no solo se desvía del tipo penal original, sino de los tratados internacionales.

29 Tesis: I.70.P888 P (10a.), TCC, 10ª Época, Gaceta del SJF, libro 45, t. IV, agosto de 2017, 2832, Registro: 2014890.

30 Para el ECPI, también es posible que los perpetradores pertenezcan a organizaciones políticas (Art. 7, párr.2, inc. i)), sin embargo, el término político como calificativo pretendía abarcar un espectro más estrecho al de cualquier organización, en particular las organizaciones políticas con funciones estatales. Al respecto, AMBOS (*supra* nota 22), p. 111; VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), n.º. 274; SAENZ (*supra* nota 4), p. 92; GIORGOU (*supra* nota 28), p. 1012.

31 AMBOS (*supra* nota 22), p. 111; ISLAS COLÍN (*supra* nota 7), p. 14; TAXIL (*supra* nota 16), p. 136.

32 Tesis: I.10.P164 P (10a.), TCC, 10a. Época, Gaceta del SJF, Libro 69, t. IV, agosto de 2019, 4526, Registro: 2020459.

33 Tesis: 1a. CCXXVIII/2017 (10a.), 10a. Época, Gaceta del SJF, libro 49, t. I, diciembre de 2017, 413, Registro: 2015720.

2.1.5. Otros elementos.

Como elemento subjetivo se trata de un delito doloso, aunque se requiere un dolo específico,³⁴ en el que el autor o los autores tienen la intención de privar de la libertad a una persona y negar su paradero.

Por la naturaleza especial de la desaparición forzada se ha discutido sobre su imprescriptibilidad³⁵. Cuando se trate de un Crimen de Lesa Humanidad³⁶, por la sistematización en su comisión y las violaciones graves a los derechos humanos fundamentales se consideran imprescriptibles³⁷. Por su parte, la LGMDFP, a pesar de no reconocerlo explícitamente como un Crimen de Lesa Humanidad, considera que por su naturaleza es un delito imprescriptible³⁸.

2.2. Jurisprudencia internacional relevante.

Hasta el día de hoy no existen casos juzgados por desaparición forzada de persona en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en numerosos fallos con miras a su carácter de violación de derechos humanos³⁹.

Sobre el particular, el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte IDH en el caso Rosendo Radilla vs. México⁴⁰ y recientemente en el caso Alvarado vs. México⁴¹. En este último, la Corte IDH consideró que la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de toda otra prueba, aún circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de ella⁴². Es decir, cada caso debe ser estudiado inde-

34 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *Derecho Penal*, México, IBJUS/INACIPE, 2017, pp. 237 s.; RENGIER, RUDOLF *Strafrecht Allgemeine Teil*, 14. Auflage, München, C.H. Beck, 2022, §14, nm. 5 y 7; AMBOS (*supra* nota 22), p. 112.

35 Véase AMBOS, KAI (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*, Colombia: Temis / GTZ, 2009.

36 Para ello es importante que se acrediten los elementos de contexto (ataque generalizado y sistemático), de lo contrario se trata de un delito aislado, cf. GRAMMER (*supra* nota 1), p. 19.

37 Tesis: 1a. X/2012 (10a.), 10a Época SJF y su Gaceta. Libro V, t. 1, febrero de 2012, 650, Registro: 2000209.

38 Art. 14 LGMDFP. "El ejercicio de la acción penal y la ejecución de sanciones penales que se impongan judicialmente para los delitos de desaparición forzada de personas y de desaparición cometida por particulares son imprescriptibles y no están sujetos a criterios de oportunidad ni a formas de solución alterna al proceso u otras de similar naturaleza".

Previamente, y toda vez que se trata de un delito permanente o continuo, la jurisprudencia consideró que la prescripción operaba a partir de que se encontrara a la víctima o se supiera su paradero. Cfr. Tesis: P/J. 87/2004, 9ª. Época, SJF y su Gaceta t. XX, septiembre de 2004, 1121, Registro: 180653.

39 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 134-135, "En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones". Al respecto v. ISLAS COLÍN (*supra* nota 7), pp. 123-159.

40 Corte DH, Caso Radilla Pacheco vs. México sentencia de 23 de noviembre de 2009.

41 Corte IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México sentencia de 28 de noviembre de 2018

42 Corte IDH, Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 170. "En este sentido, la Corte ha señalado que, aunque exista un contexto de práctica sistemática y generalizada de desaparición forzada, para la determinación de la ocurrencia de una desaparición forzada se requiere la existencia de otros elementos que permitan corroborar que la persona fue privada de su libertad con la participación de agentes estatales o por particulares que actuaran con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Así, este Tribunal ha determinado que "la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de toda otra prueba, aún circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de ella."

pendientemente y comprobado si forma parte de la práctica sistemática y generalizada de desaparición forzada.

2.3. Jurisprudencia nacional relevante.

En el caso de la desaparición forzada de persona cometida por particulares, la jurisprudencia es escasa y más bien contradictoria.

Por un lado, la madre de una niña promovió un juicio de amparo aduciendo que el padre de la niña, coadyuvado por la autoridad y personas morales cometió el delito de desaparición forzada cometida por particulares en contra de la niña. El Tribunal Colegiado de Circuito consideró que este hecho no puede calificarse como desaparición forzada cometida por particulares, aunque consideró la necesidad de tomar las medidas necesarias para preservar y restituir a la menor de edad, aun provisionalmente⁴³.

Por otro lado, un juez familiar decretó la guarda y custodia provisional de una niña en favor de su padre y ordenó ejercerla en determinado domicilio. Sin embargo, cuando se les intentó localizar ya no fueron encontrados en el lugar, certificándose que no viven ahí y probablemente se desplazaron a diversa entidad federativa. Ante dicha situación, un familiar, al considerar que un particular, con la aquiescencia de una autoridad propició su ocultamiento, promovió un juicio de amparo contra lo que estimó la desaparición forzada de la niña. El Tribunal Colegiado de Circuito determinó que, en estos casos, dada la gravedad y latente riesgo para la integridad personal de la niña afectada, debía ordenarse a las autoridades responsables e, incluso, a los particulares involucrados, el cese inmediato de la conducta probablemente constitutiva de desaparición forzada, así como abstenerse de ejecutar acciones que coadyuven a ella; aduciendo que la LGMDFP establece disposiciones específicas que deben observarse en aquellos casos en que haya noticia, reporte o denuncia de que un menor de edad ha desaparecido en cualquier circunstancia.⁴⁴

Lo que pareciera ser el mismo tipo de casos (guarda y custodia de menores de edad), los criterios son, en apariencia, opuestos, pues mientras que en un caso el Tribunal desestima la existencia del delito, en el otro, aun y cuando no hace un estudio de este, prefiere ampliar la protección del menor para evitar o minimizar los riesgos. Aunque, lo que más debería llamar la atención, es que sigue existiendo presencia del Estado y sus agentes, pues hay, según la quejosa, una aquiescencia de la autoridad que permitió al padre sustraer a la menor del lugar donde había prometido mantenerla.

3. *Toma de postura sobre el tipo penal de desaparición forzada de persona cometido por particulares.*

Hasta este momento, se ha hecho una revisión del tipo penal de desaparición forzada de persona y su variante, cuando es cometida por un particular. Este último tipo penal es problemático por varios motivos, por lo que, a continuación, se hará una crítica del tipo penal y se propondrá una interpretación congruente con el sistema penal mexicano.

43 Tesis: II.40.P26 P (11a.), TCC, 11ª Época, Gaceta del SJF, 28 de abril de 2023, Registro: 2026368.

44 Tesis: II.30.P52 P (11a.), TCC, 11ª Época, Gaceta del SJF, 09 de junio de 2023, Registro: 2026672.

En primer lugar, el tipo penal de desaparición forzada de persona cometido por particulares, tal y como se encuentra legislado, se desvía completamente de la esencia de la desaparición forzada. Si bien la conducta típica sigue siendo la privación de la libertad seguida del ocultamiento de la víctima o su suerte, se elimina el elemento del Estado o su aquiescencia, lo que abre la puerta a confundirlo con otros delitos, tales como el secuestro⁴⁵ y la privación ilegal de la libertad.

El elemento estatal es de suma importancia en la desaparición forzada de persona, pues, por un lado, la génesis del delito nace precisamente de la política de Estado en contra de los opositores políticos, donde sólo éste tiene un interés en desaparecerlos⁴⁶. Por otro lado, el Estado, como ente, mantiene un control territorial y el monopolio del uso de la fuerza, lo que le permite, con todas las herramientas legales y meta-legales a su alcance, desaparecer a las víctimas sin que, necesariamente, los perpetradores se enfrenten a consecuencias por su conducta e impidiendo a las víctimas cualquier forma de defensa o de conocimiento de la verdad⁴⁷.

Esta segunda parte, el control territorial y de uso de la fuerza, en años recientes se ha visto disputada por la delincuencia organizada en algunas zonas del país⁴⁸. Así mismo, la operación de las bandas de delincuencia organizada ha elevado exponencialmente el número de desaparecidos.⁴⁹ El legislador, consciente de esta realidad, pretendió ampliar la esfera de seguridad jurídica de los gobernados y subsumir el comportamiento delincuencia a este tipo penal⁵⁰.

En ese sentido, si bien no es necesario acreditar fehacientemente la participación de la delincuencia organizada, la jurisprudencia permite la atracción de un caso para su investigación por parte de la Fiscalía federal, lo que, en esencia, permitiría un mayor uso de recursos para encontrar a los responsables.⁵¹

Así, entre las diversas exposiciones de motivos se destaca la visión del legislador que reconoce en las instituciones de procuración de justicia, ya sea por acción o por omisión, la responsabilidad por la comisión de estos delitos; en particular su colaboración con el crimen orga-

45 En este caso, también se puede discutir si la finalidad o propósito de causar daño o perjuicio podría subsumirse de la misma forma que en el caso de la desaparición forzada, pues el delito consiste en privar de la libertad a otro con el propósito de causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros. Cf. Art. 9, fr. I, c) Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro.

46 AMBOS (*supra* nota 22), p. 108; GRAMMER (*supra* nota 1), pp. 3, 7 ss. Parte de la doctrina, incluso encuentra el origen de la desaparición forzada en el "Nacht und Nebel Erlass" (Decreto Noche y Niebla), del 7 de diciembre de 1941, donde las autoridades nazis establecían las directrices para la represión y eliminación física de oponentes políticos al régimen en los territorios ocupados; v. AMBOS (*supra* nota 22), p. 108; VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), nm. 177.

47 AMBOS (*supra* nota 22), p. 111; VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), nm. 272.

48 HRW (*supra* nota 4), *passim*; HRW (*supra* nota 4), *passim*; crítico sobre la responsabilidad de la delincuencia organizada equiparable a la del Estado, v. SAENZ (*supra* nota 4), p. 92.

49 Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación por Violaciones Graves 27VG/2019, 23 de octubre de 2019; AGUAYO / DAYÁN, "Reconquistando" *La Laguna*, México, COLMEX, 2020, p. 29.

50 "Como es sabido, el Estado mexicano atraviesa un arduo conflicto ante la presencia del narcotráfico y el crimen organizado, esta problemática hace más vulnerable a la sociedad mexicana debido a que el crimen organizado realiza desapariciones de personas y muchas de ellas han sido descubiertas en fosas clandestinas". Exposición de motivos Gaceta Parlamentaria, Año XX Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 12 de octubre de 2017 Número 4884-IV, 37.

51 Tesis: III.40.P2 P (11a.), TCC, 11ª Época, Gaceta del SJF, 12 de mayo de 2023, Registro: 2026384.

nizado o su indolencia para combatirlos⁵².

Es decir, en este tipo penal, el “particular” representa una distinción con un servidor público o un agente del Estado. Sin embargo, no todos los particulares podrían cometer este delito, pues no todos los particulares cuentan con un poder de control territorial e institucional semejante al del Estado.

La desaparición forzada de persona describe el poder que una persona o un grupo de personas pueden ejercer en determinado territorio donde disponen a su voluntad de la vida y libertad de las víctimas⁵³, más no, como un sustituto para la indolencia investigativa del Estado. Es decir, las víctimas de desaparición forzada se encuentran en un paradero desconocido porque los sujetos activos, tanto miembros del Estado como personas que ejercen cierto control territorial, tienen los medios para impedir que dichas víctimas sean encontradas y no que la incapacidad investigativa de las fiscalías se encuentre justificada con una interpretación expansiva del tipo.

La jurisprudencia es muy significativa con respecto al entendimiento del delito de desaparición forzada de persona cometido por particulares. Puesto que como ha quedado *supra* indicado, los Tribunales refieren constantemente la aquiescencia del Estado en la configuración del tipo penal. Es decir, independientemente de tener por acreditado o no el tipo penal o las medidas que las autoridades deben tomar en los casos que involucren a menores de edad, “la aquiescencia del Estado” es una constante.

Pero esta interpretación no es arbitraria, sino que obedece de forma sistemática⁵⁴ y teleológica⁵⁵ con la interpretación normativa que debe realizarse en materia penal⁵⁶. Esto es así, puesto que en la tarea interpretativa es indispensable la adopción de un método que garantice resultados aceptables y sostenibles, teniendo en cuenta que quien sentencia no es la ley, sino el juez, y que lo decidido en cada caso particular debe ser lo adecuado, sopesando todos los elementos de los que dispone y exponiendo todos los motivos concretos en los cuales basa su decisión⁵⁷. Debe ser razonable, en el sentido de que cualquier otro juzgador podría haber llegado a la misma conclusión, contando con la misma información.

En este sentido y desde una perspectiva sistemática, el tipo penal de desaparición forzada cometida por particular no debe interpretarse de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, lo que desde luego representan las convenciones internacionales de las que México es parte y en términos del art.

52 Iniciativa que expide la ley general para prevenir, investigar y sancionar el delito de desaparición forzada de personas y la desaparición de personas cometidas por particulares, suscrita por integrantes del grupo parlamentario de MORENA http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/11/asun_3456539_20161130_1479495181.pdf

53 VAN DEN HERIK / BRAGA DA SILVA (*supra* nota 10), nm. 272.

54 La interpretación sistemática busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. Cf. RENGIER (*supra* nota 34), §5, nm. 13.

55 La interpretación teleológica consiste en atribuir significado a una norma atendiendo a la finalidad del precepto. El legislador que crea la ley se propone uno o varios fines de los cuales las normas son un medio; por lo que la interpretación debe realizarse teniendo en cuenta esos fines o propósitos buscados. Cf. RENGIER (*supra* nota 34), §5, nm. 14.

56 Al respecto, RENGIER (*supra* nota 34), §5, quien menciona la existencia de los métodos de interpretación gramatical, histórico, sistemático y teleológico realizados ya desde el S. XIX por el jurista alemán Friederich Carl von Savigny

57 ANCHONDO PAREDES, VÍCTOR EMILIO, “Métodos de interpretación jurídica”, *Quid iuris*, 2012, p. 54.

133 constitucional, son parte de la ley suprema de toda la Unión.

La razón es que el sentido de una norma está dado por su relación con las otras normas con el objetivo de evitar antinomias. Es por lo que resulta imprescindible la revisión de las convenciones internacionales que prescriben al tipo penal y que se han descrito *supra*.

Así, a simple vista se aprecia que cuando estos instrumentos internacionales describen la participación de particulares en la comisión de desapariciones forzadas, lo hacen siempre con la aquiescencia del Estado, presumiblemente, para evitar el involucramiento directo de miembros del Estado. Tal y como ocurrió en Chile o Perú donde se organizaron grupos especiales para cometer las desapariciones⁵⁸.

Desde la perspectiva teleológica, la debida interpretación supone la búsqueda del sentido de la norma, los fines objetivos (perceptibles y determinables) que el creador de la norma intenta alcanzar⁵⁹. De esta forma, el proceso legislativo representa la principal fuente de esta interpretación.

En este caso, de las múltiples iniciativas se desprende que los legisladores reconocen el conflicto existente ante la presencia del crimen organizado, donde éste realiza desapariciones de personas y muchas de ellas han sido descubiertas en fosas clandestinas⁶⁰.

En esa tesitura, desde una interpretación teleológica, es claro que la intención del legislador es ampliar el alcance de la norma para que las desapariciones cometidas por miembros de la delincuencia organizada, que no cuentan con la aquiescencia del Estado, no queden impunes.

De lo anterior, podemos concluir que la interpretación adecuada que el juzgador debe hacer del concepto “particular” en el tipo de desaparición forzada cometida por particulares no es simplemente la de una persona que no sea agente del Estado, sino de una persona que no siéndolo, tiene en su esfera de competencia la posibilidad de actuar con un poder semejante al del Estado. Esto es así, porque en un sentido sistemático, las convenciones internacionales establecen como particulares a aquellos que despliegan la conducta con la aquiescencia del Estado o en representación de éste. En ningún instrumento internacional se reconoce a cualquier “particular” la capacidad de desaparecer a otros bajo el alcance de este tipo penal.

De lo contrario, no habría diferencia con el tipo penal de privación ilegal de la libertad porque, aunque éste carece de la finalidad establecida en el tipo penal de desaparición forzada, lo cierto es que es absurdo pensar que el autor que priva de la libertad a una persona, lo haga con la intención de mostrar al público que ha privado de la libertad a su víctima.

Imaginemos el caso de un grupo de amigos que salen de fiesta, se despiden y uno de ellos no regresa a su casa. Al encontrarse en calidad de desaparecido y siendo que las últimas personas en estar con él fueron los amigos con los que salió de fiesta, de acuerdo con este tipo penal, esos amigos más que testigos, pasan a ser sospechosos de una desaparición forzada.

Realizar una aplicación literal de este tipo penal violenta los principios de taxatividad y fragmentariedad⁶¹, pues siendo dirigida a cualquier persona, con una punibilidad tan alta y con

58 GUZMÁN DALBORA (2009), en *AMBOS* (*supra* nota 35), pp. 55 ss.; Meini (2009), en *AMBOS* (*supra* nota 35), p. 108. Para una perspectiva comparada de las diferentes realidades latinoamericanas véase *AMBOS / BÖHM* (*supra* nota 26), pp. 195-255.

59 ANCHONDO PAREDES (*supra* nota 57), p. 58.

60 Exposición de motivos Gaceta Parlamentaria, Año XX Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 12 de octubre de 2017 Número 4884-IV, 37.

61 ONTIVEROS ALONSO (*supra* nota 34), pp. 59-61 y 63 s.

tan pocos elementos, podría prestarse para intimidar imputados, amenazarlos con altas punibilidades para obligarlos a llegar a un acuerdo y, sobre todo, banalizar el fenómeno delictivo, pues si todo es desaparición forzada, en realidad nada lo es.

4. Conclusiones.

Partiendo de la premisa de que México no puede sustraerse de sus responsabilidades internacionales, el reto de la legislación penal no consiste en ampliar el catálogo de tipos penales, sino que las conductas típicas sean eficientes a la hora de evitar la impunidad y las injusticias, de manera congruente con los tratados internacionales y los cánones de Derechos Humanos.

Por lo que, ante lo expuesto, podemos hacer algunas apreciaciones. En primer lugar, que fenómeno de las desapariciones forzadas ha alcanzado tal nivel de alarma, que en 2017 se expidió la LGMDFP. Con ello, los legisladores mexicanos buscaron armonizar los tipos penales y así garantizar una respuesta punitiva coordinada a esta crisis. Entre los delitos promulgados, además del tipo penal ordinario, se describe el de desaparición forzada de persona cometida por particulares.

En segundo lugar, el tipo de desaparición forzada de persona cometida por particulares, como respuesta punitiva del Estado mexicano se aleja de los estándares internacionales. Si bien, cada país es soberano para determinar sus leyes, lo cierto es que este tipo penal viola los principios de taxatividad y fragmentariedad. Lo que puede generar distintas consecuencias no deseadas, como su uso para la intimidación de imputados, el aumento de la impunidad o simplemente, la condena de inocentes.

En tercer lugar, de la exposición de motivos, podemos concluir que el “particular” al que la legislación se refiere como sujeto activo del tipo, no es cualquier sujeto, sino quien tiene un poder equivalente al del Estado para poder “desaparecer” a las víctimas. Sin embargo, el legislador no lo especificó en la ley, por lo que deberá ser la jurisprudencia quien, como legislador negativo, limite el tipo penal.

Finalmente, podemos concluir que la desaparición forzada es un fenómeno preocupante y que la respuesta legislativa, aun y cuando sea bien intencionada, en sí misma no persuadirá a los autores de seguir cometiendo estas conductas. Por lo que, el Estado mexicano debe comenzar a plantear políticas públicas debidamente articuladas, que, acompañadas del Derecho Penal como última ratio, puedan ofrecer mejores resultados a la población.

Bibliografía.

AGUAYO, SERGIO / DAYÁN JACOBO, *“Reconquistando” La Laguna: los Zetas, el Estado y la sociedad organizada*, 2007-2014, México, El Colegio de México, 2020.

AMBOS, KAI (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-article commentary*, 4th ed., München, Hart / Beck / Nomos, 2022.

AMBOS, KAI, *Treatise on international criminal law. The crimes and sentencing*, Vol. II, 2nd ed., Oxford, OUP, 2022.

- AMBOS, KAI, *Treatise on international criminal law. Foundations and general part*, Vol. I, 2nd ed., Oxford, OUP, 2021.
- AMBOS, KAI (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*, Colombia, Temis / GTZ, 2009.
- AMBOS, KAI, "Impunity and International Criminal Law. A case study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina", *Human Rights Law Journal* 18, 1997, pp. 1-15.
- AMBOS, KAI / BÖHM, MARÍA LAURA, "La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo", en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional*, Colombia: Temis / GTZ, 2009, pp. 198-200.
- ANCHONDO PAREDES, VÍCTOR EMILIO, "Métodos de interpretación jurídica", *Quid iuris* (Chihuahua), 2012, pp. 33-58
- GARCÍA LUNA, GENARO, *Para entender el nuevo modelo de seguridad para México*, México, NOSTRA ediciones, 2011.
- GIORGOU, IRENA, "State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Volume 11, Issue 5, December 2013, pp. 1001-102.
- GRAMMER, CHRISTOPH, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Band S 105, Berlin, Max-Planck Institut / Duncker & Humboldt, 2005.
- Human Rights Watch (HRW), "Neither Rights nor Security. Killings, Torture and Disappearances in Mexico's War on Drugs", HRW, 2011.
- Human Rights Watch (HRW), "México: Culpables conocidos, víctimas ignoradas – Tortura y maltrato en México", HRW, 2012.
- ISLAS COLÍN, ALFREDO, *Desaparición Forzada de Personas. Una visión internacional y comparada*, México, Porrúa, 2016.
- JÄGER, HERBERT, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.
- LOZANO MENDOZA, MARÍA DE LOURDES, *La Desaparición Forzada de Personas en México. Su protección en la nueva ley de Amparo, alcances y límites*, México, Porrúa, 2016.
- ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *Derecho Penal. Parte General*, México, IBIJUS / Alexander von Humboldt Stiftung / INACIPE, 2017.
- PELAYO MOLLER, CARLOS MARÍA, *La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, Fascículo 11, CNDH, México, 2012.
- RENGIER, RUDOLF, *Strafrecht Allgemeine Teil*, 14. Auflage, München, C.H. Beck, 2022.
- SAENZ, RODOLFO, "Confronting Mexico's Enforced Disappearance Monsters: How the ICC can Contribute to the Process of Realizing Criminal Justice Reform in Mexico", 50 *Vanderbilt Law Review*, 2021, pp. 45-112.
- TAXIL, BÉRANGÈRE, "A la confluence des droits: La Convention Internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forces", 53 *Annuaire français de droit international*, 2007, pp. 129-165.
- VAN DEN HERIK, LARISSA / BRAGA DA SILVA, RAFAEL, "Article 7 i) Enforced disappearance of persons", en Ambos, Kai (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-article commentary*, 4th ed., München, Hart / Beck / Nomos, 2022.

Daniela Alejandra León González

26. Retos para la imputación conjunta de hechos de violencia sexual y violencias basadas en género ante la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada a los macrocasos 08 y 11.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo describir los alcances del macrocaso 11 de la Jurisdicción Especial para la Paz y su relación con el macrocaso 08 del mismo modelo de justicia —aplicado en la subregión de Montes de María—. Esto con un interés particular en los hechos de violencia sexual y violencias basadas en género. Asimismo, pretende presentar algunos de los retos identificados dentro de las imputaciones conjuntas a máximos responsables por la comisión de ese tipo de crímenes perpetrados durante el conflicto armado colombiano.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz, violencia sexual, violencias basadas en género, macrocriminalidad, imputaciones conjuntas.

Abstract: This academic text aims to describe the scope of macrocase 11 of Special Jurisdiction for Peace and its relationship with macrocase 08 of the same justice model —applied in the subregion of Montes de María—. This with a particular interest in cases that involved sexual violence and gender-based violence. Likewise, it is intended to present some of the challenges identified after the joint charges against those most responsible actors for the commission of this type of crimes perpetrated during the internal armed conflict.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace, sexual violence, gender-based violence, macrocriminality, joint charges.

Introducción.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es el componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), el cual surge a partir de la firma del Acuerdo de Paz suscrito entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno Nacional colombiano. Ese sistema es un mecanismo que apuesta por la lucha contra la impunidad mediante la articulación de diversas estrategias de investigación y sanción de las violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario¹.

Para Correa y Martín² hay diversas maneras de abordar el concepto de Justicia Transicional, pero existe un consenso sobre su manifestación en el campo de las profundas transformaciones políticas que pueden ser posteriores a conflictos armados o al fin de dictaduras, escenarios en los que ocurrieron masivas y sistemáticas violaciones a derechos humanos, por lo cual, las fórmulas transicionales tienen como objetivo el restablecimiento de la convivencia y la estabilidad política y social “a través de la confrontación con los hechos pasados”.

Autores³ señalan que en el marco de una análisis comparado, el modelo de justicia colombiano (caso JEP) es bastante novedoso ya que realiza un abordaje simultáneo de la verdad judicial y la memoria histórica, esta última a través de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, a su vez crea un mecanismo humanitario para la búsqueda de personas desaparecidas (Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas), articulando esos tres nuevos organismos con entidades ya existentes.

“La JEP se trata de un original, complejo y mixto modelo de justicia transicional basado en la verdad, la restauración y la reparación, y no en la retribución, que debe ser objeto de un profundo análisis teórico y conceptual para precisar su naturaleza y particularidades. La matriz de análisis de la JEP es el conflicto armado interno, en el que deben inscribirse las conductas que van a juzgarse. Y por ello las causas y los agentes del conflicto son conexos con la justicia material y con el Estado social de derecho, pero debe insertarse en costumbres políticas y constitucionales apegadas aún al formalismo legalista. Por estas razones, el presente artículo se orienta al conocimiento, análisis y reflexión, en perspectiva comparada, de este nuevo sistema de justicia”⁴.

De conformidad con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (LEAJEP), la JEP como componente de justicia del Sistema Integral tiene como objetivos:

- 1 HERNÁNDEZ POSADA, ANDRÉS DUWIERTH, “Justicia Transicional En Colombia: ¿Qué Puede Aprender La Jurisdicción Especial Para La Paz (JEP) Del Proceso De Justicia Y Paz?”, *Revista Jurídica Piélagos*, 20 (2), p. 8. Disponible en <HTTPS://DOI.ORG/10.25054/16576799.2906> (visto por última vez el 21.04.2024).
- 2 CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA Y MARTÍN PARADA, ANDRÉS FELIPE, “La jurisdicción especial para la paz: un modelo de justicia transicional en Colombia”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), pp. 30–50. Disponible en <HTTPS://DOI.ORG/10.24215/2618303XE002> (visto por última vez el 21.04.2024).
- 3 BERNAL CUÉLLAR, JAIME; SIERRA PORTO, HUMBERTO; RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO; CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA; ANDRADE CASTRO, ALEXANDER Y ZAMBRANO SALAZAR, LAURA SOFÍA, *Reflexiones jurídicas sobre la Jurisdicción Especial para la Paz*, Universidad Externado de Colombia, 2022. Disponible en <HTTPS://WWW-DIGITALIAPUBLISHING-COM.BASESBIBLIOTECA.UEXTERNADO.EDU.CO/A/126135> (visto por última vez el 21.04.2024).
- 4 CALLE MEZA, MELBA LUZ E IBARRA PADILLA, ADELAIDA MARÍA, “Jurisdicción especial para la paz: fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia”, *Análisis Político* 32 (96), pp. 3–20. Disponible en <HTTPS://DOI.ORG/10.15446/ANPOL.V32N96.83747> (visto por última vez el 21.04.2024).

“[S]atisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, en especial respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos” (Ley 1957 de 2019, Artículo 2).

Sobre este punto resulta relevante señalar que, para la garantía de ese conjunto de objetivos, la JEP ha establecido como paradigma orientador el de la justicia restaurativa, la cual en definición de la LEAJEP “busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones” (Ley 1957 de 2019, Artículo 4).

“[L]a justicia restaurativa devuelve a las partes —la víctima, el ofensor y la comunidad— el conflicto (Christie, 1977). De esa manera, las víctimas y el ofensor pueden tramitar el conflicto y llegar a un acuerdo sobre la forma en que se reparará o restituirá el daño causado por la ofensa. (...) En la justicia restaurativa, la impunidad es entendida como la falta de una responsabilización incluyente del ofensor frente a la conducta cometida, que permita la reparación de las víctimas y la restitución de las partes y los lazos sociales”⁵.

Pues bien, resulta bastante evidente la magnitud de la labor que este tribunal transicional de justicia tiene a la hora de investigar y condenar a máximos responsables, esto en cuanto a la multiplicidad de graves crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, todo esto en una ventana temporal que comprende conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Es por ello que se ha acudido a criterios como los de la selección y priorización, sin apartar la mirada a la obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los DD.HH. e infracciones al DIH que puedan perpetrarse.

“[D]esde el punto de vista de la racionalización de la acción penal se tomaron dos decisiones que fueron desarrolladas ampliamente en el AFP y una menos clara y explícita: (i) se pactó explícitamente renunciar a perseguir los delitos menos graves y otorgar amnistías, indultos o tratamientos similares a quienes los cometieron; (ii) se determinó de forma clara que habría que tomar medidas de priorización para organizar el trabajo respecto de los hechos cubiertos por la obligación de investigar, juzgar y sancionar y, (iii) se dejó la puerta abierta, a través de la utilización de cláusulas y lenguaje ambiguo, a la utilización de mecanismos de selección relacionados con aquellas personas que no fueran los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos”⁶.

A propósito de estos criterios la doctrina señala que sus contenidos y alcances en la JEP no coinciden con los que fueron empleados por tribunales penales internacionales ni por el derecho comparado. El término priorización ha sido usado por el derecho penal internacional para hacer

5 BULA BELEÑO, ENITH CAROLINA, “La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo”, *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, 8(8), pp. 1–29. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.12804/REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/ANIDIP/A.9908](https://doi.org/10.12804/REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/ANIDIP/A.9908)> (visto por última vez el 21.04.2024).

6 JIMÉNEZ OSPINA, ALEJANDRO Y SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO, “La selección y priorización de casos en la Jurisdicción Especial para la Paz”, *Vniversitas* 69 (febrero), pp. 1–26. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.11144/JAVERIANA.V169.SPCT](https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.V169.SPCT)> (visto por última vez el 21.04.2024).

referencia a aquellos casos cuya competencia es asumida por la justicia internacional debido a su gravedad o representatividad. Un ejemplo de ese criterio está en la interpretación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que extiende su jurisdicción a los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario, entendido como una priorización de los casos más graves cometidos por los líderes del conflicto⁷.

“La gran cantidad de crímenes y autores, unida a la duración extensa de los conflictos, hace que la tarea de investigar y sancionar oportuna y adecuadamente parezca abrumadora. Además, debe considerarse que sobre los procesos transicionales recae una imposición generalizada por la necesidad de celeridad y resultados rápidos, sumado a las presiones políticas que intervienen en los contextos en los que operan. Antes que investigar y perseguir, es una labor esencial adoptar criterios de selección y priorización de los casos. Es evidente que de una u otra manera, los casos siempre serán seleccionados o no seleccionados y se les establecerá un orden de prioridad”⁸.

En el caso colombiano, habría que señalar que el Acuerdo Final no define la priorización, pero su esencia se encuentra en la regulación de la Sala de Reconocimiento de Verdad (SRVR). Al respecto, en el numeral cuarenta y ocho (48) del punto cinco (5) sobre víctimas se afirma⁹:

“Para asegurar el funcionamiento eficiente, eficaz y célere del componente de Justicia, la Sala tendrá las más amplias facultades para organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrá en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas queden impunes así como prevenir la congestión del Tribunal”¹⁰.

Aterrizando entonces estos conceptos, el criterio de **priorización**¹¹ se ha entendido como el proceso mediante el cual se establece el orden estratégico en que va a desarrollarse la investigación y el juzgamiento de hechos y personas, en las siguientes etapas:

- a. **Agrupación:** Se asocian en categorías universos provisionales de hechos que son de competencia del tribunal.
- b. **Concentración:** Consiste en centrarse en la recolección y análisis de información sobre grupos de personas y hechos.
- c. **Priorización en sentido estricto:** Se aplican los criterios de priorización para determinar la manera en que se investigarán los casos, entre los que encontramos:
 - ▶ *Componente subjetivo de impacto:* Condición de vulnerabilidad de las víctimas, impactos diferencia-

7 BERNAL CUELLAR (*supra* nota 3).

8 LOPERA, MARIANA Y ROLDÁN CONCHA, SARA MARÍA, “La violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano: sobre su priorización en la JEP”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 56 (diciembre), pp. 183–227. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/103195](https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/103195)> (visto por última vez el 21.04.2024).

9 BERNAL CUELLAR (*supra* nota 3).

10 BERNAL CUELLAR (*supra* nota 3).

11 Comisión Colombiana de Juristas, *Boletín # 11. La priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento*, CCJ-Observatorio sobre la JEP 16.04.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLJURISTAS.ORG/OBSERVATORIO_JEP/DOCUMENTOS/DOCUMENTO.PHP?ID=146#](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=146#)> (visto por última vez el 30.03.2024).

les a pueblos indígenas y sus territorios, impactos en sujetos colectivos y representatividad de presuntos responsables.

- ▶ *Componente objetivo de impacto:* Gravedad de los hechos, magnitud de la victimización y representatividad de los hechos.
- ▶ *Criterio complementario:* Disponibilidad de la información.

Adicional al criterio de priorización, la **selección**¹² es un proceso mediante el cual se determinan los hechos y personas sobre los cuales se va a centrar la persecución penal, por lo que este criterio es entendido como el de delimitación, en tanto el de priorización es el de ordenación del trabajo.

El principio de selección se encuentra definido en la LEAJEP indicando que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDS) y a la SRVR aplicarán “criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos” (Ley 1957 de 2019, Artículo 19) los cuales son la gravedad de los hechos¹³, representatividad¹⁴, características diferenciales de las víctimas¹⁵, características de los responsables¹⁶ y disponibilidad probatoria.

En consideración de la Corte Constitucional este conjunto de criterios deberán centrarse en consolidar esfuerzos para la investigación de “los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra”¹⁷.

Por su parte, la doctrina señala que este criterio “es una herramienta que permite determinar, en contextos de crímenes internacionales, quiénes realizaron un mayor aporte al plan criminal (casos seleccionados) y quiénes menos (casos no seleccionados)”¹⁸.

Pues bien, es en relación con los mandatos de investigación de la JEP, en específico con su enfoque en la macrocriminalidad y la identificación de patrones, que se ha avanzado en la apertura de once (11) macrocasos que atienden a las necesidades de investigación del universo de casos que componen los hechos perpetrados en el marco del conflicto armado colombiano.

12 CCJ (*supra* nota 11).

13 Grado de afectación de derechos, modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.

14 Efectos de la investigación y judicialización de los hechos, destacando la capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.

15 Condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones, históricos, sociales y culturales de discriminación entre los que se señala el género, orientación sexual, identidad de género y/o rol social de la víctima.

16 Participación activa o determinante en la comisión de los crímenes y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-579. Expediente D-9499. 28.08.2013. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [en línea]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/C-579-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm)> (visto por última vez el 30.03.2024).

18 BERNAL CUELLAR (*supra* nota 3).

Sobre el macrocaso 08.

Dentro de los macrocasos encontramos al 08 titulado “Crímenes cometidos por la fuerza pública, agentes del Estado en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles en el conflicto armado”, el cual fue abierto el 30 de agosto de 2022, caso que tiene como objetivo:

“[E]stablecer la responsabilidad penal de miembros de la fuerza pública y otros agentes del Estado en los crímenes cometidos directamente por ellos, pero también la responsabilidad penal que les pueda caber por los crímenes ejecutados materialmente por paramilitares cuando comprometan la responsabilidad penal de la fuerza pública.

Es decir, la Sala se concentrará en esclarecer las diversas formas de cooperación entre agentes estatales —integrantes y no integrantes de la fuerza pública— y grupos paramilitares”¹⁹.

Para poder cumplir con ese objetivo la JEP ha establecido tres (3) líneas de investigación que obedecen a las principales motivaciones de los crímenes²⁰:

1. **Bajo justificaciones contrainsurgentes:** Aquí se hace referencia al pretexto de la radicalización de la lucha contrainsurgente y la estigmatización de la población civil.
2. **Favorecimiento de intereses económicos particulares:** Control de intereses económicos del territorio, sus riquezas y el acaparamiento de tierras de sus poblaciones.
3. **Control de la función pública en los territorios:** Se buscó capturar las rentas provenientes de la administración estatal para consolidar la estrategia de expansión y consolidación del proyecto paramilitar.

Dentro de los delitos que se investigaran en este macrocaso se relacionan homicidios, masacres, desaparición forzada, desplazamiento forzada, despojo, tortura, amenaza, **violencia sexual** y detención ilegal, concentrándose en cinco (5) territorios críticos: i) Gran Magdalena, ii) Montes de María, iii) Ariari-Guayabero, Caguán y Florencia, iv) Antioquia y v) Magdalena Medio los cuales fueron priorizados a partir de la magnitud de la victimización, el impacto diferenciado de los crímenes, la representatividad de los presuntos responsables, la gravedad y relevancia de los hechos²¹.

Una vez contextualizado el caso en el que nos detendremos a analizar los principales retos en clave de imputación a máximos responsables²², es relevante resaltar que recientemente

19 Jurisdicción Especial para la Paz, *Caso 08 Crímenes cometido por la fuerza pública, agentes del Estado en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles en el conflicto armado*. Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/MACROCASOS/CASOO8.HTML#CONTAINER](https://www.jep.gov.co/macrocasos/casoo8.html#CONTAINER)> (visto por última vez el 30.03.2024).

20 JEP (*supra* nota 19).

21 JEP (*supra* nota 19).

22 “El máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”. Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-579. Expediente D - 9499. 28.08.2013. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/C-579-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-579-13.HTM)> (visto por última vez el 30.03.2024).

se abrió el último macrocaso titulado “Violencia basada en género, violencia sexual, violencia reproductiva, y otros crímenes cometidos por prejuicio basados en la orientación sexual, la expresión y/o identidad de género diversa en el marco del conflicto armado colombiano”²³.

Sobre el macrocaso 11.

Este es un macrocaso que surge a propósito de la profunda incidencia de víctimas, organizaciones feministas, de mujeres y LGBTI, así como de instituciones del Estado, para poder contar con un caso que en específico lograra la investigación y juzgamiento de las múltiples formas de violencias basadas en género (VBG), también acotando que para algunas organizaciones no era suficiente que este tipo de crímenes fueran investigados en el marco de otros casos abiertos.

Wills citada por Vergel²⁴ señala que las estrategias adelantadas por las feministas colombianas han tenido dos tendencias, lo que tiene que ver con el trabajo directo con las mujeres y también la incidencia ante autoridades públicas, pues en este caso la interrelación entre estas tendencias permitió la apertura del caso.

El avance en la investigación y el juzgamiento a responsables ante un panorama extendido de impunidad sobre este tipo de delitos es un factor que debe tenerse en cuenta pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que en muchos países existe un patrón sistemático de impunidad en el procesamiento judicial de hechos de violencias en contra las mujeres, así como de pocos avances en la investigación, sanción y reparación efectiva a las víctimas²⁵.

Dentro del macrocaso 08 se asumió entonces el abordaje de la violencia sexual (VS), desde una mirada que es complementaria a lo que ocurrirá en el caso 11, el cual no abordará “una conducta o crimen particular (la violencia sexual) sino (...) un caso sobre repeticiones de crímenes en el marco del conflicto armado que corresponden a unos motivos o lógica que los caracteriza”²⁶.

El auto de apertura es bastante claro especificando que las labores investigativas de la JEP trascenderán la mera autoría directa o material, esto como una manera de hacerle frente a la tendencia a reducir investigaciones a este nivel de autoría basadas en la consideración de este tipo de delitos como de propia mano y no como conductas que pudieron ser ordenadas, promovidas, autorizadas o toleradas por los miembros de la organización²⁷.

“En este sentido, calificar los hechos agrupados en este macrocaso como delitos de propia mano, excluyendo la posibilidad de otras formas de autoría, resulta desacertado ya que todos los delitos cometidos

23 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVR No. 05 de 2023. 06.09.2023.

24 VERGEL TOVAR, CAROLINA, “Conflicto armado y feminismo de Estado: La incursión de la problemática de la guerra en la acción pública para las mujeres en Colombia”. *Foro: Revista De Derecho*, n.º 29 (enero), pp. 97–98. Disponible en <HTTPS://DOI.ORG/10.32719/26312484.2018.29.5> (visto por última vez el 30.03.2024).

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría sobre los derechos de la mujer. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Disponible en <HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/WOMEN/ACCESO07/CAP2.HTM#_FTN167> (visto por última vez el 30.03.2024).

26 JEP (*supra* nota 23).

27 JEP (*supra* nota 23).

en el marco del conflicto armado pueden revelar una autoría mediata, así como una responsabilidad de mando por omisión, y las demás modalidades de participación, según las circunstancias concretas de comisión y siempre que se acrediten todos los elementos de los crímenes²⁸.

Sobre la relación que este tipo de hechos puede tener con el conflicto, se enfatizaba en la complejidad de su establecimiento pues, este caso abordaría “hechos donde el motivo del crimen parece ser principalmente el odio, prejuicio o discriminación, y no las finalidades estratégicas o tácticas de la guerra²⁹”. Para la JEP, el universo de hechos y conductas que hacen parte del caso 11 se dieron con ocasión del conflicto armado “ya que sin este conflicto no hubieran sucedido los hechos, cometidos por grupos armados o la fuerza pública en el contexto de la supremacía que otorgaban las armas³⁰, también en los hechos el conflicto influye en cuanto “los autores se sirven del lugar de dominio que les dan las armas y el ejercicio del poder armado sobre la población civil para cometer crímenes y seleccionar sus objetivos³¹”.

Finalmente, el auto de apertura del caso aborda tres (3) subcasos identificando patrones de macrocriminalidad³² en cada uno de ellos, estos son: i) violencia de género de miembros de las FARC-EP contra civiles; (ii) violencia de género de miembros de la Fuerza Pública contra civiles, y (iii) violencia de género intrafilas.

Por ser de interés de este texto, nos detendremos en el segundo subcaso en el que se identificaron dos patrones, el primero que tiene que ver con crímenes motivados por la orientación sexual, identidad y/o expresión de género diversa de personas de la población civil y el de crímenes motivados “por ser mujeres” contra niñas, adolescentes y mujeres adultas de la población civil.

En cuanto al primer patrón la JEP indica que:

“De acuerdo con estos informes, los repertorios de violencia utilizados por integrantes de la Fuerza Pública en contra de estas víctimas fueron desplegados en zonas de permanencia, control y/o tránsito de la Fuerza Pública. En estos casos, las víctimas fueron sometidas a castigos y correcciones, por ser percibidas como destructivas del orden social, “pecadores”, “sucios”, “malditos”, “demoniacos” y “dañinos para la sociedad³³”.

Este patrón tuvo dentro de sus modalidades i) el sometimiento de las víctimas por la idea de la disponibilidad sexual de las personas con orientación sexual, identidad y expresión de género diversa o por la necesidad de castigarlos por serlo y ii) la voluntad de eliminarlas o expulsarlas del territorio.

El segundo patrón agrupa principalmente hechos de violencia sexual, en cuanto a presuntos autores:

28 JEP (*supra* nota 23).

29 JEP (*supra* nota 23).

30 JEP (*supra* nota 23).

31 JEP (*supra* nota 23).

32 Definido como “La repetición no accidental de una conducta delictiva similar en cuanto a sus finalidades, modo de comisión, y características de las víctimas (...) [sin una] tarifa respecto a la cantidad de acciones que constituyen una repetición (...)” Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVR No. 104 de 2022. 30.08.2022.

33 JEP (*supra* nota 25).

[L]a mayor parte de hechos agrupados dentro de este patrón ocurrió en jurisdicción de la División 7 del Ejército Nacional en Antioquia, Brigadas 4 y 17; de la División 3, en el Cauca; de la División 2 y de la División 8, en Arauca y Norte de Santander. Y fue perpetrada por parte del Ejército Nacional, por infantes de marina de la Armada Nacional, en los Montes de María, y por miembros de la Policía en el oriente Antioqueño y en Florencia, Caquetá³⁴.

Sobre las circunstancias de modo, la SRVR indicó que i) integrantes de la Fuerza Pública perpetraron actos de violencia basada en género y violencia sexual en contra de mujeres y niñas motivados por la idea de que las mujeres, por ser mujeres, están obligadas a cumplir roles de género frente a cualquier hombre³⁵, también ii) efectivos de la Fuerza Pública, motivados por la idea de castigar a las mujeres y niñas de la población civil, que percibieron como “propiedad del enemigo”, las atacaron, persiguieron y estigmatizaron, en zonas de disputa o confrontación legítima con actores armados ilegales.

Por lo tanto, una vez contextualizado el macrocaso 11, nos detendremos en lo que implica una imputación conjunta de patrones con otros macrocasos y en específico, lo que tiene que ver con el macrocaso 08, concretamente para el territorio priorizado de Montes de María:

“La Sala ha identificado que la situación territorial de los Montes de María incluye la comisión de gran cantidad de hechos de violencia basada en género perpetrados por miembros de la Fuerza Pública y por paramilitares en connivencia con la Fuerza Pública. (...) En el análisis de los hechos, ocurridos tanto en contextos de disputa territorial como en el de control efectivo de los actores, la relación entre las estructuras paramilitares y la Fuerza Pública ha sido determinante para el ejercicio de la VBG y su intensificación, cuyo desarrollo trasciende las motivaciones de la lucha contrainsurgente³⁶.”

Esta perspectiva ya había sido abordada en concreto por el auto de apertura del caso 08. A propósito de la relación entre masacres y violencia sexual se destacó a este tipo de violencia como un “mecanismo para provocar el abandono forzado del territorio como resultado del despliegue público de la violencia”.

“Las cifras registradas sobre víctimas de violencia sexual arrojan que en Montes de María se concentran un total de 8,73% de las víctimas del total nacional de este delito, con 1.131 personas identificadas. En ese sentido, de las cinco regiones priorizadas, la región se ubica como la tercera con mayor número de víctimas de violencia sexual³⁷.”

Finalmente, para la JEP en esta decisión del año 2022, el conjunto de hechos de violencia sexual y basada en género exceden los patrones criminales que se están identificando para el macrocaso 08, pues no se encontraron de manera exclusiva motivaciones contrainsurgentes (violencia sexual “como arma de guerra”) sino también aquellas asociadas al prejuicio a personas con orientación sexual o identidad de género no hegemónica y al ejercicio de poder a mujeres que fueron violentadas mientras caminaban por los territorios o se encontraban en inmediaciones de campamentos militares.

34 JEP (*supra* nota 25).

35 JEP (*supra* nota 25).

36 JEP (*supra* nota 25).

37 JEP (*supra* nota 34).

Principales retos para la imputación conjunta de violencia sexual y violencias basadas en género.

Luego de la contextualización de los dos macrocasos en cuanto a los crímenes relacionados con VS y VBG, identificamos los principales retos que implica la imputación conjunta de este tipo de conductas, encontrándonos en una fase bastante preliminar de la investigación (en cuanto al 08 en fase de recepción de versiones voluntarias y en el 11 en llamado a versiones voluntarias).

- A) “En primer lugar, la materialización del enfoque de género, entendida esta como una herramienta analítica que pretende abordar las diferencias en cada uno de los ámbitos vitales de hombres, mujeres y personas no binarias, las interrelaciones entre ellos y sus roles socialmente asignados³⁸. Estas diferencias obedecen a lo que se ha conceptualizado como género: un conjunto de características que se atribuyen socialmente al nacer a las personas de diferentes sexos³⁹.”

Aunque se reconocen los múltiples esfuerzos desplegados desde la Comisión de Género de la JEP, el reto está en poder traducir lineamientos sobre la manera en que el enfoque de género puede materializarse para no solamente dar también cuenta de los impactos diferentes basados en el género, sino también de la necesidad de visibilizar la sistematicidad de la violencia y su generalizada impunidad.

En esta fase resulta muy importante el diseño y la formulación de preguntas en el marco de las diligencias de versiones voluntarias que den cuenta de los patrones señalados anteriormente, que permitan avanzar frente al esclarecimiento de hechos cometidos de manera directa y otorguen elementos para plantear responsabilidad por acción u omisión de la fuerza pública.

En entrevista⁴⁰ la Magistrada Auxiliar Irina Junieles de la JEP, indicaba la utilidad de poder por ejemplo, contar con espacios preparatorios para los comparecientes que permitieran sensibilizarlos ampliamente frente a las múltiples formas de VBG y su continuum en el conflicto armado, con el objetivo de lograr un mayor grado de aporte a la verdad en escenario de versiones voluntarias. Aunque la aplicación de metodologías en este sentido podría ser muy importantes, con el mandato estrictamente temporal de la Jurisdicción podría no materializarse.

Ahora bien, sobre el punto de versiones voluntarias y las imputaciones conjuntas hay que señalar que el listado de comparecientes que serán llamados en esta primera fase en el marco del caso 11 no son integrantes de ninguna de las estructuras presentes en la región de Montes de María, por lo que el tiempo sigue avanzando y las versiones sobre hechos de VBG que puedan atender a lo ocurrido en la subregión priorizada ocurrirán con mayor agilidad en el macrocaso 08.

- B) “Seguidamente el reto de hacerle frente a la impunidad de este tipo de conductas a través de una metodología de investigación macrocriminal dirigida a máximos responsables, que materialice el deber de los Estados de garantizar la verdad, justicia, reparación y no repetición, esto en el marco de la debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos.”

38 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *El enfoque de género*. Disponible en <[HTTP://WWW.FAO.ORG/DOCREP/004/X2919S/X2919S04.HTM](http://www.fao.org/docrep/004/X2919S/X2919S04.htm)> (visto por última vez el 30.03.2024).

39 JARAMILLO, ISABEL CRISTINA, “La crítica feminista al derecho”, *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito, 2018, p.19. Disponible en <[HTTP://WWW.OAS.ORG/EN/SEDI/DSI/DOCS/GENERO-DERECHO_12.PDF](http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-dercho_12.pdf)> (visto por última vez el 30.03.2024).

40 Entrevista realizada el 27 de marzo de 2024.

La impunidad de estas violaciones de derechos perpetúa la aceptación social del fenómeno de la violencia contra las mujeres, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de la justicia. Estas deficiencias se traducen en un número aún ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden a la prevalencia del problema⁴¹.

Sobre esto no sobra retomar lo dicho por la Corte Constitucional a propósito del abordaje que deberá dársele a la imputación de máximos responsables, pues no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados a quienes tuvieron un rol esencial, contribuyendo de igual manera a dismantelar macroestructuras de criminalidad⁴².

C) “Por su parte, cuando nos detenemos a analizar los alcances de la investigación de violencia sexual en el macrocaso 08, hay un énfasis en que:

[A]bordará los hechos de violencia sexual que puedan comprometer especialmente la responsabilidad de agentes estatales por haber sido perpetrados en conjunto, o en alguna forma de asociación o colaboración explícita o tácita, entre estos agentes y grupos paramilitares, así como hechos de violencia sexual que hubieran sido cometidos directamente por agentes estatales de manera previa, concomitante o posterior a incursiones paramilitares, dentro de los tres patrones identificados⁴³.

Por lo tanto, resulta importante resaltar que en este contexto el reto está en poder determinar la responsabilidad de integrantes de la Fuerza Pública en diversas de las modalidades mencionadas y poder entonces no sólo abarcar conductas criminales como homicidios y desaparición, también hechos de VBG y VS.

En entrevista⁴⁴ con Lilibeth Cortés integrante de Sisma Mujer, se advertía de los profundos retos en materia probatoria frente a *la responsabilidad por acción* de integrantes de fuerza pública, en escenarios en los que podríamos señalar factores como la masividad de la presencia de perpetradores en el marco de masacres, el cubrimiento de rostros, así como el porte de prendas de uso privativo de la fuerza pública, los cuales dificultarían la individualización de los responsables.

D) “Finalmente, el reto frente a la construcción de patrones que atiendan a las múltiples formas de VBG que ocurrieron en el marco de masacres en la subregión de Montes de María y que puedan construirse a partir de la identificación de hechos ilustrativos que sean compatibles con los múltiples esfuerzos por la memoria colectiva e histórica de víctimas que han reclamado justicia durante años”.

41 CIDH (*supra* nota 25).

42 Corte Constitucional. Sentencia C-080. Expediente RPZ-010. 15.08.2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2018/C-080-18.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2018/C-080-18.HTM)> (visto por última vez el 30.03.2024).

43 JEP (*supra* nota 32).

44 Entrevista realizada el 28 de marzo de 2024.

Es entonces la apuesta por la adecuada selección de hechos ilustrativos⁴⁵ que permitan la consolidación de patrones, los cuales garantizarán que se cuente con la descripción minuciosa de las características de cada una de esas prácticas criminales desplegadas por integrantes de la Fuerza Pública en cada uno de los casos analizados.

Pues bien, de esta manera se esbozan una serie de retos que sugerimos sean tenidos en cuenta, de cara a atender escenarios de imputaciones conjuntas de hechos de VS y VBG investigados en los macrocasos 08 y 11 como forma de garantizar acceso a la justicia de las víctimas, así como la posibilidad de generar apuestas para la restauración de los graves y profundos daños causados.

Conclusiones.

El documento presenta el origen de la JEP como componente judicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, siendo este otro escenario de la justicia transicional colombiana. En el marco de las complejidades de estos procesos, fue necesario abordar los criterios de priorización y selección para contextualizar posteriormente los macrocasos 08 y 11.

La exposición del panorama en cada uno de estos casos permitió posicionar los planteamientos que el Tribunal ha realizado respecto al abordaje de la investigación y la judicialización de crímenes de violencia sexual y violencias basadas en género, lo que llevó a la identificación de algunos retos para la imputación conjunta de este tipo de conductas delictivas.

Los retos identificados a partir de este análisis, durante la fase preliminar de los dos casos, van desde la materialización del enfoque de género y la sistemática impunidad frente a este tipo de delitos, hasta la determinación de responsabilidad por parte de integrantes de la Fuerza Pública en la comisión de los hechos. Finalmente, se destaca el reto de la construcción de patrones que aborden las múltiples formas de violencia basada en género que ocurrieron en el marco de masacres en la subregión de Montes de María.

Bibliografía.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME; SIERRA PORTO, HUMBERTO; RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO; CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA; ANDRADE CASTRO, ALEXANDER Y ZAMBRANO SALAZAR, LAURA SOFÍA, *Reflexiones jurídicas sobre la Jurisdicción Especial para la Paz*, Universidad Externado de Colombia, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW-DIGITALIAPUBLISHING-COM.BASESBIBLIOTECA.UEXTERNADO.EDU.CO/A/126135](https://www-digitaliapublishing-com.basesbiblioteca.uexternado.edu.co/A/126135)> (visto por última vez el 21.04.2024).

45 “[L]os que permiten dar cuenta de las particularidades y finalidades de los patrones, las modalidades de su comisión (modus operandi), las características de las víctimas, lugares y tiempos” Comisión Colombiana de Juristas, Boletín # 42. Patrones macrocriminales en el Caso No. 03 “Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado”: Subcaso Norte de Santander y Subcaso Costa Caribe, Observatorio sobre la JEP 19.08.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLJURISTAS.ORG/OBSERVATORIO_JEP/DOCUMENTOS/DOCUMENTO.PHP?ID=207](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=207)> (visto por última vez el 30.03.2024).

- BULA BELEÑO, ENITH CAROLINA, “La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo”, *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, 8(8), pp. 1–29. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.12804/REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/ANIDIP/A.9908](https://doi.org/10.12804/REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/ANIDIP/A.9908)> (visto por última vez el 21.04.2024).
- CALLE MEZA, MELBA LUZ E IBARRA PADILLA, ADELAIDA MARÍA, “Jurisdicción especial para la paz: fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia”, *Análisis Político* 32 (96), pp. 3–20. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.15446/ANPOL.V32N96.83747](https://doi.org/10.15446/ANPOL.V32N96.83747)> (visto por última vez el 21.04.2024).
- Comisión Colombiana de Juristas, *Boletín # 11. La priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento*, CCJ-Observatorio sobre la JEP 16.04.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLJURISTAS.ORG/OBSERVATORIO_JEP/DOCUMENTOS/DOCUMENTO.PHP?ID=146#](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=146#)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Comisión Colombiana de Juristas, *Boletín # 42. Patrones macrocriminales en el Caso No. 03 “Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado”: Subcaso Norte de Santander y Subcaso Costa Caribe*, CCJ-Observatorio sobre la JEP 19.08.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLJURISTAS.ORG/OBSERVATORIO_JEP/DOCUMENTOS/DOCUMENTO.PHP?ID=207](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=207)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría sobre los derechos de la mujer. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Disponible en <[HTTPS://WWW.CIDH.OAS.ORG/WOMEN/ACCESO07/CAP2.HTM#_FTN167](https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm#_FTN167)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- CORREA FLÓREZ, MARÍA CAMILA Y MARTÍN PARADA, ANDRÉS FELIPE, “La jurisdicción especial para la paz: un modelo de justicia transicional en Colombia”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), pp. 30–50. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.24215/2618303XE002](https://doi.org/10.24215/2618303XE002)> (visto por última vez el 21.04.2024).
- Corte Constitucional, Sentencia C-080. Expediente RPZ-010. 15.08.2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2018/C-080-18.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-080-18.htm)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Corte Constitucional, Sentencia C-579. Expediente D - 9499. 28.08.2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [en línea]. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/C-579-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Entrevista a Irina Junieles, 27 de marzo de 2024.
- Entrevista a Lilibeth Cortés, 26 de marzo de 2024.
- HERNÁNDEZ POSADA, ANDRÉS DUWIERTH, “Justicia Transicional En Colombia: ¿Qué Puede Aprender La Jurisdicción Especial Para La Paz (JEP) Del Proceso De Justicia Y Paz?”, *Revista Jurídica Piélagos*, 20 (2), [online]. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.25054/16576799.2906](https://doi.org/10.25054/16576799.2906)> (visto por última vez el 21.04.2024).
- JARAMILLO, ISABEL CRISTINA, “La crítica feminista al derecho”, *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Quito, 2018, pp. 103–136. Disponible en <[HTTP://WWW.OAS.ORG/EN/SEDI/DSI/DOCS/GENERO-DERECHO_12.PDF](http://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero-derecho_12.pdf)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- JIMÉNEZ OSPINA, ALEJANDRO Y SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO, “La selección y priorización de casos en la Jurisdicción Especial para la Paz”, *Vniversitas* 69 (febrero), pp. 1–26. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.11144/JAVERIANA.V169.SPCJ](https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.V169.SPCJ)> (visto por última vez el 21.04.2024).

- Jurisdicción Especial para la Paz, *Caso 08 Crímenes cometido por la fuerza pública, agentes del Estado en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles en el conflicto armado*. Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/MACROCASOS/CASO08.HTML#CONTAINER](https://www.jep.gov.co/MACROCASOS/CASO08.HTML#CONTAINER)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVR No. 05 de 2023. 06.09.2023.
- Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVR No. 104 de 2022. 30.08.2022.
- LOPERA, MARIANA Y ROLDÁN CONCHA, SARA MARÍA, “La violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano: sobre su priorización en la JEP”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 56 (diciembre), pp. 183–227. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/103195](https://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/103195)> (visto por última vez el 21.04.2024).
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *El enfoque de género*. Disponible en <[HTTP://WWW.FAO.ORG/DOCREP/004/X2919S/X2919S04.HTM](http://www.fao.org/docrep/004/X2919S/X2919S04.HTM)> (visto por última vez el 30.03.2024).
- VERGEL TOVAR, CAROLINA, “Conflicto armado y feminismo de Estado: La incursión de la problemática de la guerra en la acción pública para las mujeres en Colombia”, *Foro: Revista De Derecho*, n.º 29 (enero), pp. 89–115. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.32719/26312484.2018.29.5](https://DOI.ORG/10.32719/26312484.2018.29.5)> (visto por última vez el 30.03.2024).

Sara Valentina Diaz Figueroa

27. El fenómeno de los matrimonios forzados en el macrocaso 11 ante la JEP: un análisis crítico sobre las Uniones sexoafectivas forzadas en las filas de las FARC-EP en Colombia.*

Resumen: La participación de las mujeres dentro del conflicto armado colombiano, en su ambivalencia como comparecientes y víctimas, ha estado en la sombra de los análisis académicos y jurídicos dado la existencia de los estereotipos marcados ante las decisiones personales y los roles machistas dentro de las filas. Sin embargo, un examen más detallado, con base en el enfoque de género, permite apreciar los distintos roles y afectaciones a la integridad sexual que durante años las mujeres han acarreado al interior de la guerra. Aun así, el estudio de su relacionamiento sexoafectivo continua confuso e impreciso, más aun cuando ni el derecho penal internacional ni mucho menos el nacional han logrado llegar a un consenso sobre la tipificación de las relaciones sexoafectivas carentes de consentimiento.

Palabras clave: Relaciones sexoafectivas, consentimiento, enfoque de género, mujeres comparecientes, filas, roles, integridad sexual, tipificación.

Abstract: The participation of women within the Colombian armed conflict, in their ambivalence as participants but also as victims, has been in the shadow of academic and legal analyzes given the existence of stereotypes marked by personal decisions and sexist roles within the rows. However, a more detailed examination based on the *gender approach* allows us to appreciate the distinct roles and effects on the sexual integrity that women have carried for years into the war. Even so, the study of their sexual-affective relationships remains confusing and imprecise, even more so when neither international nor national criminal law have managed to reach a consensus on the typification of the sexual-affective relationships lacking consent.

Keywords: Sex-affective relationships, consent, gender approach, women appearing, rows, roles, sexual integrity, typification.

* Este estudio nace desde la iniciativa de la línea de género del grupo de investigación Luis Carlos Pérez Polcrymed de la Universidad Nacional de Colombia.

Introducción.

Previo a la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) el 17 de julio de 1998¹, el Derecho consuetudinario no había contemplado a los crímenes de naturaleza sexual como un eje autónomo a la luz de las afectaciones más graves de los Derechos Humanos (DDHH)². Sin embargo, tras la utilización de la violencia sexual como territorio de guerra en conflictos como Yugoslavia y Ruanda³, el derecho penal internacional (DPI) fue influido y se tomó la decisión de crear instituciones independientes para su tratamiento. Esta decisión, en efecto, llevó de forma casi que directa a que la creación del Estatuto de Roma (ER) castigase los crímenes de naturaleza sexual por medio de categorías autónomas.

Así, el estatuto de la CPI contribuyó en la tipificación de los crímenes internacionales de naturaleza sexual, específicamente a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y violencia sexual. Sin embargo, el panorama empezó a dificultarse cuando conductas de uniones sexoafectivas forzadas, que no se encontraban enmarcadas taxativamente como los crímenes previamente aludidos, fueron imprescindibles para la comisión de graves atrocidades en el marco de conflictos armados y el principio de legalidad⁴ empezó a ser cuestionado.

En esa misma discusión es que la Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP) en el caso colombiano se ha encontrado, al tratarse de un tribunal que tiene por fin investigar, esclarecer, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (CLH) en el marco del conflicto armado colombiano⁵. Tal es la situación cuando, al adoptar sus decisiones se debe hacer una calificación jurídica basada no únicamente en el código penal nacional sino en las normas del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) o DPI, reglas que alimentan la discusión contemporánea y mantienen la controversia actualizada.

Así, a partir de la apertura de la etapa de reconocimiento de verdad, responsabilidad y determinación de hechos y conductas del nuevo macro caso 11 (MC11), por medio del Auto No. 05 de 2023, la JEP ha agrupado los reportes e informes respecto de crímenes con patrones motivados por el *prejuicio, odio y discriminación de género y/o sexo*, incluyendo los motivados por la *orientación, expresión e identidad sexual* diversa de la víctima. Como consecuencia, este tribunal ha reiterado la necesidad de adoptar el enfoque diferencial de género por medio de tres subcasos fundamentados en la violencia ante diferentes sujetos intervinientes, a saber: (i) el atentado contra personas civiles cometido por miembros de las FARC-EP; (ii) el atentado contra personas

-
- 1 ONU Doc. A/RES/52/160 (1997). En detalle sobre las negociaciones en Kirsch/Robinson, en CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA; JONES, ROBERT W. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, 2002.
 - 2 Art. 3 común a los Convenios de Ginebra, art. 27 del IV Convenio y art. 75.2 y 76 del Protocolo Adicional I, donde los crímenes de naturaleza sexual eran entendidos como atentados contra la dignidad personal.
 - 3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR). Fiscal c. Jean-Paul Akayesu. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. Caso Número: ICTR-96-4.
 - 4 Art. 99 del III Convenio de Ginebra (1949) y art. 67 del IV Convenio de Ginebra. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió.
 - 5 Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, Colombia: *El Acuerdo Final de paz*, Bogotá, OACP, 2016.

civiles cometido por miembros de la fuerza pública y (iii) la violencia al interior de la fuerza Pública y de las FARC-EP.

Sobre este campo se ha tenido presente que, de los testimonios recopilados por la Comisión de la Verdad (CV), toda forma de violencia sexual ha estado presuntamente prohibida desde las reglas de los intervinientes en el conflicto y que por ende existían sanciones para tales conductas. Sin embargo, los informes y documentos señalan diversas dinámicas donde se cometieron violaciones a los derechos de múltiples mujeres aun cuando las actuaciones se encontraban proscritas.

Ahora bien, ciertamente el enfoque de género no se limita únicamente al análisis de la igualdad frente hombres y mujeres. Sin embargo, este artículo se encargará de analizar específicamente las violencias sexoafectivas ejercidas a mujeres al interior de las filas de las FARC-EP, atendiendo a la necesidad de una rigurosa búsqueda de información, que no ha sido objeto de estudio en otros macro casos de forma autónoma y que, por ende, requiere de un énfasis mayor si lo que se pretende es la consecución de la verdad. Dicho objetivo será ejecutado a partir del análisis de cuatro puntos específicos, a saber, (i) el desarrollo conceptual de las relaciones sexoafectivas forzadas, conductas reconocidas internacionalmente como matrimonio forzado; (ii) el enfoque de género desde la perspectiva de los principios orientadores de la JEP; (iii) las mujeres inmersas en el conflicto como víctimas y combatientes; y (iv) una calificación propia de las relaciones sexoafectivas forzadas o “matrimonios forzados” al interior de la JEP y a la luz de las categorías internacionalmente reconocidas.

1. *Los actos o relaciones sexoafectivas forzadas a la luz del derecho internacional.*

1.1. **Las relaciones sexoafectivas forzadas como violación grave a los DDHH.**

Si bien la comunidad internacional ha ido avanzando en la regulación jurídica y prohibición de los actos sexoafectivos carentes de consentimiento, esta tendencia también ha estado acompañada de la ausencia de una normatividad específica que ha complejizado su labor de estudio. Esto ha llevado necesariamente a la remisión de diferentes instrumentos internacionales, tales como tratados o convenciones, que de cierta manera logran traducir la temática, no como una prohibición directa a la luz del DPI, pero sí como fundamento y base para comprender el fenómeno.

Así, en el marco de la protección internacional de los DDHH, la comunidad ha estudiado aquellos actos relacionales y sexoafectivos forzados bajo la categoría de *matrimonios forzados*, entendidos como toda unión conyugal carente de consentimiento por uno o más contrayentes. En esta línea se sitúa la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las mujeres de 1979, que en su art. 16 representa como bandera el principio de igualdad ante la elección libre y consentida de contraer cualquier tipología de matrimonio. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU estableció que, un *matrimonio forzado* sería todo aquel donde el consentimiento pleno y libre de ambos contrayentes no existiese y por ende, su capacidad de poner fin a la unión estuviera coaccionada⁶.

6 Resolución 24/23 del Consejo de Derechos Humanos. Septiembre 2013.

Sin embargo, las dificultades son máximas cuando instrumentos internacionales como la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, consideran una práctica análoga a ella cuando una mujer, sin que tenga la oportunidad de rechazo u oposición, es secuestrada, prometida o dada en matrimonio a cambio de sumas de dinero.

Aun así, este trabajo tendrá como eje vertical entender a las relaciones sexoafectivas forzadas bajo la categoría del *matrimonio forzado* y no como otras formas de violencia sexual, aun cuando aquella discusión está latente y sea tan compleja como la aquí tratada. Por ende, este fenómeno tendrá que ser analizado también a la luz de su tratamiento como crimen internacional y como grave infracción al DIH.

1.2. El matrimonio forzado como CLH.

Si bien es cierto que, a diferencia de algunos otros crímenes como el embarazo forzado o el secuestro, el *matrimonio forzado* no se encuentra tipificado de forma taxativa dentro del ER o de ningún estatuto internacional, ello no ha sido un obstáculo para que los principales tribunales le hayan otorgado una interpretación autónoma a dichas conductas.

Así, en el caso de la Fiscalía contra Dominic Ongwen ante la CPI, el crimen de *matrimonio forzado* le fue imputado a la luz de la cláusula residual de otros actos inhumanos, destacando que, para que los actos sean considerados como tal deben obligatoriamente alcanzar el umbral de CLH. En este mismo sentido, el caso Kordic ante el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (TPIY) destacó los elementos necesarios para que un crimen sea considerado como otro acto inhumano, teniendo que existir a) sufrimientos o lesiones graves de tipo físico o mental, b) actos generalizados o sistemáticos, y c) la constatación de un *mens rea* del presunto responsable.

Igualmente, sentencias como la Fiscalía contra *Tamba Brima* ante el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) han establecido una diferenciación clara entre los componentes de la esclavitud sexual y el *matrimonio forzado*, indicando que si bien, en ambos casos se advierten elementos como relaciones sexuales no consentidas y la privación de la libertad, el *matrimonio forzado* condena el vínculo matrimonial impuesto a una persona y no la restricción o control de la autonomía sexual por medio de las facultades inherentes al derecho de propiedad. En concreto, el elemento central y acto subyacente del *matrimonio forzado* es la imposición del estatus de relación a la víctima, es decir, de los deberes asociados con el matrimonio incluidos los efectos de exclusividad de la unión, así como el consiguiente estigma social que genera efectos negativos sobre la libertad de las personas a elegir su plan de vida y autodeterminarse al afectar un campo de libertades no limitadas únicamente a las sexuales.

En definitiva, dilucidar si estos comportamientos se contextualizan, en efecto, como CLH bajo la categoría residual de otros actos inhumanos en tanto *matrimonio forzado*, es una tarea compleja para la comunidad internacional actual. Sin embargo, ello no debe ser tomado como una excusa para que su estudio no sea llevado a cabo bajo la mayor rigurosidad posible y que su prohibición sea óptima a la luz del enfoque de género analizado por tribunales de justicia internacional.

2. *El enfoque de género a la luz de los principios rectores de la JEP.*

De acuerdo con lo expuesto por el Acuerdo Final de Paz en su implementación para garantizar las condiciones de igualdad real y efectiva, la adopción de medidas afirmativas en favor de grupos discriminados o marginados con base en el enfoque diferencial, territorial y de género es un vértice claro del esquema a seguir por las instituciones creadas por él⁷. Por lo tanto, las Leyes 1957 de 2019 y 1922 de 2018, establecen que la JEP, como componente del sistema integral, consagraría como uno de los principios rectores los enfoques diferenciales (Art. 1) y tendría como énfasis las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, atendiendo a su sufrimiento desproporcionado y diferenciado en el marco del conflicto (Art. 18).

Ahora bien, implementar los enfoques diferenciales en la JEP no es una tarea sencilla, pues implica identificar causas y consecuencias de forma particularizada frente a las afectaciones a mujeres, niños, niñas, personas mayores, personas con discapacidad, personas con orientaciones sexuales e identidad de género diversas y a las personas o pueblos étnicos. Sin embargo, a diferencia de la creencia popular, el primer paso para materializar el enfoque de género en la JEP es dejar de expresar discursos que reproduzcan estereotipos y actividades discriminatorias en contra de todos los titulares de los derechos, sean víctimas, comparecientes u otros sujetos intervinientes⁸. Ello implica que el enfoque debe contribuir a poner de presente la interseccionalidad, partiendo de la vulnerabilidad que pueden tener lugar en una misma persona y que por ende, agrava los tratos violentos contra ella.

Así, la JEP busca establecer una estructura guiada por acciones afirmativas⁹ que contribuyan a la incorporación del enfoque de género interseccional garantizando el goce efectivo de acceso a la justicia de todos los intervinientes en el proceso. Dicho enfoque, a la luz de los desarrollos elaborados por la Comisión de Género de la JEP, es entendido en 3 ejes centrales:

- i) El lente analítico que permite el reconocimiento y transformación de las relaciones desiguales de poder jerarquizadas que subordinan a las mujeres o identidades de género y orientación sexual diversas, producen discriminación, violencia y desigualdad de género y que condicionan la garantía y goce efectivo de derechos y el acceso a bienes y recursos;
- ii) Las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado, en las instancias ante la JEP se tendrá en cuenta que estas relaciones se instrumentalizaron, exacerbaron y acentuaron durante el conflicto y con esto, profundizaron los daños, las consecuencias y los impactos de la violencia en la vida de las mujeres, niñas y de la población LGBTI;
- iii) el enfoque de género tiene por objeto garantizar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y evitar la exclusión de identidades de género diversa¹⁰.

En este sentido, el enfoque de género es el reconocimiento de las circunstancias especiales de los

7 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Bogotá DC., 2016, pp. 9 y 207.

8 JEP, *Lineamientos para la Implementación del Enfoque de Género en la Jurisdicción Especial para la Paz*, Departamento de Enfoques Diferenciales, Subsecretaría Ejecutiva, 2020.

9 Corte Constitucional, Sala Plena. SU-388 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

10 Jurisdicción Especial para la Paz-Comisión de Género, *Informe de Gestión 2018*. JEP, 2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/PAGINAS/TRANSPARENCIA/PLANEACION/INFORMES-DE-GESTION.ASPX](https://www.jep.gov.co/PAGINAS/TRANSPARENCIA/PLANEACION/INFORMES-DE-GESTION.ASPX)> (visto por última vez el 01.04.2024).

intervinientes en el conflicto, especialmente de las mujeres, independientemente de su estado civil, ciclo vital o relación familiar, implicando la necesidad de garantizar medidas afirmativas para promover su participación activa¹¹.

3. *Las mujeres inmersas en el conflicto como combatientes y, a la vez, víctimas.*

La participación de las mujeres en los combates siempre ha sido diversa. A lo largo de la historia de los conflictos las mujeres han ocupado lugares como víctimas de la violencia, pero también como actoras, es decir, participantes y combatientes e incluso colaboradoras de forma voluntaria o coactada. Este fenómeno ha sucedido de tal forma que, en muchas guerras de liberación o de guerrillas, las mujeres han desempeñado un papel central en las fuerzas armadas o en servicios de apoyo. Por ejemplo, en Nicaragua, se calcula que constituyeron el 30% del ejército sandinista y ocuparon puestos de mando e integraron incluso batallones enteros¹².

En Colombia las cifras también han sido relevantes en cuanto a la participación de las mujeres en el marco del conflicto armado. De acuerdo con la cifra del Registro Único de Víctimas (RUV), entre 1985 y marzo del 2013, 2'683.335 mujeres habrían sido damnificadas del conflicto¹³ y para mayo del 2019, la cantidad de víctimas violentadas en su integridad sexual alcanzaría el 86,6% de la totalidad de los casos.¹⁴

Sobre este panorama, la investigación de los hechos delictivos afectadores de la integridad de las mujeres intrafilas ha tomado una posición preponderante, teniendo en cuenta el auge de los procesos de desmovilización durante los últimos años. Así, para la década de los años 90, 1183 mujeres habrían dejado las armas y de los participantes atendidos en las rutas de integración de la ACR, durante el 2007 y 2014, 6747 también habrían sido mujeres en el proceso de dejación.¹⁵ Pareciese que para el caso de las mujeres excombatientes, al haberse sumergido en las lógicas cruentas de la guerra, el imaginario estereotipado construido alrededor de su existencia no solo personal, sino sexual y relacional, estaría justificado.

3.1. **Las FARC, en femenino.**

De acuerdo con los reglamentos y estatutos internos de las FARC-EP, este grupo guerrillero se consolidaba como un movimiento político-militar que desarrollaba su acción ideológica conforme a la táctica de “combinación de todas las formas de lucha de masas por el poder para el pueblo”. Sin embargo, el papel de la mujer nunca fue representado como un eje central, mucho menos cuando del artículo 3 se desprende una estructura conformada eminentemente por hombres:

11 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, p. 193.

12 BYRNE, B., *Gender, Conflict and Development. BRIDGE briefings on Development and Gender*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Países Bajos, 1996, p. 18.

13 Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), *Informe general, Grupo de Memoria Histórica. ¡Basta Ya! Colombia: Memorias De Guerra y Dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 305.

14 Registro Único de Víctimas, 2019.

15 OPC, *Mujeres excombatientes y espacios de participación*, Bogotá, 2015, p. 6.

“Capítulo II.

Art. 3. La estructura de las FARC-EP corresponde al siguiente orden:

- A. Escuadra: Unidad básica y consta de 12 hombres, incluidos sus mandos.
- B. Guerrilla: consta de 2 Escuadras, más su mandos (26 hombres)
- C. Compañía: Consta de 2 Guerrillas, más sus mandos (54 hombres)
- D. Columna: Consta de 2 Compañías o más, más sus mandos (110 hombres)
- E. Frente: Consta de más de una Columna (...)

Así, aunque sus normas internas no establecían ningún tipo de limitación para promoverse en la estructura militar, aun al año 2013 no había mujeres ni en el Estado Mayor Central ni en el secretariado. Mas allá de una discusión numérica, la posición ocupada por las mujeres históricamente nunca representó posiciones de mando, las FARC nacieron por iniciativa de un grupo de hombres, las mujeres, por su parte, se limitaron a labores de compañía¹⁶. Las primeras mujeres involucradas en el grupo fueron las esposas de aquellos hombres campesinos que propendieron por la creación del grupo insurgente. Esto más allá de significar un análisis historiográfico, es la cruenta realidad de un grupo armado creado por y para hombres, donde el papel de la mujer nunca fue un punto central de discusión y donde los efectos de ello son evidentemente claros.

3.2. Las costumbres e ideologías machistas arraigadas a la organización de la cadena en los grupos armados organizados.

Autores como Byrne¹⁷, han atribuido la violencia y los actos atroces cometidos por actores masculinos de los grupos armados organizados a la instrucción militar que reciben y a la noción de honor y virilidad que suele ser parte central y simbólica de la instrucción, donde demostrar debilidad puede remeter contra el orgullo y los prejuicios de un hombre adscrito a la guerra. Falcón plantea que, por su parte, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, el cuerpo de la mujer es considerado como un medio para causarle placer al hombre que ostenta una virilidad intacta y que por ende, cualquier tipología de abuso recaerá exclusivamente sobre la figura referente a la femineidad.¹⁸

Las visiones de la mujer en el marco de la guerra han abierto una amplia discusión frente al papel ocupado al involucrarse en un rol de “machos”¹⁹, quienes se considera son los únicos que pueden estar en esta. En algunos casos este es considerado como un camino para su empoderamiento, pero en otros como el sometimiento a las lógicas machistas de la guerra.

Parece ser que la percepción popular es que los hombres son soldados o, agresores partiendo del hecho de que son primordialmente quienes son reclutados y mueren en las batallas.²⁰

16 CASTRILLÓN PULIDO, G. Y., “¿Víctimas o victimarias? El rol de las mujeres en las FARC. Una aproximación desde la teoría de género”, *OPERA*, 16, 2014, pp. 77–95.

17 BYRNE (*supra* nota 12).

18 TORRES FALCON, MARTA, “Entre el silencio y la impunidad: violencia sexual en escenarios de conflicto”. *Revista de Estudios de Género La Ventana* [online]. 2015, vol.5, n.41, pp.73–112.

19 LARA, PATRICIA, *Las mujeres en la Guerra*, Bogotá, Planeta lector, 2020.

20 Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *Informe final, Capítulo XXI cuerpo es la verdad*,

Para el autoritarismo patriarcal, los hombres son los seres políticos, los guerreros, y las mujeres, sus acompañantes.

3.3. La concepción estereotipada frente a la violencia sexual de las mujeres combatientes en el conflicto.

Galtung²¹ describe a la violencia cultural precisamente como la utilización de un rol, en este caso, aquel dentro de las filas, como legitimador de la violencia directa y estructural contra un individuo. Tanto es así, que su individualidad pareciese desmoronarse para construir un concepto colectivo y justificado de lo que significa ser mujer dentro de las filas de un grupo subversivo. Frente a esto, algunos especialistas han considerado que las mujeres que se alistaron en grupos armados organizados bajo “papeles activos” son “asexuadas” y por ende carentes de feminidad, además de pagar un elevado costo por renunciar al papel que la sociedad les ha otorgado como cuidadoras del hogar, llegando a ser consideradas antinaturales y anormales.²²

Sin embargo, limitar su actuar dentro de las filas únicamente a un papel activo sería restringir completamente la realidad de sus vivencias internas. Las mujeres han apoyado históricamente en las operaciones militares proporcionando respaldo moral y físico, albergando, ocultando, protegiendo o alimentando a los hombres que han llevado a cabo, también, las tareas físicas. En muchos casos han intervenido como mensajeras o espías que transmiten información, ya sea bajo la libre decisión o la coacción. Además, hay mujeres que por su mera presencia en los campos de batalla han llegado a ser puestas en peligro, por ejemplo en casos donde el secuestro ha sido latente con el fin de mantener relaciones sexuales o para llevar a cabo labores de cuidado dentro del campamento. Para algunos, las mujeres excombatientes fueron más bien egoístas, apasionadas y buscadoras de relaciones afectivas que les permitan un estatus mayor al relacionarse con miembros de los grupos armados²³, por lo que pareciese que no sufren las mismas afectaciones que las víctimas civiles en casos de violencia sexual.

En concreto, la participación de las mujeres en conflictos armados ha sido compleja y multifacética. A lo largo de la historia, las mujeres han sido tanto víctimas de la violencia como participantes activas, incluso ocupando ambos espacios. Aun así, el papel que han cumplido las mujeres dentro de las FARC ha permitido dilucidar la concepción machista interna entre los principios de la organización que han llevado a que los estereotipos que las acompañan hayan permitido que el tratamiento de violencias contra su integridad personal y sexual sea percibido como insignificante y menor que cualquier otra afectación a una víctima que no cuente con dicha ambivalencia.

Experiencias de mujeres y personas LGBTQ+ en el conflicto armado, Bogotá, CEV, 2022, p. 189.

21 GALTUNG, JOHAN, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Gernika Gogoratuz, 1998.

22 BYRNE (*supra* nota 12), p. 14.

23 AUCÍA, ANALÍA; BARRERA FLORENCIA; BERTERAME, CALINA; CHIAROTTI, SUSANA Y PAOLINI, ALEJANDRA, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, Rosario, Cladem, 2011.

4. *Calificación propia de las relaciones sexoafectivas forzadas o “matrimonios forzados” al interior de la JEP.*

La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP avocó conocimiento sobre la determinación de hechos y conductas del MC11. Este caso agrupa los hechos reportados en los informes de la sociedad civil y del Estado respecto a crímenes no amniables cometidos en el marco del conflicto armado de competencia de la JEP, y que corresponden a patrones de hecho motivados por prejuicio, odio y discriminación de género y/o sexo, incluyendo los motivados por la orientación, expresión e identidad sexual diversa de la víctima²⁴.

De acuerdo con el documento de Criterios y Metodología de Priorización adoptado por la SRVR, durante la etapa de agrupación se construyó y delimitó el universo provisional de hechos (UPH), basado en un análisis cuantitativo y cualitativo de los informes recibidos y estructurados por el Documento de Gestión de la Información del GRAI donde se identificaron y caracterizaron a las víctimas de violencia sexual y las presuntas responsabilidades de los actores armados durante 1957 hasta el 2016. Esta estructuración fue trabajada a partir del año 2020 hasta el 21 de marzo del 2022, momento en que se venció el plazo para la presentación de informes ante la Sala, donde se recopilieron 971 y al menos 309 tuvieron componentes de violencia basada en género, violencia sexual, reproductiva y por prejuicio. Sin embargo, la multiplicidad de conductas y definiciones llevó al GRAI a construir una sola categoría de análisis que denominó “violencia sexual” para los enfoques cuantitativos.

4.1. **Subcaso 3. Violencia intrafilas: violencia sexual, reproductiva y otras violencias basadas en el género y por prejuicio al interior de la fuerza Pública y de las FARC-EP.**

A partir del análisis de la información obtenida, en el marco de las labores de agrupación y concentración, se lograron identificar registros de hechos atribuibles tanto a integrantes de las antiguas FARC-EP como a miembros de la Fuerza Pública, cometidos contra sus propias compañeras y compañeros de filas. El análisis de los informes que incluyen relatos de violencias intrafilas señala la centralidad de la construcción de una masculinidad de guerra para la comisión de crímenes, configurada especialmente a la luz del disciplinamiento²⁵ por medio de la definición de normas, constante regulación de la vida cotidiana y el castigo. El ejercicio de violencias en las filas es entonces, un mecanismo sobre el cual se refuerza un estatus al interior de ellas.

Así, el Centro de Memoria Histórica ha explicado este fenómeno por medio del proceso de ascenso de las y los combatientes dentro de las filas, quienes son entrenados de tal forma que sus cuerpos son diseñados para y por la guerra significando una tensión sobre su autonomía y derechos reproductivos²⁶. Derivado de ello, un elemento común en los relatos de los informes desprende como principales mecanismos de perpetraciones al ejercicio del poder basado en el rango de los presuntos agresores y de las víctimas y, a la ausencia de sanciones.

24 Auto SRVR No. 5 de 2023.

25 CEV (*supra* nota 20), p. 195.

26 Centro Nacional de Memoria Histórica, *La guerra inscrita en el cuerpo, Informe nacional sobre violencia sexual en el conflicto armado*, Bogotá, CNMH, p. 171.

4.2. Los relatos de las víctimas.

Los 25 relatos tomados preliminarmente como referencia por el auto de apertura conforman el conjunto de hechos bajo estudio en este subcaso atendiendo a que las víctimas fueron incorporadas al grupo armado siendo mayores o menores de edad pero las violencias de género ocurrieron al haber alcanzado la mayoría de edad, pues resulta complejo saber con exactitud la fecha de incorporación o no se cuenta con información específica sobre el momento de ocurrencia de las violencias de género. Esta información se ha compuesto a partir de relatos provenientes de seis informes allegados por organizaciones de sociedad civil como *De las voces del silencio al renacer*, presentado por mujeres del Caquetá y en el marco geográfico de 10 departamentos colombianos entre 1994 y 2008. En cuanto a las víctimas, todas las reportadas en los hechos son mujeres sobre las cuales no se les ha conocido su orientación sexual, identidad de género o pertenencia étnica.

Respecto a los *relatos de las víctimas*, sus narraciones dan cuenta de conductas que podrían constituir crímenes como violaciones (19%), esclavitud sexual (19%), cohabitaciones forzadas (3%) y acosos sexuales e imposición de sanciones por negarse a los requerimientos sexuales de integrantes del grupo (3%), haciendo énfasis en que los reportes de las víctimas demuestran que han sufrido más de un hecho constitutivo de violencia basada en género. Sobre este punto, se observó que en el 20% de los casos, las víctimas indicaron que fueron utilizadas en forma casi exclusiva para cumplir labores domésticas y prestar servicios sexuales a los integrantes del grupo.

Al respecto, algunas víctimas relataron sus vivencias al interior de la organización, advirtiendo que al ser reclutadas las hicieron trabajar en las trincheras y en los huecos para pozos, además de labores domésticas y sobre todo como esclavas sexuales de los comandantes cuando ellos lo desearan, sin tener posibilidad de queja, pues en tal caso habría “castigo”.²⁷ Por ejemplo, una víctima relató que fue compañera de “Israel” cuando tenía 20 años aun sin mediar su consentimiento.

En relación con los reportes de violencia sexual, la Fiscalía General de la Nación (FGN) indicó que en algunos casos hubo empleo de violencia física y utilización de armas para intimidar a las víctimas, pero además dicho fin se logró por medio del uso de entornos de coacción y abusos de poder.²⁸ Al respecto, señala la Fiscalía, que frente a la escogencia de parejas, los comandantes gozaban de privilegios frente a elegir sus relaciones sentimentales y, por ende, era común encontrar circunstancias donde las mujeres fueran obligadas y/o manipuladas para conformar una “asociación” —en términos del informe— con estos miembros de la guerrilla, acompañados del acoso por medio de castigos infundados y sanciones para acceder a ello. Los relatos de las víctimas indicaron textualmente que, “*allá le dicen a uno que tiene que ser la mujer de ellos y que uno no puede negarse*”²⁹.

Sin embargo, los relatos que conforman el conjunto preliminar de hechos no permiten inferir el tratamiento que se le fue dado en las FARC-EP a las violencias ocurridas. Aun así, la FGN logró indicar que algunos testimonios evidencian que ciertos comandantes lograron tener

27 Relato de víctima referido en el informe en el informe “De las voces del silencio al renacer” presentado por mujeres del departamento del Caquetá, págs. 103 y 104, víctima VBC-7683.

28 Fiscalía General de la Nación, *Informe No. 6 sobre Violencia basada en género cometida por las FARC-EP*, Bogotá, FGN, 2018, p. 58.

29 Fiscalía General de la Nación (*supra* nota 28), p. 80.

conocimiento de los hechos y emprendieron acciones sancionatorias. No obstante, afirmando que fue excepcional³⁰ y que por ende, de ello no se permite establecer una generalización.

4.3. El matrimonio forzado al interior de las filas de las FARC.

4.3.1. Los elementos contextuales del CLH

De acuerdo con el art. 7 del ER, para que un acto sea considerado como CLH este debe ser cometido como parte de un *ataque generalizado o sistemático* contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Ahora bien, este *ataque* es entendido como un “línea de conducta que implica la comisión múltiple de los actos a los que se refiere el art. 7 del ER contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política”. En este sentido, en primer lugar, respecto de la existencia de una política, esta debe pretender “asegurar que el ataque, aún si es llevado a cabo en un espacio geográfico amplio o contra un gran número de víctimas, sea minuciosamente organizado y siga un patrón regular”³¹. Así, algunos de los elementos que permiten inferir la existencia de una política son “(i) la preparación para el ataque, (ii) la caracterización del ataque, y (iii) el contexto político, militar y social en que el ataque tiene lugar”³². Para el caso colombiano y frente a los relatos de las víctimas, si bien los estatutos del grupo armado FARC nunca establecieron taxativamente el objetivo de afectación a la población civil, tomando como partida la violencia basada en género, el contexto político, militar y social en que los ataques tuvieron lugar dan cuenta de las afectaciones globalizadas y generalizadas.

Ahora bien, en segundo lugar, respecto del elemento de la organización capaz de ejecutar dicha política, en casos de organizaciones no estatales estas son capaces de ejecutarla siempre que se cumplan los siguientes requisitos; en tanto exista un “(i) mando militar responsable o jerarquía, (ii) la posesión de los medios necesarios para ejecutar la política, (iii) control territorial, (iv) el principal objetivo de su existencia es la comisión de crímenes contra la población civil, (v) articulación para el actuar criminal”³³. Para el caso colombiano, es evidente la existencia de un mando militar establecido dentro de los estatutos, aun así, la articulación para el plan criminal se lograría desprender de los relatos de las víctimas quienes argumentan que ciertos comandantes lograron tener conocimiento de los hechos y emprendieron acciones sancionatorias. Sin embargo ellas fueron acciones excepcionales y más bien, de forma generalizada, existieron pactos internos y patriarcales que permitieron la consolidación de las afectaciones.

En este sentido, para poder definir un CLH tras el reconocimiento de un ataque por medio de una política, corresponde evaluar el carácter generalizado, la cual refiere a la gran escala del ataque, que en algunas ocasiones se manifiesta en el número de víctimas o en la extensión geográfica del territorio para el caso colombiano,³⁴ aun así no se trata en sí mismo de una cues-

30 Fiscalía General de la Nación (*supra* nota 28), pp. 52 y 55.

31 CPI (28 de julio de 2010), Fiscalía c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia caso no° ICC-01/04-01/07. Párr. 396.

32 CPI (31 de marzo de 2010), Situación en la República de Kenia. Corrección de la decisión no° ICC-01/09-19-Corr. Párr. 118–120.

33 CPI (31 de marzo de 2010), Situación en la República de Kenia. Decisión conforme al artículo 15 del Estatuto de Roma en la autorización de una investigación en la República de Kenia. Caso no° ICC-01/09-19-Corr 01-04-2010. Párr. 89.

34 TPIR (14 de diciembre de 2011), Fiscalía c. Theoneste Bagosora. Decisión de segunda instancia caso no° ICTR-98-41-A. Párr. 389.

ción aritmética³⁵ sino más bien de la sistematicidad en los actuare. Para el caso colombiano la cantidad de víctimas de violencia sexual atribuida a datos condensados en el auto de apertura del caso, datan de al menos 2'683.335 mujeres afectadas dentro del conflicto sobre las cuales el 86% fueron afectadas por violencias basadas en género. A su vez, tan solo el estudio del subcaso numero 3 fue realizado en 10 de los 32 departamentos de Colombia, lo que no implica que los restantes no hayan sido objeto de violencias, sino que por el contrario, con el fin de agrupar y estudiar la multiplicidad de atrocidades fue necesario delimitar sobre los departamentos mayormente afectados.

Finalmente, respecto del requisito del conocimiento del ataque, este se plantea como el saber y conocer que los actos o crímenes que se cometían ocurrían en “*un contexto sistemático o generalizado y no eran llevados a cabo con base en motivos personales sin relación al ataque*”³⁶. Sobre este punto, cabe recordar que el actuar se reconocía como castigable a partir de la formalidad dentro de las filas, sin embargo, aun así fue llevado a cabo por los pertenecientes al grupo, quienes los escondieron y permitieron su comisión.

4.3.2. *El matrimonio forzoso como otro acto inhumano.*

Para que los actos de matrimonio forzoso pueda configurarse como otro acto inhumano según el art. 7(1)(k)(ER), es necesario demostrar que el autor ha “*cometido un acto inhumano de carácter similar a los ya establecidos como CLH*” y dicho carácter será dado únicamente por aquellos actos comparables en naturaleza, daño e interés protegido³⁷. Ahora bien, la imposición de una asociación conyugal forzada es tan grave como otros crímenes contra la humanidad, atendiendo a que tan solo al forzar a una persona a permanecer en una asociación conyugal con uno de los participantes en ataque generalizado o sistemático se le están vulnerando los derechos a la dignidad de la víctimas por medio de daños físicos, al ser sometidas a repetidos actos de violación y violencia sexual, trabajos forzados, castigos corporales y privación de libertad. En este sentido, los autores tienen la intención de obligar a las víctimas a contraer uniones, y son conscientes de que su conducta causaría graves sufrimientos o lesiones físicas, mentales o psicológicas en ellas, con base el entorno imperante de coacción e intimidación.

Así, de acuerdo con el caso de la Fiscalía c. Tamba Brima y la Fiscalía c. Ongwen, el *matrimonio forzado* implica que un perpetrador obligue por la fuerza o la amenaza de ella, a otra persona, ya sea a través de palabras o conductas, a entrar en una unión conyugal forzada, en muchos casos desprendida de tareas domésticas o embarazos forzados, que cause un gran sufrimiento y graves lesiones físicas o mentales a la persona sometida. Además, el *matrimonio forzado* conlleva una relación de exclusividad entre el “marido” y la “mujer”, lo cual acarrea consecuencias disciplinarias en caso de incumplimiento de este acuerdo exclusivo. En el contexto de ambas sentencias, la exclusividad se desprendía, no únicamente del reconocimiento por parte del “cónyuge”, sino además por medio de la existencia de reglas institucionales que prohibían a las llamadas “esposas” tener relaciones sexuales con otro hombre diferente a su “esposo”, lo cual les permitía a los perpetradores mantener el control de la sexualidad de las mujeres y niñas abusadas y secuestradas.

35 TIPY (22 de febrero de 2001), Fiscalía c. Dragoljub Kunarc y otros. Sentencia caso no° IT-96-23. Párr. 96.

36 TPIY (7 de mayo de 1997), Fiscalía c. Dusko Tadic. Sentencia no° IT-94-1-T. Párr. 656-659.

37 CPI (30 de septiembre de 2008), Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui. “Sentencia” caso No. ICC-01/04-01/07. Párr. 448.

Respecto a los *relatos de las víctimas del auto de apertura* se deprenen, al menos *prima facie*, varios indicadores que dan cuenta de los elementos previamente aducidos. Sobre este punto, se observó que en el 20% de los casos, las víctimas aseguraron que fueron utilizadas en forma casi exclusiva para cumplir labores domésticas y prestar servicios sexuales a los integrantes del grupo y algunos de sus relatos dieron cuenta de términos utilizados por los victimarios, ellas argumentaron haber sido condicionadas a ser compañeras, o “mujeres” o a sostener asociaciones en un entorno de coacción y abusos de poder.

Al respecto señala la FGN que frente a la escogencia de parejas, los comandantes gozaban de privilegios en cuanto a elegir sus relaciones sentimentales y, por ende, era común encontrar circunstancias donde las mujeres fueran obligadas y/o manipuladas para conformar unas “asociaciones” —en términos del informe— con estos miembros de la guerrilla, acompañados del acoso por medio de castigos infundados y sanciones hasta que accedieran a ello.

Consideraciones Finales.

El análisis de la apertura del MC11 ante la JEP, un tribunal nacido a partir de la firma del Acuerdo Final de Paz en el año 2016, aun para el 2024 suscita distintas discusiones. La más latente, la discusión sobre el enfoque de género que durante los macro casos previos había funcionado como principio que debía iluminar cada actuación llevada a cabo, pero que ignoraba el análisis individual de las afectaciones a las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. Cabe aclarar que, el enfoque de género no es limitante ante las vulneraciones a las mujeres y mucho menos a lo que respecta a su integridad sexual, sin embargo, el MC11 tiene por fin la discusión de las conductas que durante el periodo a estudiar nunca tuvieron el espacio necesario para ser analizadas en su propia individualidad y no como un adicional.

Mucho menos han tenido mayor investigación las discusiones sobre el papel de las relaciones interpersonales entre las mujeres dentro de las filas de los grupos armados y sus superiores, cuando por el mero hecho de las posiciones que han sobrellevado al interior de ellas y el abrupto enfoque guerrero que se ostenta en un aparato militar, han provocado que se materialicen estereotipos de mujeres quienes hoy han sido combatientes pero también víctimas.

Ni el DPI ni mucho menos el derecho nacional ha logrado llegar a un consenso sobre como catalogar o tipificar las relaciones sexoafectivas no consentidas dentro de un conflicto armado. Sin embargo, más allá de generar una discusión teórica se ha propendido por poner de presente la existencia de ellas y cómo, *prima facie*, el auto de apertura permite al menos, a partir de lo acá discutido, plantear la duda sobre la disputa que no es sencilla y requerirá de todos los esfuerzos necesarios para su esclarecimiento.

Bibliografía.

AUCÍA, ANALÍA; BARRERA FLORENCIA; BERTERAME, CALINA; CHIAROTTI, SUSANA Y PAOLINI, ALEJANDRA, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, (edición e introducción de Marta Vasallo –1a ed. –), Rosario, Cladem, 2011.

BYRNE, B., *Gender, Conflict and Development*. BRIDGE briefings on Development and Gender, Ministerio de Relaciones Exteriores, Países Bajos, 1996.

- CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA; JONES, ROBERT W. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, 2002.
- CASTRILLÓN PULIDO, G. Y., “¿Víctimas o victimarias? El rol de las mujeres en las FARC. Una aproximación desde la teoría de género”, *OPERA*, 16, 2014, pp. 77–95.
- Centro Nacional de Memoria Histórica, *Informe general, Grupo de Memoria Histórica. ¡Basta Ya! Colombia: Memorias De Guerra y Dignidad*, Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013
- Centro Nacional de Memoria Histórica, *La guerra inscrita en el cuerpo, Informe nacional sobre violencia sexual en el conflicto armado*, Bogotá, CNMH, Noviembre del 2017.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *Informe final, Capítulo XI cuerpo es la verdad, Experiencias de mujeres y personas LGBTQ+ en el conflicto armado*, Bogotá, CEV, Julio del 2022.
- Fiscalía General de la Nación, *Informe No. 6 sobre Violencia basada en género cometida por las FARC-EP*, Bogotá, FGN, 2018.
- GALTUNG, JOHAN, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Gernika Gogoratzuz, 1998.
- Jurisdicción Especial para la Paz, *Lineamientos para la Implementación del Enfoque de Género en la Jurisdicción Especial para la Paz*, Departamento de Enfoques Diferenciales, Subsecretaría Ejecutiva, 2020.
- Jurisdicción Especial para la Paz-Comisión de Género, *Informe de Gestión 2018*. JEP, 2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/PAGINAS/TRANSPARENCIA/PLANEACION/INFORMES-DE-GESTION.ASPX](https://www.jep.gov.co/PAGINAS/TRANSPARENCIA/PLANEACION/INFORMES-DE-GESTION.ASPX)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- LARA, PATRICIA, *Las mujeres en la Guerra*, Bogotá, Planeta lector, 2020.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, *Colombia: El Acuerdo Final de paz*, 2016
- ONU Doc. A/RES/52/160 (1997). En detalle sobre las negociaciones en ROMA KIRSCH/ROBINSON, EN CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA; JONES, ROBERT W. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, 2002.
- OPC, *Mujeres excombatientes y espacios de participación*. Bogotá, 2015.
- Resolución 24/23 del Consejo de Derechos Humanos. Septiembre 2013.
- TORRES FALCON, MARTA, “Entre el silencio y la impunidad: violencia sexual en escenarios de conflicto”. *Revista de Estudios de Género La Ventana* [online]. 2015, vol.5, n.41, pp.73–112.

Estatutos, Convenciones y Leyes.

- Art. 3 común a los Convenios de Ginebra, art. 27 del IV Convenio y art. 75.2 y 76 del Protocolo Adicional I.
- Art. 99 del III Convenio de Ginebra (1949) y art. 67 del IV Convenio de Ginebra.
- Art. 3 común a los Convenios de Ginebra, art. 27 del IV Convenio y art. 75.2 y 76 del Protocolo Adicional I.

Congreso de la República de Colombia. (6 de junio del 2019). Ley estatutaria de la JEP [Ley 1957 de 2019]

Congreso de la República de Colombia. (18 de julio del 2018). Reglas de procedimiento ante la JEP [Ley 1922 de 2018]

Estatuto de Roma (1998)

Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, Colombia: El Acuerdo Final de paz (2016)

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional, Sala Plena. SU-388 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Jurisdicción Especial para la Paz. Auto SRVR No. 05 de 2023. Bogotá D.C (06 de septiembre de 2023).

Jurisprudencia internacional

CPI (28 de julio de 2010), Fiscalía c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. Sentencia caso no° ICC-01/04-01/07.

CPI (31 de marzo de 2010), Situación en la República de Kenia. Corrección de la decisión no° ICC-01/09-19-Corr.

CPI (31 de marzo de 2010), Situación en la República de Kenia. Decisión conforme al artículo 15 del Estatuto de Roma en la autorización de una investigación en la República de Kenia. Caso no° ICC-01/09-19-Corr-01-04-2010. Párr. 89.

CPI (30 de septiembre de 2008), Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui. "Sentencia" caso No. ICC-01/04-01/07. Párr. 448.

TIPR, Fiscal c. Jean-Paul Akayesu. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. Caso Número: ICTR-96-4.

TPIR (14 de diciembre de 2011), Fiscalía c. Theoneste Bagosora. Decisión de segunda instancia caso no° ICTR-98-41-A. Párr. 389.

TIPY (22 de febrero de 2001), Fiscalía c. Dragoljub Kunarc y otros. Sentencia caso no° IT-96-23. Párr. 96.

TPIY (7 de mayo de 1997), Fiscalía c. Dusko Tadic. Sentencia no° IT-94-1-T. Párr. 656–659.

Cristina Montalvo Velásquez

Jhuliana González Castro

28. Contexto y patrones de macro-criminalidad en los asesinatos sistemáticos contra líderes sociales y defensores de derechos humanos en Colombia: Un estudio aplicado en el post-conflicto.

Resumen: La presente investigación realiza un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre los asesinatos sistemáticos contra líderes sociales y defensores de DH en el escenario del post-conflicto y sus causas asociadas al conflicto interno armado colombiano. Acudiéndose, para el logro de ello, al análisis histórico de las causas de esta forma de violencia, seguidamente a la explicación y demostración del carácter masivo de dichos asesinatos, en complemento con las prácticas y modus operandi en que se dieron ciertos patrones de macro-criminalidad en el marco del conflicto, que han sido develados por la Fiscalía General de la Nación en las sentencias de Justicia Transicional; que evidencian y demuestran que estos hechos siguen ocurriendo y desafortunadamente no se investigan bajo la metodología de contexto, negándoles la oportunidad de desarrollarlas con un enfoque priorizado, que podría a futuro facilitar la búsqueda de información relevante y un diseño político criminal adecuado que impacte en las estructuras criminales organizadas que ejecutan estas conductas en el escenario del postconflicto.

Palabras clave: Investigación de Contexto, Patrones de macro-criminalidad, Asesinatos sistemáticos, Líderes sociales, Defensores de Derechos Humanos y Postconflicto.

Abstract: The present research carries out a doctrinal and jurisprudential analysis of systematic murders against social leaders and human rights defenders in the post-conflict scenario and their causes associated with the Colombian internal armed conflict. To achieve this, it resorts to the historical analysis of the causes of this form of violence, followed by the explanation and demonstration of the mass nature of these murders, complemented by the practices and modus operandi in which certain patterns of macro-criminality occurred within the conflict framework, as revealed by the Attorney General's Office in Transitional Justice rulings. These rulings evidence and demonstrate that these events continue to occur and unfortunately are not investigated under a contextual methodology, denying them the opportunity to be developed with a prioritized approach that could facilitate the future search

for relevant information and an appropriate criminal policy design that impacts organized criminal structures that carry out these behaviors in the post-conflict scenario.

Keywords: Contextual Investigation, Patterns of Macro-criminality, Systematic Murders, Social Leaders, Human Rights Defenders and Post-conflict.

Introducción.

En el marco del Conflicto Interno Armado Colombiano (en adelante CIAC) se han evidenciado “múltiples formas de violencia y victimización”¹, siendo los crímenes contra líderes sociales y defensores de Derechos Humanos (en adelante DH) una de dichas formas, que implica o constituye “un ataque sistemático o generalizado contra la población civil”² por motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos, entre otras formas de discriminación, es decir, que no pueden tratarse de crímenes aislados, sino hacer parte de un plan criminal dirigido a acabar con ciertos grupos identificados por sus ideas o ideales.

Dentro de dichos crímenes sistemáticos ocurridos contra la población civil en el CIAC se tienen los acaecidos para atacar y acabar con los Defensores de DH y líderes sociales. Comprendidos, los primeros según la Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores de Derechos Humanos y la Resolución de la Organización de Estados Americanos, como: “cualquier persona o grupo que se dedica a la defensa, promoción, respeto y protección de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional y que además trabaja por la eliminación efectiva de las violaciones a los derechos humanos en el plano nacional, regional o local”³.

Por su parte, los líderes sociales, son miembros de una comunidad que debido a su accionar en un contexto histórico-social, por sus habilidades, conocimientos y su servicio al interés de una determinada comunidad, adquieren una posición social de autoridad⁴. Ambos, tanto los defensores de DH, como los líderes sociales en Colombia han sido históricamente víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (en adelante GAOML), quienes los han perseguido y ejecutado por la labor política y social que promueven y desarrollan.

Los GAOML asumen que se trata de una intimidación contra ellos y por eso trazan ordenes generalizadas para combatirlos, obviándose que son miembros de la población civil, que deben estar exentos de cualquier forma de violencia. De tal forma, que resulta pertinente revisar las características de este tipo de delito de lesa humanidad, particularmente este estudio se propuso identificar jurisprudencial y doctrinalmente en Colombia que implica que estos crímenes

1 MONTALVO, CRISTINA, *Tipologías Victimológicas del Conflicto Interno Armado*, Tesis Doctoral, 2021, Disponible en <<https://manglar.uninorte.edu.co/handle/10584/9869#page=1>> (visto por última vez 20.01.2024).

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo del 2010 N° 33118, “Sentencia condenatoria contra el ex senador César Pérez García por la masacre de Segovia ocurrida en 1988”, Disponible en <[HTTPS://CORTESUPREMA.GOV.CO/CORTE/WP-CONTENT/UPLOADS/RELATORIAS/PE/B2MAY2013/BOLETIN%20INFORMATIVO%202013-05-21.PDF](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/B2MAY2013/BOLETIN%20INFORMATIVO%202013-05-21.PDF)> (visto por última vez 24.02.2024).

3 Ministerio del Medio Ambiente, “Liderazgos Ambientales”, MinAmbiente.gov.co (s.f) <[HTTPS://WWW.MINAMBIENTE.GOV.CO/LIDERES-AMBIENTALES/LIDERAZGOS-AMBIENTALES/](https://www.minambiente.gov.co/lideres-ambientales/liderazgos-ambientales/)> (visto por última vez 3.03.2024).

4 REYES Y PERINAT, 2011; citados por: Rodrigo Rojas, en “El liderazgo comunitario y su importancia en la intervención comunitaria”, *Revista Psicología en América Latina*, No.25, México, 2013, Disponible en <[HTTP://PEPSIC.BVSALUD.ORG/SCIELO.PHP?PID=S1870-350X2013000200005&SCRIPT=SCI_ARTTEXT](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870-350X2013000200005&script=sci_arttext)> (visto por última vez el 03.03.2024).

constituyan un ataque sistemático o generalizado contra la población civil; y que pese a firmarse dos acuerdos de paz con los dos históricos actores de violencia en el longevo CIAC (Autodefensas Unidas de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), la violencia continua y en medio de ello los asesinatos contra los mencionados líderes y defensores.

Para efectos de desarrollar el propósito planteado, este estudio acudió en primer lugar al análisis histórico de las causas de esta forma de violencia en el marco del CIAC; seguidamente se acudió a explicar el carácter masivo de los asesinatos de líderes sociales y defensores de DH y las prácticas y modo operandi en que se dieron estos hechos (patrones de macro-criminalidad); lo anterior con la última finalidad de esbozar unas reflexiones o consideraciones en torno a este delito de lesa humanidad que sigue ejecutándose en el postconflicto y sin plantearse investigaciones macro bajo el la metodología de contexto, que permita desarrollar un enfoque priorizado para estos casos que se evidencian con una ocurrencia sistemática, tanto en el marco del CIAC, como en el Postconflicto.

1. *Causas de la violencia contra defensores de DH y líderes sociales en el marco del Conflicto Interno Armado Colombiano (CIAC) y el Postconflicto.*

Abordar las causas e incidencias de la violencia contra defensores de DH y líderes sociales en el marco del CIAC, implica la revisión de los motivos que conllevaron y que llevan en la actualidad al asesinato, discriminación y odio de estos grupos de personas.

Se partirá por revisar por qué y quienes asesinan a los líderes sociales y a los defensores de DH. Señalándose previamente, que en el Acuerdo de Paz firmado entre el gobierno colombiano y las extintas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC-EP) en el año 2016, se contempla dentro de sus propósitos la prevención de los asesinatos de defensores de DH⁵. A pesar de dicho propósito contemplado en el acuerdo, los asesinatos de estos grupos siguen siendo visibles, vulnerándose principalmente a los “dignatarios de las Juntas de Acción Comunal (en adelante JAC), y a los líderes cívico-comunales”⁶. Sin perder de vista, que dentro de estos asesinatos también se incluyen a los líderes indígenas, afro, a los activistas de los derechos de la comunidad LGTBI+, líderes sindicalistas, y los activistas y líderes ambientales.

Por su parte, sobre quiénes son los autores de estos hechos, debe indicarse que en la mayoría de los asesinatos se desconoce la autoría. En aquellos casos en los que se presume el autor, se encuentra un conjunto variado de victimarios: “grupos paramilitares, el Ejército de Liberación Nacional (en adelante ELN), el Ejército Popular de Liberación (en adelante EPL), disidentes de las FARC-EP, grupos de seguridad privada y la fuerza pública”⁷.

En Colombia, las causas de violencia contra los líderes sociales y los defensores de DH son múltiples y los actores que las ejecutan también son variados, pero como este trabajo hace

5 Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, Disponible en <[HTTPS://WWW.CANCILLERIA.GOV.CO/SITES/DEFAULT/FILES/FOTOS2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/fotos2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF)> (Visto por última vez el 04.03.2024).

6 DELGADO, MARIANA, “Por qué asesinan a los líderes sociales en Colombia” 22.04.2019, Disponible en <[HTTPS://DISTINTASLATITUDES.NET/EXPLICADORES/POR-QUE-ASESINAN-A-LOS-LIDERES-SOCIALES-EN-COLOMBIA](https://distintaslatitudes.net/explicadores/por-que-asesinan-a-los-lideres-sociales-en-colombia)> (Visto por última vez 04.03.2024).

7 DELGADO (*supra* nota 6).

alusión al CIAC, se ceñirá a sujetos dentro de este contexto. Se partirá atendiendo los intereses políticos y sociales que representan para sus comunidades y el riesgo que asumen al hacer sus reclamaciones utilizando vías de hecho o de presión social, que incomodan a los actores en conflicto.⁸

Dentro de las *razones sociales y políticas*, que conllevan al hostigamiento, estigmatización, amenazas y muertes de dichos defensores y líderes, se ha establecido que están asociadas a:

- Las denuncias y protestas que realizan dentro de su labor de líderes o voceros, donde alcanzan la voz por la inequidad social,⁹ por ejemplo en el acceso a la tierra.
- La difusión y motivación que realizan los líderes en pro de la sustitución de cultivos ilícitos por cultivos agrarios en zonas de reserva campesina, “con el propósito de desmantelar la economía de las drogas y ofrecer alternativas para las decenas de cultivadores de coca”¹⁰.
- Las denuncias que presentan los líderes por la vulneración de derechos colectivos de ciertas comunidades.¹¹
- La implementación del Acuerdo de Paz en el escenario del posconflicto, donde “el Estado no ha logrado llenar el vacío de poder dejado por las FARC al deponer sus armas y abandonar sus antiguos bastiones territoriales, a pesar de la persistente presencia militar estatal en muchas de estas mismas áreas”¹².
- La falta de oportunidades económicas legítimas, que conllevan a la creación de economías ilegales que promueven escenarios violentos, donde “GOAL nuevos o existentes compiten agresivamente por el control de las porciones más valiosas de dichas economías ilícitas”¹³.
- La ausencia de autoridades estatales en ciertas comunidades y zonas rurales, que facilitan la creación y propagación de GAOAL,¹⁴ y deja en evidencia “la incapacidad del Estado para controlar el territorio donde operaban las extintas FARC”¹⁵.

8 Human Rights Watch “Líderes desprotegidos y comunidades indefensas” 21.02.2021. Disponible en <POR QUÉ ASESINAN A LOS LÍDERES SOCIALES EN COLOMBIA? - DISTINTAS LATITUDES > (visto por última vez el 04.03.2024).

9 International Crisis Group–ICG-, “La Vulnerabilidad de Los Líderes Sociales”, *Líderes Bajo Fuego: Defendiendo La Paz En Colombia*, Informe No. 82, 08.10.2020, p. 7. Disponible en <HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/RESREP31429.5> (Visto por última vez 05.03.2024).

10 International Crisis Group–ICG- “Las Fuentes de Violencia Contra Líderes Sociales”, *Líderes Bajo Fuego: Defendiendo La Paz En Colombia*, Informe No. 82, 06.10.2020, p. 11. Disponible en <HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/RESREP31429.6> (Visto por última vez 06.03.2024).

11 Defensoría del Pueblo, “Informe especial de riesgo: Violencia y amenazas contra los líderes sociales y los defensores de derechos humanos” 30.03.2017 p. 52 Disponible en <HTTPS://REPOSITORIO.DEFENSORIA.GOV.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/BA12D17C-1996-448A-9E94-DA1DBBDF9EFF/CONTENT> (visto por última vez 04.03.2024).

12 International Crisis Group (*supra* nota 9).

13 International Crisis Group (*supra* nota 9).

14 Human Rights Watch (*supra* nota 8).

15 International Crisis Group (*supra* nota 9).

- La brecha de representación en el poder político, lo cual genera abusos en el poder estatal, altos de índices de violación a los DH y movilización social de organizaciones no gubernamentales defensoras de DH.¹⁶
- La *accountability social*¹⁷ o rendición de cuentas social, ejercida por los Defensores de DH y líderes sociales cuando detectan actos ilegales o corruptos en los funcionarios públicos, al punto de pedirles cuentas, activar rutas de control, exponerlos públicamente, denunciarlos ante las autoridades correspondientes; convirtiéndose, dicho control en un mecanismo ejercido por la sociedad civil, que los hace blanco de persecuciones y muertes.

Si bien pudieren existir otras causas que conllevan al asesinato de Defensores de DH y líderes sociales, las arriba enunciadas constituyen las razones asociadas al CIAC y siguen siendo las mismas en el postconflicto, de conformidad a las denuncias presentadas por las organizaciones de defensoras de DH en Colombia, tales como:

“El Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep), el Instituto Popular de Capacitación (IPC), la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Credhos), la Organización Femenina Popular (OFP), el Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos (CPDDH), el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR), la Comisión Colombiana Juristas (CC)”¹⁸.

Como puede observarse, las causas de violencia contra defensores de DH y líderes sociales son múltiples, y obedecen a un plan organizado, generalizado y sistemático contra estas personas que levantan la voz por la defensa de los derechos de sus comunidades. Se está frente ataques, que no obedecen a causas comunes o personales, sino que hacen parte de un plan criminal, de un fenómeno que se viene perpetrando de manera reiterada y se repite con los mismos patrones dentro del territorio colombiano, debido a su participación y vinculación en organizaciones ya sean campesinas, indígenas, afro descendientes, comunales, entre otras.

Estos hechos están asociados al CIAC, en donde históricamente la presencia las FARC y el ELN, han sido copadas por grupos criminales y organizaciones sucesoras del paramilitarismo, evidenciando que se trata de conductas de carácter masivo en un contexto macro-criminal¹⁹, que sigue vivenciándose aun después de firmarse un acuerdo con la organización subversiva que llevaba más tiempo en el escenario de violencia que se vivió y vive en Colombia.

Ahora bien, indicar que estos asesinatos hacen parte de un contexto macro-criminal, conlleva a relacionar la existencia de algunos elementos para comprender el surgimiento y avance de las circunstancias históricas en donde se desarrolla este tipo de violencia, hostigamiento, amenazas y muertes de defensores de DH y líderes sociales tratadas en el párrafo anterior. De tal forma, que indicar cuales son esos elementos, nos permitirá ante la ocurrencia de asesinatos

16 LÓPEZ-PACHECO, JAIRO, “Accountability social, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y conflicto político en Colombia, 2002–2010”, *Revista Mexicana de Sociología*. No. 2 (abril-junio, 2013), pp. 255–286 y ss. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/43495656](https://www.jstor.org/stable/43495656)> (Visto por última vez 07.03.2024).

17 RÍOS, ALEJANDRO & GARRO, JUAN ESTEBAN, “Accountability y sociedad civil: el control político en la era digital”, *Revista Papel político*. vol. 22 No. 2 (julio-diciembre. 2017). Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.11144/IAVERIANA.PAPO22-2.ASCC](https://doi.org/10.11144/IAVERIANA.PAPO22-2.ASCC)> (Visto por última vez 07.03.2024).

18 LÓPEZ-PACHECO (*supra* nota 16).

19

determinar la existencia o no de patrones de macro criminalidad, y por ende demostrar como los GOAML operaban para la perpetración de estos delitos, y al mismo tiempo cuestionar la actual ocurrencia de estos hechos, si aparentemente varios de los perpetradores ya han firmado acuerdo de paz, se han desmovilizado, desarmado, convertido en partido político, etc.

2. *Sistematicidad y Patrones de macro-criminalidad en los asesinatos de líderes sociales y Defensores de Derechos Humanos dentro de una investigación de contexto criminal.*

Los asesinatos de líderes sociales y defensores de DH, deben ser analizados atendiendo patrones de macro-criminalidad que se dieron en el CIAC, es decir, atendiendo el modo operandi en que ocurrían, y no deben analizarse de manera aislada o particular, sino de manera sistemática. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que estos hechos constituyen delitos de lesa humanidad, que pueden ser cometidos en tiempos de paz o durante conflictos armados y como nota característica implican un ataque sistemático o generalizado contra la población civil; el primero en términos del encuadramiento de la conducta en un plan criminal y el segundo a propósito del carácter masivo de la conducta.

Asimismo, estas conductas debiesen investigarse bajo la metodología de contexto que permite priorizar situaciones y casos en los procesos penales. Como se trata de revisar estos asesinatos en el marco del postconflicto y como ya se indicó las causas están asociadas aún a situaciones del propio CIAC, entonces se deberían priorizar estas investigaciones de manera especial, ya sea en el marco del proceso de Justicia y Paz (en adelante JyP) o en la apertura de macro-casos en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), de conformidad a los conceptos, definiciones y fines contemplado en la Directiva 02 de 2023 emitida por la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN)²⁰, que derogó la Directiva 01 de 2012²¹ de esta misma entidad.

2.1 **La sistematicidad en los asesinatos de líderes sociales y defensores de Derechos Humanos.**

Para indicar o demostrar que se está frente a este tipo de conductas sistemáticas se debe por lo menos establecer:

- a. *No puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia*, sino que este debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que estuviese dirigido contra una multitud de personas.

Es importante señalar “que la sistematicidad y la generalidad son requisitos que deben enten-

20 Fiscalía General de la Nación, Directiva No. 02 del 12.04.2023 “Por medio de la cual se establecen lineamientos para la implementación de la política de priorización al interior de la Fiscalía General de la Nación” <https://www.fiscalia.gov.co/> Disponible en <<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/>> (visto por última vez 19.04.2024).

21 Fiscalía General de la Nación, Directiva No. 01 del 04.10.2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación” <https://www.fiscalia.gov.co/> Disponible en <<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/normativa/>> (visto por última vez 20.04.2024).

derse de forma alternativa y nunca bajo una visión complementaria²². El ataque generalizado se refiere a una masividad de víctimas para que exista el delito. Esto ha sido entendido por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) como “masivo, frecuente, una acción a larga escala, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas”²³, entendiéndose que estos crímenes contra esta población civil suceden por su labor de protección de los derechos de sus comunidades.

- b. *Debe tratarse de un ataque sistemático*, es decir, debe responder a un plan centralizado, que ocurre a gran escala, masivo y grave; siendo esta responsabilidad del poder ejecutivo y las fuerzas armadas²⁴.

Debe precisarse que esta acepción de sistematicidad, alusiva a responsabilizar al poder ejecutivo y a las fuerzas armadas de los crímenes de los líderes sociales es un planteamiento jurisprudencial de los tribunales híbridos e internacionales encargados de juzgar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión²⁵. Por su parte, en el CIAC, este ataque puede venir de GOAML, además de los otros actores señalados internacionalmente, atendiendo que en el marco del conflicto y del posconflicto en Colombia dentro de las acciones y prácticas criminales se ha develado que asesinar a los defensores de DH y líderes sociales hacia parte de su plan criminal.

- c. *Debe tratarse de un ataque, donde se demuestre un móvil discriminatorio*, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos, y nacionales; toda vez que dentro de su labor los defensores de DH, líderes sociales y voceros realizan denuncias y protestas por la inequidad, por ejemplo, en el acceso a la tierra.

Si bien estos asesinatos obedecen a motivos políticos e ideológicos que se encuentran dentro de los procesos organizativos en los territorios, se ha establecido que estas personas pertenecen simultáneamente a varias organizaciones (de víctimas, campesinas, indígenas, afro descendientes y comunales, entre otras) en sus territorios, donde históricamente la FARC ha tenido presencia, y en la actualidad en sus mismos lugares operan disidencias de la FARC, otros grupos criminales y organizaciones sucesoras del paramilitarismo entre las que se encuentran, El Clan del Golfo, Rastrojos, Águilas Negras, Puntilleros y la Cordillera, de acuerdo a como lo señaló la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) “Los casos de homicidios de líderes y lideresas, y defensores han ocurrido en zonas de las cuales salieron las FARC, y en las que se ha generado un vacío de poder por parte del Estado, en con-

22 DELGADO, CRISTIAN RAÚL, “Factores que evidencian sistematicidad en el asesinato de líderes/as sociales y defensores/as de Derechos Humanos en Colombia” 22.12.2017 Disponible en <[HTTPS://INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF](https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF)> (Visto por última vez 09.03.2024).

23 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia I, “El Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR96-4-T”, 02.08.1998 Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/11/5212/19.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/19.pdf)> (Visto por última vez 10.03.2024).

24 ROJAS, GABRIEL, “El homicidio de líderes sociales es un fenómeno sistemático y macro criminal”, *Cero setenta* Universidad de los Andes 15.01. (2020), p. 2. Disponible en <[HTTPS://CEROSSETENTA.UNIANDES.EDU.CO/LIDERES-ASESINADOS-2020/](https://cerosetenta.uniandes.edu.co/lideres-asesinados-2020/)> (visto por última vez 09.03.2024).

25 ROJAS (*supra* nota 24).

textos de violencia generalizada contra la población por el accionar de criminalidad común u organizada²⁶.

- d. *Los asesinatos contra defensores de DH y líderes sociales son crímenes de Lesa Humanidad*, así lo señalo el Magistrado Leonidas Bustos, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Alto tribunal señala que estos asesinatos “son crímenes que corresponden a la categoría de Lesa Humanidad ya que existe una persecución sistemática con un fin criminal claro y establecido²⁷.”

Estos crímenes se deben revisarse desde la perspectiva de Lesa Humanidad toda vez que cumplen con los requisitos establecidos por el Estatuto de Roma, es decir, aluden a ataques generalizados y reiterados de forma sistemática contra esta población civil²⁸. Dentro de los patrones que son identificables en el modo en el que se han perpetrado estos asesinatos han sido las similitudes en el *modus operandi* y el tipo de víctimas y victimarios que permiten clasificarlos como sistemáticos y generalizados.

Atendiendo, los cinco aspectos arriba indicados, puede señalarse que los asesinatos de defensores de DH y líderes sociales son sistemáticos, porque hacen parte de un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, estos ataques hacen parte de un fenómeno que se viene perpetrando de manera reiterada y se repite con los mismos patrones dentro del territorio colombiano, estos factores evidencian una naturaleza repetida, invariable y continua de violencia dentro de los factores de generalidad en la violencia en contra de esta población²⁹.

Finalmente, la sistematicidad de estos hechos queda evidenciada, en el informe anual de la Defensoría del Pueblo, elaborado por su Sistema de Alertas Tempranas (SAT): “*Informe Anual Homicidios a Líderes Sociales y Defensores de DH*” mediante Comunicado 478 del 9 de enero de 2024, donde se informa que los ataques y violencia que viven las personas que se dedican a promover y proteger los derechos de sus comunidades, en el año 2023 fueron 181 (160 hombres y 21 mujeres) los líderes, lideresas y personas defensoras de derechos humanos asesinadas en el territorio nacional³⁰. Dicha cantidad, demuestra el carácter de sistematicidad y el elevado número de

26 El Espectador, “*Ministro de Defensa anuncia Plan Orus para recuperar las regiones que dejó el conflicto*”, El Espectador 11.12.2017, Disponible en <[HTTPS://WWW.ELESPECTADOR.COM/JUDICIAL/MINISTRO-DE-DEFENSA-ANUNCIA-PLAN-ORUS-PARA-RECUPERAR-LAS-REGIONES-QUE-DEJO-EL-CONFLICTO-ARTICLE-727901/](https://www.elspectador.com/judicial/ministro-de-defensa-anuncia-plan-orus-para-recuperar-las-regiones-que-dejo-el-conflicto-article-727901/)> (visto por última vez: 10.03.2024).

27 PRENSA, CAJAR, *Crímenes de defensores de derechos humanos son de lesa humanidad*, 27.08.2012. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLECTIVODEABOGADOS.ORG/CRIMENES-DE-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-SON-DE-LESA-HUMANIDAD/](https://www.colectivodeabogados.org/crimenes-de-defensores-de-derechos-humanos-son-de-lesa-humanidad/)> (Visto por última vez 10.03.2024).

28 Organización de Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Art 7, Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/INSTRUMENTS-MECHANISMS/INSTRUMENTS/ROME-STATUTE-INTERNATIONAL-CRIMINAL-COURT](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/rome-statute-international-criminal-court)> (Visto por última vez 11.03.2024).

29 DELGADO BOLAÑOS, CRISTIAN, “*Factores que evidencian sistematicidad en el asesinato de líderes/as sociales y defensores/as de Derechos Humanos en Colombia*” 22.12.2017, Disponible en <[HTTPS://WWW.INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASEGINATO-DE-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF](https://www.indepa.org.co/wp-content/uploads/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASEGINATO-DE-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF)> (Visto por última vez 09.03.2024).

30 Defensoría del pueblo, “*Durante el 2023 en Colombia fueron asesinados 181 líderes sociales y defensores de derechos humanos*”, Informe anual homicidios a líderes sociales y defensores de DDHH 01.09.2024, Disponible en <[HTTPS://WWW.DEFENSORIA.GOV.CO/-/DURANTE-EL-2023-EN-COLOMBIA-FUERON-ASEGINADOS-181-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS](https://www.defensoria.gov.co/-/DURANTE-EL-2023-EN-COLOMBIA-FUERON-ASEGINADOS-181-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS)> (Visto por última vez 10.03.2024).

víctimas en la comisión de esta conducta; y al mismo tiempo demuestra la existencia de unos patrones de macro-criminalidad contra esta población, lo que seguidamente se abordará, atendiendo alguna sentencias o decisiones en el marco de la justicia transicional en Colombia.

2.2. Patrones de Macro-criminalidad develados por la Fiscalía General de la Nación en Sentencias de Justicia Transicional.

De conformidad con la Directiva 02 de la FGN³¹ las labores de investigación y judicialización penal son múltiples y se encuentran dirigidos, principalmente, a desarrollar estrategias e implementar herramientas que permitan a la entidad una aproximación más integral a la comprensión de los fenómenos criminales y actuar de manera más eficiente para impactarlos, tal como la denominada estrategia de “priorización” de la investigación, que han aplicado a ciertos homicidios, feminicidios y delitos sexuales.

Investigar los asesinatos sistemáticos contra los líderes sociales y defensores de DH, se plantea debe estar enmarcado dentro de patrones de macro-criminalidad, es decir, debe verificarse un conjunto de acciones criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se producen de manera repetida en un determinado territorio y periodo de tiempo, contra los voceros y defensores de los derechos de ciertas comunidades y perpetrados por organizaciones criminales.

En este sentido, sirve de apoyo lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencias contra el estado colombiano, por graves violaciones a los DH, ordenándole develar estructuras de participación y no esclarecimiento aislado o individual de casos:

“En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación”³².

De igual forma, en las sentencias de justicia transicional, particularmente en las macro-sentencias contra los excomandantes de frentes y bloques de las desmovilizadas AUC, emitidas en el marco de JyP se da cuenta de los patrones de macro-criminalidad y se hace un llamado a develar estructuras (frentes y bloques) que ejecutaban un conjunto de actividades, utilizaban unos mismos medios logísticos, un modus operandi delictivo, en una misma área y con diversos mandos en la estructura criminal, con la finalidad de construir un contexto que permitiera aclarar violaciones graves y masivas de DH, y no casos individuales, tales como:

31 Fiscalía General de la Nación (*supra* nota 20).

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia” <https://corteidh.or.cr/> párrafo 118 26.05.2010. Disponible en <[HTTPS://CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_213_ESP.PDF](https://CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_213_ESP.PDF)> (visto por última vez 21.03.2024).

Tabla 1. Sentencias de Justicia Transicional que develan patrones de macro-criminalidad en el marco del CIAC.

Datos de la Sentencia	Identificación de Patrones de Macro-criminalidad (Patrones, Modus operandi y Practicas)	Sustento de construcción de los Patrones de Macro-criminalidad
<p>1</p> <p>Decisión: Sentencia Condenatoria³³.</p> <p>Fecha: diciembre 19 de 2018.</p> <p>Postulados: Iván Roberto Duque Gaviria y 273 postulados del Bloque Central Bolívar –BCB–</p> <p>Delitos: Homicidio en persona protegida y otros.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 27 Unidad Nacional de Justicia Transicional.</p>	<p><u>Patrones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Desplazamiento forzado, • Desaparición forzada, • Tortura, • Homicidio, • Violencia basada en género, y • Reclutamiento ilícito de menores (p. 4149). <p><u>Modus operandi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Incursión</i>, que consistía en una práctica homicida en masa, para causar la mayor cantidad de víctimas en un mismo hecho. <p><u>Prácticas:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Inhumación en fosa sin desmembrar</i>, aplicada en las Desapariciones forzadas. • <i>Inmersión en río</i>; aplicada en algunas desapariciones forzadas (p. 4150). 	<ul style="list-style-type: none"> • Estuvo soportada en el Acto Legislativo 01 de 2012, el artículo 1 de la Ley 1592 de 2012, la Sentencia C-579 de 2012, los artículos 16 y 17 del Decreto 3011 de 2013 y el Memorando 033 de 2013 de la FGN. • De igual forma, esta construcción de patrones de macro-criminalidad se sustentó en las normas del sistema de justicia transicional, a saber: Leyes 975 de 2005 (modificada por la Ley 1592 de 2012), 1424 de 2010 y 1448 de 2011; y en las competencias fijadas en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional por el Decreto 016 de 2014 y la Resolución 0-574 de 2014.

33 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz “Sentencia Condenatoria contra Iván Roberto Duque Gaviria y otros 273 postulados del Bloque Central Bolívar –BCB–”, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez, Radicado: 110012252000201400059, págs. 4149 y 4150. 19.12.2018, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/FALLO+DEFINITIVO+BCB+19-12-18.PDF/AF9FFA2C-8B05-43D4-AAD1-267E4A02BC29](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/8753677/FALLO+DEFINITIVO+BCB+19-12-18.PDF/AF9FFA2C-8B05-43D4-AAD1-267E4A02BC29)> (visto por última vez 18-03.2024).

Datos de la Sentencia	Identificación de Patrones de Macro-criminalidad (Patrones, Modus operandi y Practicas)	Sustento de construcción de los Patrones de Macro-criminalidad
<p>2 Decisión: Sentencia condenatoria³⁴</p> <p>Fecha: marzo 20 de 2020.</p> <p>Postulado: Juan Francisco Prada Márquez y otros 30 postulados del FHJPB.</p> <p>Frente: Héctor Julio Peinado Becerra.</p> <p>Delitos: Homicidio, Desaparición Forzada y otros.</p>	<p><u>Patrones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Homicidio, • Desaparición Forzada, • Violencia Basada en Género, • Reclutamiento ilícito, • Desplazamiento Forzado (p. 96). <p><u>Modus operandi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Inhumar los cuerpos en fosa clandestina</i> (págs. 613, 615, 617, 619, 622, 624, 626, 627, 628, 630, 631, 632, 634, 635, 636, 637, 638). • <i>Abordaje en lugar de domicilio</i>, posterior tortura y homicidio; • <i>Abordaje en lugar específico;</i> • <i>Incursión armada a gran escala;</i> • <i>Presencia armada en los municipios</i> (p. 729). <p><u>Practicas:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Para llevar a cabo las Desapariciones Forzadas, las víctimas eran <i>retenidas, ocultas y no se tenía conocimiento sobre su paradero</i>, las transportaban del lugar donde se encontraban para perpetrar el homicidio (p. 613). • Para llevar a cabo los desplazamientos Forzados a los pobladores del Sur del Cesar y Norte de Santander, la Fiscalía indicó como practicas: <i>(i) la amenaza generalizada y (ii) la amenaza directa</i> (p. 729). 	<ul style="list-style-type: none"> • Estuvo soportada en las indicaciones de la Corte Suprema de Justicia sobre la complejidad de los casos que se siguen en la jurisdicción transicional y atendiendo los retos que afronta la investigación y juzgamiento de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a los DH. • De igual forma, atendiendo, la segunda generación legislativa de la jurisdicción de Justicia y Paz "Art. 16 – Ley 1592 de 2012", en cuanto a lo señalado sobre <i>criterios de priorización</i> dirigidos a establecer el patrón de macro-criminalidad en el accionar de los GOAML, y a develar los contextos, las causas, y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. • De igual manera, atendiendo el Decreto Reglamentario 3011 de 2013, compilado en el Decreto 1069 de 2015, sobre identificación del patrón de macro-criminalidad.

34 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz "Sentencia Condenatoria contra Juan Francisco Prada Márquez y otros postulados del Frente Héctor Julio Peinado Becerra -FHJPB-", Magistrada Ponente: Alexandra Valencia Molina, Radicado: 110016000253201500072 N.I. 2549, págs. 96, 613, 615, 617, 619, 622, 624, 626, 627, 628, 630, 631, 632, 634, 635, 636, 637, 638, 729. 24.03.2020, Disponible en <HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/SENTENCIA+FHJPB+LECTURA+9.JUN.20.PDF/69F42D7D-7AB7-494E-B423-1239BFD2BDF6> (visto por última vez 17.03.2024).

Datos de la Sentencia	Identificación de Patrones de Macro-criminalidad (Patrones, Modus operandi y Practicas)	Sustento de construcción de los Patrones de Macro-criminalidad
<p>3 Decisión: Sentencia Condenatoria.³⁵</p> <p>Fecha: abril 8 de 2021.</p> <p>Postulados: Ramón María Isaza Arango y 59 exintegrantes de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio –ACMM–</p> <p>Delitos: Homicidio en persona protegida y otros.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 47 Dirección de Justicia Transicional.</p>	<p><i>Patrones:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Ataques contra la Libertad: Tortura, Esclavitud y Trabajo Forzado (p. 306, 307). • Reclutamiento de menores (p. 354). • Violencia basada en género (p. 386). • Desaparición Forzada (p. 418). • Homicidio (p. 344) <p><i>Modus operandi:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Las víctimas fueron objeto de <i>ataques letales</i> (p. 306). • <i>Abordaje a la víctima en su domicilio</i> o espacio público por uno o dos paramilitares armados, poniéndola en estado de indefensión; manifestación clara de tener que ir a la isla, introducida en vehículos de la organización armada, trasladada al malecón de Puerto Triunfo y embarcada a la Isla (p.351). • <i>Traslado de la víctima a la base paramilitar denominada Omega</i>, donde era presentada a Ramón Isaza quien decidía si debía acudir a la Isla para realizar trabajos forzados (p. 351). • Al llegar al islote, les explicaban los castigos para quienes intentaran huir y <i>procedía a atar de manos a un árbol a los retenidos</i> (p. 351). 	<ul style="list-style-type: none"> • Estuvo soportada por los presupuestos constitucionales y legales dispuestos en el Acto Legislativo 01 de 2012, la Ley 1592 de 2012 y el Decreto 3011 de 2013, compilado por el 1069 de 2015. • Igualmente, se soportó por lo expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a recoger el trabajo realizado por todas las autoridades públicas, partes e intervinientes en el discurrir del proceso de Justicia y Paz. • Se argumentó el patrón de ataques contra la libertad con la normativa internacional al respecto: Convención sobre la esclavitud, el artículo 4 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, normas de la OIT.

35 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz “Sentencia condenatoria contra Ramón María Isaza Arango y 59 exintegrantes de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio –ACMM–”, Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez, Radicado: 11001225200020160052; p. 304, 306 08.04.2021. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/30828903/ACMM_COMPRESSED.PDF/7C28B995-AA4E-47AA-BFE4-0DED4F89BE0B> (visto por última vez 12.04.2024).

Datos de la Sentencia	Identificación de Patrones de Macro-criminalidad (Patrones, Modus operandi y Practicas)	Sustento de construcción de los Patrones de Macro-criminalidad	
3	<p><u>Practicas:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Para llevar a cabo el reclutamiento de menores, se centraron en las prácticas de <i>persuasión individual, seguida del engaño, la fuerza y la amenaza</i> (p. 354). 	<ul style="list-style-type: none"> Finalmente, se abordó, conforme con lo sustentado por la FGN "...” sobre un importante número de hechos criminales (tortura, trabajos forzados) perpetrados por las ACMM en la <i>Isla</i>³⁶, acaecidos a la vista y con la complicidad de casi toda la comunidad, lo que de alguna manera es una traducción del adagio popular: secreto a voces (p.305). 	
4	<p>Decisión: Sentencia Condenatoria.³⁷</p> <p>Fecha: mayo 30 de 2023.</p> <p>Postulados: Atanael Matajudíos Buitrago y otros, exintegrantes del Bloque Tolima.</p> <p>Delitos: Homicidio en persona protegida y otros.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 21 y 47 Dirección de Justicia Transicional</p>	<p><u>Patrones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Fuentes de Financiación. Desaparición forzada. Homicidios. Torturas Desplazamientos forzados <p><u>Modus operandi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Amenaza directa para causar daños a las personas, Amenazas directas para causar daños sobre la actividad comercial, Apropiación de bienes muebles, Contribución luego de retención ilegal, Extorsión Prestación de servicios aparentes de seguridad privada (p. 177). 	<ul style="list-style-type: none"> Estuvo soportada por los presupuestos legales dispuestos Decreto 3011 de 2013 y el Decreto 1069 de 2015 en su artículo 2.2.5.1.2.2.3.

36 “La Isla: prisión paramilitar para vigilar y castigar” en la sentencia contra Ramón Isaza, desmovilizado de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio – ACMM- se explica sobre este cruel lugar donde los paramilitares castigaban a la población civil: “un islote con una extensión de 50 hectáreas aproximadamente, ubicado sobre el Río Magdalena en jurisdicción del municipio de Puerto Boyacá frente a la hacienda Ceilán, en zona limítrofe entre los departamentos de Antioquia y Boyacá, cuya propiedad, fue tomada por RAMÓN ISAZA, quien lo convirtió en un centro abastecimiento para su grupo armado ilegal y de reclusión. *Al respecto ver:* Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz (supra nota 35), p. 321

37 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz “Sentencia condenatoria contra Atanael Matajudíos Buitrago y otros, exintegrantes del Bloque Tolima”, Magistrado Ponente: Ignacio Alfonso Beltrán, Radicado: 110012252000201900230; pp. 305, 306, 307, 344, 351, 354 y 386. 30.05.2023, Disponible en <HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/%281%29%20SENTENCIA+BL.+TOLIMA++RAD.2019-+00230+30+DE+MAYO+2023+%281%29.PDF/9A0EDA96-B714-40C1-91B3-5D86COB37178> (visto por última vez 15.04.2024)

Datos de la Sentencia	Identificación de Patrones de Macro-criminalidad (Patrones, Modus operandi y Practicas)	Sustento de construcción de los Patrones de Macro-criminalidad
4	<p data-bbox="464 387 551 405"><i>Practicas:</i></p> <ul data-bbox="464 414 816 760" style="list-style-type: none"> <li data-bbox="464 414 816 669">• Para llevar a cabo los homicidios cometidos bajo la premisa anti-subversión, primero los torturaban, bajo una práctica llamada “<i>bolsa de jabón</i>”, que consistía en ponerle a la persona en la cabeza una bolsa con detergente y asfixiarla hasta que declarara su apoyo al enemigo (p. 158). <li data-bbox="464 678 816 760">• Detención, <i>amarrado de pies y manos</i>, encerramiento y posterior asesinato (p. 158). 	

Fuente: elaboración propia a partir de sentencias de la Justicia Transicional.

Como se colige de la tabla 1, en los procesos de JT se llevan a cabo investigaciones macro y no aisladas, y de conformidad a los conceptos incluidos en el memorando 033 de 2013³⁸, el Decreto 3011 de 2013³⁹, compilado por el Decreto 1069 de 2015⁴⁰, emitidos por la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, a saber: “política, patrón, practica, modus operandi”. Encontrando, dentro de los modus operandi y las prácticas generales que se dieron en cada una de las zonas y estructuras que conformaron los extintos bloques y frentes de las AUC, tales como la denominada *incursión*, que consistía en una *práctica homicida en masa*, donde seleccionaban varias víctimas en un mismo hecho, señaladas de pertenecer o colaborar a grupos insurgentes, para causar la mayor cantidad de víctimas en un mismo hecho, aprovechando que éstas se congregaban en establecimientos públicos.

Otras prácticas aplicadas en el marco del CIAC y con ocasión del patrón macro criminal de la Desaparición forzada fueron las *prácticas de la inhumación en fosa sin desmembrar y la inmersión en río*, que llevaban a cabo con la colaboración de las autoridades militares o de policía⁴¹. En sustento de lo anterior, se afirma en la sentencia que la construcción de la referida categoría de

38 Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, “Memorando No. 033 de 2013”, p. 35. Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/wp-content/uploads/2016/07/PLAN-DE-ACCION-DE-PRIORIZACION-DE-LA-UNIDAD-2015.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/COLOMBIA/wp-content/uploads/2016/07/PLAN-DE-ACCION-DE-PRIORIZACION-DE-LA-UNIDAD-2015.PDF)> (visto por última vez 18.03.2024).

39 Presidente de la República de Colombia—Decreto 3011 de 2013—“*Por medio del cual se reglamenta las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012*”, Arts. 15 y 16. 26.12.2013. Disponible en <[HTTPS://WWW.FUNCIONPUBLICA.GOV.CO/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=56210](https://www.funcionpublica.gov.co/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=56210)> (visto por última vez 22.04.2024).

40 Presidente de la República de Colombia—Decreto 1069 de 2015—“*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*”, 26.05.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.MININTERIOR.GOV.CO/NORMATIVAS/DECRETO-1069-DE-2015-SECTOR-JUSTICIA-Y-DEL-DERECHO/](https://www.mininterior.gov.co/NORMATIVAS/DECRETO-1069-DE-2015-SECTOR-JUSTICIA-Y-DEL-DERECHO/)> (visto por última vez 22.04.2024).

41 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y Paz (*supra* nota 33) p. 4150.

patrón macro-criminal comporta la averiguación de la verdad; partiendo, no de los hechos individuales, sino del contexto con utilización de los métodos tradicionales de investigación.

Llama la atención el *modus operandi* contra los delitos que atentaban contra la libertad de las personas, atendiendo que el *modus operandi* era la *reclusión, retención o privación de la libertad en la “la isla”,* donde bajo el sofisma de “resocializar” a niños, jóvenes, adultos e integrantes del mismo grupo paramilitar que actuaran en contra del orden social impuesto por dicho GAOML, eran llamados y llevados a una disciplina interna impuesta por la organización armada, a través de esclavitud, trabajos forzados y otros delitos de lesa humanidad⁴².

En complemento a lo jurisprudencialmente identificado, es de destacar que doctrinalmente los patrones de macro-criminalidad son entendidos como un “conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y *modus operandi* delictivo, desarrollados en un área y periodo de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal”⁴³, en este caso de las desmovilizadas AUC.

Entonces, atendiendo los patrones de macro-criminalidad que se han develado en las sentencias de JT, frente a la violencia basada de género, delitos sexuales, desplazamiento forzado, homicidios selectivos, entre otros, asimismo, se debería atender los asesinatos sistemáticos contra los líderes y defensores de DH. Como se indicó en un aparte anterior estos asesinatos deben ser analizados en un contexto macro-criminal, toda vez que obedecen a patrones que permiten el desarrollo de un plan de investigación y la aplicación de un *enfoque de priorización* determinado por la FGN, que pudiera contribuir a una mejor investigación, judicialización y esclarecimiento de estos hechos.

Labor que debe cumplir la FGN, precisamente al momento de describir la “Situación fáctica representativa de los patrones de conducta delictiva característicos de determinada organización criminal”⁴⁴. De tal forma, que establecer el contexto macro-criminal está a cargo de la FGN, “quien determina la existencia de la organización criminal, entre otros aspectos, que le llevan a priorizar casos, atendiendo el contexto criminal”⁴⁵, como lo ha realizado al interior de ciertos procesos de JT, como se demuestra en la tabla1, donde al momento de llevarse a cabo la audiencia concentrada de formulación de cargos, es la FGN quien presenta los patrones de macro-criminalidad que le llevaron a realizar investigación bajo metodología de contexto y a priorizar casos y situaciones.

42 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz (*supra* nota 35), p. 321.

43 CARDONA CHÁVEZ, JUAN PABLO, “Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia”, *Pensamiento Jurídico*, No. 52, Julio-diciembre, 2020, p. 234, pp. 223–268. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/82572/77548](https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/82572/77548)> (visto por última vez 22.03.2024).

44 Fiscalía General de la Nación, *Conceptos*, Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/PRIORIZACION/CONCEPTOS/](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/conceptos/)> (visto por última vez 11.03.2024).

45 MONTALVO, CRISTINA, “Audiencias priorizadas y concentradas en la justicia transicional: Desde los patrones de macro criminalidad y macro-victimización aplicados en el frente resistencia y Tayrona que opera en el Departamento del Magdalena”, *Revista Verba IURIS*, 11(35), pp.139-149 Disponible en <[HTTPS://WWW.RESEARCHGATE.NET/PUBLICATION/351263827_AUDIENCIAS_PRIORIZADAS_Y_CONCENTRADAS_EN_LA_JUSTICIA_TRANSICIONAL_DESDE_LOS_PATRONES_DE_MACRO-CRIMINALIDAD_Y_MACRO-VICTIMIZACION_APLICADOS_EN_EL_FRENTE_RESISTENCIA_TAYRONA_QUE_OPERABA_EN_EL_DEPARTAMEN](https://www.researchgate.net/publication/351263827_AUDIENCIAS_PRIORIZADAS_Y_CONCENTRADAS_EN_LA_JUSTICIA_TRANSICIONAL_DESDE_LOS_PATRONES_DE_MACRO-CRIMINALIDAD_Y_MACRO-VICTIMIZACION_APLICADOS_EN_EL_FRENTE_RESISTENCIA_TAYRONA_QUE_OPERABA_EN_EL_DEPARTAMEN)> (Visto por última vez 11.03.2024).

2.3. El Contexto como estrategia de investigación en los asesinatos de líderes y defensores de Derechos Humanos.

La investigación de contexto es una metodología de búsqueda de información relevante al orden penal o en relación con este; igualmente, es una más de las iniciativas concebidas desde la política criminal del Estado que busca el diseño adecuado para el impacto a las estructuras criminales organizadas, con el propósito de desarticular, castigar y desestimular con decisiones oportunas y con menos desgaste de recursos logísticos y humanos a tales estructuras criminales⁴⁶.

La creación del contexto no persigue otra cosa que conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición; establecer la estructura de la organización delictiva de quienes cometen estos delitos. Jäger sostiene que “los cargos penales por delitos de nivel macro deberían tener en cuenta el contexto en el que se cometieron y tratar de revelar el modus operandi del aparato criminal en cuestión, ya sea un actor estatal o no estatal⁴⁷”.

Ahora bien, ¿que implica aplicar esta metodología en los procesos transicionales? Implica un marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación⁴⁸.

Entonces resulta pertinente, analizar algunas sentencias emitidas al interior de los procesos transicionales, para efectos de reflexionar sobre la procedencia o no de investigaciones de contexto, tratándose de hechos sistemáticos contra líderes sociales y defensores de DH en el marco del CIAC y con continuidad de ocurrencia en el postconflicto.

46 TORO-GARZÓN, LUIS & BUSTAMANTE-RÚA, MÓNICA, “La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado”, *Revista Criminalidad*, Vol.62, No.1, Jan/Apr. 2020. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?PID=S1794-31082020000100101&SCRIPT=SCI_ARTTEXT](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-31082020000100101&script=sci_arttext)> (visto por última vez 21.03.2024)

47 Justice Truth Dignity (ICTJ), *Macro-criminalidad y el caso de Colombia: ICTJ traduce al español el trabajo de Herbert Jäger* 18. 09.2023 Disponible en <[HTTPS://WWW.ICTJ.ORG/ES/%C3%BALTIMAS-NOTICIAS/MACROCRIMINALIDAD-Y-EL-CASO-DE-COLOMBIA-ICTJ-TRADUCE-AL-ESPA%C3%B1OL-EL-TRABAJO-DE](https://www.ictj.org/es/%C3%BALTIMAS-NOTICIAS/MACROCRIMINALIDAD-Y-EL-CASO-DE-COLOMBIA-ICTJ-TRADUCE-AL-ESPA%C3%B1OL-EL-TRABAJO-DE)> (Visto por última vez 11.03.2024).

48 Presidente de la República de Colombia—Decreto 3011 de 2013—(*supra* nota 39), art. 15.

Tabla 2. Sistemática en los asesinatos de líderes sociales y defensores de Derechos Humanos y evidencias que permitirían la aplicación de la metodología de contexto en estos casos.

Sentencia	Identificación del Carácter de Sistemático de Asesinatos y otros hechos contra Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos	Análisis que evidencia que debe aplicarse metodología de contexto para los Asesinatos Sistemáticos de los Líderes Sociales y Defensores de DH
<p>1 Decisión: Sentencia Condenatoria⁴⁹.</p> <p>Postulado: Juan Francisco Prada Márquez.</p> <p>Frente: Héctor Julio Peinado Becerra.</p> <p>Bloque: Norte – A.U.C.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 34 Unidad Nacional de Justicia y Paz de Bucaramanga.</p>	<p>"..." Orlando Claro Santiago, era docente, sindicalista, líder comunitario e integrante de la ONG denominada "<i>Programa de Desarrollo y Paz del Magdalena Medio</i>", fue asesinado por un patrullero de las A.U.C. "..." (punto 348, p. 75)</p>	<p>En la sentencia se ordena una forma de reparación que va más allá de percibir el caso aisladamente, es de resaltar que se impuso una medida de satisfacción, consistente en elaborar una placa conmemorativa en la plaza pública de Aguachica (Cesar) en los siguientes términos: "<i>En memoria de Orlando Claro Santiago (Aguachica n.1965-m.2002), hombre honesto e íntegro, líder social y comunitario, ejemplo para las futuras generaciones por la defensa de los derechos de las comunidades más humildes y vulnerables del Sur del Cesar y la denuncia de la violencia paramilitar y corrupción de funcionarios públicos</i>" (p. 230).</p>
<p>2 AUTO 538 DE 2022⁵⁰</p> <p>Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas</p> <p>Referencia: Expedientes T-8.018.193, T-8.136.698, T-8.062.595, T-8.091.278, T-8.242.042, T-8.266.696, T-8.270.692, T8.365.345 y T-8.473.048.</p>	<p>"..." "Se trata de 9 acciones de tutelas presentadas por 18 ciudadanos que se identifican como líderes o lideresas sociales y/o defensores (ras) de derechos humanos, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa, la Unidad de Protección, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de Víctimas y la Procuraduría General de la Nación" (punto 1, p, 2)</p>	<p>En la tutela se indica, que para analizar la violencia contra los líderes sociales y defensores de DH, es importante destacar las garantías que se dependen del Acuerdo Final para la Paz (AFP) ordenando se convoque audiencia pública para que intervengan para garantizar la "<i>efectividad de las rutas de protección y de las medidas para garantizar la vida y la integridad de la población líder y defensora de DH y de grupos, colectivos y/o comunidades que tienen por objeto la defensa de los DH en Colombia</i>" (punto 15. p, 15)</p>

49 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y paz, "*Sentencia condenatoria contra Juan Francisco Prada, desmovilizado del Bloque Norte de las AUC*", Magistrada Ponente: Lester González, Radicado 2006- 80014, 11.12.2014, Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/WP-CONTENT/UPLOADS/2015/04/2014-12-11-SENTENCIA-JUAN-FRANCISCO-PRADA.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2015/04/2014-12-11-SENTENCIA-JUAN-FRANCISCO-PRADA.PDF)> (visto por última vez 20.03.2024).

50 Corte Constitucional Colombiana "*Auto que convoca a audiencia pública virtual en el marco del trámite de revisión de los expedientes T-8.018.193 y acumulados*", Auto 538 -06.04.2022, Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas, Disponibles en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/INICIO/AUTO-538-22-AUDIENCIA-PUBLICA-\(06-ABR-22\).PDF](https://www.corteconstitucional.gov.co/INICIO/AUTO-538-22-AUDIENCIA-PUBLICA-(06-ABR-22).PDF)> (visto por última vez 21.03.2024).

Sentencia	Identificación del Carácter de Sistemático de Asesinatos y otros hechos contra Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos	Análisis que evidencia que debe aplicarse metodología de contexto para los Asesinatos Sistemáticos de los Líderes Sociales y Defensores de DH
<p>3 Decisión: Sentencia Condenatoria⁵¹.</p> <p>Postulados: Iván Roberto Duque Gaviria y 273 postulados del Bloque Central Bolívar –BCB–</p> <p>Delitos: Homicidio en persona protegida y otros.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 27 Unidad Nacional de Justicia Transicional.</p>	<p>En esta sentencia se evidencian varios casos:</p> <p><i>a-Representante legal del Comité Minero de Pueblito Mejía</i>, víctima del conflicto armado, desde el año 2003, ha sido desplazado y amenazado (punto 22, p. 686). "... "En el año 2003, nos encontrábamos laborando en la mina <i>La Gloria</i>, 200 familias organizadas en el comité denominado <i>Comité de Mineros de Pueblito Mejía</i>, las labores fueron paradas por órdenes de alias el sucreño y nos despojaron del dinero o del oro que teníamos" (p. 687).</p> <p>b-El asesinato, desaparición, tortura y desplazamiento en entre otras formas de violencia contra líderes y miembros de movimientos sociales y políticos como el <i>Movimiento Cívico del Putumayo</i>, <i>la Unión Patriótica</i> y el <i>Frente Popular</i>, así como los líderes indígenas, considerados como apoyos de subversión (p. 3950 y 4144).</p>	<p>En esta macro sentencia y en el escenario del <i>Postconflicto</i>, se indica:</p> <p>a-En el desarrollo de la audiencia concentrada de imputación y formulación de cargos se hicieron presentes varios <i>líderes sociales del Comité Minero</i> a denunciar las amenazas que aún están recibiendo, al punto que tener que volver a desplazarse forzosamente (punto 22, p. 688).</p> <p>b-En el departamento del Putumayo era muy importante el trabajo realizado por <i>el Movimiento Cívico</i> como ente pluralista y suprapartidista que luchaba por una adecuada prestación de servicios públicos y por el desarrollo vial de la región desde la década de los ochenta (p. 3950)</p>

51 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz (*supra* nota 33) págs. 686 y ss, 3950 y 4144.

Sentencia	Identificación del Carácter de Sistemático de Asesinatos y otros hechos contra Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos	Análisis que evidencia que debe aplicarse metodología de contexto para los Asesinatos Sistemáticos de los Líderes Sociales y Defensores de DH
<p>4 Sentencia condenatoria⁵²</p> <p>Postulado: Juan Francisco Prada Márquez y otros.</p> <p>Frente: Héctor Julio Peinado Becerra.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 27 Unidad Nacional de Justicia Transicional.</p>	<p>En esta sentencia se evidencian varios casos de hechos delictivos contra líderes y defensores de DH:</p> <p>a-Los trabajadores campesinos, y <i>los líderes del movimiento social Causa Común</i> (Imelda Daza, Rodolfo Quintero, Víctor Ochoa, Víctor Miele, José Francisco Ramírez, entre otros), que pedían la instalación y mantenimiento de servicios públicos, la adjudicación de tierras y mejoras salariales.</p> <p>b-A partir de la llegada de JULIO PALIZADA al Frente Héctor Julio Peinado Becerra –FHJPB–, se dio inicio a una serie de <i>homicidios de líderes de la región</i>, entre ellos, el de <i>Luis Fernando Rincón López</i>, quien promoviera la primera Consulta por la Paz. Hecho documentado por la Fiscalía, incluso con registro fílmico de una entrevista en el canal RCN (p. 50)</p> <p>c-En el Sur del Cesar y el Norte de Santander, se dio continuidad a la secuencia de asesinatos en esta región, principalmente respecto de quienes habían asumido cierto <i>liderazgo político o social</i>. En términos de la Fiscalía, entre el hecho 88 y el hecho 92, fueron asesinados 32 trabajadores vinculados a los sindicatos de las empresas palmicultoras en el Sur del Cesar (p. 54 y 55).</p>	<p>En la sentencia se deja claro:</p> <p>a-Que dentro de los “Métodos Paramilitares”, se dio la violencia contra los líderes sociales y defensores de DH: “...” El método paramilitar, “...”; articulado bajo tres grandes núcleos temáticos, “...”: (i) Erradicar la subversión, “...”; (ii) Eliminación de toda forma de agremiación política populista, por la que los sindicatos, <i>los líderes comunales, los representantes de derechos humanos</i>, debían ser excluidos del orden propuesto por la confederación paramilitar, o nuevo orden. Y, (iii) la modificación de la tradición agrícola nacional, “...” (p. 96).</p> <p>b- En la sentencia se <i>ordena el Fortalecimiento de Líderes Sociales</i>: Crear e implementar un programa de liderazgo social y comunitario en los municipios de actuación del Frente Héctor Julio Peinado Becerra (Componente de la reparación: restitución, satisfacción) tendiente a: Rehabilitar las capacidades y habilidades de los líderes sociales de las comunidades que se vieron afectadas por las estigmatización, amenaza y violencia del FHJPB “...”; Fortalecer el trabajo de los líderes sociales y comunitarios que son llamados a desempeñar un rol fundamental para garantizar la transparencia y el cumplimiento de las obligaciones de las instituciones en sus municipios, particularmente en lo que tiene que ver con la garantía y protección de los derechos de sus comunidades (p. 998).</p>

Sentencia	Identificación del Carácter de Sistemático de Asesinatos y otros hechos contra Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos	Análisis que evidencia que debe aplicarse metodología de contexto para los Asesinatos Sistemáticos de los Líderes Sociales y Defensores de DH
<p>5 Sentencia Condenatoria⁵³</p> <p>Postulados: Atanael Matajudíos Buitrago y otros, exintegrantes del Bloque Tolima.</p> <p>Delitos: Homicidio en persona protegida y otros.</p> <p>Procedencia: Fiscalía 21 y 47 Dirección de Justicia Transicional.</p>	<p>En esta sentencia se indica que algunos ex miembros del Bloque Tolima continuaron delinquir después del proceso de reinserción a la vida civil y ejecutaron hechos contra líderes sociales:</p> <p>"..." quebrantaron los acuerdos al delinquir con posterioridad a su proceso de reinserción a la vida civil, trayendo como consecuencia su expulsión del trámite transicional. Así mismo, el 5 de noviembre de 2008 en versión libre del postulado Atanael Matajudíos Buitrago, "..." afirma que esta estructura paramilitar permeó en la política del país, incluso cometiendo diferentes crímenes contra líderes sociales, aspecto que sigue en camino de recomposición (p. 78).</p>	<p>En la sentencia se estimó como imperioso:</p> <p>a- "..." IV. Fortalecer el trabajo de los líderes sociales y comunitarios que son llamados a desempeñar un rol fundamental para garantizar la transparencia y el cumplimiento de las obligaciones de las instituciones en sus municipios, particularmente, en lo que tiene que ver con la garantía y protección de los derechos de sus comunidades (p. 411).</p>

Fuente: elaboración propia a partir de sentencias de Justicia Transicional (JT).

Reflexiones y Consideraciones Finales.

Como se ha mencionado a lo largo de la investigación, es importante analizar los asesinatos de líderes sociales y defensores de DH como un tipo de *delito de lesa humanidad*, siendo estos un ataque generalizado y sistemático, en primer lugar, se considera que existe una persecución sistemática con un fin criminal establecido en contra esta población civil, analizando los patrones de estos ataques generalizados, desde el contexto macro- criminal en donde han existido diferentes patrones que evidencian las circunstancias de violencia, el hostigamiento, las amenazas y asesinato de líderes sociales y defensores de DH, que han hecho que los referidos grupos al margen de la ley perpetuando estos delitos.

Como segunda medida, es menester destacar como el estado colombiano debe tratar estos crímenes como de lesa humanidad debido a *la responsabilidad internacional* que ello implica, toda

vez que estos actos denotan en la existencia de una sistematicidad en los homicidios cometidos contra líderes sociales y defensores de DH, por el número de víctimas que pertenecen a grupos de características semejantes, por lo cual se insiste en la necesidad de que el estrado cumpla de manera efectiva los compromisos de protección, prevención, investigación, juzgamiento sanción y garantía de los derechos.

En tercer lugar, se reitera que en las sentencias de JT, ha faltado incluir un patrón de macro-criminalidad sobre los homicidios sistemáticos contra los líderes sociales y defensores de DH, toda vez que llevarían a la realización de investigaciones en masa y a la posible aplicación de un *enfoque de priorización* determinado por la FGN, que pudiera contribuir a una mejor investigación, judicialización y esclarecimiento de estos hechos que siguen dándose en el postconflicto.

En cuarto lugar, se debe observar como a partir de la modificación de la Ley de JyP, es decir con la expedición de la ley 1592 de 2012, las sentencias de JT empiezan a incluir un macro análisis del CIAC, donde se devela el *modus operandi* y *practicadas* más generalizadas de cada frente y bloque de las extintas AUC (ver tabla 1). Sentencias que, al ser analizadas, ya no con el objeto de identificar los patrones de macro criminalidad abordados, sino con el objeto de identificar casos de asesinatos sistemáticos contra líderes y defensores de DH (ver tabla 2) se denota que en todas las sentencias se hace alusión a los movimientos cívicos, sociales, políticos y de DH humanos que fueron objetivo criminal de estos grupos.

En quinto lugar, se observa que en algunas sentencias se indica que la violencia contra los líderes sociales y los defensores de DH, fue uno de los “*Métodos Paramilitares*”, utilizados por las extintas AUC, específicamente se deja claro que se buscaba por dichos GOAML eliminar distintas formas de agremiación, entre ellas, la de los líderes comunales, los representantes de DH.

En sexto lugar, en el desarrollo de las audiencias se identifica que los líderes sociales y defensores de DH, se hacen presente para denunciar que aun en el *postconflicto* siguen siendo *víctimas*, recibiendo amenazas, teniendo que desplazarse forzosamente a otros lugares, como lo denunciaron los líderes sociales del Comité Minero de un municipio del departamento Bolívar y los líderes del Movimiento Cívico del Putumayo, quienes siguen en pie de lucha por una mejor prestación de servicios públicos, respeto al derecho al trabajo, desarrollo de vías de sus regiones, entre otras reclamaciones.

En séptimo lugar, con asombro que en estos casos no hagan parte de los denominados patrones de macro-criminalidad al interior de los procesos transicionales y que no se realicen investigaciones bajo la metodología de contextos, es interesante observar como en dichas sentencias, se ordenan medidas colectivas, como *el Fortalecimiento de Líderes Sociales*, concretamente se estipula el deber de implementar programas de liderazgo social y comunitario en distintos municipios (ver tabla 2), tendientes a rehabilitar las capacidades y habilidades de los líderes sociales de las comunidades que se vieron afectadas por las estigmatización, amenaza y violencia de las extintas AUC. Incluso en dichas sentencias de JT se ordenan medidas colectivas bajo el componente de la reparación, restitución y satisfacción que van más allá de percibir estos casos aisladamente, es de resaltar que se impuso una medida de satisfacción, consistente en elaborar una placa conmemorativa en la plaza pública de un municipio colombiano (ver tabla 2).

Finalmente, atendiendo todas las reflexiones esbozadas, la presente investigación concluye con recomendar la aplicación de la metodología de contexto en estos asesinatos sistemáticos, para facilitar la búsqueda de información relevante; igualmente, con la finalidad de concebir la política criminal del Estado frente a estos hechos con un diseño adecuado que impacte en las estructuras criminales organizadas que ejecutan estas conductas, que se logre desarticular,

castigar y desestimular la ocurrencia de estos asesinatos en el escenario del postconflicto, con actuaciones y decisiones oportunas.

Bibliografía.

- CARDONA CHÁVEZ, JUAN PABLO, "Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia", *Pensamiento Jurídico*, No. 52, Julio-diciembre, 2020, p. 234, pp. 223-268. Disponible en <[HTTPS://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/82572/77548](https://REVISTAS.UNAL.EDU.CO/INDEX.PHP/PEJU/ARTICLE/VIEW/82572/77548)> (visto por última vez 22.03.2024).
- Corte Constitucional Colombiana, "Auto que convoca a audiencia pública virtual en el marco del trámite de revisión de los expedientes T-8.018.193 y acumulados", Auto 538. 06.04.2022, Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas, Disponibles en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/INICIO/AUTO-538-22-AUDIENCIA-PUBLICA-\(06-ABR-22\).PDF](https://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/AUTO-538-22-AUDIENCIA-PUBLICA-(06-ABR-22).PDF)> (visto por última vez 21.03.2024).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia" <https://corteidh.or.cr/> párrafo 118 26.05.2010, Disponible en <[HTTPS://CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_213_ESP.PDF](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SERIEC_213_ESP.PDF)> (visto por última vez 21.03.2024).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto de 13 de mayo del 2010 N° 33118, "Sentencia condenatoria contra el ex senador César Pérez García por la masacre de Segovia ocurrida en 1988", Disponible en <[HTTPS://CORTESUPREMA.GOV.CO/CORTE/WP-CONTENT/UPLOADS/RELATORIAS/PE/B2MAY2013/BOLETIN%20INFORMATIVO%202013-05-21.PDF](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/B2MAY2013/BOLETIN%20INFORMATIVO%202013-05-21.PDF)> (visto por última vez 24.02.2024).
- Defensoría del Pueblo, "Informe especial de riesgo: Violencia y amenazas contra los líderes sociales y los defensores de derechos humanos" 30.03.2017 p. 52 Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.DEFENSORIA.GOV.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/BA12D17C-1996-448A-9E94-DA1DBBDF9EFF/CONTENT](https://repositorio.defensoria.gov.co/server/api/core/bitstreams/ba12d17c-1996-448a-9e94-da1dbbdf9eff/content)> (visto por última vez 04.03.2024).
- Defensoría del pueblo, "Durante el 2023 en Colombia fueron asesinados 181 líderes sociales y defensores de derechos humanos", Informe anual homicidios a líderes sociales y defensores de DDHH 01.09.2024, Disponible en <[HTTPS://WWW.DEFENSORIA.GOV.CO/-/DURANTE-EL-2023-EN-COLOMBIA-FUERON-ASESINADOS-181-L%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS](https://www.defensoria.gov.co/-/durante-el-2023-en-colombia-fueron-asesinados-181-l%C3%ADDERES-SOCIALES-Y-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS)> (Visto por última vez 10.03.2024).
- DELGADO BOLAÑOS, CRISTIAN, *Factores que evidencian sistematicidad en el asesinato de líderes/as sociales y defensores/as de Derechos Humanos en Colombia* 22.12.2017, Disponible en <[HTTPS://WWW.INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERESAS-SOCIALES-Y-DEFENSORESAS-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF](https://www.indepa.org.co/wp-content/uploads/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERESAS-SOCIALES-Y-DEFENSORESAS-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF)> (Visto por última vez 09.03.2024).
- DELGADO, CRISTIAN RAÚL, *Factores que evidencian sistematicidad en el asesinato de líderes/as sociales y defensores/as de Derechos Humanos en Colombia*, 22.12.2017 Disponible en <[HTTPS://INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERESAS-SOCIALES-Y-DEFENSORESAS-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF](https://indepa.org.co/wp-content/uploads/2017/12/FACTORES-QUE-EVIDENCIAN-SISTEMATICIDAD-EN-EL-ASESINATO-DE-L%C3%ADDERESAS-SOCIALES-Y-DEFENSORESAS-DE-DERECHOS-HUMANOS-EN-COLOMBIA.PDF)> (Visto por última vez 09.03.2024).

- DELGADO, MARIANA, *Por qué asesinan a los líderes sociales en Colombia*, 22.04.2019, Disponible en <[HTTPS://DINTASLATTITUDES.NET/EXPLICADORES/POR-QUE-ASESINAN-A-LOS-LIDERES-SOCIALES-EN-COLOMBIA](https://dintaslattitudes.net/explicadores/por-que-asesinan-a-los-lideres-sociales-en-colombia)> (Visto por última vez 04.03.2024).
- Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, *Memorando No. 033 de 2013*, p. 35. Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/WP-CONTENT/UPLOADS/2016/07/PLAN-DE-ACCION-DE-PRIORIZACION-DE-LA-UNIDAD-2015.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/PLAN-DE-ACCION-DE-PRIORIZACION-DE-LA-UNIDAD-2015.pdf)> (visto por última vez 18.03.2024).
- El Espectador, “*Ministro de Defensa anuncia Plan Orus para recuperar las regiones que dejó el conflicto*”, El Espectador 11.12.2017, Disponible en <[HTTPS://WWW.ELESPECTADOR.COM/JUDICIAL/MINISTRO-DE-DEFENSA-ANUNCIA-PLAN-ORUS-PARA-RECUPERAR-LAS-REGIONES-QUE-DEJO-EL-CONFLICTO-ARTICULO-727901/](https://www.elespectador.com/judicial/ministro-de-defensa-anuncia-plan-orus-para-recuperar-las-regiones-que-dejo-el-conflicto-articulo-727901/)> (visto por última vez: 10.03.2024).
- Fiscalía General de la Nación, “*Conceptos*” Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/MONTA/CONCEPTOS/](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/monta-conceptos/)> (visto por última vez 11.03.2024).
- Fiscalía General de la Nación, *Directiva No. 01 del 04.10.2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”* <https://www.fiscalia.gov.co/> Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/PRIORIZACION/NORMATIVA/](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/normativa/)> (visto por última vez 20.04.2024).
- Fiscalía General de la Nación, *Directiva No. 02 del 12.04.2023 “Por medio de la cual se establecen lineamientos para la implementación de la política de priorización al interior de la Fiscalía General de la Nación”* <https://www.fiscalia.gov.co/> Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/LA-ENTIDAD/NORMATIVIDAD/](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/normatividad/)> (visto por última vez 19.04.2024).
- Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Disponible en <[HTTPS://WWW.CANCELLERIA.GOV.CO/SITES/DEFAULT/FILES/FOTOS2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf)> (Visto por última vez el 04.03.2024).
- Human Rights Watch, *Líderes desprotegidos y comunidades indefensas* 21.02.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.HRW.ORG/ES/REPORT/2021/02/10/LIDERES-DESPROTEGIDOS-Y-COMUNIDADES-INDEFENSAS/ASESINATOS-DE-DEFENSORES-DE#_FTN2](https://www.hrw.org/es/report/2021/02/10/lideres-desprotegidos-y-comunidades-indefensas/asesinatos-de-defensores-de#_ftn2)> (visto por última vez el 04.03.2024).
- International Crisis Group–ICG–, “La Vulnerabilidad de Los Líderes Sociales”, *Líderes Bajo Fuego: Defendiendo La Paz En Colombia*, Informe No. 82, 08.10.2020, p. 7. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/resrep31429.5>> (Visto por última vez 05.03.2024).
- International Crisis Group–ICG–, “Las Fuentes de Violencia Contra Líderes Sociales”, *Líderes Bajo Fuego: Defendiendo La Paz En Colombia*, Informe No. 82, 06.10.2020, p. 11. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/RESREP31429.6](https://www.jstor.org/stable/resrep31429.6)> (Visto por última vez 06.03.2024).
- Justice Truth Dignity (ICTJ), *Macro-criminalidad y el caso de Colombia: ICTJ traduce al español el trabajo de Herbert Jäger*, 18.09.2023 Disponible en <[HTTPS://WWW.ICTJ.ORG/ES/%C3%BALTIMAS-NOTICIAS/MACROCRIMINALIDAD-Y-EL-CASO-DE-COLOMBIA-ICTJ-TRADUCE-AL-ESPA%C3%B1OL-EL-TRABAJO-DE](https://www.ictj.org/es/%C3%BAltimas-noticias/macrocriminalidad-y-el-caso-de-colombia-ictj-traduce-al-espa%C3%B1ol-el-trabajo-de)> (Visto por última vez 11.03.2024).

- LÓPEZ-PACHECO, JAIRO, "Accountability social, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y conflicto político en Colombia, 2002-2010", *Revista Mexicana de Sociología*. No. 2 (abril-junio, 2013), pp. 255–286 y ss. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/43495656](https://www.jstor.org/stable/43495656)> (Visto por última vez 07.03.2024).
- Ministerio del Medio Ambiente, "Liderazgos Ambientales", *MinAmbiente.gov.co* (s.f) Disponible en <[HTTPS://WWW.MINAMBIENTE.GOV.CO/LIDERES-AMBIENTALES/LIDERAZGOS-AMBIENTALES/](https://www.minambiente.gov.co/lideres-ambientales/liderazgos-ambientales/)> (visto por última vez 3.03.2024).
- MONTALVO, CRISTINA, "Audiencias priorizadas y concentradas en la justicia transicional: Desde los patrones de macro criminalidad y macro-victimización aplicados en el frente resistencia y Tayrona que opera en el Departamento del Magdalena", *Revista Verba IURIS*, 11(35), pp. 139-149 Disponible en <[HTTPS://WWW.RESEARCHGATE.NET/PUBLICATION/351263827_AUDIENCIAS_PRIORIZADAS_Y_CONCENTRADAS_EN_LA_JUSTICIA_TRANSICIONAL_DESDE_LOS_PATRONES_DE_MACRO-CRIMINALIDAD_Y_MACRO-VICTIMIZACION_APLICADOS_EN_EL_FRENTE_RESISTENCIA_TAYRONA_QUE_OPERABA_EN_EL_DEPARTAMEN](https://www.researchgate.net/publication/351263827_AUDIENCIAS_PRIORIZADAS_Y_CONCENTRADAS_EN_LA_JUSTICIA_TRANSICIONAL_DESDE_LOS_PATRONES_DE_MACRO-CRIMINALIDAD_Y_MACRO-VICTIMIZACION_APLICADOS_EN_EL_FRENTE_RESISTENCIA_TAYRONA_QUE_OPERABA_EN_EL_DEPARTAMEN)> (Visto por última vez 11.03.2024).
- MONTALVO, CRISTINA, *Tipologías Victimológicas del Conflicto Interno Armado*, Tesis Doctoral, 2021, Disponible en <[HTTPS://MANGLAR.UNINORTE.EDU.CO/HANDLE/10584/9869#PAGE=1](https://manglar.uninorte.edu.co/handle/10584/9869#page=1)> (visto por última vez 20.01.2024).
- Organización de Naciones Unidas –ONU–, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Art 7, Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/INSTRUMENTS-MECHANISMS/INSTRUMENTS/ROME-STATUTE-INTERNATIONAL-CRIMINAL-COURT](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/rome-statute-international-criminal-court)> (Visto por última vez 11.03.2024).
- PASTOR, LEJANDRINA & SANTAMARIA, ANGELA, "Experiences of Spiritual Advocacy for Land and Territorial Itineraries for the Defense of Wiwa Women's Rights in Postconflict Colombia", *International Journal of Transitional Justice*, Volume 15, Issue 1, March 2021, Pages. 86–107, Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/IJTJ/IJAA033](https://doi.org/10.1093/ijtj/ijaa033)> (visto por última vez 09.10.2024).
- PRENSA, CAJAR, *Crímenes de defensores de derechos humanos son de lesa humanidad*, 27.08.2012. Disponible en <[HTTPS://WWW.COLECTIVODEABOGADOS.ORG/CRIMENES-DE-DEFENSORES-DE-DERECHOS-HUMANOS-SON-DE-LESA-HUMANIDAD/](https://www.colectivodeabogados.org/crimenes-de-defensores-de-derechos-humanos-son-de-lesa-humanidad/)> (Visto por última vez 10.03.2024).
- Presidente de la República de Colombia –Decreto 1069 de 2015– "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", 26.05.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.MININTERIOR.GOV.CO/NORMATIVAS/DECRETO-1069-DE-2015-SECTOR-JUSTICIA-Y-DEL-DERECHO/](https://www.mininterior.gov.co/normativas/decreto-1069-de-2015-sector-justicia-y-del-derecho/)> (visto por última vez 22.04.2024).
- Presidente de la República de Colombia –Decreto 3011 de 2013– "Por medio del cual se reglamenta las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012", Arts. 15 y 16. 26.12.2013. Disponible en <[HTTPS://WWW.FUNCIONPUBLICA.GOV.CO/EVA/GESTORNORMATIVO/NORMA.PHP?I=56210](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56210)> (visto por última vez 22.04.2024).
- REYES Y PERINAT, 2011; citados por: Rodrigo Rojas, en "El liderazgo comunitario y su importancia en la intervención comunitaria", *Revista Psicología en América Latina*, No.25, México, 2013, Disponible en <[HTTP://PEPSIC.BVSALUD.ORG/SCIELO.PHP?PID=S1870-350X2013000200005&SCRIPT=SCI_ARTTEXT](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870-350X2013000200005&script=sci_arttext)> (visto por última vez el 03.03.2024).

- RÍOS, ALEJANDRO & GARRO, JUAN ESTEBAN, "Accountability y sociedad civil: el control político en la era digital", *Revista Papel político*, vol. 22 No. 2, julio-diciembre 2017. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.11144/JAVERIANA.PAPO22-2.ASCC](https://doi.org/10.11144/JAVERIANA.PAPO22-2.ASCC)> (visto por última vez 07.03.2024).
- ROJAS, GABRIEL, "El homicidio de líderes sociales es un fenómeno sistemático y macro criminal", *Cero setenta* Universidad de los Andes 15.01.2020, p. 2 Disponible en <[HTTPS://CEROSETENTA.UNIANDES.EDU.CO/LIDERES-ASESINADOS-2020/](https://cerosetenta.uniandes.edu.co/lideres-asesinados-2020/)> (visto por última vez 09.03.2024).
- TORO-GARZÓN, LUIS & BUSTAMANTE-RÚA, MÓNICA, "La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado", *Revista Criminalidad*, Vol.62, No.1, Jan/Apr. 2020, Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?PID=S1794-3108202000100101&SCRIPT=SCI_ARTTEXT](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1794-3108202000100101&script=sci_arttext)> (visto por última vez 21.03.2024).
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia I, "El Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR96-4-T", 02.08.1998 Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/11/5212/19.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/19.pdf)> (Visto por última vez 10.03.2024)
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y Paz "Sentencia Condenatoria contra Iván Roberto Duque Gaviria y otros 273 postulados del Bloque Central Bolívar—BCB—", Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez, Radicado: 110012252000201400059. 19.12.2018, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/FALLO+DEFINITIVO+BCB+19-12-18.PDF/AF9FFA2C-8B05-43D4-AAD1-267E4A02BC29](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/8753677/FALLO+DEFINITIVO+BCB+19-12-18.PDF/AF9FFA2C-8B05-43D4-AAD1-267E4A02BC29)> (visto por última vez 18.03.2024).
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y Paz "Sentencia Condenatoria contra Juan Francisco Prada Márquez y otros postulados del Frente Héctor Julio Peinado Becerra—FHJPB—", Magistrada Ponente: Alexandra Valencia Molina, Radicado: 110016000253201500072 N.I. 2549. 24.03.2020, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/SENTENCIA+FHJPB+LECTURA+9.JUN.20.PDF/69F42D7D-7AB7-494E-B423-1239BFD2BDF6](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/8753677/SENTENCIA+FHJPB+LECTURA+9.JUN.20.PDF/69F42D7D-7AB7-494E-B423-1239BFD2BDF6)> (visto por última vez 17.03.2024).
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y Paz "Sentencia condenatoria contra Ramón María Isaza Arango y 59 exintegrantes de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio—ACMM—", Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez, Radicado: 110012252000201600552. 08.04.2021, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/30828903/ACMM_COMPRESSED.PDF/7C28B995-AA4E-47AA-BFE4-0DED4F89BEOB](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/30828903/ACMM_COMPRESSED.PDF/7C28B995-AA4E-47AA-BFE4-0DED4F89BEOB)> (visto por última vez 12.04.2024).
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y Paz "Sentencia condenatoria contra Atanael Matajudíos Buitrago y otros, exintegrantes del Bloque Tolima", Magistrado Ponente: Ignacio Alfonso Beltrán, Radicado: 110012252000201900230. 30.05.2023, Disponible en <[HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/DOCUMENTS/6342228/8753677/%281%29%20SENTENCIA+BL.+TOLIMA++RAD.2019-+00230+30+DE+MAYO+2023+%281%29.PDF/9A0EDA96-B714-40C1-91B3-5D86C0B37178](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/8753677/%281%29%20SENTENCIA+BL.+TOLIMA++RAD.2019-+00230+30+DE+MAYO+2023+%281%29.PDF/9A0EDA96-B714-40C1-91B3-5D86C0B37178)> (visto por última vez 15.04.2024).
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá—Sala de Justicia y paz, "Sentencia condenatoria contra Juan Francisco Prada, desmovilizado del Bloque Norte de las AUC", Magistrada Ponente: Lester González, Radicado 2006-80014. 11.12.2014, Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/WP-CONTENT/UPLOADS/2015/04/2014-12-11-SENTENCIA-JUAN-FRANCISCO-PRADA.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2015/04/2014-12-11-SENTENCIA-JUAN-FRANCISCO-PRADA.PDF)> (visto por última vez 20.03.2024).

Elsy Torres Fernández

29. Justicia restaurativa versus populismo punitivo. Una propuesta para reducir los índices de hacinamiento en las cárceles colombianas.

Resumen: El presente artículo tiene objetivo general promover la aplicación de un enfoque de justicia restaurativa como estrategia para atender garantistamente la problemática del hacinamiento carcelario en Colombia. Lo anterior en el entendido, que tanto el legislador como los jueces de la república han sido reiterativos en la promoción del populismo punitivo, discurso que no ha arrojado resultados eficientes en la lucha contra la criminalidad, y por el contrario ha generado un desproporcionado e irracional incremento de la problemática del hacinamiento carcelario, lo que a su vez conlleva a una violación masiva de los derechos y garantías de la población penitenciaria. A tal efecto, partiendo de la experiencia de la justicia transicional colombiana y el posconflicto en la reconstrucción de las tensiones sociales dejadas por el conflicto armado y la guerra, el presente documento propondrá el traslado de dichas dinámicas a un modelo restaurativo. El anterior cometido fue llevado a cabo mediante una metodología socio jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque mixto que combinó la revisión bibliográfica con trabajo de campo. En lo que respecta las fuentes primarias, estas son básicamente apartados literarios relacionados con el tema, por otro lado, las fuentes secundarias, es la ponderación de la experiencia estadística que ha documentado la problemática. La conclusión arrojada por dicho ejercicio es la confirmación de la ineficacia e inhumanidad del enfoque eficientista, siendo una consecuencia de dicho fracaso un incremento desproporcionado de la población carcelaria.

Palabras clave: Hacinamiento carcelario, sobrepoblación penitenciaria, justicia restaurativa, eficientismo penal, populismo punitivo, retribuimos judicial, derechos humanos, estado inconstitucional.

Abstract: The general objective of this article was to promote the application of a restorative justice approach as a strategy to safely address the problem of prison overcrowding in Colombia. The above is understood, that both the legislator and the judges of the republic have been repetitive in the promotion of punitive populism, a discourse that has not produced efficient results in the fight against crime, and on the contrary has generated a disproportionate and irrational increase in the problem of prison overcrowding, which in turn leads to a massive violation of the rights and guarantees of the prison population. To this end, based on the experience of Colombian transitional justice and post-conflict in the reconstruction of social tensions left by armed conflict and war, this document will propose the transfer of these dynamics to a restorative model. The previous task was carried out through a socio-legal methodology, of a descriptive type and with a mixed approach that combined the bibliographic review with field work, the conclusion drawn by said exercise being the confirmation of

the ineffectiveness and inhumanity of the efficiency approach, being a consequence of this failure is a disproportionate increase in the prison population.

Keywords: Prison overcrowding, prison overcrowding, restorative justice, penal efficiency, punitive populism, judicial remuneration, human rights, unconstitutional state.

Introducción.

Al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país existen múltiples problemáticas que han desviado el deber ser de la pena, contrariando lo manifestado por la legislación y la jurisprudencia nacional, las cuales han posicionado la reinserción social como razón de ser de la experiencia y tratamiento penitenciario.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico a examinar y resolver en el presente paper académico gira en torno a la relación entre dos categorías jurídicas de relevancia para el derecho constitucional colombiano, por un lado, el hacinamiento carcelario, problemática que históricamente ha afectado las cárceles colombianas y que se configura cuando la población de reclusos supera desproporcionadamente la capacidad infraestructural de las cárceles del país, y por otro lado, el populismo punitivo, discurso de tipo eficientista que promueve la imposición y agravación de sanciones penales como principal estrategia del Estado frente al fenómeno delictivo, es decir, un recrudescimiento de la política criminal del Estado, el cual es completamente incompatible con la noción actual de justicia restaurativa.

Reflexionándose y recomendándose en este trabajo que se deje a un lado el populismo punitivo que conlleva a la sobrepoblación carcelaria e imposición de sanciones desproporcionadas y se implementen enfoques eficientistas que permitan la descongestión demográfica de las cárceles, como lo sería la aplicación de un enfoque restaurativo.

La hipótesis a promover en la presente iniciativa académica, demostrará que el hacinamiento carcelario es en parte consecuencia directa de la promoción del populismo punitivo, debido que tanto el legislador como los jueces de la república han priorizado la imposición desproporcionada de sanciones criminales como principal estrategia para afrontar el delito, lo que en lugar de reducir la criminalidad en realidad genera un incremento absurdo de la sobrepoblación carcelaria.

Es así, que en respuesta a la fallida implementación de un enfoque eficientista como medida diligente para comprender el delito y descongestionar demográficamente las cárceles, la presente propuesta promueve la aplicación de un enfoque restaurativo, el cual ha arrojado buenos resultados en la reconciliación nacional en el marco de la justicia transnacional y el posconflicto.

La anterior iniciativa científica surge de una inquietud científica por explicar coherentemente las causas del hacinamiento carcelario, demostrando que el populismo punitivo juega un rol preponderante en la postura del legislador y de los jueces inclinada a recrudescer los tipos penales y reducir la posibilidad de explorar otras alternativas y formas de afrontar la criminalidad.

Para desarrollar el problema planteado, este trabajo en la primera parte examina la evolución jurídica que ha tenido el concepto de pena en la historia del derecho penal y el derecho penitenciario, demostrando como la humanización y dignificación del trato penitenciario y

la teleología resocializadora de la sanción son rasgos elementales de la legislación carcelaria actual; seguido de esto, el paper, en la segunda parte se centra en documentar el fenómeno del hacinamiento carcelario, confirmando que dicha anomalía es la base o soporte para desnaturalizar la pena en Colombia en lo referente a su función resocializadora, y por el contrario este fenómeno promueve una silenciada y normalizada vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad; Finalmente, en la tercera parte, se confronta los planteamientos del populismo punitivo y la justicia restaurativa, demostrando que el primero ha fracasado en la promoción de la reinserción social de las personas privadas de la libertad, y que por el contrario ha sido la principal causa de sobrepoblación, finalmente, el documento propondrá la aplicación de un enfoque judicial restaurativo como alternativa para mejorar la situación en las cárceles.

1. *Conceptualización, regulación y finalidad de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano.*

La pena es la reacción natural de la sociedad y la institucionalidad frente al fenómeno delictivo, es la consecuencia jurídica de la configuración positiva de los elementos que conforman el tipo penal, es la sanción a imponer a los ciudadanos por la comisión de comportamientos punibles.

En palabras de Echandía¹ al igual que el procedimiento penal, históricamente la pena ha superado un extenuante proceso de humanización y dignificación, superando etapas en las cuales se buscaba la destrucción del condenado como lo fueron la venganza privada y la *Ley del Talión*, hacia su teología actual en la cual lleva implícito un juicio de reproche empalmado con un objetivo resocializador.

En el marco del ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 4 de la Ley 599 del año 2000 o Código penal colombiano, se afirma que la pena cumple diferentes objetivos y finalidades, destacándose entre estas la prevención general, la prevención especial, la retribución justa, la protección al condenado y la resocialización.

El anterior postulado fue reforzado y potencializado por la Ley 65 de 1993 o código penitenciario y carcelario, normatividad que reitera lo expuesto en el código penal, pero que al mismo tiempo recuerda que la función resocializadora es el elemento que legitima la imposición de sanciones penales en Colombia.

Los anteriores mandatos normativos han sido desarrollados prolíficamente por la jurisprudencia nacional, la cual ha sido reiterativa en la expedición de contenido encaminado a permitir la comprensión de la pena y su función en el derecho penitenciario colombiano.

En sentencia de radicado T-266 del año 2013, expedida por la Corte Constitucional colombiana, la Corporación confirma que el tratamiento penitenciario en Colombia persigue diferentes finalidades y objetivos, sin embargo, su principal rol es la promoción de la reinserción social del condenado, es decir, la eliminación del estado de desviación o inclinación del sujeto hacia el delito.

“La ley 65 de 1993 consagra que la finalidad del tratamiento penitenciario, es la resocialización del delincuente, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la for-

1 ECHANDÍA, D., *Teoría general del proceso penal*, Bogotá. Universidad externado de Colombia, 2010.

mación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario. Asimismo, la misma ley establece que el objetivo de dicho tratamiento es la reinserción para la vida en libertad, teniendo como base la dignidad humana y las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto².

Este postulado es posteriormente complementado mediante sentencia C – 757 del año 2014, expedida por la misma corporación judicial, la cual reitera que la resocialización es la finalidad esencial e inequívoca a la cual debe apuntar el tratamiento penitenciario. Luego entonces, resulta necesario que el Estado destine los esfuerzos y recursos necesarios con miras a potenciar una rehabilitación de la población carcelaria.

“La Corte Constitucional ha reconocido la importancia Constitucional que tienen la resocialización de las personas condenadas y la finalidad preventiva especial de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C–757/2014)”.

Finalmente, la sentencia T-259 de 2020, expedida por la misma corporación judicial, reitera que la pena no solo persigue la resocialización de los condenados, sino que además cuida que dicho objetivo sea materializado mediante un profundo respeto a la dignidad humana y demás derechos constitucionales de la población carcelaria. Teniendo en cuenta lo anterior, resultaría inadmisibles que en el interior de los establecimientos de reclusión del orden nacional se configuren formas de castigo contrarias al deber ser del tratamiento carcelario.

“En virtud de la relación especial de sujeción, las autoridades carcelarias deben garantizar a los privados de la libertad unas condiciones de vida digna y tratarlos de la misma manera que a los demás miembros de la sociedad, con las excepciones lógicas y necesarias de la reclusión. Esta última obligación está íntimamente conectada con la prohibición consagrada en el artículo 12 superior: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la cual constituye un contenido concreto del derecho a la dignidad humana en el sentido de vivir sin humillaciones de aplicación directa y susceptible de ser protegido mediante acción de tutela³”.

Complementario a lo expuesto, de igual forma la dogmática jurídico penitenciaria ha generado contenido relacionado con la humanización del tratamiento penitenciario y la finalidad resocializadora de la pena.

Es importante resaltar que el principal promotor histórico de las reformas que conllevaron a la humanización del tratamiento punitivo fue Cesare Beccaria, jurista italiano que mediante su texto *De los delitos y las penas* propuso una serie de reformas procedimentales penales y penitenciarias que posteriormente se convertirían en normas rectoras actuales del derecho. En su

2 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-266/2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. 08.05.2013. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://www.corteconstitucional.gov.co) Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/T-266-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-266-13.HTM)> (visto por última vez 01.04.2024).

3 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-59/020. Magistrado Ponente: Cristina Pardo. 23.07.2020 [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO](https://www.corteconstitucional.gov.co) Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2020/T-259-20.HTM#:~:TEXT=ES%20IMPROPIO%20DE%20UN%20ESTADO,UN%20JUICIO%20JUSTO%20E%20IMPARCIAL](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2020/T-259-20.HTM#:~:TEXT=ES%20IMPROPIO%20DE%20UN%20ESTADO,UN%20JUICIO%20JUSTO%20E%20IMPARCIAL)> (visto por último vez 01.04.2024).

momento, Beccaria comprendió que la promoción de la destrucción del delincuente en sede de reproche no resultaba suficiente para garantizar la eliminación de la reincidencia en el fenómeno delictivo, siendo necesario por el contrario que la pena llevara implícito actos y estrategias encaminados a la resocialización de los condenados: “La pena de muerte es la guerra de una nación contra un ciudadano cuya destrucción es para los jueces necesaria o útil”⁴.

Los anteriores postulados han sido desarrollados posterior y prolíficamente por la doctrina, la cual ha sido reiterativa en destacar la humanización de la pena y la resocialización como fines elementales de las sanciones penales. Al respecto, Cortes (2018) expone que si bien resulta necesario y justificable que la pena lleve implícito un juicio de reproche que castigue proporcionalmente al agresor por su comportamiento, de igualmente el Estado debe invertir en la resocialización del condenado, siendo este el elemento que legitima la imposición de sanciones criminales. “La pena o sanción carcelaria se justifica únicamente en la labor institucional de proteger y resocializar al condenado”⁵.

Similar apreciación es expuesta por Acosta (2015) quien confirma que la pena en Colombia es un empalme de diferentes finalidades y funciones, puesto si bien el tratamiento del delito lleva implícitos aspectos retributivos, lo anterior no debe opacar la obligación que tiene el Estado de destinar esfuerzos con miras a perseguir la resocialización del condenado. “La concepción moderna de la pena no debe ser absorbida por finalidades retributivas, siendo necesario que se invierta en igual medida en la reinserción social del condenado”⁶.

La Asamblea General De La Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó en 2005 las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RM) o “Las Reglas Nelson Mandela” las cuales contienen los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, los cuales fueron producto de la revisión de las reglas ya implementadas durante el Primer Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, frente al fin de la pena las citadas reglas expresan:

Regla 4: 1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”⁷.

Siguiendo con dicha línea de pensamiento, Sanguino (2016) reafirma que la resocialización es una de las grandes conquistas de las legislaciones penal y penitenciaria en lo relacionado con el

4 BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Editorial Libros, 2010, p. 12.

5 CORTÉS, MARÍA, *La función de la pena en Colombia bajo la ley 599 de 2000*, Universidad católica de Colombia, 2018, p. 17.

6 ACOSTA, NATHALY, *La resocialización en el derecho penal colombiano*, Universidad libre de Colombia, 2015, p. 27.

7 Organización de las Naciones Unidas, *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RM) o Las Reglas Nelson Mandela*, Organización de las Naciones Unidas, 2005.

proceso de humanización y dignificación de la pena, puesto no solo se está dotando el instrumento de una teleología compatible con la axiología social de derecho, sino que además se está asimilando positivamente el Estado de reclusión, el cual no solo está encaminado hacia el reproche sino también hacia la reinserción social. “La pena debe ser compatible con los principios de humanidad y dignidad, y estar inequívocamente dirigida a la resocialización del condenado”⁸.

Finalmente, Hernández (2017) afirma que, siguiendo con la tendencia del derecho comparado, en el cual diferentes legislaciones han identificado y tipificado diferentes finalidades de la pena, de igual forma la legislación colombiana ha promovido el mismo objetivo, pero ha posicionado la resocialización social como la principal finalidad que persigue la reclusión en Colombia. “La pena carcelaria persigue diferentes teleologías. Sin embargo, la más relevante es la protección del condenado en aras de promocionar su resocialización”⁹.

En conclusión, del presente aparte o capítulo, la pena ha superado un largo proceso de humanización y dignificación, atravesando etapas históricas en las cuales se buscaba la destrucción del agresor hacia su concepción actual, en la cual existe una privación positiva de la libertad con miras a promover la reinserción social del condenado.

A pesar que la pena en Colombia persigue diferentes finalidades, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han sido reiterativas en resaltar que su objetivo inequívoco es la resocialización del condenado, siendo necesario que el Estado destine los esfuerzos necesarios con miras a eliminar el estado de desviación del sujeto hacia el crimen. Sin embargo, contrario a lo esperado, la reinserción social no ha tenido el impacto esperado al interior de los establecimientos de reclusión en Colombia, a consecuencia de fenómenos como el hacinamiento carcelario que han impedido la materialización de dicho cometido.

2. *El hacinamiento carcelario en Colombia y sus efectos sobre el proceso de resocialización de los condenados.*

La legislación y la jurisprudencia colombiana han sido reiterativas en indicar que la pena en un Estado social de derecho se legitima como consecuencia de su fin resocializador. Es por ello que el Estado debe destinar infinidad de esfuerzos con miras a promover y materializar dicho cometido. Empero, contrario a lo ordenado por la norma, la realidad al interior de las cárceles del país se ha alejado de dicho mandato, producto de diferentes fenómenos abiertamente inconstitucionales que han impedido que exista prosperidad en los procesos de reinserción social de las personas privadas de la libertad.

El principal problema que afrontan las cárceles del país es el innegable y diariamente creciente hacinamiento carcelario, fenómeno que se configura cuando la población penitenciaria es desproporcionada, irracional y excesivamente superior a la infraestructura carcelaria destinada por el Estado. Con esto, no solo se genera una sobrepoblación al interior de las cárceles, sino también una frecuente, sistemática y altamente lesiva vulneración de derechos e intereses de los condenados.

8 SANGUINO, KENNY, *La resocialización del individuo como función de la pena*, Universidad libre de Colombia, 2016, p. 12.

9 HERNÁNDEZ, NORBERTO, *El fracaso de la resocialización en Colombia*, Universidad de los Andes, 2017, p. 19.

Dado el alcance del hacinamiento carcelario y su notorio impacto contra el proceso de resocialización y los derechos particulares de los condenados, múltiples autores han categorizado la reinserción social en Colombia como una utopía, siendo imposible que se concrete el proceso de reeducación del ciudadano en dichas circunstancias y condiciones.

En el marco de la academia colombiana, han sido múltiples los pronunciamientos dogmáticos que han denunciado dichas irregularidades, acorde a Eastman

“desde hace mucho tiempo las cárceles en Colombia perdieron su naturaleza resocializadora, y por el contrario son escenarios o espacios de promoción de la violencia, lo que no solo representa una lesión en contra de los derechos de los condenados, sino que también constituye un insuperable obstáculo en la promoción de la reinserción social. Lo anterior resulta preocupante, puesto no solo se está contrariando el mandato normativo que ordena proactividad del Estado en la reeducación de los condenados, sino que también las cárceles están cumpliendo una función ajena a su deber ser”¹⁰.

Al respecto, Arango confirma que el hacinamiento carcelario constituye un incumplimiento de los mandatos normativos que delimitan el deber ser de la pena en Colombia, contrario a lo exigido por la normatividad, dicho fenómeno impide que se concreten efectivamente estrategias que permitan la reinserción social de los condenados, lo que obviamente es una desnaturalización de la función de la pena en un Estado social de derecho, indicando que “la sobrepoblación carcelaria es un fenómeno contrario a la teleología de la pena y la axiología del Estado social de derecho colombiano”¹¹.

Siguiendo con dicha línea de pensamiento, existe una incompatibilidad entre lo ordenado por la norma en materia de tratamiento penitenciario y el hacinamiento carcelario, toda vez que el segundo constituye una desnaturalización del primero. Lo anterior es consecuencia de la imposibilidad que tienen los condenados de ser destinatarios de las estrategias que buscan su resocialización, por el contrario, en las cárceles no se mejora el comportamiento del delincuente, sino que se empeora. Lezama confirma que “la sobrepoblación carcelaria es un fenómeno inconstitucional y atenta en contra la finalidad de la pena en Colombia”¹².

Complementario a lo expuesto por la doctrina, de igual manera la jurisprudencia constitucional colombiana ha expuesto y hecho seguimiento a la problemática de sobrepoblación en el interior de las cárceles del país, demostrándose de esta forma el fenómeno y sus consecuencias sobre los derechos de los condenados y el proceso de reinserción social.

El principal antecedente jurisprudencial frente a la materia es la sentencia T-153 del año 1998, expedida por la Corte Constitucional, la cual reconoce el estado de cosas inconstitucional en lo relacionado con la problemática de hacinamiento carcelario. En dicho pronunciamiento la corporación reconoce que las condiciones en el interior de las cárceles del país es precaria, siendo constante y reiterativa la afectación de derechos fundamentales de los condenados, lo que obviamente impacta negativamente sobre el proceso de reinserción social.

10 EASTMAN, RODRIGO, *El hacinamiento penitenciario en Colombia. Crisis de las cárceles en el país*, Universidad de Los Andes, 2015, p. 12.

11 ARANGO, LAURA, *La utopía de la resocialización*, Universidad Libre de Colombia, 2013, p. 19.

12 LEZAMA, ÁNGEL, *Incidencia del hacinamiento carcelario para una efectiva resocialización de las personas privadas de la libertad en el complejo penitenciario metropolitano de Bogotá*, Universidad La Gran Colombia, 2018, p. 10.

“Las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización. Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario”¹³.

La citada doctrina probable ha sido reiterada y confirmada en posteriores pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, los cuales han hecho seguimiento al hacinamiento carcelario como fenómeno inconstitucional en Colombia. En sentencia de radicado T-388 de 2013, la Corte retoma la problemática, indicando que la sobrepoblación penitenciaria es una de las principales problemáticas en el interior de las cárceles del país, puesto no solo se obstaculiza la posibilidad de resocialización de los condenados, sino que además se genera una sistemática, silenciosa y normalizada afectación de los derechos de los condenados.

“El problema del hacinamiento no era el único o el más grave de los que enfrentaba el sistema carcelario en Colombia, pues a pesar de las medidas adoptadas, la situación en los establecimientos de reclusión distaba de las condiciones mínimas que demanda el respeto de la dignidad humana. Así, entre otras, se puso de presente las dificultades derivadas de la carencia de personal especializado en las labores del proceso de resocialización, la deficiente prestación del servicio de salud, la sobrepoblación, las pésimas condiciones sanitarias e higiénicas, y la privación indistinta de la libertad entre personas sindicadas y condenadas”¹⁴.

Uno de los planteamientos reiterativos de la Corte frente a la citada problemática, es que, si bien el hacinamiento carcelario ostenta un rol protagónico en la polémica situación en el interior de las cárceles, dicho fenómeno no es el único problema que se presenta, sin embargo, si es la base para la aparición de anomalías derivadas o que se presentan y agravan como consecuencia del hacinamiento. Al respecto, la sentencia T-762 del año 2015, confirma que la sobrepoblación es la antesala para problemáticas mucho más graves en el interior de las cárceles, siendo una de sus más delicadas consecuencias la lesión contra de intereses y derechos de los ciudadanos.

“El hacinamiento no es el único problema del Sistema Penitenciario y Carcelario y que, de hecho, también se advierten insuficiencias en otros ámbitos como la salud, la higiene, la implementación y mejoramiento de los programas de estudio y trabajo, y el déficit de personal de guardia, entre otros. Por ello, se aludió a la importancia de que en la ejecución del presupuesto no sólo se destinen los rubros para infraestructura, sino que igualmente se tengan en cuenta el resto de programas y servicios requeridos por la población carcelaria. Así, por ejemplo, en lo atinente a los mínimos en la prestación de salud, la sentencia en comento indicó que se requería de un presupuesto para garantizar una infraestructura que contará con zonas de atención prioritaria, pero también con un stock mínimo de medicamentos y

13 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-153 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/28.04.1998](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm). Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/1998/T-153-98.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm)> (visto por última vez 01.04.2024).

14 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-388 de 2013 Magistrada Ponente: Maria Victoria Calle. 28.06.2013 [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm) disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/T-388-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm)> (visto por última vez 01.04.2024).

áreas de paso para monitorear a las personas hospitalizadas, independiente de los recursos que aseguran la existencia de un equipo multidisciplinario en salud, que incluyera, por lo menos, médicos, enfermeros y psicólogos¹⁵.

En este punto es preciso mencionar la responsabilidad que tienen los entes territoriales del país frente al fenómeno del hacinamiento carcelario, toda vez que como se estipula en la Ley 65 de 1993 en su artículo 17 y subsiguientes, corresponde a estos “la creación, fusión o supresión, dirección, y organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente”¹⁶ Es decir, son los entes territoriales los obligados a ejercer la custodia de las personas sindicadas, sobre las que recae una medida de seguridad preventiva, mientras que los establecimientos a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) deben ser destinados únicamente a la reclusión de personas condenadas, puesto que en estas penitenciarias se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema progresivo para el tratamiento de los internos, en los términos señalados en el artículo 144 del presente Código.

La desidia e inobservancia de la presente ley por parte de los alcaldes municipales y distritales del país y su incidencia en el fenómeno del hacinamiento carcelario se evidencia por ejemplo en el caso del Establecimiento de Mediana Seguridad de Barranquilla, el cual pese a tener una capacidad real para 610 personas privadas de la libertad, en la actualidad se encuentra allí recluidas 1.158 personas lo que genera un hacinamiento del 98%. No obstante, según el aplicativo SISIEPEC de las 1.158 PPL en mención, 554 se encuentran en calidad de sindicadas, quienes deberían cumplir su medida de seguridad en una cárcel de detención preventiva o centro de detención transitorio y no en una penitenciaría.

Finalmente, la sentencia T-267 del año 2018, expedida por la misma corporación judicial, confirma que los derechos a la infraestructura, alimentación, salud, servicios públicos domiciliarios y acceso a la justicia son los principales derechos y garantías constitucionales que deben ser salvaguardados en el interior de las penitenciarias. Sin embargo, contrario a esto, la situación en las cárceles es un cultivo de condiciones infrahumanas que lesionan y lastiman los citados derechos.

“En el caso de la población carcelaria, la Corte Constitucional ha ofrecido lineamientos para el seguimiento al estado de cosas inconstitucional a partir de mínimos constitucionalmente asegurables. Estos parámetros no solo sirven para orientar la evolución de la estrategia de superación de dicho estado de cosas, sino también como guía, en los casos concretos, a la hora de establecer la naturaleza de la vulneración iusfundamental y el remedio judicial procedente para conjurarla. También, como punto de referencia necesario del diálogo interinstitucional que acabamos de referir. Los mínimos que deben ser garantizados en la vida en reclusión por las autoridades competentes se refieren a los siguientes aspectos: i) la resocialización, ii) la infraestructura carcelaria, iii) la alimentación al interior de los centros de reclusión, iv) el derecho a la salud, v) los servicios públicos domiciliarios y vi) el acceso a la administración pública y a la justicia”¹⁷.

15 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-762 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Estela Ortiz. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/16.12.2015](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-762-15.htm). Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2015/T-762-15.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-762-15.htm)> (visto por última vez 01.04.2024).

16 Congreso de la República de Colombia. Código Penitenciario y Carcelario o ley 65 de 1993.

17 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-67 de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/10.07.2018](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-67-18.htm). Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2018/T-67-18.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-67-18.htm)> (visto por última vez 01.04.2024).

En conclusión, del presente apartado o capítulo, la doctrina y jurisprudencia colombiana han confirmado la problemática de hacinamiento carcelario en Colombia, la cual logra dimensiones constitucionales e impacta negativamente sobre múltiples derechos y garantías de los condenados.

La sobrepoblación carcelaria es un notorio obstáculo al proceso de resocialización del condenado, puesto no solamente el Estado no está invirtiendo en los recursos y estrategias necesarias para su reinserción social, sino que diversos fenómenos que se presentan en el interior de las cárceles limitan dicha posibilidad.

3. *Populismo punitivo versus justicia restaurativa. Una propuesta para resolver la problemática de hacinamiento carcelario.*

El hacinamiento carcelario es consecuencia de muchos factores, siendo lo más fácilmente identificables la falta de inversión de recursos del Estado en el crecimiento infraestructural de las prisiones y una tendencia de la justicia criminal hacia el populismo punitivo. En lo que respecta este segundo factor, la academia ha sido reiterativa en denunciar el facilismo jurídico del legislador y la falta de valentía de los juzgadores en promover decisiones alternativas a la privación de la libertad como formas de reacciones ante el delito.

Según Trujillo “La justicia criminal colombiana se encuentra aprisionada por una tendencia hacia el populismo punitivo, por un lado, el legislador constantemente promulga normatividad alta y excesivamente agresiva como forma de reacción ante el delito, y, por otro lado, los juzgadores no exploran otras alternativas en el momento de administrar justicia, sino que ceden al facilismo de limitar la libertad como primera opción”¹⁸.

Lo anterior resulta preocupante, toda vez que existe una tendencia de privar de la libertad, sin que exista una sensibilidad de los juzgadores respecto al tema del hacinamiento penitenciario, estando completamente bloqueada cualquier posibilidad de que exploren nuevas vías de reproche diferente a la intramuralidad.

De igual forma, Sierra confirma que la política criminal colombiana es excesivamente eficientista y promueve el populismo punitivo, pues la misma se encuentra sesgada por una tendencia hacia la intramuralidad, la cual ha demostrado que no genera efectos cuando se trata de la rehabilitación del agresor. Por lo tanto, se puede confirmar que el hacinamiento carcelario es consecuencia directa del discurso reaccionario, el cual aún está orientado por promover la privación de la libertad como principal solución al fenómeno delictivo. Indicando que “el hacinamiento carcelario es en gran medida imputable al populismo punitivo”¹⁹.

Siguiendo con dicha línea de pensamiento, Zabala afirma que durante las últimas décadas la legislación penal colombiana ha sufrido un desproporcionado, irracional e injustificado incremento en lo que respecta a las penas a imponer, y cada día el legislador amarra aún más a los jueces de la república en sus procesos de justificación y argumentación en la restricción de los derechos de los procesados y condenados. Es así, que “la imposición de penas intramurales

18 TRUJILLO, JUAN, “Populismo punitivo y colapso carcelario. Hacia una gradual abolición de la prisión cerrada en Colombia”, *Revista republicana*, 2018, pp. 135–160.

19 SIERRA, RAÚL, *Populismo punitivo en el proceso de criminalización primaria*, Universidad de Santo Tomas, 2020, p. 10.

es la principal tendencia de los juzgados y el hacinamiento un tema normalizado como consecuencia del populismo punitivo²⁰.

Finalmente, Leiva afirma que “no se puede desligar el hacinamiento carcelario de la tendencia judicial colombiana hacia el populismo punitivo²¹. A tal efecto, mientras el legislador y los jueces no cambien la tendencia hacia la intramuralidad, no se podrá avanzar en materia de sobrepoblación carcelaria, siendo necesario por el contrario la promoción de reformas integrales que cambien la noción existente en materia de justicia y tratamiento penitenciario.

Se puede confirmar que una de las causas o factores de riesgo en lo relacionado con la problemática de hacinamiento carcelario es el populismo punitivo, ya que contrario a adoptar un enfoque criminológico, sociológico, antropológico que guíe la política criminal del Estado colombiano, el legislador se inclinó por una noción de política criminal eficientista y una función de la pena sustentada en la justicia retributiva, el cual promueve que la imposición de penas intramurales sea la principal solución al fenómeno delictivo, planteamiento que se ha demostrado fracasado en múltiples ocasiones.

Teniendo en consideración el fracaso del enfoque eficientista en la comprensión y solución del fenómeno delictivo, siendo por el contrario el legado de dicha tendencia un incremento de la problemática de hacinamiento carcelario y una afectación de múltiples derechos y garantías de la población penitenciaria, algunos autores han propuesto que la justicia penal colombiana adopte un enfoque restaurativo con miras a oxigenar la tendencia de los jueces hacia la aplicación de una Neo-retribucionistas y neo-proporcionalitas de la pena.

En el marco de la justicia transicional y el posconflicto colombiano, la justicia restaurativa fue uno de los pilares para la superación de las hostilidades y el estado de guerra, aunado a lo anterior, la búsqueda de la reconciliación social y la reconstrucción del tejido histórico lastimado como consecuencia del conflicto interno armado, resultó necesaria la promoción de procesos de acercamiento entre el agresor y la víctima con miras a comprender sus dinámicas y con ello ayudar a superar definitivamente las tensiones.

En sentencia de radicado C-979/05, expedida por la Corte Constitucional Colombiana, se confirma que el enfoque de justicia restaurativa surge como una propuesta diferente al tradicional modelo de justicia retributiva. A tal efecto, partiendo de la premisa de que la prisión no soluciona las problemáticas sociales que motivaron la perpetración del delito, ni mucho menos los conflictos generados posterior a la materialización del injusto, siendo por el contrario necesario que se generen acercamientos entre el agresor y la víctima los cuales persiguen diferentes finalidades, siendo algunas de estas la reparación, la conciliación, la superación y otras medidas que asumen positivamente dicha relación.

“La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituirá el acto delictivo y el infractor, sino que involucrará una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido. Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a

20 ZABALA, MARÍA, *Populismo punitivo y las salidas alternas al juicio formal*, Universidad Libre de Colombia, 2020, p. 9.

21 LEIVA, ANDRÉS, *Populismo punitivo y hacinamiento carcelario*, Universidad libre de Colombia, 2022, p. 11.

la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica²².

La temática es tratada igualmente en sentencia de radicado C-538/19, expedida por la misma corporación judicial, la cual refuerza lo plasmado anteriormente, pero reitera que en el marco del posconflicto colombiano la superación de las hostilidades de la guerra requiere un enfoque mucho más complejo que la simple retribución. De esta manera, resulta necesaria la promoción de procesos de reconciliación entre agresor y víctima, en los cuales la reparación integral juega un rol protagónico, siendo ésta una alternativa a la promoción de medidas intracarcelarias.

“Para lograr el objetivo de una justicia restaurativa, en el más alto nivel posible, es necesaria la participación de las víctimas. Al respecto, advierte la Sala que este derecho, como se anotó previamente, hace parte de aquellas garantías que integran el derecho a la justicia del que son titulares las víctimas y que, por lo tanto, se encuentra en el centro del SIVJRN. Pero, si además del compromiso derivado de dicha protección, se tiene en cuenta que el Sistema tiene un enfoque restaurativo, la participación tiende a potencializarse, si lo que se pretende es la reconstrucción de un tejido social desmoronado por la lesión de bienes fundamentales²³.”

Complementario a lo expuesto por la jurisprudencia, de igual manera la doctrina ha generado contenido relacionado con la aplicación de un enfoque de justicia restaurativa como alternativa positiva y humanista al fenómeno criminal.

De La Fuente, considera que “la justicia restaurativa surge de la complementación del derecho por otras ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del fenómeno delictivo. Luego, es común el traslado de contenido sociológico, antropológico, psicológico a debates puramente legales con miras a nutrir decisiones con un enfoque alternativo que solucione en mejor medida las problemáticas²⁴.”

Complementando lo expuesto por el anterior autor, Cárdenas expone que desde hace mucho tiempo la justicia retributiva no ha sido suficiente para confrontar las complejas problemáticas que originan el delito. Por lo tanto, desde hace algunas décadas se ha experimentado con un enfoque mucho menos reaccionario, siendo este el de la justicia restaurativa, el cual contrario a su predecesor, confirma que el tratamiento del delito judicial del delito requiere un juicio de reproche que sancione al agresor por su conducta, pero no agota su intervención en eso, puesto complementa dicho enfoque con una generación de acercamientos entre la víctima y el perpetrador con miras a superar las tensiones.

22 Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado C-979 del año 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/ 26.05.2005](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-979-05.htm#:~:text=SENTENCIA%20C%2D979%2F05&text=COMO%20ATRIBUTO%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO,INDEFINIDA%20CONDICI%C3%B3N%20DE%20SUB%20JUDICE). Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2005/C-979-05.HTM#:~:TEXT=SENTENCIA%20C%2D979%2F05&TEXT=COMO%20ATRIBUTO%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO,INDEFINIDA%20CONDICI%C3%B3N%20DE%20SUB%20JUDICE](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-979-05.htm#:~:text=SENTENCIA%20C%2D979%2F05&text=COMO%20ATRIBUTO%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO,INDEFINIDA%20CONDICI%C3%B3N%20DE%20SUB%20JUDICE)> (visto por última vez 01.04.2024).

23 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-538 de 2019. Magistrada Ponente: Diana Fajardo. [HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/13.11.2029](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-538-19.htm). Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2019/C-538-19.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-538-19.htm)> (visto por última vez 01.04.2024)

24 CÁRDENAS, ÁLVARO, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Revista Pensamiento penal*, 2007. p.13.

Para Hernández, si bien no es fácil la promoción de medidas alternativas para afrontar restaurativamente el delito, dicho enfoque resulta mucho más útil que la justicia puramente retributiva, pues no se centra en el castigo, que por el contrario genera mayor hacinamiento carcelario, sino que combina dicha necesidad con un acto de conciliación que oxigena las cárceles colombianas de tanta sobrepoblación. “El derecho penal moderno debe inclinarse hacia la justicia restaurativa como alternativa a la agresividad de la pena”²⁵.

En conclusión, la justicia colombiana se encuentra secuestrada por un enfoque eficientista motivado en el populismo punitivo, el cual no ha sido suficiente para enfrentar eficazmente al delito y por el contrario lo que ha generado ha sido un desproporcionado incremento del hacinamiento carcelario. Por ello, en respuesta a dicha fracasada tendencia, un sector importante de la doctrina ha trasladado dinámicas de la justicia transicional y el posconflicto hacia la justicia criminal tradicional, promoviéndose por el contrario un modelo de legalidad y juzgamiento penal centrado en la restauración de los efectos del delito.

La justicia restaurativa contrario a centrarse en un incremento desproporcionado de la punibilidad, ofrece a los implicados en el injusto (víctima y agresor) la alternativa de solucionar pacíficamente sus controversias, siendo elementos de dicho pacto la reparación y eliminación de los efectos del delito, la reconciliación y la reinserción social efectiva del agresor, siendo esta una medida oxigenante a las problemáticas de sobrepoblación del sistema penitenciario colombiano.

Conclusiones.

El hacinamiento carcelario es solo una de las problemáticas que aqueja actualmente a las cárceles del país, sin embargo, es la base o soporte para la aparición de otras anomalías contrarias al deber ser resocializador de la pena.

El hacinamiento carcelario y sus efectos son una problemática de relevancia constitucional, lo anterior es confirmado como consecuencia del decreto del estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional colombiana, la cual desde el año 1998 ha sido reiterativa en la construcción de una línea jurisprudencial que expone y denuncia las problemáticas de sobrepoblación de las cárceles colombianas.

El hacinamiento carcelario es principalmente consecuencia de tres factores de riesgo, por un lado, la falta de inversión estatal en el crecimiento de la infraestructura física de las cárceles del país, por otro lado, también surge producto de la aplicación de un agresivo enfoque eficientista como reacción al delito, el cual prioriza la privación de la libertad como principal estrategia para contener la criminalidad.

La aplicación de un enfoque eficientista como reacción al delito surge del populismo punitivo, discurso legislativo que promueve la creación de tipos penales, la reducción significativa de las garantías del procesado, y la agravación desproporcionada e irracional de penas como principal estrategia del Estado frente al delito, enfoque que se ha demostrado fallido en la reducción del fenómeno criminal y en la promoción efectiva de la reinserción social del condenado.

25 HERNÁNDEZ, KAREN, *Revisión de los fundamentos teóricos y científicos asociados a la Justicia Restaurativa en el contexto colombiano*, Universidad de Santo Tomas, 2021, p. 10.

El populismo punitivo empieza a gestarse desde el legislativo, diariamente el legislador crea tipo penales y reduce las garantías del procesado en sede de control de garantías y ejecución de penas, lo que conlleva a que los jueces sean más severos en la aplicación de sentencias, y carezcan de instrumentos que le permitan maniobrabilidad en el momento de aplicar un derecho mucho más garantista.

Adicional a lo plasmado anteriormente, es común que los jueces de la república carezcan de creatividad en el momento de decretar medidas o sanciones que ayuden a reducir la problemática de hacinamiento carcelario. En algunos escenarios dicha renuencia es imputable a su individualidad, y en otros es resultado del amarrado del legislador frente al populismo punitivo.

Dado el fracaso del enfoque eficientista y el populismo punitivo, los cuales se centran en la naturaleza retributiva de la pena como reacción frente al fenómeno delictivo, algunos autores han propuesto la mutación de la justicia penal criminal hacia un enfoque mucho más restaurativo, tomando como referencia para dicha reforma la experiencia de la justicia transicional colombiana y el posconflicto.

El enfoque restaurativo resulta mucho más garantista y respetuoso de los derechos y garantías de los condenados, siendo una de sus consecuencias la reducción de la problemática de hacinamiento carcelario, puesto contrario a su predecesor el enfoque retributivo, el enfoque en cuestión se centra no solo en la imposición de sanciones, sino también en la reconciliación y reconstrucción de las relaciones entre agresor y víctima, lo que obviamente oxigena la sobreplación carcelaria.

Existe una notoria e íntima relación entre la problemática de hacinamiento carcelario y el populismo punitivo, siendo necesario que el legislador y los jueces de la república abandonen el eficientismo penal y abracen otros modelos alternativos de solución de las controversias dejadas por la criminalidad, siendo uno de estos la aplicación de una justicia restaurativa que solucione en mejor medidas los complejos causas y efectos de la criminalidad.

Bibliografía.

ACOSTA, NATHALY, *La resocialización en el derecho penal colombiano*, Universidad libre de Colombia, 2015.

ARANGO, LAURA, *La utopía de la resocialización*, Universidad Libre de Colombia, 2013.

Asamblea Nacional Constituyente, 1991. *Constitución Política de Colombia*. Editorial Leyer, Bogotá.

BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Editorial Libros, 2010.

CÁRDENAS, ÁLVARO, "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria", *Revista Pensamiento penal*, 2007.

Congreso de la República de Colombia. *Código penitenciario y carcelario o ley 65 de 1993*. Editorial Legis

Congreso de la República de Colombia. *Código penal colombiano o ley 599 del 2000*. Editorial Leyer

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-266/ 2013. 08.05.2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

<https://www.corteconstitucional.gov.co> Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2013/T-266-13.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-266-13.HTM)> (visto por última vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado C-757 del año 2014. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2014/C-757-14.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-757-14.htm)> (visto por última vez 01.04.2024).

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-259/ 2020. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

23.07.20200 <https://www.corteconstitucional.gov.co> Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2020/T-259-20.HTM#:~:TEXT=Es%20IMPROPIO%20DE%20UN%20ESTADO,UN%20JUICIO%20JUSTO%20E%20IMPARCIAL](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-259-20.htm#:~:TEXT=Es%20IMPROPIO%20DE%20UN%20ESTADO,UN%20JUICIO%20JUSTO%20E%20IMPARCIAL)>. (visto por ultimo vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado T-153 del año 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/1998/T-153-98.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm)> (visto por ultimo vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana. Sentencia de radicado T-762 del año 2015. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2015/T-762-15.HTM](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-762-15.htm)> (visto por ultimo vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado T-267 del año 2018. MP. Carlos Bernal Pulido. Disponi-

ble en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2018/T-267-18.HTM#:~:TEXT=T%2D267%2D18%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&TEXT=EN%20EL%20CASO%20DE%20LA,PARTIR%20DE%20M%C3%ADNIMOS%20CONSTITUCIONALMENTE%20ASEGURABLES](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm#:~:TEXT=T%2D267%2D18%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&TEXT=EN%20EL%20CASO%20DE%20LA,PARTIR%20DE%20M%C3%ADNIMOS%20CONSTITUCIONALMENTE%20ASEGURABLES)> (visto por ultimo vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado C-538 del año 2019. MP. Diana Fajardo Rivera. Disponi-

ble en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2019/C-538-19.HTM#:~:TEXT=C%2D538%2D19%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&TEXT=EL%20DERECHO%20A%20LA%20REPARACI%C3%B3N,Y%20\(IV\)%20DE%20SATISFACCI%C3%B3N](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-538-19.htm#:~:TEXT=C%2D538%2D19%20CORTE%20CONSTITUCIONAL%20DE%20COLOMBIA&TEXT=EL%20DERECHO%20A%20LA%20REPARACI%C3%B3N,Y%20(IV)%20DE%20SATISFACCI%C3%B3N)> (visto por ultimo vez 01.04.2024).

Corte Constitucional colombiana, Sentencia de radicado C-979 del año 2005. MP. Jaime Cordoba Triviño. Dispo-

nible en <[HTTPS://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2005/C-979-05.HTM#:~:TEXT=SENTENCIA%20C%2D979%2F05&TEXT=COMO%20ATRIBUTO%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO,INDEFINIDA%20CONDICI%C3%B3N%20DE%20SUB%20JUDICE](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-979-05.htm#:~:TEXT=SENTENCIA%20C%2D979%2F05&TEXT=COMO%20ATRIBUTO%20DEL%20DEBIDO%20PROCESO,INDEFINIDA%20CONDICI%C3%B3N%20DE%20SUB%20JUDICE)> (visto por ultimo vez 01.04.2024).

CÁRDENAS, ÁLVARO, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Revista Pensamiento penal*. 2007, p. 13.

CORTÉS, MARÍA, *La función de la pena en Colombia bajo la ley 599 de 2000*, Universidad católica de Colombia, 2018.

ECHANDÍA, D., *Teoría general del proceso penal*, Bogotá. Universidad externado de Colombia, 2010.

EASTMAN, RODRIGO, *El hacinamiento penitenciario en Colombia*. Crisis de las cárceles en el país, Universidad de Los Andes, 2015.

Hernández, Norberto, *El fracaso de la resocialización en Colombia*, Universidad de los Andes, 2017.

HERNÁNDEZ, KAREN, *Revisión de los fundamentos teóricos y científicos asociados a la Justicia Restaurativa en el contexto colombiano*, Universidad de Santo Tomas, 2021.

- LEZAMA, ÁNGEL, *Incidencia del hacinamiento carcelario para una efectiva resocialización de las personas privadas de la libertad en el complejo penitenciario metropolitano de Bogotá*, Universidad La Gran Colombia, 2018.
- LEIVA, ANDRÉS, *Populismo punitivo y hacinamiento carcelario*, Universidad libre de Colombia, 2022.
- Organización de las Naciones Unidas, *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RM) o Las Reglas Nelson Mandela*, Organización de las Naciones Unidas, 2005.
- SANGUINO, KENNY, *La resocialización del individuo como función de la pena*, Universidad libre de Colombia, 2016.
- SIERRA, RAÚL, *Populismo punitivo en el proceso de criminalización primaria*, Universidad de Santo Tomas, 2020.
- TRUJILLO, JUAN, "Populismo punitivo y colapso carcelario. Hacia una gradual abolición de la prisión cerrada en Colombia", *Revista republicana*, 2018, pp. 135–160.
- ZABALA, MARÍA, *Populismo punitivo y las salidas alternas al juicio formal*, Universidad Libre de Colombia, 2020.

Faviola Elenka Tapia Mendoza

30. Prejuicio e impunidad en el acceso a la justicia para las víctimas de tortura en México.

Resumen: Las víctimas de tortura en México, difícilmente pueden acceder a la justicia y a una reparación integral del daño cuando la política criminal se encuentra diseñada, de tal forma, que se niegue sistemáticamente la veracidad de la ocurrencia de estos hechos y, a priori, los fiscales encargados de investigar penalmente dichas denuncias las desestimen como estrategias de defensa por parte de las personas detenidas con el objetivo de evitar alguna pena o bien para obtener algún tipo de beneficio económico, reduciendo su vivencia a simples alegatos y, en el mejor de los casos, sean sancionadas como abusos de autoridad, ampliando con ello la brecha de impunidad que prevalece para el enjuiciamiento y sanción de estos hechos como lo que son, tortura.

Palabras clave: Víctimas, tortura, impunidad, acceso a la justicia y reparación integral del daño.

Abstract: It is difficult for torture victims in Mexico to have access to justice and to a comprehensive reparation of damages when the criminal policy is designed in such a way that the veracity of the occurrence of these facts is systematically denied and, a priori, the prosecutors in charge of the criminal investigation dismiss them as defense strategies by the detained persons with the aim of avoiding any penalty or to obtain some kind of economic benefit, reducing their experience to a defense strategy, the prosecutors in charge of the criminal investigation of such denunciations dismiss them as defense strategies on the part of the detained persons with the objective of avoiding any penalty or to obtain some type of economic benefit, reducing their experience to simple allegations and, in the best of cases, they are sanctioned as abuses of authority, thus widening the impunity gap that prevails for the prosecution and punishment of these facts as what they are, torture.

Key words: Victims, torture, impunity, access to justice and comprehensive reparation of damages.

Anotación única.

Las víctimas de violencia del Estado mexicano difícilmente pueden acceder a la justicia tras haber sufrido una violación grave a sus derechos humanos, ya que dentro de la narrativa oficial se niega lo sufrido por estas, argumentando los agentes de la fiscalía, la existencia de «otros intereses» que las personas tienen al denunciar el hecho, reduciendo su experiencia a la búsqueda de alguna ganancia económica a manera de compensación por el daño sufrido durante su detención o a la obtención de beneficios judiciales como el de su libertad, si es que están privados de esta en algún establecimiento penitenciario o, en el mejor de los casos, ser absueltos de los hechos que se les imputan ya que frecuentemente quienes son víctimas de tortura, son al mismo tiempo imputados por algún hecho delictivo, situación que favorece la suspicacia en los fiscales sobre la veracidad de los hechos que alegan las víctimas haber sufrido de parte de sus aprehensores.

Al respecto, el ex Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, Juan E. Méndez, en el informe derivado de su visita a México en 2014, cuando aún se encontraba en la titularidad de la Relatoría, plasmó que, “[e]l derecho a la reparación integral para las víctimas de tortura y malos tratos es ilusorio ya que apenas existen casos de víctimas que hayan sido compensadas, asistidas médica y psicológicamente o rehabilitadas en conformidad con estándares internacionales. Las reparaciones recomendadas por las comisiones de derechos humanos no son suficientes ni son generalmente cumplidas. Legalmente la indemnización económica recae sobre la persona penalmente responsable del delito, que en un contexto de impunidad predominante casi nunca ocurre” y para ello, tendría que reconocérsele la calidad de víctima de tortura; sin embargo, ello es poco probable ya que no sólo se cuestiona su dicho, sino las pruebas periciales que se le realizan como parte de su evaluación conforme al Protocolo de Estambul.

Al respecto, el ex Relator observó varios casos donde el resultado «negativo» del examen médico fue interpretado como evidencia de ausencia de tortura, tanto por fiscales para justificar no iniciar investigaciones, como por jueces para excluir pruebas y no ordenar las investigaciones conducentes cuando se presentan casos en donde exista sospecha de tortura², descartando la importancia que tiene dentro de la investigación la evaluación de los impactos psicológicos en las personas sobrevivientes de tortura.

No obstante, ocultamiento de estas agresiones comienza desde el momento de su ocurrencia, primero por los agentes aprehensores al justificar que las personas opusieron resistencia durante el proceso de su detención, argumentan caídas, intento de fuga o forcejeos, de tal forma que las lesiones resultantes no se encuentren asociadas a malos tratos o a tortura; sin embargo, ello podría ser confirmado o descartado mediante el oportuno certificado médico; no obstante, ello no siempre se da de manera inmediata, ya que por mi experiencia en la evaluación de víctimas de tortura³, así como de la constatación de documentales incorporadas en

1 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 31.

2 ONU (*supra* nota 1), párr. 39.

3 Experiencia documentada en las Opiniones especializadas elaboradas cuando trabajé como visitadora adjunta en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

los expedientes de su detención, he podido identificar que las víctimas no fueron certificadas médicamente, en muchos de los casos, en la temporalidad debida y, antes de ser puestas a disposición del Ministerio Público o fiscales, fueron llevadas a otros sitios (casas de seguridad, hoteles, zonas militares, etcétera) en instalaciones en las que no siempre se disponía de un médico que los valorara objetivamente.

En la investigación de la tortura como delito o como violación a derechos humanos el hecho de no encontrar lesiones físicas tiene un impacto profundo en los operadores jurídicos para considerar que la víctima no sufrió tortura, aunque ello contradiga el espíritu del Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul), que establece que las evidencias de tortura son también psicológicas y que éstas varían según la experiencia personal de cada víctima, del tiempo transcurrido, sin excluir también la valoración de elementos contextuales en los que se llevaron a cabo los hechos.

Aspecto que también ha sido referido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde destaca que,

“aunque en el examen médico realizado se señalen lesiones de carácter “leve” y ausencia de secuelas [...], ello, por sí mismo, no descarta la posibilidad de padecimientos graves, **que no deben ser considerados solo en su carácter físico**”⁴, así mismo este Tribunal refiere que, “**al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, [...]** debe tomar en cuenta las **circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos**. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como **la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar**. Los segundos remiten **a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos**, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”⁵ (negrillas fuera de texto original).

Sin embargo estas opiniones médico-psicológicas de “no tortura” son más evidentes en los casos de víctimas de tortura que se encuentran privadas de la libertad ya que, el simple hecho de estar en reclusión penitenciaria, las estigmatiza como personas que sólo buscan una salida de sus procesos jurídicos, independientemente de que aún no se haya probado su responsabilidad en los hechos que se les imputan y por ende, simultáneamente son también presuntas culpables, aunado a la sintomatología que pudieran presentar derivada de la violencia sufrida en su detención con manifestaciones de trastornos de estrés postraumático, depresivo o ansiosos, entre otros, en un contexto de encierro que exacerba los impactos psicológicos, aunado a la condición de vigilancia total y carencia de servicios médicos pertinentes; lo que hace recurrente que personal pericial en psicología de los entes investigadores refieran de manera absoluta que, los síntomas encontrados se deben a “prisonalización” antes al hecho denunciado de tortura o malos tratos, sin hacer diagnóstico diferencial necesario para concluir ello.

4 Corte IDH, *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424, párr. 117.

5 Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 83; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr.171.

Cuando una víctima ha sufrido tortura y cualquier autoridad del Estado mexicano tiene conocimiento del hecho, adicional a la denuncia e investigación pronta e imparcial correspondiente⁶, es imperativo que se garantice en el mismo sentido, un examen médico-psicológico pertinente por las autoridades competentes⁷ a fin de salvaguardar su integridad y, por ende, su salud física y mental. Sin embargo, los criterios establecidos se convierten en la excepción de cumplimiento y, la regla, lo que evidencia son claras omisiones de las autoridades del Estado frente a los hechos de tortura.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el Diagnóstico Nacional sobre Tortura Sexual cometida contra mujeres privadas de la libertad en México, publicado por el propio Estado mexicano en 2022 mediante la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación como parte de las obligaciones establecidas en el párrafo 360 de la sentencia Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, emitida el 28 de noviembre de 2018 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este refiere que este diagnóstico sobre tortura sexual, además de ser un acto reparatorio para las mujeres sobrevivientes de tortura sexual de San Salvador Atenco, busca que se escuche y reconozca la historia de 1,280 mujeres entrevistadas en las cárceles y los sufrimientos a las que fueron sometidas por detenciones arbitrarias, basadas en discriminación y criminalización. Dichas violencias agudizan la impunidad y la injusticia y contribuyen a la crisis de derechos humanos; sin embargo, este diagnóstico también permite identificar, de entre las sombras, una práctica cometida con regularidad perversa y generalizada: la tortura sexual, que nos muestra el rostro del fenómeno y su complejidad.

Así mismo añaden que un gran número de mujeres entrevistadas refieren haber denunciado la tortura o tortura sexual sin que hayan sido atendidas eficazmente por el personal médico al que se notificó, no siendo claros en torno a si esos hechos denunciados fueron investigados o no por la autoridad competente, así como de aquellas mujeres que, durante las entrevistas realizadas para el citado diagnóstico y, que alegaron haber sido víctimas de tortura sexual, pero que no denunciaron ¿qué sucedió con ellas? ¿qué hizo la autoridad al conocer estos datos? Ya que al ser un diagnóstico emitido por el propio Estado y al tener por esta vía conocimiento de los hechos, que vale abundar no prescriben ¿qué se hizo al respecto? ¿se encuentran ya contabilizadas dentro de las personas que se están investigando?

Lo cierto es que no hay datos públicos que nos permitan saber cuántas personas se beneficiaron del acuerdo presidencial, extra oficialmente, operadores que participaron en la elaboración de este documento refieren que no se hizo ninguna denuncia, que su alcance llegó solo a la elaboración del documento, de tal suerte que no se sabe en realidad cuántas mujeres pudieron acceder a la justicia tras la publicación del diagnóstico, dejando cuando menos una percepción de omisión de investigación sobre hechos contabilizados y reconocidos oficialmente como tortura.

Durante un proceso de capacitación realizado por el IRCT (*International Rehabilitation Council for Torture Victims*), en el “Taller sobre la implementación del derecho a la rehabilitación de las víctimas y documentación de la tortura” celebrado en la Ciudad de México los días 3 y 4 de

6 Artículo 12 de la 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, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

7 Artículo 13 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

marzo del 2022, reconoció que las fallas en la implementación del Protocolo de Estambul a nivel global se han debido, en parte, a la alta rotación de personal en el servicio público, lo que implica la pérdida de conocimientos y capacidad técnica instalada e imposibilita reponer a los especialistas más rápidamente de lo que se van, así mismo la responsabilidad de la documentación e investigación de la tortura como delito, sigue recayendo en las instancias oficiales de procuración de justicia, incluso en aquellos casos en dónde se identifican como la autoridad responsable de los hechos, restándole completa independencia a los procesos de indagación, quedando el Estado como juez y parte, contrario a las buenas prácticas de averiguación y documentación en los que deben privilegiarse los principios de independencia, confiabilidad, consentimiento y rigor técnico, lo que nuevamente invisibiliza la tortura⁸.

Y, aunque ya han pasado más de dos décadas de la implementación de la primera versión del Protocolo de Estambul e incluso en 2022 se publicó la segunda revisión del documento, en la actualidad prevalece en los investigadores de los delitos de tortura y malos tratos o penas crueles inhumanas o degradantes la idea de que, toda denuncia de tortura realizada por imputadas e imputados de un hecho delictivo es, en sí misma, sólo una vía para evadir la justicia y, por ende, carente de credibilidad.

No obstante, si reconocemos que dentro de exposición de motivos a la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2008 al sistema de justicia penal y de seguridad pública se planteaba entre otros objetivos:

“garantizar la vigencia en nuestro país del **debido proceso** en materia penal; **recuperar la confianza en la justicia penal** y sus instituciones; hacer más eficiente la persecución e investigación de los delitos y el trabajo de los tribunales penales; **asegurar la protección, asistencia y participación de las víctimas en el proceso penal**”⁹ (negrilla fuera de texto original).

En este sentido, *si a priori* los encargados de investigar los hechos denunciados cuestionan la credibilidad del testimonio de la víctima y cargan de prejuicio la legitimidad de su denuncia, ello no abona en la confianza que se pretende tener del sistema de justicia penal y, por el contrario, lo desmotiva.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en la jurisprudencia intitulada

“Testimonio de la víctima. Condiciones para evaluar su veracidad cuando el delito ocurre en contextos que admiten testimonios de corroboración”, ha puntualizado que, “en materia de valoración probatoria, el dicho de la víctima es, por supuesto, de enorme importancia, sobre todo respecto de aquellos delitos en los que ella misma está presente durante la realización del crimen y que, por ello, puede

8 Experiencias que fueron sistematizadas y publicadas en el artículo elaborado por Bezanilla, J.M. y Tapia, F.E., “Documentación eficaz de la tortura y la garantía del derecho a la rehabilitación de las víctimas”, *Revista Cuadernos de Crisis* No. 21, Vol. 2 Argentina, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.CUADERNOSDECRISIS.COM/DOCS/2022/NUMERO21VOL2_2022.PDF](https://www.cuadernosdecrisis.com/docs/2022/numero21vol2_2022.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

9 Iniciativa de diputados de diversos grupos parlamentarios propuesta el 25 de abril de 2007 mediante la cual se somete la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de juicios orales y debido proceso penal al tenor de la siguiente Exposición de motivos, documento disponible en <[HTTPS://LEGISLACION.SCJN.GOB.MX/BUSCADOR/PAGINAS/WFPROCESOLEGISLATIVOCOMPLETO.ASPX?Q=B/EcoM1EFUFeB6DOANOIMNPZPsNLFQEOS7FEY1FQRIEBELBLMN9GCHKHbZJR/8YCFNGQ4QMWRZBiHT-7YAX8W==>](https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/paginas/wfprocesolegislativocompleto.aspx?q=b/EcoM1EFUFeB6DOANOIMNPZPsNLFQEOS7FEY1FQRIEBELBLMN9GCHKHbZJR/8YCFNGQ4QMWRZBiHT-7YAX8W==>)> (visto por última vez el 01.04.2024).

aportar detalles sobre lo que percibió directamente con sus sentidos. **Además, su testimonio tiene especial importancia respecto de aquellos crímenes clasificados como “de realización oculta”, sin testigos**, o que implican violencia sexual. Sin embargo, en delitos cuya realización ocurre en lugares públicos y transitados, que dan lugar a la posibilidad de reunir diversos testimonios, el dicho de la presunta víctima no es, por sí mismo, acreedor de un valor probatorio especial o destacado que, por defecto, deba asignarse a priori. Su veracidad —en tanto elemento de cargo— se debe acreditar más allá de toda duda razonable. **Esto de ninguna manera implica que el juzgador deba suponer mala fe en su testimonio, mucho menos que deba partir de la sospecha de que miente al expresar su versión de los hechos.** Por el contrario, el escepticismo constitucionalmente requerido **sólo supone que el juzgador debe valorar las afirmaciones de la víctima como elementos que requieren corroboración**, sobre todo tratándose de delitos que suceden en áreas de acceso al público en general y suficientemente concurridos¹⁰ (negrilla fuera de texto original).

Se destaca que, la tortura al ser un delito que se desarrolla en contextos “de realización oculta” cuyos responsables de su ejecución son agentes del Estado o particulares por aquiescencia de éstos, el testimonio de la víctima es importante, de ahí que sea la materia base de la investigación de la tortura conforme al Protocolo de Estambul; sin embargo, la elección de esta tesis, permite exponer algo que infortunadamente sucede con las víctimas de tortura y es que los operadores jurídicos buscan mediante la intervención pericial psicológica desvirtuar el testimonio de las víctimas, siendo que, la metodología de investigación conocida como psicología del testimonio entre otras cosas tiene como objetivo analizar la calidad del recuerdo, si hubo algún tipo de injerencia o manipulación de este, como si se tratase de una cadena de custodia de un indicio físico, sólo que aquí es el recuerdo de los hechos la evidencia, ésta valora la exactitud y credibilidad de lo que narra en un marco plausible ya que habrán algunos datos que la víctima no pueda recordar ya sea por haber tenido alguna privación sensorial (como los ojos vendados) o haber perdido el conocimiento y, que ello, haya afectado su recuerdo; sin embargo, cuando este tipo de mecanismos se utilizan, no de buena fe, sino para cuestionar la veracidad del testimonio se trastoca gravemente la confianza que toda víctima debe tener en el sistema de justicia cuando decide denunciar un hecho.

Con lo anterior, no se quiere plasmar que si dentro de la investigación hay indicios que contradigan el testimonio de la víctima deban no cuestionarse; todo lo contrario, lo que se busca expresar es que se le garanticen los derechos que ésta tiene dentro del sistema de justicia penal y no se prejuzgue su testimonio a priori.

Por ello, es importante se reconozca como lo mandata la norma, que toda víctima que denuncia un hecho delictivo o violación a sus derechos humanos lo hace porque efectivamente ha sufrido

“algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte”¹¹.

10 SCJN, Jurisprudencia “Testimonio de la víctima. Condiciones para evaluar su veracidad cuando el delito ocurre en contextos que admiten testimonios de corroboración”, *Caceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 32, diciembre de 2023, Tomo I, p. 229 Tesis: P./J. 9/2023 (11a.) Undécima Época, Registro digital: 2027849.

11 Artículo 4º de la Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley General de Víctimas (LGV) destaca observar entre otros principios para la atención a las víctimas el de **dignidad humana** el cual refiere como

“un valor, principio y derecho fundamental base y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares. En virtud de la dignidad humana de la víctima, todas las autoridades del Estado están obligadas en todo momento a respetar su autonomía, a considerarla y tratarla como fin de su actuación”.

Así mismo esta norma reconoce diversos principios como el ya referido de **buena fe** que las autoridades presumirán de las víctimas.

“Los servidores públicos que intervengan con motivo del ejercicio de derechos de las víctimas no deberán criminalizarla o responsabilizarla por su situación de víctima y deberán brindarle los servicios de ayuda, atención y asistencia desde el momento en que lo requiera, así como respetar y permitir el ejercicio efectivo de sus derechos”.

También el principio de **no criminalización** que implica que

“las autoridades no deberán agravar el sufrimiento de la víctima ni tratarla en ningún caso como sospechosa o responsable de la comisión de los hechos que denuncie. Ninguna autoridad o particular podrá especular públicamente sobre la pertenencia de las víctimas al crimen organizado o su vinculación con alguna actividad delictiva. La estigmatización, el prejuicio y las consideraciones de tipo subjetivo deberán evitarse.”

Así, “*las características y condiciones particulares de la víctima no podrán ser motivo para negarle su calidad*” lo que evita su **victimización secundaria** (revictimización).

Martorella refiere que, la revictimización o victimización secundaria, es la que surge a partir de que la persona que ha vivido una experiencia traumática, y al entrar en contacto con las autoridades o instituciones del Estado, es receptora de tratos injustos e incluso puede ser criminalizada por el mismo acto del que fue receptora¹².

Ello es constantemente observado en víctimas de tortura que, a la vez son imputadas por delitos de delincuencia organizada o secuestro, como si hubiera cierta “autorización” para los agentes del Estado de transgredir los derechos a este perfil delincencial, al cual desde la propia Carta Magna le son restringidas garantías procesales aplicando sobre estos una política criminal de corte autoritario y con derechos reducidos¹³ propios de un estado de excepción. Todo ello nos evidencia una política criminal dual: una dotada de garantías amplias, siguiendo la tradición y el desarrollo que hasta el momento había tenido el derecho nacional penal y otro extraordinario, con garantías restringidas en materia de delincuencia organizada y “otros” extremos¹⁴.

12 MARTORELLA, A. M., *Abuso sexual infantil intrafamiliar: revictimización judicial*. Argentina, 12º Congreso Virtual de Psiquiatría, Febrero-Marzo 2011.

13 ONTIVEROS ALONSO, M., “¿Quiénes son “los otros” en la reforma constitucional?”, *X Jornadas sobre Justicia Penal. Reformas Penales 2008-2009, Mesa 3*, jueves 03 de diciembre de 2009. Disponible en <HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/V1V/VIDEO.HTM?E=36&M=355&P=166&PAR=4> (visto por última vez el 01.04.2024).

14 GARCÍA RAMÍREZ, S. Y MARTÍNEZ BREÑA, L., *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM/Porrúa/PUDH, México, 2014, p. 69.

Es pertinente referir que, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, refiere que, “*las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad*”, independientemente de que simultáneamente puedan ser imputadas de algún hecho delictivo y del tipo de delito que se les imputa.

Pese a estos criterios jurisdiccionales, las normas nacionales vigentes y a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, las autoridades investigadoras siguen cuestionando las intenciones que las víctimas de tortura puedan tener al denunciar los hechos.

No obstante; no es algo que pase inadvertido e incluso fue plasmado en referido Informe del Relator de Tortura plasmando al respecto que

“[...] Los ministerios públicos son reticentes a investigar las denuncias. Pese a ser usualmente el primer contacto de las víctimas con el sistema de justicia, suelen desestimarlas como maniobras para exculpar al detenido. Reiteradamente las víctimas deben denunciar la tortura ante el mismo cuerpo al que acusan de cometerla o permitirla. También hay una tendencia por parte de los ministerios públicos, jueces y comisiones de derechos humanos a calificar conductas constitutivas de tortura con tipos penales de menor gravedad, como abuso de autoridad, lesiones o ejercicio indebido de servicio público [...]”.

Amnistía Internacional también ha referido que al investigar la tortura en México ha encontrado que,

“la responsabilidad de presentar una denuncia recae exclusivamente en la persona que ha sido torturada y, en los pocos casos en los que esas denuncias se investigan, la gran mayoría se tratan como casos de abusos de autoridad y otros delitos menores” así mismo refiere que, “no tiene conocimiento de ningún caso en el que agentes del ministerio público o jueces hayan sido objeto de medidas disciplinarias por no ordenar una investigación” al tener noticia de la misma por parte del denunciante¹⁵.

Incluso, pese a existir la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁶ la cual en su artículo 24 retoma el tipo penal de tortura de la definición establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se sigue reclasificando y, en el mejor de los casos, sancionado con base en el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 215 del Código Penal Federal de México, particularmente cuando se dé la hipótesis en la que se obliga al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura, pese a que en el artículo 24 de la ley de la materia también se plasma esa misma hipótesis, entre otras.

Minimizar la denuncia de una víctima de tortura como una vía para encontrar una salida a la privación de la libertad o para sacar algún tipo de beneficio económico, sin que siquiera los agentes encargados de la investigación de los hechos hayan comenzado a realizar las diligencias que, en dado caso, descartarán o confirmarán con pruebas lo denunciado, niega de entrada los derechos que toda víctima de un hecho delictivo tiene dentro del proceso penal, reduciendo su vivencia a sólo manifestaciones y alegaciones con testimonios que se perderán en el proceso.

Garantizarle a las víctimas de tortura sus derechos a la verdad, justicia y reparación, va más allá de aceptar solamente su condición de víctimas, implica también el que el Estado asuma

15 Amnistía Internacional, *La Tortura en México*, México, 2014. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/amr410152014es.pdf>> (visto por última vez el 01.04.2024).

16 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2017.

la responsabilidad de la adecuada investigación y sanción de los hechos y con ello, reducir la amplia brecha de impunidad que prevalece en México respecto a este delito y violación grave a los derechos humanos entendiendo a la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables¹⁷.

Es pertinente referir que, en cuanto a transparencia y precisión de datos sobre este tema, incluso yendo a las fuentes que podrían aclararlo, los datos son confusos. De los pocos datos que son públicos sobre el tema se encuentra el reportado por el gobierno mexicano en 2012 al Comité contra la Tortura en el que refirió que se habían *dictado únicamente seis sentencias por tortura desde 2005, además de 143 sentencias por abuso de autoridad, 60 por ejercicio abusivo de funciones y 305 por uso indebido de atribuciones*¹⁸ y, en 2015 el Estado mexicano reportó a la CIDH que existían sólo 15 condenas federales por tortura desde 2006¹⁹, habiendo inconsistencias en los contenidos reportados en el rango temporal que abarca, pero sobre todo lo que más se destaca es la poca actualización y transparencia que hay sobre la información oficial, lo que contribuye a ampliar la percepción de impunidad y desinterés gubernamental sobre el tema.

Así mismo, se encuentra la estadística referidos a Amnistía Internacional por el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) en enero de 2014 en donde se refería que habían sido 17 las condenas, no llegando ni a 20 las sentencias por el delito de tortura²⁰ dato que se actualizó en 2018 cuando el CJF le refirió a la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) que hasta ese año el total de sentencias condenatorias por tortura ascendía a 50 y 16 absoluciones.

Es un hecho que en México, no solo frente al delito de tortura hay poca confianza en la autoridad, ello se evidencia en el alto porcentaje de cifra negra referido en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública publicada en 2023, que asciende a 92.4%, data que engloba todos los delitos que no son denunciados en el país.

De acuerdo con la Organización Impunidad Cero, de cada 100 delitos que se cometen en México, solo 6.4 se denuncian y de cada 100 delitos que se denuncian, solo 14 se resuelven. Esto quiere decir que la probabilidad de que un delito cometido sea resuelto en este país es tan solo del 0.9%²¹.

En 2017 México se encontraba en el cuarto lugar de los países con mayor impunidad en el

17 Corte IDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 173; Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de enero de 1999. (Reparaciones y Costas). Serie C No. 48, párr. 64; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo). Serie C No. 70, párr. 211; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 71, párr. 123; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas). Serie C, No. 74, párr. 186.

18 ONU, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, adoptadas por el Comité contra la Tortura en su 49º período de sesiones del 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012, CAT/C/MEX/CO/5-6.

19 BEZANILLA, J.M., TAPIA, F.E., RIVERA, J.A., *Tortura y Protocolo de Estambul. Revisión y actualización a la luz del "Protocolo de Estambul"* 2022, España, Editorial Académica Española, 2023, p. 202.

20 Se precisaba que, hasta ese año los tribunales federales sólo habían dictado siete sentencias por tortura desde 1991. El Instituto Nacional de Estadística registró entre 1965 y 2012 únicamente cinco sentencias por tortura en el ámbito estatal considerando que, en México hay 32 entidades federativas.

21 ZEPEDA LECUONA, G.R., "Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías", *Impunidad Cero*, México, 2017. Disponible en <https://www.impunidadcero.org/impunidad-en-mexico/assets/pdf/15_impunidad_cero_ranking_de_procuradurias.pdf> (visto por última vez el 01.04.2024).

mundo²² de acuerdo con el Índice Global de Impunidad; no obstante en su más reciente publicación de 2022, México ya no ocupa los primeros lugares en la lista de países con mayor impunidad; sin embargo, aún presenta un índice alto de 49.57 puntos²³.

El Registro Nacional del Delito de Tortura (RENADET)²⁴, a cargo de la Fiscalía General de la República, da cuenta que, del 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2023, se han abierto 17,837 expedientes por estos delitos, 14,615 expedientes por tortura, y 3,222 por tratos crueles. Por cada expediente de tratos crueles e inhumanos abierto, se abren 4.5 expedientes por tortura; un promedio de 3,102 expedientes anuales de casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a lo largo del país. A nivel nacional, desde el 1 de enero de 2018 al 30 de septiembre de 2023 se han registrado 21,961 víctimas en expedientes abiertos por tortura o tratos crueles e inhumanos; 77.9% de las víctimas son hombres (17,105) y 11.8% (2,594) son mujeres. En promedio 3,819 víctimas anuales y 1.2 víctimas por cada expediente abierto.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021, 64.5% de la población privada de la libertad (64.4% mujeres y el 64.5% hombres) mencionó haber sufrido algún acto de violencia física y/o psicológica, realizado o permitido por la policía o autoridad después de la detención hasta antes de llegar al Ministerio Público o Fiscal.

Al respecto la ENPOL también precisa que, del 48% de población privada de la libertad que reconoció su culpabilidad el 20% declaró que así lo hizo porque fue agredida físicamente, el 18.2% recibió presiones o amenazas, 3% fue para proteger a alguien más, al 1.6% le dijeron que podía salir libre, al 1.2% lo convencieron de que era culpable y, el 0.5% lo hizo tras haber tenido interrogatorios extensos y que, erróneamente, se han validado como estrategias de interrogatorio.

Del total de expedientes abiertos a la fecha, cerca de 14,713 (82.49%) se cometieron durante la administración del actual presidente de México Andrés Manuel López Obrador. **No obstante, menos del 1% de las investigaciones por tortura a nivel federal concluyen en enjuiciamiento y condena.**

El Estado mexicano es omiso en cumplir con sus obligaciones constitucionales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona; sin excepciones. Estas omisiones han generado un alto costo para el país, prueba de ello se evidencia en las 13 sentencias interamericanas en contra de México, dentro de las cuales 7, son por violaciones a derechos humanos cometidas mediante actos de tortura²⁵.

22 Los trece países que en 2017 el IGI planteaba con muy alta impunidad eran: 1) Filipinas (75.6 puntos), 2) India (70.94 puntos), 3) Camerún (69.39 puntos), 4) México (69.21 puntos), 5) Perú (69.04), 6) Venezuela (67.24 puntos), 7) Brasil (66.72 puntos), 8) Colombia (66.57 puntos), 9) Nicaragua (66.34 puntos), 10) Federación de Rusia (65.49 puntos), 11) Paraguay (65.38 puntos), 12) Honduras (65.04 puntos), 13) El Salvador (65.03 puntos).

23 LE CLERCQ ORTEGA, J.A. CHÁIDEZ MONTENEGRO, A. Y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, G., *Índice Global de Impunidad*, Universidad de las Américas, Puebla, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.UJDLAP.MX/CESI/FILES/INDICES-GLOBALES/IGI-MEX-2022-UJDLAP.PDF](https://www.udlap.mx/CESI/FILES/INDICES-GLOBALES/IGI-MEX-2022-UJDLAP.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

24 El 26 de junio de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expide la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en la cual se estableció el Registro Nacional del Delito de Tortura (RENADET) como una herramienta de investigación y de información estadística que incluye los datos sobre todos los casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

25 CortelDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482; Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371; Corte IDH, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273; Corte IDH, *Caso*

La expectativa social de combatir la impunidad en materia penal tras la reforma constitucional sobre el tema de 2008, se pierde entre los números que evidencian ir en un sentido contrario.

Los contextos de impunidad, anomia e incertidumbre contribuyen a la erosión de la confianza que la sociedad pueda llegar a tener en las instituciones del Estado, así mismo evidencia el incumplimiento de la función esencial del aparato punitivo del Estado al no sancionar un delito y violación grave a los derechos humanos por lo que genera a la vez un severo impacto psicosocial que le es intrínseco al contravenir los elementos simbólicos que fundan y sostienen al tejido social.

La impunidad de la tortura y del maltrato es aliciente para su repetición crónica y agravamiento dejando en total indefensión a las víctimas y a sus familiares, impidiendo que éstas retomen su proyecto de vida y, en el mejor de los casos se les “pague por el daño causado”, sin repararles realmente ya que su afectación no es un asunto que se pueda cuantificar y limitar sólo a lo material o económico sino que implica lograr que las víctimas puedan vivir efectivamente libres de temor.

Es por lo anterior que, las autoridades responsables de la investigación de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos en contra de personas, que a la vez están siendo investigadas como presuntas culpables de algún hecho delictivos, deben apelar a su ética profesional, reconocer a la víctima o a la presunta víctima, antes que al delincuente que alega el hecho, investigar con objetividad y procesar a los responsables de cometer esos delitos y graves violaciones a los derechos humanos. Recordemos que la tortura además de ser imprescriptible, es una norma de ius cogens, que obliga a los Estados, no solo a prohibirla, sino también a investigarla con objetividad, sancionar a los culpables y reparar a las víctimas.

Los agentes investigadores son la piedra angular para legitimar y fortalecer el sistema de justicia penal, si ellos no logran combatir la impunidad garantizando a toda persona que alegue ser víctima de tortura o malos tratos el acceso a la justicia, nos se llegarán a cumplir los objetivos de prevención general y especial, propios de una política criminal digna de un Estado democrático y de derecho.

Bibliografía.

Amnistía Internacional, *La Tortura en México*, México, 2014. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMNESTY.ORG/ES/WP-CONTENT/UPLOADS/SITES/4/2021/07/AMR410152014ES.PDF](https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/AMR410152014ES.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

BEZANILLA, J.M, TAPIA, F.E, RIVERA, J.A., *Tortura y Protocolo de Estambul. Revisión y actualización a la luz del “Protocolo de Estambul”* 2022, Editorial Académica Española, España, 2023.

Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte IDH, *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.

- BEZANILLA, J.M. Y TAPIA, F.E., "Documentación eficaz de la tortura y la garantía del derecho a la rehabilitación de las víctimas", *Revista Cuadernos de Crisis* No. 21, Vol. 2 Argentina, 2022. Disponible en <[HTTPS://WWW.CUADERNOSDECRISIS.COM/DOCS/2022/NUMERO21VOL2_2022.PDF](https://www.cuadernosdecrisis.com/docs/2022/numero21vol2_2022.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- CIDH. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Resolución 01/08, en su 1310. período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.
- Corte IDH, *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.
- Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), Serie C No. 70.
- Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y Costas). Serie C No. 48.
- Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala* Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37.
- Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 71.
- Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- Corte IDH, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273.
- Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482.
- Corte IDH, *Caso Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 424.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas). Serie C No. 74.
- Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.
- Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346.
- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. Y MARTÍNEZ BREÑA, L., *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM/Porrúa/PUDH, México, 2014.

- LE CLERCQ ORTEGA, J.A. CHÁIDEZ MONTENEGRO, A. Y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, G. COORD. *Estructura y función de la impunidad en México. Índice Global de Impunidad México 2022 (IGI MEX-2022)*, Universidad de las Américas, Puebla, 2022, Disponible en <[HTTPS://WWW.UDLAP.MX/CES11/FILES/INDICES-GLOBALES/IGI-MEX-2022-UDLAP.PDF](https://www.udlap.mx/CES11/FILES/INDICES-GLOBALES/IGI-MEX-2022-UDLAP.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- MARTORELLA, A. M., *Abuso sexual infantil intrafamiliar: revictimización judicial*. Argentina, 12º Congreso Virtual de Psiquiatría, Febrero-Marzo 2011.
- ONTIVEROS ALONSO. M., “¿Quiénes son “los otros” en la reforma constitucional?”, *X Jornadas sobre Justicia Penal. Reformas Penales 2008-2009, Mesa 3*, jueves 03 de diciembre de 2009. Disponible en <[HTTP://WWW.JURIDICAS.UNAM.MX/V1V/VIDEO.HTM?E=36&M=355&P=166&PAR=4](http://www.juridicas.unam.mx/v1v/video.htm?E=36&M=355&P=166&PAR=4)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- ONU, *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, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).
- ONU, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 29 de diciembre de 2014*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/28/68/Add.3.
- ONU, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, adoptadas por el Comité contra la Tortura en su 49º período de sesiones del 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012, CAT/C/MEX/CO/5-6.
- SCJN, Iniciativa de diputados de diversos grupos parlamentarios propuesta el 25 de abril de 2007 mediante la cual se somete la iniciativa de decreto por el que se reforman los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de juicios orales y debido proceso penal al tenor de la siguiente Exposición de motivos, documento disponible en <[HTTPS://LEGISLACION.SCJN.GOB.MX/BUSCADOR/PAGINAS/WFPROCESOLEGISLATIVOCompleto.ASP?Q=B/ECOMJEFU-FEB6DOANOIMNPZPsNLFQEOS7FEY1FQRIEBELBBLMN9GCHKBHbZJR/8YCFNCQ4QMWRZBiHT-7YAx8w==>](https://legislacion.scjn.gob.mx/BUSCADOR/PAGINAS/WFPROCESOLEGISLATIVOCompleto.asp?q=B/ECOMJEFU-FEB6DOANOIMNPZPsNLFQEOS7FEY1FQRIEBELBBLMN9GCHKBHbZJR/8YCFNCQ4QMWRZBiHT-7YAx8w==>)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- SCJN, Jurisprudencia “Testimonio de la víctima. Condiciones para evaluar su veracidad cuando el delito ocurre en contextos que admiten testimonios de corroboración”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 32, diciembre de 2023, Tomo I, p. 229 Tesis: P./J. 9/2023 (11a.) Undécima Época, Registro digital: 2027849.
- SEGOB, Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013 México, 2013.
- SEGOB, Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de junio de 2017, México, 2017.
- ZEPEDA LECUONA, G.R., “Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías”, *Impunidad Cero*, México, 2017. Disponible en <[HTTPS://WWW.IMPUNIDADCERO.ORG/IMPUNIDAD-EN-MEXICO/ASSETS/PDF/15_IMPUNIDAD_CERO_RANKING_DE_PROCURADURIAS.PDF](https://www.impunidadcero.org/impunidad-en-mexico/assets/pdf/15_impunidad_cero_ranking_de_procuradurias.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

John José Libreros Díaz

31. El posconflicto en Colombia: avances y obstáculos.*

Resumen: El conflicto armado que ha afectado a Colombia durante más de medio siglo generó una respuesta estatal encaminada a lograr la paz, de ahí las iniciativas que se han presentado en su devenir histórico. La última tentativa se consolidó el 24 de noviembre del 2016 con la firma de los Acuerdos Finales de Paz en La Habana, entre el Estado colombiano y las FARC. Su implementación aparejó avances y obstáculos en la fase del posconflicto; los segundos ponen en riesgo las buenas intenciones del proceso de paz. Sobre este asunto, gira el eje temático central del presente documento académico.

Palabras clave: crímenes de Estado, conflicto armado, justicia restaurativa, lesa humanidad, obstáculos, posconflicto, proceso de paz.

Abstract: The armed conflict that has affected Colombia for more than half a century generated a state response aimed at achieving peace, hence the initiatives that have been presented in its historical development. The last attempt was consolidated on november 4, 2016 with the signing of the Final Peace Agreements in Havana, between the Colombian State and the FARC. Its implementation brought progress and obstacles in the post-conflict phase; The latter put the good intentions of the peace process at risk. The central thematic axis of this academic document revolves around this issue.

Keywords: state crimes, armed conflict, restorative justice, against humanity, obstacles, post-conflict, peace process.

* Algunas ideas plasmadas en este documento académico han sido expuestas en mi proyecto de tesis doctoral denominado "Crímenes de Estado y el Proceso de Paz en Colombia" presentado en la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Alcalá de Henares, España.

Introducción.

El surgimiento de grupos rebeldes en Colombia y el conflicto armado persistente que ha afectado al país durante más de medio siglo generó una respuesta estatal a través de las Fuerzas Militares, lo que motivó la expedición de una desafortunada directiva gubernamental¹ encaminada a evidenciar resultados y proyectar la idea de que el Estado iba ganando la guerra. Esta iniciativa institucional se pervirtió mediante comportamientos inadmisibles, rayanos en conductas punibles de lesa humanidad y crímenes de guerra por parte de algunos integrantes del ejército nacional y de otros cuerpos armados, motivados por la directriz generadora de un sistema de incentivos y recompensas.

Conductas repudiables perpetradas contra personas pertenecientes a la población civil totalmente ajenas al conflicto interno armado, no internacional y de baja intensidad que vivía el país. Mismas que por su *modus operandi* desnaturalizó su propósito dando margen a ejecuciones extrajudiciales —Falsos Positivos— que no guardaban ninguna clase de relación con la guerra interna que se libraba entre los insurgentes y las Fuerzas Militares representativas del Estado de Derecho.

El conflicto interno, no internacional y de baja intensidad que vivió el país se agudizó ante tales prácticas ominosas. Problemática que sumada a otros factores, provocó una nueva tentativa para alcanzar la reconciliación y la paz en Colombia. Este asunto aparejó la implementación de una justicia transicional a partir de la firma de los Acuerdos Finales de La Habana, para una Paz Estable y Duradera con basamento en los cánones reguladores de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Lo planteado abrió la ruta que debía recorrerse para lograr la materialización de esta clase de justicia transicional. Camino que no ha sido fácil de transitar por el surgimiento de una serie de inconvenientes que permearon las buenas intenciones del proceso de paz.

Desde esta perspectiva, se plantearán los principales obstáculos y avances que han impactado el *desiderátum* de una paz estable y duradera a partir de los Acuerdos Finales de La Habana². Tal aspiración no pretende ser exhaustiva ni mucho menos constituir un punto final de cara al controversial problema, sino que busca visibilizar el estado de cosas que en un momento dado pueden dar la apariencia de la inocuidad de los grandes esfuerzos que se han dado en el devenir histórico del aludido conflicto y de las tentativas de eliminarlo o por lo menos, reducirlo a su mínima expresión.

En este orden de ideas, primero, se abordará una reseña histórica del conflicto armado en Colombia. Segundo, se hará un acercamiento a las tentativas de acuerdos de paz que han tenido lugar para superarlo. Tercero, se abordará la fase del posconflicto con sus avances y obstáculos y, por último, se arribará a una serie de conclusiones provisionales.

1 INFOBAE, "Esta fue la directiva 029 de 2005 que reglamentó el pago de recompensas de hasta \$3 800.000 a militares por capturar o dar de baja a guerrilleros", *INFOBAE.COM*/19.02.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/COLOMBIA/2021/02/19/ESTE-FUE-LA-DIRECTIVA-029-DE-2005-QUE-REGLAMENTO-EL-PAGO-DE-RECOMPENSAS-DE-HASTA-3800000-A-MILITARES-POR-CAPTURAR-O-DAR-DE-BAJA-A-CUERRILLEROS/](https://www.infobae.com/america/colombia/2021/02/19/ESTE-FUE-LA-DIRECTIVA-029-DE-2005-QUE-REGLAMENTO-EL-PAGO-DE-RECOMPENSAS-DE-HASTA-3800000-A-MILITARES-POR-CAPTURAR-O-DAR-DE-BAJA-A-CUERRILLEROS/)> (visto por última vez 01.04.2024).

2 Cancillería de Colombia, "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", *CANCELLERIA.GOV.CO* 12.11.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.CANCELLERIA.GOV.CO/SITES/DEFAULT/FILES/FOTOS2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/fotos2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

1. *Reseña histórica del conflicto armado en Colombia.*

La narrativa sobre el origen del conflicto armado que existe en Colombia se enfoca desde diferentes aristas, es decir, se ha buscado en diferentes causas. Asunto de vital importancia, hasta el punto que al inicio de las conversaciones entre los representantes del Estado colombiano y los miembros del equipo negociador de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) se acordó establecerlas en clave de una salida consecuente que superara las razones que lo perpetuaron durante más de medio siglo. En esta oportunidad se previó que el proceso de paz no tuviera un carácter coyuntural, sino que en lo posible se fundamentara en el conocimiento aproximado de sus verdaderas causas.

Ante esta aspiración, el equipo negociador de las FARC y los representantes del Estado colombiano, que integraban la comisión negociadora acordaron como prioridad la conformación de una comisión integrada por eruditos, por personas calificadas, versadas en la materia —que no fueren miembros de ninguna de las comisiones— que presentara un informe encaminado a desentrañar la causas que lo generaron³.

Posteriormente, se creó una comisión integrada por doce miembros, seis escogidos por la guerrilla de las FARC y seis propuestos por el Estado colombiano, quienes sobre la base de su saber específico, presentarían un informe final sobre las causas generadoras del conflicto armado en Colombia.

En tal sentido, el consenso con mayor fuerza argumentativa apunta a que su génesis se sustenta en el problema de la tenencia y distribución de la tierra. En el entendido que, entre los años 1940 y 1950 se originó el periodo de la violencia en Colombia, resultante de la suma de factores geopolíticos y socio-económicos cuyo núcleo se asentaba en la lucha por la posesión de la tierra y el aparejado enfrentamiento entre insurgentes y terratenientes⁴. En este orden, no es casual que en el mes de mayo del 2013 se conociera que el primer acuerdo de Paz de La Habana, precisamente aludiera al “Desarrollo Agrario Integral”⁵.

2. *Tentativas de acuerdos de paz en Colombia.*

Investigaciones realizadas sobre este particular, arrojan que Colombia tiene el *récord* mundial del mayor número de procesos de paz sin que ello garantizara el cumplimiento de las expectativas que estos generaban. De manera que cronológicamente se reseñará que durante los gobiernos de Gustavo Rojas Pinilla (1953–1957); Belisario Betancourt Cuartas (1982–1986); Virgilio

3 cf. Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz, “Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia”, *INDEPAZ.ORG/01.02.2015*. Disponible en <[HTTPS://WWW.INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2015/02/VERSION-FINAL-INFORMES-CHCV.PDF](https://www.indepaз.org.co/wp-content/uploads/2015/02/VERSION-FINAL-INFORMES-CHCV.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

4 cf. DE LA CALLE LOMBANA, HUMBERTO, *Revelaciones al final de una guerra. Testimonio del Jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana*, Bogotá, Penguin Random House, 2019, p.159 y ss.

5 cf. Universidad EAFIT, “Acuerdo sobre Política de Desarrollo Agrario Integral. El primero de los acuerdos, que se dio a conocer en La Habana (Cuba) el 26 de mayo de 2013, se denomina Política de Desarrollo Agrario Integral y dirige su atención hacia un nuevo campo colombiano a través de una Reforma Rural Integral (RRI)”. *EAFIT.EDU.CO 05.09.2016* Disponible en <[HTTPS://WWW.EAFIT.EDU.CO/PEDAGOGIA/DELOSACUERDOS/PAGINAS/DESARROLLO-AGRARIO.ASPX](https://www.eafit.edu.co/pedagogia/DELOSACUERDOS/PAGINAS/DESARROLLO-AGRARIO.ASPX)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Barco Vargas (1986–1990); Cesar Gaviria Trujillo (1990–1994); Ernesto Samper Pizano (1994–1998); Andrés Pastrana Arango (1998–2002); Álvaro Uribe Vélez (2002–2010) y Juan Manuel Santos Calderón (2010–2014 y 2014–2018) se adelantaron acercamientos con los grupos insurgentes o al margen de la ley con miras a la pacificación de Colombia, pero no fructificaron dado el incumplimiento de los acuerdos⁶.

Debe resaltarse que el de mayor trascendencia por las expectativas generadas fue el promovido por el expresidente Juan Manuel Santos Calderón. En ese momento gestionó lo necesario para lograr un contexto favorable que permitiera que los insurgentes de las FARC lograrán su desmovilización. Recuérdese que este grupo guerrillero persistió, resistió por muchísimos años hasta el punto que ha sido considerado el más antiguo y numeroso en la historia del país.

Alcanzados los acuerdos necesarios para la firma de lo pactado en La Habana el día 24 de noviembre de 2016 se estableció una agenda de trabajo que condujera a la materialización del mismo. Por tanto, a continuación se hará un resumen sobre los contenidos más importantes del trascendental Acuerdo, sin desconocer que en la práctica su materialización representa un verdadero desafío institucional de cara a quienes pretenden hacerlos “trizas”.

3. *Sinopsis sobre los Acuerdos de Paz en La Habana.*

Los Diálogos de Paz comprendieron una serie de pasos pactados entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) con el propósito de ponerle fin al conflicto armado interno, no internacional y de baja intensidad vivido en el territorio nacional que pretendían la obtención de la paz pero no de cualquier manera o a cualquier precio. Al respecto, es de recibo sintetizar sus antecedentes conforme a lo narrado por el politólogo colombiano Álvaro Villarraga Sarmiento.

Refiere que en el mes de marzo del 2015 se acordó de manera perentoria el desminado humanitario, propuesta respaldada por los delegados del reino noruego. Luego, para el mes de junio del mismo año se consolidó en la capital de Cuba la conformación de la Comisión de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. Seguidamente en julio se dio respuesta a una petición incoada por los Estados garantes, Cuba, Noruega y de sus acompañantes, Venezuela y Chile con el propósito de agilizar los diálogos en busca de la terminación de los combates.

Agrega que, para el mes de agosto del nombrado año se integró la Comisión Jurídica, constituida por conocedores del tema propuestos por los negociadores, que proyectó un consenso alusivo a la Jurisdicción Especial para la Paz, lo que se materializó en septiembre de ese año. Periodo en el que también se agotó la temática de las víctimas mediante acuerdos parciales relacionados con su reconocimiento, derechos, reparación y memoria histórica. Destaca el nombrado politólogo que al mismo tiempo, el expresidente Santos Calderón logró un acercamiento con el Comandante de la FARC, Rodrigo Londoño Echeverri, reconocido con el alias de “Timoleón” o “Timochenko” para que los diálogos terminaran el 23 de marzo del 2016 con la entrega de las armas en un plazo máximos de 60 días⁷.

6 Cepeda Ulloa, Fernando, *Conflicto y paz Colombia 1953–2016*, Bogotá, Cuellar Editores, 2016, p.84 y ss.

7 VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO, “Acuerdos de Paz y finalización histórica del conflicto armado”, *Derecho y Realidad*, 26, vol. 13 (2015) jul.-dic. p. 121–152.

Lo cronológicamente reseñado evidencia la buena voluntad de los negociadores y la dinámica que se le imprimió al proceso. Las partes suscribieron el 24 de agosto del 2016 “El Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, que fue sometido a una consulta plebiscitaria el día 2 de octubre del 2016, reconociéndose que el resultado de las urnas arrojó la prevalencia del NO sobre el SI sin que ello se traduzca en un rechazo a la paz ni a los derechos fundamentales. Soportándose lo afirmado en el pronunciamiento de la Corte Constitucional C-379 del 18 de julio del 2016 que señala los lineamientos a seguir en caso de darse el no como respuesta mayoritaria.

En consecuencia, se surtió el procedimiento previsto en el precedente citado; es decir, el Ejecutivo remitió al Congreso lo actuado para su refrendación por vía parlamentaria⁸. Superados los obstáculos sobreviene la materialización de lo acordado y con ello, comienza la etapa del posconflicto.

3.1. Fase del posconflicto.

Se denomina posconflicto a la etapa subsiguiente a la firma de acuerdos de paz entre un Estado y un grupo o grupos alzados en armas. En el contexto actual de Colombia, alude al periodo comprendido desde el momento subsiguiente a la firma de Los Acuerdos de Paz de La Habana—entre el representante del Estado colombiano y los delegados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) y los tiempos que corren. Esta etapa es de carácter transicional, encaminada a la consecución de una paz estable y duradera.

En otros términos podría decirse, que la fase del posconflicto persigue la materialización de los acuerdos plasmados en las mencionadas negociaciones, con el fin de superar el conflicto armado interno, no internacional y de baja intensidad y generar las condiciones propicias para alcanzar la verdad, el perdón, la reconciliación y la no repetición; asunto que se instrumentaliza mediante la implementación efectiva del Sistema de Justicia Alternativa, esto es, la Jurisdicción Especial para Paz (JEP).

Por tanto, conduce a la reinserción social de los excombatientes, la adopción de medidas dirigidas a propiciar el desarrollo del campo, la actividad productiva e igualmente, generar la percepción de seguridad y la confianza en el cumplimiento de los puntos materia del Acuerdo. Todo en aras de la consecución de una paz estable y duradera.

También podría considerarse como un interregno plagado de incertidumbre, temores y riesgos; en pocas palabras, podría calificarse como una faceta crítica; caracterizada por obstáculos que deben superarse por parte de quienes lo respaldan o lo rechazan. Lo afirmado se puede constatar en el país colombiano donde —como se puntualizará más adelante— se han producido una serie de insucesos que afectan su sostenibilidad y propósito.

Más específicamente podría adicionarse, que el punto más álgido se encara con la recomposición y control de las instituciones estatales permeadas por la polarización política, la corrupción y la violencia generalizada. Todo en procuración de la equidad centrada principalmente en los territorios más vulnerables. En las regiones del país más golpeadas por los efectos colaterales de muerte, destrucción, atentados contra los recursos naturales y la carencia de los insumos necesarios para una vida digna.

8 BBC, “Colombia: el Congreso aprueba el nuevo acuerdo de paz con las FARC y las divisiones se trasladan a las presidenciales de 2018”, *BBC.COM*/1.12.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.BBC.COM/MUNDO/NOTICIAS-AMERICA-LATINA-38165978](https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38165978)> (visto por última vez el 23.03.2024).

En síntesis, el posconflicto es esa etapa de transición esperanzadora que pretende superar las terribles secuelas de una guerra de largo aliento, persistente por más de cincuenta años, vulneradora de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que busca construir una paz estable y duradera desde la perspectiva de la inclusión, de la visibilización de las víctimas, del perdón, de la reparación, del arraigo, de la búsqueda de la verdad y de la no repetición. Encaminada a la materialización de los principios inherentes a la justicia penal alternativa⁹ plasmados en el marco normativo de la JEP.

3.2. Avances y obstáculos.

En cuanto a los avances se destacan algunos que por su notoriedad no se pueden desconocer. En tal sentido, es muy visible el producido a partir del nuevo mandato presidencial (2022–2026). Su paradigma institucional incluye la ejecución de programas sociales del denominado “gobierno del cambio”, lo que representa un verdadero respaldo institucional al proceso de paz firmado entre el Estado colombiano y las FARC-EP hasta el punto que el presidente Gustavo Petro Urrego planteó ir más allá, con su propuesta de gobierno, que denominó la Paz Total, que no solamente involucre a los grupos insurgentes subsistentes en el territorio nacional sino también, abarque a las demás organizaciones al margen de la ley.

Del mismo modo debe resaltarse como un notable progreso, el funcionamiento de la JEP desde de su estructuración jurídica e implementación material. En cuanto a lo primero, resalta el *corpus* jurídico normativo en el que se sustenta y respecto a lo segundo, se evidencia frente a la adecuación de los espacios físicos donde funcionan los despachos judiciales e igualmente, la logística que le permita su operatividad.

En el ámbito de su capacidad de funcionamiento, resalta la conformación de los denominados macro procesos; especialmente, el relacionado con las ejecuciones extrajudiciales comúnmente denominadas “Falsos Positivos”. Registros de gran trascendencia para la individualización e identificación de sus perpetradores, la determinación de la cifra de personas asesinadas bajo la mampara de la directiva 029 de 2005 emanada del Ministerio de Justicia —considerada como la fuente principal, generadora de los execrables delitos de lesa humanidad— con sus efectos colaterales de la cadena de mando; la visibilización de las víctimas y su loable propósito de verdad, justicia, reparación y no repetición. Aclárese que lo planteado apunta a la fase del posconflicto con sus más destacados progresos y contratiempos, esto es, frente a las concretas circunstancias surgidas con posterioridad a la firma de los Acuerdos de Paz de La Habana.

De tal manera que en consideración con lo anotado, es necesario mencionar los principales inconvenientes u obstáculos presentados dada su importancia como factores que, en un momento dado, pusieron en riesgo los ingentes esfuerzos realizados por los promotores de la trascendente propuesta. No en vano Colombia es el único país del mundo que ha llevado a la práctica diez tentativas de procesos de paz, lo que constituye un garante argumentativo que confirma el fracaso de los mismos dada la multiplicidad de obstáculos suscitados en su devenir histórico. En consecuencia, los traspies sufridos en esta oportunidad no serán la excepción. Surtida la premisa anterior, se resumirán los de mayor trascendencia.

9 Jurisdicción Especial para la Paz, “Jurisdicción Especial para la Paz” JEP.GOV.CO 02.04.2018 Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/JEP/PAGINAS/JURISDICCION-ESPECIAL-PARA-LA-PAZ.ASPX](https://www.jep.gov.co/JEP/PAGINAS/JURISDICCION-ESPECIAL-PARA-LA-PAZ.ASPX)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Así las cosas, se percibe en la actualidad la presencia en el territorio nacional de algunos eventos que podrían alterar la añorada aspiración. En primer lugar, persiste la inequitativa distribución de la tierra hasta el punto, que el pensamiento político de quienes manejan los hilos del poder o de quienes están detrás de estos conocen de la existencia en el territorio nacional de un *sui generis* grupo de personas al margen de la ley denominado “ejército antirrestitución de tierras”¹⁰, cuyo propósito se enfoca en mantener el *statu quo* de la posición dominante de los terratenientes y del sometimiento de las personas despojadas de la posesión o propiedad de los latifundios más fértiles o más productivos.

En segundo lugar, la salida del presidente Iván Duque Márquez, ideológicamente opuesto al pensamiento del entrante Gustavo Petro Urrego, extremó en sumo grado el pensamiento político de quienes manejan los hilos del poder por sí mismos o en la sombra, lo que ha constituido una circunstancia agravante de la polarización, inconveniente que es imposible soslayar. Del mismo modo, debe subrayarse que el Ejecutivo saliente, en su momento, realizó diversas objeciones a la Ley Estatutaria de la JEP (Ley 1957 de 2019), manifestaciones que traslucían su animadversión a los Acuerdos de La Habana y su manifiesta oposición a todo lo que tocara los límites de la tan nombrada aspiración.

En este sentido, es pertinente traer a consideración que Duque Márquez esgrimió argumentos de inconveniencia y desde esa perspectiva objetó 6 de los 157 artículos que lo conformaban, señalando al efecto la presentación de un nuevo proyecto de reforma constitucional a la JEP. Recuérdese que en esa oportunidad el Congreso de la República desestimó lo planteado, en los términos esgrimidos en el fallo de la Corte Constitucional¹¹.

En tercer lugar, persisten en el territorio nacional —para el grueso de la población— un inequitativo juego de oportunidades que se refleja en el incremento significativo del desempleo y su trascendente secuela de la informalidad laboral. Sumado a la migración de personas provenientes del régimen desigualitario que rige en la vecina República de Venezuela.

En cuarto lugar, la aberrante y cada día más creciente corrupción que permea los entes estatales; por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal del Estado y de su política criminal, alcanzó su máximo nivel de desprestigio con la llegada de Francisco Barbosa Delgado frente a la inactividad de procesos penales por homicidios selectivos de desmovilizados de la antigua FARC, líderes sociales, sindicalistas y demás. Tampoco son ajenos al terrible mal, la Procuraduría General de la Nación y de otros entes de control, a propósito de la manera sesgada en el ejercicio de sus funciones.

En quinto lugar, la continuidad de las masacres y demás resultados producidos por los combates suscitados entre las disidencias de las FARC y otros grupos insurgentes que han aparecido en el territorio patrio. Hasta el punto que, podría afirmarse que la subversión ha mutado subvencionada por otras formas de criminalidad como el secuestro y la extorsión. Sobre este punto es necesario aclarar que, cuando se alude a nuevos grupos armados se hace en clave a la llamada Nueva Marquetalia y del mismo modo, a las emergentes bandas criminales (Bacrim) y

10 El Tiempo, “Así opera el ‘ejército’ contra la restitución de tierras. Testigos hablan de encapuchados. Autoridades dicen que son bandas aisladas pagadas por narcos”. *ELTIEMPO.COM*/09.06.2012 Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-11933320](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11933320)> (visto por última vez el 01.04.2024).

11 Cf. Redacción, “El presidente la República, Iván Duque reaccionó al fallo de la Corte Constitucional. Tras rechazar las objeciones, Ley Estatutaria de la JEP será sancionada”, *Ámbito Jurídico*, 21 de marzo de 2019.

sus encarnizados enfrentamientos por el control territorial, resultantes de sus economías ilegales. En suma, la insurgencia política y la delincuencia común organizada destacan su presencia en el ámbito de la República de Colombia con su constante amenaza a la pacificación de sus territorios y su consecuente repercusión en el orden público nacional.

Por tanto, los principales obstáculos surgidos en las fase de posconflicto se circunscriben a los ejes políticos, socio-económicos y a la seguridad pública de los coasociados, que como se observará no es un asunto menor cuya superación se surtirá al mediano y al largo plazo.

Conclusiones.

A partir de las anteriores reflexiones se arriba a las siguientes conclusiones provisionales:

1. El surgimiento de grupos rebeldes en Colombia, su problemática y desafíos desencadenó en un conflicto armado interno, no internacional, de baja intensidad y de largo aliento. Esta situación provocó la reacción estatal para contrarrestarlo en diferentes momentos de la historia de Colombia destacándose la más reciente en clave de la directiva ministerial 029 de 2005 que estableció un sistema de incentivos y recompensas considerada la mayor fuente de ejecuciones extrajudiciales conocidas comúnmente como Falsos Positivos.

2. Se resalta la complejidad del conflicto armado en Colombia a lo largo de su historia, destacándose la importancia de establecer sus múltiples aristas para avanzar hacia una solución sostenible. En consecuencia, desde el inicio de las conversaciones de paz en La Habana los representantes del Gobierno Nacional y de los delegados de la comisión negociadora de las FARC-EP priorizaron como punto trascendental de la agenda, establecer su origen para aproximarse hacia una solución razonable.

Iniciativa que se tradujo en un reto nunca antes afrontado. Es por esto que se acordó la conformación de una comisión de doce académicos versados en la materia, gestándose la denominada “Comisión Histórica del Conflicto” a quienes se les encomendó la problemática labor, cuyos resultados disímiles sirvieron de insumo para la mesa de negociaciones de La Habana y la para Comisión de la Verdad.

A pesar de la complejidad de los diversos enfoques sobre la génesis de la guerra interna colombiana, *grosso modo* podría rescatarse la convergencia de criterios relacionados con la problemática de la tenencia y distribución de la tierra. Si bien es cierto que, tal inferencia constituye uno de los ejes centrales del largo conflicto que vivió Colombia, también lo es, la rapiña por el poder y los altos índices de corrupción institucional.

3. De todas maneras, el fracaso de las iniciativas de los procesos de paz para la solución del conflicto armado en Colombia se reduce a un círculo vicioso, donde los terratenientes indirectamente detentan el poder político y económico y el Estado mantiene el *statu quo*.

En tal sentido, cobran importancia los diversos puntos incluidos en la agenda de negociaciones de La Habana, planteados desde lo político, económico y social dada la participación y compromiso de los diversos gremios y sectores de la sociedad que avalarían la efectividad del principio de esperanza en aras de la convivencia pacífica de la Nación colombiana.

4. Los Acuerdos de Paz de La Habana representaron un trascendental esfuerzo para ponerle fin al largo conflicto armado entre el Estado colombiano y las FARC-EP, una vez más se acudió a una salida negociada para sentar las bases de una paz estable y duradera. Iniciativa que enfrentó un largo camino plagado de inconvenientes y con una pluralidad de resultados. Los más sobresalientes fueron el desarme y desmovilización de los insurgentes y los esfuerzos gubernamentales para reintegrarlos al tejido social; su representación política en el Congreso de la República; el desminado de algunas regiones; la vinculación de sus miembros a labores agrícolas, piscícolas, avícolas, entre otras.

Sin embargo, surgieron otras respuestas que desdicen del propósito de pacificación por la inconformidad de algunos insurgentes que en un momento dado se sintieron desprotegidos desde la institucionalidad, por la serie de homicidios, atentados, amenazas, discriminación, exclusión y desaparición de las que han sido víctimas. Cuestión preocupante, que conduce a su reincorporación a grupos al margen de la ley frente a la pasividad de los agentes del Estado.

5. Lo recién expresado contrasta con la operatividad de la JEP y su sistema de justicia transicional de cara a los macro casos. Principalmente, el relacionado con las ejecuciones extrajudiciales o Falsos Positivos, tipificados como delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, donde las víctimas eran personas pertenecientes a la población civil y totalmente ajenas al conflicto. Los perpetradores se acogieron a los principios de verdad, justicia, perdón, reparación y no repetición bajo la expectativa de la aplicación de penas alternativas y de la identificación de quienes fungían en la cadena de mando.
6. La fase del posconflicto, posterior a la firma de los Acuerdos de Paz de La Habana constituye un período de trascendental importancia, como lo acreditan los acápites precedentes. Hasta el punto que se podría decir, que la comunidad internacional es veedora de sus resultados. Colombia enfrenta los desafíos marcados por la transición, solo la rueda de la historia reconocerá si esta última tentativa de pacificación los superó.

Bibliografía.

BBC, "Colombia: el Congreso aprueba el nuevo acuerdo de paz con las FARC y las divisiones se trasladan a las presidenciales de 2018", *BBC.COM*/1.12.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.BBC.COM/MUNDO/NOTICIAS-AMERICA-LATINA-38165978](https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38165978)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Cancillería De Colombia, "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", *CANCILLERIA.GOV.CO* 12.11.2016. Disponible en <[HTTPS://WWW.CANCILLERIA.GOV.CO/SITES/DEFAULT/FILES/FOTOS2016/12.11_1.2016NUEVOACUERDOFINAL.PDF](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

CEPEDA ULLOA, FERNANDO, *Conflicto y paz Colombia 1953–2016*, Bogotá, Cuellar Editores, 2016.

DE LA CALLE LOMBANA, HUMBERTO, *Revelaciones al final de una guerra. Testimonio del Jefe negociador del Gobierno colombiano en La Habana*, Bogotá, Penguin Random House, 2019.

- El Tiempo, "Así opera el 'ejército' contra la restitución de tierras. Testigos hablan de encapuchados. Autoridades dicen que son bandas aisladas pagadas por narcos". *ELTIEMPO.COM*/ 09.06.2012 Disponible en <[HTTPS://WWW.ELTIEMPO.COM/ARCHIVO/DOCUMENTO/CMS-11933320](https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11933320)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- INFOBAE, "Esta fue la directiva 029 de 2005 que reglamentó el pago de recompensas de hasta \$3 800.000 a militares por capturar o dar de baja a guerrilleros", *INFOBAE.COM*/ 19.02.2021. Disponible en <[HTTPS://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/COLOMBIA/2021/02/19/ESTE-FUE-LA-DIRECTIVA-029-DE-2005-QUE-REGLAMENTO-EL-PAGO-DE-RECOMPENSAS-DE-HASTA-3800000-A-MILITARES-POR-CAPTURAR-O-DAR-DE-BAJA-A-GUERRILLEROS/](https://www.infobae.com/americacolombia/2021/02/19/este-fue-la-directiva-029-de-2005-que-reglamento-el-pago-de-recompensas-de-hasta-3800000-a-militares-por-capturar-o-dar-de-baja-a-guerrilleros/)> (visto por última vez 01.04.2024).
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz, "Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia". *INDEPAZ.ORG*/ 01.02.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.INDEPAZ.ORG.CO/WP-CONTENT/UPLOADS/2015/02/VERSION-FINAL-INFORMES-CHCV.PDF](https://www.indepaз.org.co/wp-content/uploads/2015/02/VERSION-FINAL-INFORMES-CHCV.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Jurisdicción Especial para la Paz, "Jurisdicción Especial para la Paz" *JEP.GOV.CO* 02.04.2018 Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/JEP/PAGINAS/JURISDICCION-ESPECIAL-PARA-LA-PAZ.ASPX](https://www.jep.gov.co/jep/paginas/jurisdiccion-especial-para-la-paz.aspx)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Jurisdicción Especial para la Paz, "Jurisdicción Especial para la Paz", *JEP.GOV.CO* 02.04.2018 Disponible en <[HTTPS://WWW.JEP.GOV.CO/JEP/PAGINAS/JURISDICCION-ESPECIAL-PARA-LA-PAZ.ASPX](https://www.jep.gov.co/jep/paginas/jurisdiccion-especial-para-la-paz.aspx)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Redacción, El presidente la República, Iván Duque reaccionó al fallo de la Corte Constitucional. Tras rechazar las objeciones, Ley Estatutaria de la JEP será sancionada, *Ámbito Jurídico* 21.03.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.AMBITJURIDICO.COM/NOTICIAS/CONSTITUCIONAL/CONSTITUCIONAL-Y-DERECHOS-HUMANOS/PRESIDENTE-DUQUE-REACCIONA-ANTE](https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/constitucional-y-derechos-humanos/presidente-duque-reacciona-ante)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Universidad EAFIT, "Acuerdo sobre Política de Desarrollo Agrario Integral. El primero de los acuerdos, que se dio a conocer en La Habana (Cuba) el 26 de mayo de 2013, se denomina Política de Desarrollo Agrario Integral y dirige su atención hacia un nuevo campo colombiano a través de una Reforma Rural Integral (RRI)". *EAFIT.EDU.CO* 05.09.2016 Disponible en <[HTTPS://WWW.EAFIT.EDU.CO/PEDAGOGIA/DELOSACUERDOS/PAGINAS/DESARROLLO-AGRARIO.ASPX](https://www.eafit.edu.co/pedagogia/los-acuerdos/paginas/desarrollo-agrario.aspx)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO, "Acuerdos de Paz y finalización histórica del conflicto armado", *Derecho y Realidad*. 26, vol. 13 (2015) jul.-dic. pp. 121–152.

José Alfredo Rivera Ramírez

32. La política criminal desde la perspectiva constitucional en materia de justicia penal en el sistema penitenciario mexicano

Resumen: A 16 años de la publicación de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 y a poco más de 8 años de su total entrada en vigor para todo el país, existen aún varios temas que atender para hacerla armónica con la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, ya que los planteamientos garantistas que en la primera se incorporaron y sobre los que se pretendió edificar un nuevo modelo de justicia penal y, para el caso del sistema penitenciario, uno sobre la base de los derechos humanos, contrastan con la prisión preventiva oficiosa, reclusión y limitación de derechos para determinado tipo de transgresores, criterios de excepción que violentan el espíritu de las citadas reformas, aunado a la poca presencia de los jueces de ejecución en los establecimientos penitenciarios y la poca o nula comunicación que hay de estos con la autoridad penitenciaria lo que afecta en la implementación de acciones que optimicen el funcionamiento del sistema penitenciario a fin de garantizar que las personas privadas de la libertad cumplan su sentencia en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana y se logre el propósito de reinserción social efectiva y por el contrario no conduzcan a la violación de otros derechos.

Palabras clave: justicia penal, derechos humanos, sistema penitenciario, derecho penal del enemigo, reinserción social, Reglas Nelson Mandela, juez de ejecución penal.

Abstract: Sixteen years after the publication of the constitutional reform of 18 June 2008 and just over eight years after its full entry into force for the entire country, there are still a number of issues to be addressed in order to bring it into line with the human rights reform of 10 June 2011, since the principles incorporated in the former guarantee and on which it was intended to build a new model of criminal justice and, in the case of The prison system, one based on human rights, contrasts with informal pretrial detention, confinement and restriction of the rights of certain types of offenders, exceptional criteria that violate the spirit of the above-mentioned reforms, coupled with the fact that enforcement judges are not present in prisons and that they have little or no communication with the prison authorities. This affects the implementation of measures to optimize the functioning of the prison system in order to ensure that persons deprived of their liberty serve their sentences in conditions compatible with respect for human dignity and that the aim of effective social reintegration is achieved and, on the contrary, do not lead to the violation of other rights.

Key words: criminal justice, human rights, penitentiary system, criminal law of the enemy, social reintegration, Nelson Mandela Rules, criminal enforcement judge.

1. *Sistema penitenciario mexicano y criterios de excepción.*

Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de junio de 2008 en materia de seguridad pública y justicia penal y del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos en el Estado mexicano, buscaron ofrecer respuestas ante diversos cuestionamientos que se venían presentando frente al sistema de justicia; sin embargo, existen diversos contrasentidos en la propia norma constitucional del 2008, específicamente lo que compete a los artículos 18, 19 y 21 de la Carta Magna y a su implementación.

Respecto del artículo 18 constitucional, la reforma impactó prácticamente sobre la integridad del numeral añadiendo elementos importantes para ser analizados. En cuanto al párrafo primero, este mantuvo prácticamente su redacción original,¹ salvo en el criterio de separación entre hombres y mujeres ya que éste se pasó al párrafo segundo² en donde se incorporaron además como derechos de las personas privadas de la libertad a la salud y el deporte. Cabe destacar, que el párrafo segundo también sufrió una modificación trascendental en la reforma de derechos humanos del 10 de junio de 2011 en donde se aborda que el “sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos” entre los otros medios para lograr la reinserción social.

Este último concepto se reformó también en 2008 en sustitución del concepto de readaptación social que estuvo presente en la norma constitucional durante 43 años, “eliminando la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se orienta hacia un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término ‘delincuente’ también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito.”³

Sin embargo, la reinserción social como tal, implica mucho más que sólo el hecho de cumplir una sentencia y retornar a la sociedad como se establece en el artículo 4 de la Ley Nacional de Ejecución penal (LNEP), ley secundaria que define a la reinserción social como “Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos” este silogismo debe entenderse como aquel derecho que es garantizado si y solo si se hizo “con respeto a los derechos humanos”, de no haber sido así, entonces no podemos considerar que pueda reinsertarse a la sociedad. No obstante, sin afán de ser considerados pesimistas, el sistema penitenciario mexicano, de acuerdo con el Diagnóstico Nacional Penitenciario emitido por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Ombuds-person* del mismo país, la mayoría de los sistemas penitenciarios se encuentran por debajo de una calificación aprobatoria, con cárceles aglomeradas y carentes de las condiciones mínimas para cumplir sus condenas, lo que termina evidenciando claras deficiencias en la garantía de

1 Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

2 El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

3 Tesis 1a./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 354.

los derechos consagrados constitucionalmente “como medios para lograr la reinserción del sentenciado”⁴.

No se debe interpretar lo anterior como una negación de la importancia de los referidos medios para ofrecer una estancia productiva que permita aprovechar el tiempo en privación de libertad y, en su caso ofrecer herramientas para una reintegración social útil para el condenado y para la sociedad.⁵ Sin embargo, tal y como lo indica la Regla 4.2, de las denominadas Reglas Nelson Mandela⁶ Así también, es pertinente referir las Reglas 5.1⁷ y 88.1⁸ que ponen énfasis en el tratamiento de rehabilitación como parte del proceso de reinserción social de los reclusos.

Todo lo anterior, considerando que la persona logrará de manera efectiva reinsertarse en la sociedad; no obstante, la propia reforma constitucional de 2008, genera una gran contradicción, ya que por una parte busca ser garantista pero, por otra parte, toda persona que haya sido sentenciada por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas no gozarán de los Beneficios Preliberacionales establecidos en el Título Quinto de la LNEP; es decir, se erradicó un derecho penal de autor, sustituyéndolo por uno en donde sólo se sancionaría por el hecho cometido, pero si tal delito es de aquellos de excepción entonces la persona, deja de ser persona (con todos los tintes que el derecho penal del enemigo trae consigo), para asumirse como el delito en sí mismo, en donde, entre otras garantías, como las preliberacionales, le son canceladas como puede apreciarse en el párrafo sexto del artículo 18 constitucional que busca contener la fuente de peligro⁹, dándole una valoración distinta¹⁰.

Sin embargo, no sólo este tipo de criterios afectan la garantía del derecho a la reinserción social, ya que no se asegura que las personas puedan tener contacto con el mundo exterior, su familia o amigos, a la defensa ya que en muchos de los casos al internarles en un lugar lejano a donde radica su juicio no puede ser garantizado plenamente este derecho,¹¹ ello en el caso en

4 Estos derechos son el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

5 PELÁEZ FERRUSCA, MERCEDES, “Sobre la reestructuración Penitenciaria”, *Revista Mexicana de Readaptación social*, número 5, mayo-agosto 1999, México, p. 184.

6 “para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo”. ONU. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Disponible en <[HTTPS://WWW.UNODC.ORG/DOCUMENTS/JUSTICE-AND-PRISON-REFORM/NELSON_MANDELA_RULES-S-EBOOK.PDF](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/nelson_mandela_rules-s-ebook.pdf)> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

7 *El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.*

8 *En el tratamiento de los reclusos no se recalará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella...*

9 MARTÍNEZ ÁLVAREZ, ISABEL CLAUDIA (Coord.), *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*, Ubijus, México, 2015, pp. 139 y 140.

10 *Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.*

11 VER HERNÁNDEZ CHONG CUY, MARÍA AMPARO, “El derecho humano a cumplir penas en un lugar cercano al domicilio. Dimensionar la jurisprudencia de la Suprema Corte”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 33, México, 2012.

el que no hayan sido sentenciados por penas a perpetuidad de facto o encubiertas que existen en un número significativo de delitos,¹² que colocan en un despropósito total el considerar a la reinserción social como un derecho humano consagrado Carta Magna Mexicana, al menos constitucionalmente previsto este trato diferenciado a determinado grupo de personas que han cometido determinado tipo de delitos.

La justificación oficial de estos criterios de excepción se basó en argumentos discriminatorios y estereotipados que planteaban a la letra: “debido a la peligrosidad de este tipo de criminales, a los que con frecuencia sus cómplices intentan rescatar de la prisión con una mezcla de corrupción y amedrentamiento con el uso de armas poderosas y sistemas de transporte modernos”¹³. Si bien es cierto, existen algunos perfiles criminológicos de mayor riesgo que otros, no es pertinente que en un Estado de Derecho se estigmatice de peligrosa a la persona por el delito cometido, ya que los niveles de responsabilidad y de participación no son los mismos y aun con sentencias de larga duración no se les considere siquiera para ser valorados con periodicidad y puedan acceder a determinado beneficio de libertad, quedando solo la opción de morir en el encierro¹⁴. Es común escuchar sentencias de cientos de años¹⁵ sea por acumulación de la pena¹⁶ o vitalicias¹⁷ en el sistema jurídico mexicano. Es pertinente referir que en octubre de 2001, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una jurisprudencia en donde llegó a considerar a este tipo de penas como inconstitucionales por considerarlas inhumanas, crueles, infamantes, excesivas y por apartarse de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 constitucional que era en ese entonces, la readaptación social del delincuente,¹⁸ pero ahora que tenemos una norma más garantista y que tenemos en el artículo 1º constitucional a la progresividad como principio, la Suprema Corte de Justicia de México ya no las considera como penas inhumanas prohibidas por el artículo 22 constitucional¹⁹, aun cuando su duración supere considerable-

12 Ver artículos 85 y 86 del Código Penal Federal.

13 Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*. Gobierno Federal. México, 2008, p. 16.

14 DRENKHAHN, KIRSTIN, *Las penas de larga duración y los derechos humanos*, Universität Greifswald, Lehrstuhl für Kriminologie, Unión Europea, 2009.

15 Cf. Artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a estos una pena de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de doce mil a veinticuatro mil días multa*.

16 Tal es el caso de Allan Nelson Lozada Garay que el 19 de junio de 2007, había acumulado una condena por 907 años y seis meses de prisión por fraude genérico. Lagunas, Icela, “Acumula 907 años de prisión socio de Publi XII”, *El Universal*, México, 19 de junio de 2007. Vid. infra notas 266 y 267. Y de José Luis González González que fue sentenciado en 2013, por el mismo caso a 2048 años de prisión.

17 Cf. Penas vitalicias establecidas en el artículo 29 del Código Penal del estado de Chihuahua, es el primero, y hasta el momento el único, en haber aplicado sentencias con prisión vitalicia; artículo 23 del Código Penal del estado de México, establece dentro del catálogo de penas de tres meses a vitalicia, que a la letra aclara: *entendiéndose por esta una duración igual a la vida del sentenciado*; artículo 41 del Código Penal del estado de Puebla, *la pena de prisión es de 3 días a 70 años o “prisión vitalicia.”*; artículo 22 del Código Penal del estado de Quintana Roo, establece *que pena de prisión será de 6 meses a 50 años o “pena vitalicia.”*; y en el artículo 45 del Código Penal del estado de Veracruz, establece *la pena de prisión de hasta 70 años o “vitalicia.”*

18 Tesis de Jurisprudencia P/J. 127/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, XIV, octubre de 2001. p. 15.

19 Tesis de Jurisprudencia P/J. 1/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, XXIII, febrero de 2006, p. 6.

mente el tiempo de vida de cualquier persona²⁰.

Bajo esos argumentos era entonces necesario considerar planteamientos excepcionales, no solo para los sentenciados por delincuencia organizada, sino también para aquellos inter-nos procesados sobre los que aún no se les ha demostrado su culpabilidad del hecho que se les imputa, pero que por su peligrosidad, deben estar privados de su libertad durante el proceso. Y si regresamos a ver lo que plantea el párrafo primero que indica “sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”. Si valoramos que aquellos delitos considerados como graves merecen pena privativa de libertad, ello nos da respuesta a la elevada cantidad de procesados (75,564, del fuero común y 12,360 del fuero federal)²¹ pasando por alto lo planteado en el Artículo 20, apartado B, de la Constitución Federal Mexicana. De los derechos de toda persona imputada, fracción I: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Es pertinente mencionar que desde 1994 el criterio de peligrosidad o temibilidad del agente para la imposición de las penas fue eliminado y en sustitución se adoptó el de la culpabilidad; es decir, se modificó el criterio de autor que planteaba sancionar penalmente por significar un mayor o menor peligro y se adoptó el criterio del hecho y de la participación como autor o cómplice en los mismos que hayan resultado probados en el proceso, razón que no justifica tener a tantas personas presumiblemente inocentes en prisión, ya que ello pareciera ir en contra del espíritu que perseguía la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008; si bien es cierto, es difícil desarraigar esa práctica y más aún con el incremento indiscriminado de delitos que se van sumando al artículo 19 constitucional, donde la excepción que se pretendía de la prisión preventiva oficiosa, se encamina a convertirse, nuevamente, en la regla de poco más del 40% de la población penitenciaria, sin condena. Reconociendo de constitucional, criterios que se consideran por demás inconventionales²².

Esta tendencia represiva impulsada desde el poder legislativo se basa en la errónea idea que al agravar las penas se lograrán disminuir los delitos. Infortunadamente los legisladores se han convertido en barómetros de la ansiedad social,²³ transformando normas a partir de esquemas de populismo punitivo en las que depositan su entera confianza creyendo que con ello se logrará el éxito disuasivo esperado.²⁴ Sin embargo, aun cuando verdaderamente fuera la excepción no es suficiente para generar un derecho penal especial o del enemigo sobre un tipo

20 Penas Inusitadas”, *Semanario Judicial de la Federación* (SJF), 5a. época, segunda sala, XXXI, p. 348. Amparo administrativo en revisión 2339/30. Sichel Enrico. 21 de enero de 1931. Unanimidad de cuatro votos, SJF, 9a. época, pleno, XXIII, febrero de 2006. p. 1179.

21 Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana/Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, México, febrero de 2024.

22 CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 30 de diciembre 2013. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>> [Consultada el 14 de marzo de 2024]; CIDH, *Informe sobre Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, del 3 de julio de 2017*. Disponible en <[HTTP://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/INFORMES/PDFS/PRISIONPREVENTIVA.PDF](http://www.oas.org/ES/CIDH/INFORMES/PDFS/PRISIONPREVENTIVA.PDF)> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

23 Este concepto es acuñado por Box y Hale, 1982, 1985 y lo retoma Mathiesen, con un enfoque diferente que se encamina a explicar cómo las instituciones operan a partir de indicadores de ansiedad de la sociedad. Ver MATHIESEN, THOMAS, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 14.

24 TAPIA MENDOZA, E., “Si el artículo 18 constitucional es la respuesta ¿Cuáles fueron las preguntas?”, *Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LXXXII-3, Nueva Época, (2016) pp. 141-171.

particular de autor que incurre en un tipo particular de conducta, como se establece, entre otras partes en lo planteado en los párrafos sexto y séptimo²⁵ del artículo 18 constitucional.

Por una parte se estaría aplicando un derecho penal del enemigo en el que se priva del reconocimiento de personas a los sujetos que no se ajustan al sistema normativo vigente, y por ende, la pena se transforma en una medida de aseguramiento simbólica, que busca contener a la fuente de peligro y no ser un medio para sancionar la conducta y prevenir su futura reiteración, sino un medio para la inocuización de la persona²⁶ y por otra, un derecho penal que se aplique al resto que no entre en la hipótesis del enemigo en el que se dota de amplias garantías siguiendo la tradición y el desarrollo que hasta el momento había tenido el derecho nacional, y otro extraordinario, con garantías restringidas en materia de delincuencia organizada,²⁷ que se les deja al margen de la legalidad y que, bajo la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria o, del juez de ejecución (en dado caso), puedan ser valorados como de esos «otros» que requieran medidas especiales de seguridad.²⁸

2. *El juez de ejecución penal.*

Hasta antes de la reforma constitucional del 18 junio de 2008, la autoridad jurisdiccional penal limitaba su competencia a la imposición de las penas, sin intervenir en la ejecución de estas, correspondiéndole esa atribución a la autoridad penitenciaria quienes se encargaban también del otorgamiento de beneficios y sanciones, entre otros aspectos.

La Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP)²⁹, crea en ella la figura de los Jueces de Ejecución Penal delineando en el artículo 25 sus atribuciones; no obstante, previo a la publicación de esta norma secundaria, se emitieron diversos acuerdos generales que establecieron como funciones del juez de ejecución, entre otras, los beneficios de la libertad anticipada, el tratamiento en preliberación, la orden de aprehensión por incumplimiento de beneficios, la comurga simultánea de penas la retroactividad en beneficio y la remisión parcial de la pena.³⁰

Es pertinente puntualizar que, esta figura jurisdiccional desde su incorporación constitucional en 2008, no fue incluida en la redacción del artículo 18 de la Norma Fundamental Mexicana, sede natural del sistema penitenciario, numeral que debía contenerlo para precisar sus atribuciones y características a fin de identificar los alcances que tiene cada autoridad involucrada dentro de este sistema; no obstante, se encuentra en el párrafo tercero del artículo 21 constitucional que plantea que “[l]a imposición de las penas, su modificación y duración son

25 Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

26 TAPIA (*supra* nota 24).

27 GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y MARTÍNEZ BREÑA, LAURA, Presos y prisiones. *El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM/Porrúa/PUDH, México, 2014, p. 69.

28 TAPIA (*supra* nota 24).

29 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016.

30 Cabe destacar que el beneficio de remisión parcial de la pena no se considera ya en la LNEP.

propias y exclusivas de la autoridad judicial”; otorgando así al Poder Judicial, por conducto del juez de ejecución, la facultad de modificar el cumplimiento de las penas y, al Poder Ejecutivo, la dirección de los centros penitenciarios.

Las atribuciones previstas constitucionalmente para esta figura jurisdiccional fueron incrementadas en la LNEP habiendo añadido atribuciones respecto de las condiciones de internamiento, del llamado plan de actividades de la persona privada de la libertad y sobre otras cuestiones que pudieran implicar violación de derechos fundamentales; así como sobre los derechos propios de quienes soliciten ingresar o hayan ingresado al centro penitenciario como visitantes, defensores públicos y privados, defensores en los tribunales de amparo y observadores por parte de organizaciones de la sociedad civil,³¹ incluyendo además que en sus resoluciones el juez deberá pronunciarse, incluso de oficio, sobre cualquier violación a los derechos fundamentales de los sentenciados,³² pudiendo dar efectos generales a las resoluciones relativas a las condiciones de internamiento, extendiendo sus efectos a todas las personas privadas de la libertad que se encuentren en las mismas condiciones que motivaron la resolución³³.

Es importante reconocer que la autoridad penitenciaria al ser la figura responsable de la dirección de los centros penitenciarios, son así mismo garantes de las condiciones de internamiento y de la seguridad de los establecimientos, como de toda persona que se encuentra en su interior. Por ello, la ley de la materia establece que las peticiones relacionadas con las condiciones de internamiento y el plan de actividades se hayan agotado por la vía administrativa, antes que por la jurisdiccional.

Lo anterior de manera armónica con lo establecido en las Reglas 56.3³⁴ y 57.1³⁵ de las Reglas Nelson Mandela.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado que el derecho a la protección judicial, “constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio estado de derecho en una sociedad democrática”³⁶ y ha establecido en el Caso Gelman vs. Uruguay que:

[...] “[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, [...] la protección de los Derechos Humanos constituye un límite

31 Cf. Artículo 116 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

32 Cf. Artículo 127 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

33 Cf. Artículo 128 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

34 *Todo recluso estará autorizado a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, una petición o queja sobre su tratamiento a la administración penitenciaria central y a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente, incluidas las autoridades con facultades en materia de revisión o recurso.*

35 *Toda petición o queja se examinará cuanto antes y recibirá una pronta respuesta. Si la petición o queja es desestimada, o en caso de retraso injustificado, el interesado tendrá derecho a presentarla ante un juez u otra autoridad.*

36 Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82, y Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 82.

infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de Convencionalidad', que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial³⁷.

Lo anterior en consonancia con el control de legalidad mismo que se vincula con la necesidad de hacer efectivo el mandato de las leyes obligando a la administración pública, en general, y a los jueces en lo particular, a apegarse al mandato estricto de la ley. El objetivo consiste en emitir una valoración para determinar si un precepto ha sido correctamente aplicado para resolver una cuestión en particular. De esta manera, los jueces de ejecución al atender e interpretar la norma acorde con los Derechos Humanos reconocidos por el Estado mexicano, se obligan también a velar por el cumplimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos, como es el caso de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)³⁸ y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok),³⁹ referentes obligados a observar,⁴⁰ que si bien no resultan vinculantes, sí constituyen una orientación para la interpretación de la norma, como lo ha referido el Comité de Derechos Humanos de la ONU.⁴¹ No obstante, es pertinente plantear que estas normas internacionales, pese a ser estándares de derechos humanos esenciales universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, no fueron consideradas en la redacción de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México.

Por otra parte, es necesario enfatizar que, de conformidad con los estándares internacionales, existen acciones que la autoridad penitenciaria debe realizar para garantizar el control de los centros y que no deben ser asumidas por la autoridad jurisdiccional, dado que involucra la capacidad de control y seguridad de los establecimientos penitenciarios como es la determinación del ingreso y clasificación de las personas privadas de la libertad derivada de una evaluación profesional y técnica de las personas privadas de la libertad y sólo por el delito cometido, como sucede en el Centro Federal de Readaptación Social CPS 14, que alberga población penitenciaria, en su mayoría por el delito de secuestro. Otros de los criterios que el juez de ejecución debería de prestar atención en los argumentos de la autoridad penitenciaria es en la petición de traslados, siempre que estén apegados al principio de legalidad del acto, es decir, fundando y motivando sus razones, ya que si bien es cierto, esos otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en muchos sentidos no se les garantizan todos sus derechos, en otros casos llegan a significar un riesgo institucional o incluso personal que implica sean trasladados para garantizar la seguridad del centro penitenciario; no obstante, muchos de estos son reincorporados al mismo establecimiento penitenciario que los trasladó, por decisiones del juez de ejecución, sin atender las razones que motivaron el traslado y que en más de una ocasión, estas circunstancias han terminado en fugas, motines o riñas al interior de los establecimientos penitenciarios.

37 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

38 Aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015. A/RES/70/175.

39 ONU, Sexagésimo quinto período de sesiones. Tema 105 del programa, 16 de marzo de 2011. A/RES/65/229.

40 VER RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, "Contradicción entre proyectos de ley de ejecución de sanciones y las normas internacionales", *Revista Criminalia*, Año LXXXII-3, Nueva Época, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2016.

41 Comité de Derechos Humanos, *Caso Potter c. Nueva Zelandia*, 1997, párr. 6.3. Ver también *Mukong C. Camerún*, 1994, párr. 9.3.

El tema de los traslados ha sido interpretado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia “Penas. Su ejecución es competencia exclusiva del poder judicial, a partir del 19 de junio de 2011”, que delimitó las facultades de cada poder, estableciendo:

“la facultad de administrar las prisiones al Poder Ejecutivo y confiriendo exclusivamente al Poder Judicial la de ejecutar lo juzgado, para lo cual se creó la figura de los ‘Jueces de ejecución de sentencias’, que dependen del correspondiente Poder Judicial. Lo anterior pretende, por un lado, evitar el rompimiento de una secuencia derivada de la propia sentencia, pues será en definitiva el Poder Judicial, de donde emanó dicha resolución, el que vigile el estricto cumplimiento de la pena en la forma en que fue pronunciada en la ejecutoria y, por otro, acabar con la discrecionalidad de las autoridades administrativas en torno a la ejecución de dichas sanciones, de manera que todos los eventos de trascendencia jurídica que durante la ejecución de la pena puedan surgir a partir de la reforma constitucional, quedan bajo la supervisión de la autoridad judicial en materia penal, tales como la aplicación de penas alternativas a la de prisión, los problemas relacionados con el trato que reciben cotidianamente los sentenciados, la concesión o cancelación de beneficios, la determinación de los lugares donde debe cumplirse la pena y situaciones conexas”⁴².

Sin embargo, la interpretación que hizo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México en 2012 con la jurisprudencia sobre “Modificación de las penas. La determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro penitenciario a otro está reservada al poder judicial, conforme al artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,” la cual considera entre sus criterios de interpretación, a la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a los artículos 18, 21 y 104 constitucionales, presentada en la sesión del 4 de octubre de 2007 de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, destacó “que los periodos de vida que los reclusos pasan en prisión cumpliendo sus sentencias no consisten en el simple transcurso del tiempo, pues en esos lapsos suceden muchos eventos que debe supervisar la autoridad judicial como, por ejemplo, la aplicación de penas alternativas a la de prisión, la concesión de beneficios o el lugar donde deba extinguirse la pena” [...] ⁴³ que dicho sea de paso el sustento acogido por esta interpretación jurisprudencial retoma lo citado en uno de los diversos proyectos que se presentaron durante el proceso legislativo que dio como resultado la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 y fue la presentada el 4 de octubre de 2007 por el Dip. Javier González Garza, sobre el artículo 21 constitucional, que planteaba la siguiente propuesta: “Artículo 21. La imposición de las penas y la ejecución de lo juzgado son propias y exclusivas de la autoridad judicial, con excepción de lo establecido en la fracción XIV del artículo 89.” [...]

Proyecto que no fue el definitivo, ya que modificó imposición y ejecución, por imposición, modificación y duración, habiéndose puntualizado de conformidad con los criterios y estándares internacionales vigentes.

De igual manera, la interpretación sobre la modificación de las penas, en la jurisprudencia antes citada, se considera que los traslados forman parte de ésta; no obstante, el artículo 142 de la LNEP establece “Las penas privativas de la libertad impuestas por las o los jueces y tribunales penales deberán ser cumplidas hasta el término de su duración, salvo su modificación judicial

42 Registro 2001988.

43 Registro 2001968.

por traslación de tipo, adecuación o sustitución en los casos establecidos en esta Ley”, sin que se señale que el traslado sea una modificación de la pena, que no lo es.

Por ello, el tema de los traslados de las personas privadas de la libertad debe analizarse bajo criterios de orden público y de interés social. Cuando se obstaculizan los traslados, derivado de una interpretación a una iniciativa de ley que no es la vigente, se está imposibilitando la correcta administración de los centros, poniendo en riesgo la seguridad de los mismos.

Si bien es cierto el juez de ejecución es garante de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad y pudieran suscitarse traslados arbitrarios, debe haber una adecuada comunicación y coordinación con la autoridad penitenciaria, cuya responsabilidad recaen en la adecuada administración y operación de estos establecimientos, así como la ejecución material de la pena y de la prisión preventiva, asumiendo también la posición de garante de la seguridad, tranquilidad e integridad, de las personas privadas de la libertad, del personal y de los visitantes,⁴⁴ como incluso ya ha sido establecido en diversas sentencias interamericanas⁴⁵ en las cuales se establece que el Estado asume, al privar de libertad a una persona, una posición de sujeción especial y de garante que lleva consigo la responsabilidad de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito (reinserción social) y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos. Ante ello, es fundamental que les procure condiciones mínimas de internamiento compatibles con su dignidad y satisfaga las necesidades básicas de la población reclusa, relacionadas con los servicios médicos, alimentación, provisión de agua potable, y sobre todo de condiciones básicas de seguridad interna en los penales.⁴⁶

Filippo Grisigni planteaba “el Estado, en uso del derecho de punir (*ius puniendi*), [...] está facultado para imponer a la persona privada de la libertad la pérdida o disminución de bienes jurídicos, dentro de los límites fijados por la sentencia; aquél, únicamente debe someterse a ella, absteniéndose de oponer resistencia”.⁴⁷

Por ello, es importante clarificar el alcance de las atribuciones del juez de ejecución de penas y la autoridad penitenciaria en torno a los traslados de un centro a otro, para que extinga la condena que le fue impuesta por la autoridad judicial, para que sean cumplidas en los lugares más adecuados para la garantía de sus derechos, debiendo ser la autoridad penitenciaria la facultada para hacer tal designación.⁴⁸ Y el juez sea el que verifique que el internamiento se esté llevando en condiciones compatibles a la dignidad humana.

La implementación de la judicialización penitenciaria en México ha presentado otras dificultades de ajuste en la práctica:

44 Cf. Artículo 14 de la Ley Nacional de Ejecución Penal

45 Cf. Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*; Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152; *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 87; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 314 y ss y *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150.

46 Cf. CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 2013, párr. 17 b), CIDH, *Informe sobre los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas*, 2011, párr. 8. Op. Cit. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, párr. 159.

47 Ojeda Velázquez, Jorge, “Los jueces de ejecución de penas”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* Núm. 27, enero 2009. Disponible en <<https://doctrina.vlex.com.mx/vid/jueces-ejecucion-penas-71947010>> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

48 Cf. Registro 30958.

- a. Al no haber claridad en el alcance de las atribuciones que el juez de ejecución tiene al interior de los centros penitenciarios y las de la autoridad penitenciaria. A pesar de que debe haber una clara distinción, es innegable que debe también haber una estrecha colaboración entre estas dos figuras que se encuentran vinculadas por el principio de legalidad.
- b. Bajo una lógica procedimental, el artículo 129 de la LNEP establece criterios para la ejecución de resoluciones, muchas de las cuales pudieran no ser atribuibles de manera directa a la autoridad penitenciaria y cuya imposición de medidas de apremio sí recaen en esta, así como las responsabilidades que en su caso procedan en los términos de la legislación aplicable.⁴⁹
- c. El personal penitenciario debe tener determinado perfil para estar en contacto permanente con las personas privadas de la libertad, “implica no sólo la reclusión sino enfatizar acciones, métodos y técnicas encaminadas al acompañamiento y trabajo técnico. La función penitenciaria es justo desarrollar competencias para la vida, que permitan a las personas internas contar con habilidades para resolver los obstáculos en su vida cotidiana.”⁵⁰ No obstante, el juez de ejecución no conoce en la mayoría de los casos, a las personas privadas de la libertad más allá del expediente que recibe o de las controversias que resuelve al margen de las instalaciones penitenciarias lo que impide visualizar los alcances y consecuencias de éstas. En muchos casos no conoce si quiera el centro penitenciario y las condiciones reales en las que se encuentran las personas privadas de la libertad.

La autoridad penitenciaria, al ser la responsable de la organización y funcionamiento de los centros es también la que asume las consecuencias de las decisiones resoluciones que el juez emita, sin que este último haya visitado al centro o reconozca las condiciones existentes para dar cumplimiento a lo ejecutado, ello deriva de un tipo de funciones previstas en la exposición de motivos de la LNEP que le asignaban funciones de vigilancia y, que en la norma publicada no se incorporan.

Lo anterior deriva de una errónea interpretación que se realizó desde la exposición de motivos de la LNEP en la que se estableció “la preeminencia y responsabilidad de la autoridad judicial en la ejecución penal” ubicando a las “autoridades administrativas intervinientes en la última fase del proceso penal como auxiliares de la justicia, en términos de la fracción XII del artículo 89 constitucional y sus correlativos en las constituciones locales, que señalan, entre las atribuciones del Ejecutivo, las de “Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones”. En este caso, los poderes judiciales requieren el auxilio de los ejecutivos federal y locales para llevar a cabo la operación de las prisiones.”

Así mismo se estableció que “la facultad de ejecutar la pena debe trasladarse al Poder Judicial, debido a que dejar la ejecución en manos de la administración rompe una secuencia, es decir, la misma autoridad judicial que pronunció la sentencia debe vigilar que la pena se cumpla estrictamente, conforme a derecho, en la forma pronunciada en la ejecutoria.”

49 Cf. Artículo 104 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

50 CNDH, *Pronunciamiento sobre el perfil del personal penitenciario*, México, párr. 43.

No obstante, ello también resulta poco preciso respecto de los alcances de las atribuciones de la autoridad jurisdiccional y la penitenciaria, dado que no se distingue una clara división de poderes cuya razón de ser se encuentra en evitar la invasión de un poder sobre la competencia y las acciones del otro y, a diferencia de lo establecido en la exposición de motivos de la LNEP, el auxilio que se presta entre los distintos poderes del Estado, se da en razón no de una subordinación, sino para lograr el equilibrio, especialización e independencia de cada uno de ellos respecto de los otros dos.

Es importante que tanto la autoridad penitenciaria, como los jueces de ejecución penal, en forma coordinada y dentro del ámbito de sus atribuciones, implementen acciones que optimicen el funcionamiento del sistema penitenciario a fin de garantizar que las personas privadas de la libertad cumplan su sentencia en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, no limitando éstas únicamente a los aspectos estructurales de los centros penitenciarios, sino a todo lo necesario para lograr la reinserción social efectiva que implica el otorgamiento de beneficios de libertad anticipada, seguimiento post-penitenciario, prevención del delito, entre otros.

Si bien es cierto, hoy en día es innegable que la presencia de la figura judicial en la fase de ejecución es necesaria para garantizar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, como ya se ha visto con los jueces de Tribunales de Tratamiento de Adicciones que buscan reintegrar a los infractores a la sociedad y dan seguimiento de su tratamiento y rehabilitación que trasciende los muros de los establecimientos penitenciarios; no obstante, es también importante reconocer el alcance de las atribuciones del juez de ejecución penal, primordialmente porque, de las decisiones que toma, si éstas no visualizan también el ejercicio de las funciones de la autoridad penitenciaria incluso pudieran llegar a obstruirla, afectando de manera indirecta los Derechos Humanos de las personas en reclusión penitenciaria.

Por ello, resulta conveniente que el poder legislativo, realice las modificaciones normativas pertinentes para que la autoridad penitenciaria pueda cumplir adecuadamente con la clasificación y traslado de las personas privadas de la libertad, de conformidad con los estándares internacionales, con el propósito de garantizar el control y seguridad de los establecimientos penitenciarios y el respeto por los Derechos Humanos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, el personal penitenciario y las visitas.

La sentencia interamericana de Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala anticipó también que, “derivado del control de la legalidad o constitucionalidad en el cumplimiento de la pena, tales jueces tienen el deber de verificar la observancia del respeto y garantía de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad”,⁵¹ aspecto que no se cumple en la mayoría de los centros penitenciarios de la República Mexicana al no ser visitados con periodicidad por las autoridades jurisdiccionales y, en los que en determinadas circunstancias incluso en los procesos de celebración de audiencias se recurre a estrategias de teleconferencias para la emisión de las resoluciones sin que las personas privadas de la libertad tengan nunca el menor acercamiento o conocimiento del juez a cargo de su causa.

Si bien es cierto, la LNEP es la norma que fundamenta las atribuciones de los jueces de ejecución penal, dado que tienen obligaciones convencionales y constitucionales que deben obser-

51 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 238.

var conforme a lo establecido en los estándares internacionales, como por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, (Reglas Nelson Mandela) y en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok), así como en otros instrumentos internacionales de la materia, que permitan garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad conforme se plasma en los estándares internacionales previamente citados.

Bibliografía.

Doctrina.

CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 30 de diciembre 2013. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

CIDH, *Informe sobre Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, del 3 de julio de 2017. Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

CNDH, *Pronunciamiento sobre el perfil del personal penitenciario*, México, 2016.

Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana/Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, México, febrero de 2024.

DRENKHAHN, KIRSTIN, *Las penas de larga duración y los derechos humanos*, Universität Greifswald, Lehrstuhl für Kriminologie, Unión Europea, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO Y MARTÍNEZ BREÑA, LAURA, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, UNAM/Porrúa/PUDH, México, 2014.

Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*. Gobierno Federal. México, 2008.

HERNÁNDEZ CHONG CUY, MARÍA AMPARO, “El derecho humano a cumplir penas en un lugar cercano al domicilio. Dimensionar la jurisprudencia de la Suprema Corte”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 33, México, 2012.

LAGUNAS, ICELA, “Acumula 907 años de prisión socio de Publi XIII”, *El Universal*, México, 19 de junio de 2007.

MATHIESEN, THOMAS, *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2003.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, ISABEL CLAUDIA (Coord.), *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*, Ubijus, México, 2015.

OJEDA VELÁZQUEZ, JORGE, “Los jueces de ejecución de penas”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* Núm. 27, enero 2009. Disponible en <<https://doctrina.vlex.com.mx/vid/jueces-ejecucion-penas-71947010>> [Consultada el 14 de marzo de 2024].

ONU. Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*: Resolución aprobada por la Asamblea General, 17 de diciembre de 2015, A/RES/70/175.

PELÁEZ FERRUSCA, MERCEDES, "Sobre la reestructuración Penitenciaria", *Revista Mexicana de Readaptación social*, número 5, mayo-agosto 1999, México.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, "Contradicción entre proyectos de ley de ejecución de sanciones y las normas internacionales", *Revista Criminalia*, Año LXXXII-3, Nueva Época, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2016.

Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana/Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, México, febrero de 2024.

TAPIA MENDOZA, E., "Si el artículo 18 constitucional es la respuesta ¿Cuáles fueron las preguntas?", *Revista Criminalia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LXXXII-3, Nueva Época, (2016) pp. 141-171.

Normas y jurisprudencia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay; Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.

ONU. Caso Potter c. Nueva Zelandia, Comité de Derechos Humanos, 1997.

ONU. Mukong C. Camerún, Comité de Derechos Humanos, 1994.

- SCJN. "*Prisión vitalicia. No constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*". Tesis de Jurisprudencia P./J. 1/2006 con número de registro 175,844. Instancia: Pleno. Materia(s): Constitucional, Penal. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 9a. época, XXIII. febrero de 2006. P 6.
- SCJN. "*Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional*". Tesis de Jurisprudencia P./J. 127/2001, con número de registro 188542. Instancia: Pleno, Materia(s): Constitucional, Penal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. época, XIV, octubre de 2001. p. 15.
- SCJN. "*Derecho penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 10., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo)*." 1a./J. 21/2014 (10a.), publicada el viernes 21 de marzo de 2014, a las 11:03 horas en el Semanario Judicial de la Federación y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, página 354.
- SCJN. "*Relegación, pena de*". Amparo directo 1612/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 26 de enero de 1956. Cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.
- SCJN. "*Penas Inusitadas*", Semanario Judicial de la Federación (SJF), 5a. época, segunda sala, XXXI. p. 348. Amparo administrativo en revisión 2339/30. Sichel Enrico. 21 de enero de 1931. Unanimidad de cuatro votos, SJF, 9a. época, pleno, XXIII, febrero de 2006. p. 1179.

PARTE V

Tecnología, innovación
y Derecho penal

Zunny Valeth Rodríguez
Cristina Montalvo Velásquez

33. El Derecho Penal frente a la Tecnología de Automatización Vehicular.

Resumen: Relacionar el Derecho Penal con la automatización vehicular, implica una exploración y análisis de normas penales y de tránsito vigentes en los países que aplican esta tecnología. Particularmente, este trabajo revisa los tipos penales de homicidio y lesiones personales en 10 países, que usan dicha tecnología de vehículos automatizados, con la finalidad de identificar dogmáticamente si ante posibles resultados punibles el *Ius puniendi* pudiera sancionar los comportamientos típicos, antijurídicos y culpables desplegados mediante el uso de la conducción autónoma. Este estudio además plantea unos supuestos de hecho y su posible resolución con la aplicación de la dogmática penal, identificando si es necesario o no un ajuste a la normatividad de tránsito y de derecho penal en el caso bajo análisis. Reflexionándose y concluyendo, que las normas de tránsito y códigos penales de estos países, parecieran estar equipados con los elementos necesarios para afrontar la posible responsabilidad penal y el reto legislativo que pudiere generarse a partir de esta tecnología.

Palabras clave: Automatización Vehicular, Derecho Penal, Normas de Tránsito, Homicidio en Conducción Automatizada.

Abstract: Relating criminal law to vehicle automation, involves an exploration and analysis of criminal and traffic regulations in force in the countries that apply this technology. In particular, this paper reviews the criminal definitions of homicide and personal injury in 10 countries that use automated vehicle technology, in order to dogmatically identify whether, in the face of possible punishable results, the *Ius puniendi* could punish typical, unlawful and guilty behaviors deployed through the use of autonomous driving. This study also raises some factual assumptions and their possible resolution with the application of criminal dogmatics, identifying whether or not an adjustment to traffic regulations and criminal law is necessary in the case under analysis. Reflecting and concluding, the traffic regulations and criminal codes of these countries seem to be equipped with the necessary elements to face the criminal liability and the legislative challenge that could be generated from this technology.

Keywords: Vehicle Automation, Criminal Law, Traffic Law, Homicide in Automated Driving.

Introducción.

La tecnología denominada automatización vehicular, es aquella que le permite a un vehículo automotor ejercer de forma independiente, funciones propias de la conducción, que comúnmente están a cargo de las personas, para llevarlas a cabo efectivamente mediante un sistema inteligente. La Society of Automotive Engineers¹, o por sus siglas SAE, indica cuáles funciones puede operar un vehículo automatizado (en adelante VA), además de estipular el nivel de autonomía que se le adjudica al automotor, respecto a las acciones con las que puede estar equipado².

Dentro de la automatización vehicular se encuentra la participación de dos tipos de sujetos distintos entre sí. Por un lado serán definidos los conductores como personas que durante la conducción autónoma se encuentran dentro del carro y tienen la capacidad y el deber de asumir la conducción en cualquier momento que el sistema lo indique; por otro lado están los operadores, quienes son personas que en el momento del ejercicio de la conducción se encuentran fuera del vehículo y participan en un nivel más técnico de la automatización, como operadores expertos con la facultad de guiar y supervisar las funciones del VA.

Desde el año 2013, se han dispuesto estándares de automatización, los cuales van de cero a cinco, es decir, desde la no automatización hasta la automatización total³. En el nivel cero todas las funciones de control del vehículo son ejercidas por el conductor, sobre todo la respuesta a eventos repentinos y objetos en el camino. En el nivel uno y dos se empiezan a acoger algunas características de la automatización parcial, en estos niveles sólo pueden ser ejercidas algunas funciones de la conducción, así mismo, se le exige al conductor hacerse cargo de la totalidad de las maniobras restantes⁴. En el nivel tres y cuatro la automatización comienza a tomar más características de la conducción, como la respuesta a eventos y objetos, así como el control del vehículo. La diferencia entre los niveles tres y cuatro, es que se espera que en el tres el usuario tenga la capacidad de tomar el control en cualquier eventualidad, mientras que en el cuatro no. Por su parte, el quinto nivel corresponde a la automatización total, el sistema toma control absoluto del vehículo, las respuestas repentinas e incluso, el vehículo puede ser operado bajo cualquier condición, superando así las limitantes geográficas y de tráfico diverso⁵.

Ahora bien, ¿qué sucede si de la automatización vehicular en cualquiera de sus niveles se afectan bienes jurídicamente tutelados por el sistema penal del país que se encuentra aplicando esta novedosa tecnología? Por ejemplo, ¿que el vehículo quede mal programado por impericia del ingeniero automotriz?; o peor aún que dolosamente el ingeniero programe mal el vehículo, verbigracia, que decida dejar sin frenos el vehículo automatizado causando daños materiales y daños a la integridad física de la persona que se encontraba a bordo del vehículo. O simplemente, que el vehículo bien equipado con su novedosa tecnología, se accidente y se produzca

1 Entiéndase por SAE una organización internacional encargada de desarrollar estándares de construcción para diferentes medios de transporte, entre ellos los vehículos autónomos. Véase: Society of Automotive Engineers (SAE), "Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles", [HTTPS://WWW.SAE.ORG/30.04.2021](https://www.sae.org/30.04.2021), p. 4. Disponible en <[HTTPS://WWW.SAE.ORG/STANDARDS/CONTENT/J3016_202104/](https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/)> (visto por última vez el 01.04.2024).

2 SAE (*supra* nota 1), p. 4.

3 SAE (*supra* nota 1), p. 9.

4 SAE (*supra* nota 1).

5 SAE (*supra* nota 1), p. 25.

la muerte o lesiones personales en algunos de sus pasajeros, o que colisione con otro vehículo y cause daños a la integridad de los ocupantes del otro vehículo no automatizado. Sin lugar a dudas, supuestos de hecho como estos, plantean la necesaria revisión de la posible responsabilidad penal que pudiera generarse a partir de la conducción automatizada en los países que ya aplican esta forma autónoma de transporte.

Atendiendo lo arriba indicado, este trabajo aborda, en primer lugar, la relación de la automatización vehicular con el derecho penal; en segundo lugar, analiza el ordenamiento jurídico penal y de tránsito en 10 países que aplican esta tecnología; en tercer lugar, presenta un supuesto de hecho punible generado a partir de la conducción automatizada y como pudiera resolverse desde el derecho penal vigente; y finalmente, este trabajo esboza unas recomendaciones generales a los países que enfrentan este desafío de establecer responsabilidad penal ante la vulneración de bienes jurídicos tutelados en la automatización vehicular.

1. *Relación de la Automatización Vehicular con el Derecho Penal.*

Abordar la relación del Derecho Penal con la automatización vehicular, lleva a revisar la capacidad con la que cuentan actualmente los sistemas penales de los Estados que ya han implementado o que prevén implementar esta tecnología de VA, con miras a proteger bienes jurídicamente tutelados, bajo el entendido que son dichos bienes jurídicos los que le permiten al legislador determinar qué conductas son punibles y en qué medida. En el caso que nos ocupa, se trata de analizar en qué medida pudiera lesionarse con la ejecución de la automatización vehicular ciertos bienes jurídicos tutelados, tales como la vida e integridad personal, la propiedad y hasta un bien jurídico novedoso, a quien se le puede denominar: seguridad vial.

En este contexto, la seguridad vial, como bien jurídico tutelado, puede comprenderse como “el conjunto de acciones y políticas dirigidas a prevenir, controlar y disminuir el riesgo de muerte o de lesión de las personas en sus desplazamientos ya sea en medios motorizados o no motorizados”⁶. Acciones que controlan el comportamiento de los vehículos automotores, los peatones, agentes de tránsito y personas involucradas tanto en actividades propias de la conducción, como el papel de otros en el sistema de transporte, donde las normas de tránsito juegan un papel importante, toda vez, que son las normas que contienen las disposiciones alusivas a la denominada seguridad vial, que de verse quebrantada, hace necesario establecer o no la responsabilidad penal de cuya persona, posiblemente le es atribuible la responsabilidad de la comisión de ese hecho aparentemente punible, originado desde la automatización vehicular.

Atendiendo lo arriba indicado, es menester preguntarnos, si las normas jurídico penales, de los estados que actualmente implementan y desarrollan la tecnología de automatización vehicular, están provistas para endilgar responsabilidad penal a quien corresponda, frente a la posible vulneración de bienes jurídicamente tutelados (la vida, la integridad personal, la propiedad y el propuesto bien jurídico de la seguridad vial) que pudieran presentarse en el marco de la conducción de un VA. Incluso, sería pertinente revisar si la seguridad vial está consagrada como un bien jurídico tutelado desde el derecho penal, en esos países de avanzada tecnología

6 Red de Seguridad Vial, “¿Qué es Seguridad Vial?”. Disponible en <[HTTPS://REMPRESARIAL.MOVILIDADBOGOTA.GOV.CO/?Q=CONTENT/%C2%BFQU%C3%A9-ES-SEGURIDAD-VIAL](https://rempresarial.movilidadbogota.gov.co/?q=CONTENT/%C2%BFQU%C3%A9-ES-SEGURIDAD-VIAL)> (visto por última vez el 01.04.2024).

vehicular. ¿Cómo afrontar que frente a conductas posiblemente dolosas o culposas ocasionadas mediante la conducción de un VA, surgirá el deber jurídico de responder de dicha acción según el Código Penal del estado que se encuentre aplicando esta tecnología?

Por tratarse de una tecnología novedosa, que aún se encuentra en fase de desarrollo en los países que cuentan con estos autos⁷, podría afirmarse que la automatización vehicular, enfrentará retos legislativos, no sólo en materia de tránsito, sino en materia penal. Desafíos, que quizás lleven a la adecuación, modificación o surgimiento de normas penales, alusivas a ciertos delitos, tales como las lesiones personales, homicidio, el daño en bien ajeno, entre otros tipos penales, que involucran bienes jurídicos (tradicionales) que probablemente se quebranten en el desarrollo de esta novedosa actividad de conducción automatizada. O incluso, desafíos que podrían recaer sobre la construcción de nuevos bienes jurídicos, como la ya mencionada seguridad vial. En ambos escenarios, se hace menester activar un análisis del aspecto jurídico del delito, entendido como “acto típicamente antijurídico, culpable, que es imputable a una persona y sancionado penalmente”⁸.

Se partirá este análisis, recordando o precisando que el análisis jurídico del delito, es abordado desde la *dogmática penal*⁹. En el caso que nos ocupa, ante una eventual conducta punible derivada de la conducción automatizada, se espera que el proceso de aplicación del Derecho denominado dogmática penal, establezca en la esfera práctica de la teoría del delito: la tipicidad de la conducta, así como su antijuridicidad y la culpabilidad del presunto autor; de una manera coherente, garantista y ofreciendo al destinatario de la norma los alcances y limitaciones del poder punitivo frente a su acto¹⁰.

En primer lugar, la *tipicidad* como elemento de punibilidad de la conducta ha sido definida como “la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”¹¹; de igual forma, es una “descripción elaborada por el legislador de un determinado

7 El Índice de Disponibilidad de Vehículos Autónomos del año 2020, dispuesto por la KPMG (Multinacional especializada en mantener una red de servicios profesionales, con asistencia en asesorías, impuestos y auditorías), expone una lista de 30 países en los que se evidencia la presencia de la tecnología de automatización vehicular alrededor del mundo, basándose en aspectos tecnológicos, de infraestructura, legislativos u opinión popular. Al respecto detallar en KPMG, “Autonomous vehicles are on the road to ubiquity”, [HTTPS://KPMG.COM](https://kpmg.com) 01.06.2020. Disponible en <[HTTPS://KPMG.COM/XX/EN/HOME/INSIGHTS/2020/06/AUTONOMOUS-VEHICLES-READINESS-INDEX.HTML](https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2020/06/autonomous-vehicles-readiness-index.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).

8 GRANDA GLENDA & HERRERA CARMEN, “Análisis de los tipos penales y su importancia para determinar responsabilidad penal”, en *Iustitia Socialis*, Vol. 4, num. 7 (4), julio – diciembre 2019, p. 7. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.35381/RAC11.V4I7.443](https://doi.org/10.35381/RAC11.V4I7.443)> (visto por última vez el 01.04.2024).

9 La dogmática penal, es entendida como la ciencia que “describe el derecho vigente y realiza un análisis sistemático y conceptual de las normas; elabora propuestas para la solución de casos problemáticos. Complementarse con ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, Trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, p. 240. También la dogmática penal, “es un saber acerca de normas, los únicos dogmas que puede admitir son los derechos y garantías que derivan de la norma suprema. Que forman sin duda un sistema que se proyecta tanto sobre el derecho penal material como sobre el proceso penal y que () no son límites del poder punitivo, sino también fronteras lógicas de lo que llamamos delito y pena”; esto es, momentos determinantes de sus respectivos conceptos”. Al respecto véase VIVES, TOMAS, “Los Derechos Fundamentales como base de la Ley Penal”, en *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 210. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/PASAJES.38.109](https://www.jstor.org/stable/pasajes.38.109)> (visto por última vez el 01.04.2024).

10 GUERRERO-AGRIPINO, LUIS, *Fundamentos de la Dogmática Jurídica Penal*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2017, p. 20. Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/11/5199/11.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5199/11.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

11 MUÑOZ-CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1999, p. 39.

comportamiento (tipo penal) bajo cuya concreción puede sobrevenir una consecuencia jurídico penal¹². Este elemento, que requiere una descripción clara y precisa del comportamiento delictivo, resulta ser, uno de los más complejos, tratándose de VA, ya que indica la seguridad jurídica que debe tener cualquier persona que sus actos están ajustados a la norma y a lo permitido.

En este sentido, realizar la *adecuación de la tipicidad*, cuando una persona lleva a cabo una conducta descrita por la ley, implica comprobar, ante todo que tal comportamiento desplegado desde la conducción automatizada encaja o no dentro de un tipo penal determinado, o si dicho comportamiento se adecúa simultáneamente a dos o más tipos penales (concurso ideal, concurso material, concurso continuo y concurso conexo).

De tener la certeza, que los países que aplican esta tecnología cuentan con tipos penales que describen, por ejemplo, el homicidio, las lesiones y los daños en bienes generados con medios vehiculares automatizados, se trataría simplemente de realizar la adecuación típica del comportamiento frente a lo descrito en la ley, de lo contrario, se evidenciaría unas normas insuficientes frente a esta novedosa forma de conducción de vehículos. O podría suceder, que en algunos de los países que aplican automatización vehicular, aun contando con tipos penales autónomos sobre estos comportamientos, estén descritos de manera abierta, es decir, se trate de normas penales en blanco, surgiendo la necesidad de acudir a las normas de tránsito, donde están referenciados determinados aspectos de la seguridad vial y de la automatización vehicular, para poder darle relevancia típica al comportamiento¹³, y en el trabajo que nos ocupa, para poder resolver el supuesto de hecho planteado en armonía con normad de carácter extrapenal.

En conclusión, corresponde en este elemento de la tipicidad la valoración de los novedosos comportamientos tecnológicos de los que puede surgir una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Concretamente, este elemento debe llevar al operador jurídico de cada país a valorar, si la conducta desplegada por determinada persona usando un VA encuadra o no en las ya existentes disposiciones jurídico penales alusivas a la vida, integridad personal, seguridad vial, entre otras, que finalmente permita demostrar que existe una adecuada y correcta adecuación típica entre el comportamiento desplegado y la conducta descrita por el legislador, de lo contrario operaría una atipicidad relativa¹⁴ o absoluta¹⁵ de la conducta.

En segundo lugar, se tiene el elemento de la *antijuridicidad*, que esencialmente es esa conducta que no hace parte de lo permitido por la norma, y que por lo tanto irrumpe con la dinámica social. Antijuridicidad de forma específica, consiste en la realización de una conducta por el sujeto activo que genera la lesión o puesta en peligro de uno o varios bienes jurídicos tutelados, es decir, no va referida a toda conducta humana, sino exclusivamente a aquella que previamente ha sido calificada como injusto típico en la norma penal, que ha sido considerado como “el aspecto material de la antijuridicidad”¹⁶.

12 GRANDA & HERRERA (*supra* nota 8), p. 16.

13 MUÑOZ-CONDE, FRANCISCO (*supra* nota 11), p. 41.

14 Ausencia de la calidad del sujeto, ausencia de la conducta o ausencia del objeto, al respecto véase: MONTALVO, CRISTINA; DE LA HOZ, KATRIM & BOLAÑO, BEATRIZ, *Elementos de la Conducta Punible*, Bogotá, Leyer, 2019, p. 37.

15 MONTALVO; DE LA HOZ; BOLAÑO (*supra* nota 14).

16 ZAFFARONI, RAÚL, *Manual de Derecho Penal y Teoría del Delito*, México, Cárdenas, 1991, p. 44. Disponible en <HTTPS://IDOC.PUB/DOCUMENTS/EUGENIO-ZAFFARONI-TEORIA-DEL-DELITO-1LK907K1E845> (visto por última vez el 01.04.2024).

Bajo el análisis de este elemento, en el ejercicio de la conducción automatizada, ¿cómo debe valorarse la antijuridicidad? Para responder, debe revisarse si la acción desplegada por el sujeto se ha dado como consecuencia de la tipicidad y si dicho comportamiento no tiene o encuentra una causa justificada para haberse dado, como lo sería realizar el hecho punible en legítima defensa u obrar en estado de necesidad, entre otras causales justificantes. En términos o “bajo las ideas neokantianas, debe mirarse el desvalor sobre la acción a partir de elementos subjetivos que califican a la acción, y a la falta de los cuales la acción no puede existir”¹⁷. De tal forma, que para determinar que una conducta típica es antijurídica se debe iniciar con la verificación de la existencia o no de causas de justificación.

Por último, se tiene el elemento de *la culpabilidad (Dolo, Culpa y Preterintención)* que es el aspecto esencialmente subjetivo del delito, “por cuanto lo considera como un hecho de conciencia”¹⁸, que requiere de la “imputabilidad o capacidad de culpabilidad del autor, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto para la imposición de una sanción penal”¹⁹. Entonces un hecho para ser punible, además de típico y antijurídico, requiere de la culpabilidad del sujeto activo, es decir, se necesita que dicho sujeto activo esté revestido de reprochabilidad y merecedor de una sanción. Pero, no se puede perder de vista que, en la tecnología de automatización vehicular, es un sistema inteligente²⁰ quien ejerce de forma independiente, funciones propias de la conducción, que comúnmente están a cargo de las personas.

De tal forma, que si este último elemento requiere un juicio de reproche al sujeto activo de una conducta por el conocimiento que posee respecto de la generación de daños a bienes jurídicos amparados por el ordenamiento legal y constitucional que fueron generados por medio de su accionar o por medio de conductas de tipo omisivo, en este punto se debería cuestionar: ¿Quién es ese sujeto activo en un vehículo operado automatizadamente?, ¿Cuál era el nivel o porcentaje de autonomía del vehículo?, entre otros interrogantes, que deben dejar claro a quien se le puede reprochar la conducción autónoma que ha generado un resultado aparentemente punible y bajo qué forma de culpabilidad podrían presentarse estos casos, pues dolosamente requiere que el “sujeto al que se le hará el juicio de reproche conozca los elementos que conforman el delito y sabe que es lo que hace”²¹, adicionalmente, debe probarse que ese sujeto al que se pretende reprochar dicho resultado “ha querido realizar el hecho típico, tuvo el deseo incondicional de ejecutarlo”²².

17 PLASCENCIA, RAÚL, *Teoría del Delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 3ra reimpresión, 2004, p. 134. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNAM.MX/CONTENIDOS/5035052](https://repositorio.unam.mx/contenidos/5035052)> (visto por última vez el 01.04.2024).

18 BAGNAT, MAXIMILIANO, “El principio de culpabilidad en el Derecho Penal y los límites en el poder punitivo estatal”, *Revista Pensamiento Penal*. Septiembre 2020, p. 4. Disponible en <[HTTPS://WWW.PENSAMIENTOPENAL.COM.AR/DOCTRINA/88940-PRINCIPIO-CULPABILIDAD-DERECHO-PENAL-Y-LIMITES-PODER-PUNITIVO-ESTATAL](https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/88940-PRINCIPIO-CULPABILIDAD-DERECHO-PENAL-Y-LIMITES-PODER-PUNITIVO-ESTATAL)> (visto por última vez el 01.04.2024).

19 MUÑOZ-CONDE (*supra* nota 11), p. 127.

20 No hay un acuerdo generalizado sobre lo que debe entenderse por “Sistema Inteligente”, aunque en el fondo todas las definiciones se centran en la capacidad de los sistemas artificiales (máquinas) para exhibir un comportamiento “inteligente”. Son razonablemente considerados como exhibidores de algunos tipos estrechos de comportamiento inteligente. Ver: CLIFFORD, LAU & HAUGH, BRIAN, *Megatrend Issues in Artificial Intelligence and Autonomous Systems*. Research Report Institute for Defense Analyses, 2018. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/RESREP22645](http://www.jstor.org/stable/resrep22645)> (visto por última vez el 01.04.2024).

21 MONTALVO; DE LA HOZ; BOLAÑO (*supra* nota 14), p. 80.

22 MONTALVO; DE LA HOZ; BOLAÑO (*supra* nota 14), p. 80.

Una de las formas de culpabilidad, en que podrían presentarse daños a bienes jurídicos con el uso de VA, sería a título de *culpa* (forma de culpabilidad). Recordando, que en los hechos culposos

Se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificar.²³

Entonces, se podría dar en la conducción automatizada, que el posible sujeto activo prevea el hecho típico y antijurídico, por ser previsible y evitable, pero a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le es exigible, el vehículo genere daños a ciertos bienes jurídicos tutelados, por ejemplo, el caso del conductor ebrio que causa un accidente de tránsito.

2. *Normas de tránsito y normas penales en 10 países que desarrollan la tecnología de Automatización Vehicular.*

Según la KPMG, en la actualidad son más de treinta (30) países²⁴ los que aplican la ya mencionada tecnología de automatización vehicular²⁵, y bajo criterios de tecnología e innovación, infraestructura, aceptación del consumidor, políticas y legislación viene realizando una medición de esta tecnología en dichos países. Atendiendo el *score* (puntaje) emitido por el Índice de Disponibilidad de Automatización Vehicular, realizado por la KPMG²⁶, se han seleccionado los diez (10) países que ocupan el primer lugar en la medición, para revisar posibles normas de tránsito alusivas al tema en dichos países, así como para identificar dogmáticamente la descripción del tipo penal de homicidio y lesiones personales en los 10 países seleccionados, con la finalidad de analizar si, tal como están previstas en la actualidad dichas normas podrían afrontar los desafíos penales que acarrea la AV, en caso de presentarse vulneración a ciertos bienes jurídicos.

Singapur.

Singapur se posiciona en primer lugar como el país con mayor disponibilidad en materia tecnológica, estructural y competitiva en el mercado de los VA, impulsando el desarrollo de esta tecnología juntamente con el apoyo legislativo que busca respaldar la fase preliminar actual. Su normatividad penal evidencia estar bien equipada para la admisión de delitos realizados por conductas novedosas como lo es la conducción automatizada.

23 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, España, Olejnik Ediciones, 1990, p. 345.

24 Dentro de este listado de países, los que no se estudiarán en el cuerpo de este trabajo son: Japón, Canadá, Taiwán, Alemania, Australia, Israel, Nueva Zelanda, Austria, Francia, China, Bélgica, España, República Checa, Italia, Hungría, Rusia, Chile, México, India y Brasil.

25 WALKER-OSBORN, CHARLOTTE, "Artificial Intelligence Automation and the Law", *ITNOW*, Volume 60, Issue 1, Spring 2018, pp. 42–43. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/ITNOW/BWYO20](https://doi.org/10.1093/itnow/bwy020)> (visto por última vez el 01.04.2024).

26 KPMG (*supra* nota 7), p. 3.

Tabla 1. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Singapur alusivas a VA.

SINGAPUR	
Código de Tránsito 1961²⁷	Código Penal 1871²⁸
<p>Parte 1. Sección 6C # 6, literal A Menciona la obtención de un seguro de responsabilidad que tenga la capacidad de cubrir los casos de muerte o lesiones corporales producto del uso del VA.</p>	<p>Capítulo 16. Delitos que afectan al cuerpo humano. Art 299: Homicidio Art 319: Daño La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código de tránsito y el código penal de Singapur.

Países Bajos.

En su norma de tráfico vigente, hacen referencia a los procesos de prueba e investigación dispuestos para poner en práctica en vía nacionales, los permisos requeridos y los procedimientos a los que se deben someter los conductores o las empresas que estén a cargo de los VA. En la normatividad penal se refleja una diferencia con otros países, puesto que el código neerlandés no enuncia los delitos por artículos, sino por títulos donde después en cada artículo solo se habla de la conducta.

Tabla 2. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Países Bajos alusivas a VA.

PAÍSES BAJOS	
Ley de tráfico por carretera 1994²⁹	Código Penal³⁰
<p>Capítulo VII Exención, renuncia y permiso. Art 148 no. 2 Hace una breve referencia a los daños que se puedan causar con la investigación, la AV debe estar cubierta por un seguro que asuma la responsabilidad civil.</p>	<p>Título XIX Crímenes contra la vida: Art 287: Homicidio Título XX Agresión: Art 302 La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código de tránsito y el código penal neerlandés.

27 The Law Revision Commission, *Road Traffic Act, 1961*, [HTTPS://SSO.ACC.GOV.SG](https://sso.acc.gov.sg). Disponible en <[HTTPS://SSO.ACC.GOV.SG/ACT/RTA1961?PROVIDS=P14-](https://sso.acc.gov.sg/act/RTA1961?PROVIDS=P14-)> (visto por última vez el 01.04.2024).

28 The Law Revision Commission, *Penal Code, 1871*, [HTTPS://SSO.ACC.GOV.SG](https://sso.acc.gov.sg). Disponible en <[HTTPS://SSO.ACC.GOV.SG/ACT/PC1871?PROVIDS=AL-#AL->](https://sso.acc.gov.sg/act/PC1871?PROVIDS=AL-#AL->) (visto por última vez el 01.04.2024).

29 Eerste Kamer en Tweede Kamer, *Wegenverkeerswet 1994*, [HTTPS://OVERHEID.NL](https://overheid.nl). Disponible en <[HTTPS://WETTEN.OVERHEID.NL/BWBR0006622/2024-01-01#HOOFDSTUK1A](https://wetten.overheid.nl/BWBR0006622/2024-01-01#HOOFDSTUK1A)> (visto por última vez el 01.04.2024).

30 Eerste Kamer en Tweede Kamer, *Wetboek van Strafrecht*, [HTTPS://OVERHEID.NL](https://overheid.nl). Disponible en <[HTTPS://WETTEN.OVERHEID.NL/BWBR001854/2024-01-01#BOEK EERSTE](https://wetten.overheid.nl/BWBR001854/2024-01-01#BOEK EERSTE)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Noruega.

En este país se han implementado buses autónomos que facilitan el transporte público, teniendo una gran acogida entre las personas; de igual forma establecen que para la fase de pruebas actuales de los VA, los operadores de estos, los responsables de los vehículos deben contar con seguros que tengan la idoneidad para cubrir los daños que puedan ser causados por esta tecnología. Su código penal contempla las ofensas de violencia dentro de las cuales admite que se efectúe el tipo penal por cualquier medio.

Tabla 3. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Noruega alusivas a VA.

NORUEGA	
<p>Reglamento sobre las pruebas de vehículos de motor autónomos 2021³¹</p> <p>Capítulo 2 Condiciones de autorización. Numeral 5 requisitos para la solicitud, literal K. Menciona específicamente que la solicitud para el ensayo debe tener un seguro de responsabilidad general.</p>	<p>Código Penal 2005³²</p> <p>Capítulo 25 Delitos de violencia. Art 271: Daños corporales Art 275: Asesinato. La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código de tránsito y el código penal noruego.

Estados Unidos.

En el caso particular de este país, ya que se presentan como una nación federal en la que sus estados disponen de forma autónoma sobre asuntos legislativos, se utilizan para efectos de este estudio exploratorio los pronunciamientos normativos generales que hablen de la automatización vehicular, así como de los delitos.

Para las disposiciones legales que versan sobre el tránsito, la Conferencia Nacional de Legislación Estatal³³ ha publicado la Base de Datos de la Legislación de los Vehículos Autónomos³⁴, en la que mediante la segmentación de normas promulgadas sobre responsabilidad y seguros para el año 2024, sólo en el estado de Dakota del Sur, hay una norma aprobada que busca parámetros de cómo debe ser el comportamiento de los VA en el evento de que estos ocasionen un accidente vehicular.

31 Samferdselsdepartementet, *Forskrift om utprøving av selvkjørende motorvogn*, 2021, [HTTPS://LOVDATA.NO](https://lovdata.no). Disponible en <[HTTPS://LOVDATA.NO/DOKUMENT/SF/FORSKRIFT/2017-12-19-2240](https://lovdata.no/dokument/SF/FORSKRIFT/2017-12-19-2240)> (visto por última vez el 01.04.2024).

32 Justisog beredskapsdepartementet, *Straffeloven*, 2005, [HTTPS://LOVDATA.NO](https://lovdata.no). Disponible en <[HTTPS://LOVDATA.NO/DOKUMENT/NL/LOV/2005-05-20-28](https://lovdata.no/dokument/NL/LOV/2005-05-20-28)> (visto por última vez el 01.04.2024).

33 La Conferencia Nacional de Legislación Estatal, NCSL por sus siglas en inglés, representa a las asambleas legislativas en su relación con el gobierno federal. Disponible en <[HTTPS://WWW.NCSL.ORG/ABOUT-US](https://www.ncsl.org/about-us)> (visto por última vez el 01.04.2024).

34 Esta base de datos busca contener los temas relacionados a los vehículos autónomos, incluyendo definición, licencia, registro, requerimientos para su operación, inspección, pruebas y más, en los Estados Unidos. <https://ncsl.org>. Disponible en <[HTTPS://WWW.NCSL.ORG/TRANSPORTATION/AUTONOMOUS-VEHICLES-LEGISLATION-DATABASE](https://www.ncsl.org/transportation/autonomous-vehicles-legislation-database)> (visto por última vez el 01.04.2024).

En el código penal se contempla claramente el delito de homicidio y su adecuación típica resulta óptima para que la comisión del delito admita la utilización de cualquier medio, sin embargo, para el caso de lesiones personales, agresión o un delito específico que describa una conducta en contra de la integridad física, se manifiesta una de las pocas excepciones de esta investigación, puesto que el delito no está tipificado de forma que admita la realización de conducta mediante VA.

Tabla 4. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Estados Unidos alusivas a VA.

ESTADOS UNIDOS	
99th Legislative Session (South Dakota)³⁵	Título 18 Crímenes y procedimiento criminal³⁶
<p>Sección 4 y Sección 5 Manifiestan que los vehículos autónomos deben estar cubiertos de responsabilidad financiera que pueda satisfacer requerimientos en caso de accidentes de tránsito ocasionados por VA.</p>	<p>Capítulo 51. Homicidio. Artículo 1111: Asesinato La descripción de esta conducta admite la presentación de un juicio de responsabilidad penal, cuando el delito es llevado a cabo con un VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código de tránsito y el código penal federal del estado de Dakota.

Finlandia.

Según la Agencia finlandesa de transporte y comunicaciones para el año 2024 se establecerán reglamentos para esta tecnología basados en la homologación tipo UE para VA³⁷. Por lo tanto, en la actualidad no cuentan con una norma de tránsito que consigne disposiciones para esta nueva tecnología vehicular. Sin embargo, su código de tránsito admite la realización de los tipos penales que se analizan en la presente investigación.

35 Legislature of the State of South Dakota, *Operation of Automated Motor Vehicles*, 2024, [HTTPS://NCSL.ORG](https://ncsl.org). Disponible en <[HTTPS://WWW.NCSL.ORG/TRANSPORTATION/AUTONOMOUS-VEHICLES-LEGISLATION-DATABASE](https://www.ncsl.org/transportation/autonomous-vehicles-legislation-database)> (visto por última vez el 01.04.2024).

36 Federal Government of the United States, *Title 18 Crimes and Criminal Procedure*, 2019, [HTTPS://USCODE.HOUSE.GOV](https://uscode.house.gov). Disponible en <[HTTPS://USCODE.HOUSE.GOV/VIEW.XHTML?PATH=/PRELIM@TITLE18/PART1&EDITION=PRELIM](https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1&edition=prelim)> (visto por última vez el 01.04.2024).

37 Es necesario señalar que Finlandia como miembro de la Unión Europea adopta ciertos reglamentos sugeridos por la organización, como es el caso de los vehículos autónomos. Véase en <[HTTPS://TIETO.TRAFICOM.FI/EN/STATISTICS/PREREQUISITES-DEVELOPMENT-ROAD-TRANSPORT-AUTOMATION?TOGGLE=L%C3%A4HTEET%20JA%20LIS%C3%A4TIEDOT](https://tieto.traficom.fi/en/statistics/prerequisites-development-road-transport-automation?toggle=L%C3%A4HTEET%20JA%20LIS%C3%A4TIEDOT)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Tabla 5. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Finlandia alusivas a VA.

FINLANDIA	
N/P	The Criminal Code of Finland 1889³⁸
Actualmente este país no tiene una disposición legislativa específica sobre los VA y su regulación para uso cotidiano o de ensayos. Se encuentran desarrollando un proyecto legislativo que abarque completamente los desafíos de la conducción autónoma.	<p>Capítulo 21. Delitos contra la vida y la salud.</p> <p>Sección 1: Homicidio.</p> <p>Sección 10: Lesiones corporales negligentes.</p> <p>La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código penal de Finlandia.

Suecia.

En este país, se han establecido estándares para el uso de la tecnología en fase de pruebas. A lo anterior manifiestan, que en casos donde un VA sin conductor es activado, se entiende que un conductor humano estuvo a cargo de su activación y por lo tanto este es responsable de lo que el vehículo pueda, en su funcionamiento, causar³⁹, lo que autores como Antonio Coco, denominan “*human in the loop*”⁴⁰, para referirse al proceso donde el humano automatiza la máquina, pero no está presente en la conducción de la máquina; y al distinguirlo con el proceso de “*human on the loop*” (humano sobre el ciclo), donde el humano si está en el vehículo y tiene el deber de asumir la conducción en caso de advertir fallas en la automatización del mismo.

De tal forma, que la participación de un humano en la automatización vehicular, no siempre constituye una salvaguardia efectiva contra el apuntar erróneo, o incluso reduce las posibilidades de que ocurra dicho apuntar erróneo. Si la máquina siempre hace la determinación correcta, el sesgo de automatización tiene poca o ninguna importancia práctica. Los problemas surgen, cuando el vehículo hace una determinación no deseada, inesperada o directamente errónea, o cuando retrasa su determinación en una situación en la que las restricciones de tiempo impondrían una acción más rápida. Algunas de estas determinaciones erróneas pueden nunca ser reconocidas por ningún humano; si el sesgo de automatización es lo suficientemente extendido dentro del equipo humano de monitoreo/supervisión, entonces nadie es capaz de reconocerlo, y penalmente nadie está obligado a lo imposible.

En este sentido, no se puede perder de vista que la naturaleza del deber de cuidado es

38 Eduskunta Riksdagen, *Rikoslaki*, 19.02.1889. [HTTPS://FINLEX.FI](https://finlex.fi). Disponible en <[HTTPS://WWW.FINLEX.FI/FI/LAKI/AJANTASA/1889/18890039001](https://www.finlex.fi/fi/laki/AJANTASA/1889/18890039001)> (visto por última vez el 01.04.2024).

39 Transport Styrelsen, *Supplementary information for trial operation permits with automated vehicles*, 2021, p. 16. transportstyrelsen.se. Disponible en <[HTTPS://WWW.TRANSPORTSTYRELSEN.SE/GLOBALASSETS/GLOBAL/VAG/FORDON/AUTOMATISERADEFORDON/SUPPLEMENTARY-INFORMATION-FOR-TRIAL-OPERATION-PERMITTS-WITH-AUTOMATED-VEHICLES-1.OT.PDF](https://www.transportstyrelsen.se/globalassets/global/vag/fordon/automatiserade-fordon/supplementary-information-for-trial-operation-permits-with-automated-vehicles-1.ot.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

40 Para ampliar los planteamientos sobre “Humano en el ciclo” versus el “Humano sobre la máquina”, ver: COCO, ANTONIO, “Exploring the Impact of Automation Bias and Complacency on Individual Criminal Responsibility for War Crimes”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 21, Issue 5, November 2023, p. 1079. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/JICJ/MQAD034](https://doi.org/10.1093/jicj/mqad034)> (visto por última vez el 01.04.2024).

doble: por un lado, están las capacidades, experticias y formación del sujeto, es decir, *el deber de cuidado subjetivo*, que hacen parte del juicio de reproche, o sea, a la culpabilidad. Mientras que *el deber de cuidado objetivo*, es presupuesto del tipo penal, que establece de un modo objetivo, independientemente de la capacidad del sujeto, la realización de un comportamiento, que causa un resultado no querido, generando un juicio de culpabilidad, porque el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en un resultado, existiendo una relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado⁴¹.

Tabla 6. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Suecia alusivas a VA.

SUECIA	
Información complementaria para los permisos de explotación de prueba con vehículos automatizados 2023⁴²	Código Penal Sueco⁴³ (última actualización 2023)
Esta norma presenta los requisitos para presentar la solicitud de ensayo para VA, en los que se habla de forma vaga sobre la responsabilidad de la persona a cargo del vehículo, sea conductor o no de este, y no se mencionan las posibles implicaciones penales al respecto.	Capítulo 3 Ofensas contra la vida y la salud. Sección 1: Homicidio Sección 5: Lesiones personales. La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.

Fuente: elaboración propia con información del código penal sueco.

Corea del Sur.

El código de tránsito ha sido modificado a lo largo de los últimos años, para ir integrando la tecnología de la conducción autónoma de la forma más viable, a pesar de esto, solo se han dispuesto una serie de generalidades en cuanto a la conducción responsable y en lo que no se debe encauzar a los conductores de VA.

El único pronunciamiento que encierra una sanción, se encuentra en el artículo 156 Provisiones penales que en su numeral 6-2 castiga con la multa referida en la primera parte del artículo a los conductores de VA que “quien falle para responder sin demora a la demanda directa del sistema de conducción autónoma, lo lleva a violar lo indicado para este tipo de conductores, que está consagrado en el Artículo 50-2 de la misma ley⁴⁴. Han dispuesto penalmente que, para

41 MOLINA GALINDO, LEONARDO, “El concepto de Imprudencia y su ubicación sistemática”, *Revista Republica*, 2018, N. 24, pp. 203–221. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1909-44502018000100203&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-44502018000100203&lng=en&nrm=iso)> doi: <[HTTPS://DOI.ORG/10.21017/REV.REPUB.2018.V24.A47](https://doi.org/10.21017/rev.república.2018.v24.a47)> (visto por última vez el 01.04.2024).

42 Transport Styrelsen (*supra* nota 39).

43 Government Offices of Sweden, *The Swedish Criminal Code*, 1962, [HTTPS://GOVERNMENT.SE](https://government.se). Disponible en <[HTTPS://WWW.GOVERNMENT.SE/GOVERNMENT-POLICY/JUDICIAL-SYSTEM/THE-SWEDISH-CRIMINAL-CODE/](https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/)> (visto por última vez el 01.04.2024).

44 The National Assembly of the Republic of Korea, *Road Traffic Act*, 2023, [HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR](https://elaw.klri.re.kr). Disponible en <[HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR/KOR_SERVICE/LAWVIEW.DO?LANG=ENG&HSEQ=64085](https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawview.do?lang=eng&hseq=64085)> (visto por última vez el 01.04.2024).

los delitos en contra de la vida y la integridad personal, en los que se admite la configuración del delito con cualquier conducta que logre el cometido.

Tabla 7. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Corea del Sur alusivas a VA.

COREA DEL SUR	
Road Traffic Act 2024⁴⁵	Criminal Law Nº 19582⁴⁶
<p>Capítulo IV. Obligaciones de los conductores. Art 50-2. Capítulo XII. Penalty Provisions. Artículo 156. La norma resalta las implicaciones penales que tendrá un conductor de VA en caso de incumplir con las funciones debidas.</p>	<p>Capítulo 24. Artículo 250: Homicidio. Capítulo 25. Artículo 257: Lesiones. La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia con información del código de tránsito y el código penal de Corea del Sur.

Emiratos Árabes Unidos.

La Ley 9 del 2023⁴⁷, Regulación del funcionamiento de Vehículos Autónomos en el Emirato de Dubái, prevé la responsabilidad a considerar en los actos que puedan ser cometidos por un VA, en los cuales la se les obliga a los operadores de los autos al momento de la conducción autónoma y en caso de un evento que cause daño, este se haga responsable de las consecuencias de lo ocurrido.

Esta normatividad contempla por separado una aclaración con respecto a la responsabilidad penal, aplicadas a estos mismos infortunios producto de los VA, ante lo cual la norma dice que “esta norma se aplicará a los actos cometidos por los vehículos autónomos y constitutivos de delitos punibles con las penas previstas para sus autores en dicha legislación⁴⁸”. Es propicio hacer la aclaración que esta norma es aplicable para el emirato de Dubai y que el ordenamiento de tránsito vigente en los Emiratos Árabes Unidos es la Ley Federal no. 21 de 1995 de Tránsito⁴⁹, la cual contiene responsabilidades generales propias de los conductores de cualquier vehículo automotor.

45 Road Traffic Act (*supra* nota 44).

46 The National Assembly of the Republic of Korea, *Criminal Act*, 2013, [HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR](https://elaw.klri.re.kr). Disponible en <[HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR/ENG_SERVICE/LAWVIEW.DO?HSEQ=28627&LANG=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawview.do?hseq=28627&lang=eng)> (visto por última vez el 01.04.2024).

47 Government of Emirate of Dubai, *Law no. 9*, 2023. Disponible en <[HTTPS://DLP.DUBAI.GOV.AE/LEGISLATION%20REFERENCE/2023/LAW%20NO.%20\(9\)%20OF%202023%20REGULATING%20THE%20OPERATION%20OF%20AUTONOMOUS%20VEHICLES.HTML](https://dlp.dubai.gov.ae/legislation%20REFERENCE/2023/LAW%20NO.%20(9)%20OF%202023%20REGULATING%20THE%20OPERATION%20OF%20AUTONOMOUS%20VEHICLES.HTML)> (visto por última vez el 01.04.2024).

48 *Law no. 9* (*supra* nota 47).

49 Erigida como la ley nacional que regula el tránsito en los emiratos. Government of United Arab Emirates, *Federal Law no. 21*, 1995, [HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE](https://uaelegislation.gov.ae). Disponible en <[HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE/EN/LEGISLATIONS/2125?KEYWORD=TRAFFIC](https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/2125?keyword=traffic)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Tabla 8. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Emiratos Árabes Unidos alusivas a VA.

EMIRATOS ARABES UNIDOS	
Ley 9 del 2023⁵⁰	Ley federal decreto no. 31 del 2021⁵¹
<p>Artículo 15: Responsabilidad criminal. Aparte de mencionar en el artículo anterior que los operadores deben responder por daños causados, se establece que los actos realizados con VA son susceptibles de ser penalmente sancionados</p>	<p>Sección séptima. Capítulo 1 Crímenes contra la vida humana y la integridad física. Art 384: Homicidio Art 387: Agresión La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia a partir de información de la Ley 9 y la Ley Federal No. 31 del 2021.

Reino Unido.

Normativamente en el 2018 han publicado la Ley de vehículos eléctricos y Automatizados que permite observar como las directrices para los propietarios de VA o las empresas que estén facultadas para operar con estos deben adquirir seguros que sean capaces de reparar los daños que llegasen a ocurrir con el uso de estos, específicamente en la primera parte de la norma que se refiere a las responsabilidades de las aseguradoras y en el numeral dos desglosa la responsabilidad de las aseguradoras en los accidentes causados por vehículos automatizados, de forma concreta en la primera parte, numeral dos, como se muestra en la tabla.

De tal forma, que la Ley de Vehículos Automatizados y Eléctricos (AEVA), una vez que recibió Consentimiento Real, ha generado “que los vehículos de motor se estén volviendo cada vez más basados en tecnología, con sistemas de ayuda a la conducción que han asumido muchos de los aspectos posiblemente peligrosos de la conducción del conductor, haciendo imperativo que la legislación penal avance para determinar las responsabilidades de las partes”⁵².

En la ley criminal de reino unido del año 1977 no se encuentran definidas las conductas de homicidio y lesiones personales, así como tampoco en la ley de homicidio de 1957, es por esto que se remite a definiciones de otras instituciones como el Crown Prosecution Service en su artículo referido al homicidio que se estará explicando en la tabla a continuación⁵³.

50 Government of United Arab Emirates (*supra* nota 49).

51 Government of United Arab Emirates, *Federal law no. 3*, 2021, <https://uaelegislation.gov.ae>. Disponible en <[HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE/EN/LEGISLATIONS/1529](https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/1529)> (visto por última vez el 01.04.2024).

52 MARSON, JAMES; FERRIS, KATY & DICKINSON, JILL, “The Automated and Electric Vehicles Act 2018 Part 1 and Beyond: A Critical Review”, *Statute Law Review*, Volume 41, Issue 3, October 2020, pp. 395–416. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/SLR/HMZ021](https://doi.org/10.1093/slr/hmz021)> (visto por ultimo vez el 01.04.2024).

53 El Crown Prosecution Service es una agencia independiente del gobierno de Inglaterra y Escocia, la cual procesa casos criminales que ya han sido previamente investigados por las autoridades policiales. Los conceptos que estos emiten tienen un peso legislativo en la preparación de casos. Han definido el homicidio, lo que logra encuadrar la conducta de forma adecuada. “Homicide: Murder, manslaughter, infanticide and causing or allowing the death or serious injury of a child or vulnerable adult”, Legal Guidance, Violent crime, <https://www.cps.gov.uk>, última revisión del 5 de octubre del 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.CPS.GOV.UK/LEGAL-GUIDANCE/HOMICIDE-MURDER-MANSLAUGHTER-INFANTICIDE-AND-CAUSING-OR-ALLOWING-DEATH-OR-SERIOUS](https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homicide-murder-manslaughter-infanticide-and-causing-or-allowing-death-or-serious)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Tabla 9. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Reino Unido alusivas a VA.

REINO UNIDO	
Automated and Electric Vehicles Act 2018⁵⁴	Crown Prosecution Service (última revisión 2023)⁵⁵
<p>Parte 1 Responsabilidad de las aseguradoras.</p> <p>Nº 2 Responsabilidad de las aseguradoras en accidentes causados por un vehículo automatizado.</p> <p>Menciona la obtención de un seguro de responsabilidad que tenga la capacidad de cubrir los casos de muerte o lesiones corporales producto del uso del VA.</p>	<p>Revisión de sentencias del 5 de octubre del 2023.</p> <p>Homicidio: La descripción de este tipo penal permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando este es llevado a cabo por VA.</p> <hr/> <p>Reforma de Ley (Lesiones Personales) Acto de 1948.</p> <p>Nº 3. Definición de lesiones personales⁵⁶</p> <p>La descripción del tipo penal permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando este es llevado a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia a partir de la Automated and Electric Vehicles Act and Crown Prosecution Service.

En conclusión en Reino Unido, debe destacarse, a diferencia de los otros países, la AEVA 2018 como un intento por parte del legislador de brindarle un poco de certeza, a los posibles víctimas de accidentes, usuarios de vehículos, fabricantes (y potencialmente aquellos que están en el proceso de fabricación) y aseguradoras, ante los desafíos de seguros y responsabilidad previstos para los Vehículos Automatizados y Conectados (CAVs, por sus siglas en inglés), siendo el más significativo la responsabilidad del fabricante o del conductor hacia las víctimas cuando un CAV está involucrado en una colisión. Para los vehículos de motor convencionales, la Ley de Tráfico de Carreteras de 1988 (RTA 1988) requiere que los “usuarios” de vehículos de motor obtengan un seguro de responsabilidad civil para cubrir su responsabilidad hacia terceros por los daños causados. Cuando el usuario del vehículo es responsable frente a otro debido a su negligencia, el asegurador del usuario está obligado a compensar a la víctima tercera. Cuando no hay un seguro en vigor para el usuario, o el vehículo no puede ser identificado, el Motor Insurers Bureau (MIB) está disponible para compensar a la tercera parte⁵⁷.

54 United Kingdom Parliament, *Automated and Electric Vehicles Act*, 2018, primera parte, no. 2. Disponible en <[HTTPS://WWW.LEGISLATION.GOV.UK/UKPGA/2018/18/CONTENTS](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents)> (visto por última vez el 01.04.2024).

55 Crown Prosecution Service (*supra* nota 53).

56 United Kingdom Parliament, *Law Reform (Personal Injuries) Act*, 1948, Numeral 3. Disponible en <[HTTPS://WWW.LEGISLATION.GOV.UK/UKPGA/Geo6/11-12/41/CONTENTS](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/41/contents)> (visto por última vez el 01.04.2024).

57 Channon, Mathew, “Automated and Electric Vehicles Act 2018: An Evaluation in light of Proactive Law and Regulatory Disconnect”, *European Journal of Law and Technology*, Vol 10, Issue 2, 2019, p. 2, Disponible en <[HTTPS://EJLT.ORG/INDEX.PHP/EJLT/ARTICLE/VIEW/702/967](https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/702/967)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Dinamarca.

El gobierno de este país ha autorizado el uso de VA para que estos sean puestos a prueba en las vías nacionales. Han consignado en su ley de tránsito disposiciones sobre la responsabilidad que deben tener los sujetos que tienen el deber de supervisar el correcto funcionamiento del carro durante la prueba. Contienen una legislación que discrimina efectivamente en estos dos conceptos, además exhibe disposiciones para ambos. Aunque es el último país en esta muestra para la investigación ha demostrado tener un compendio normativo organizado y actualizado, no solo a nivel de tránsito, sino también un código penal que permite el estudio del tema.

Tabla 10. Análisis de normas de tránsito y normas penales en Dinamarca alusivas a VA.

DINAMARCA	
Ley de tránsito 2023⁵⁸	Ley Penal 1360 de 28/09/2022⁵⁹
<p>Capítulo 15: Experimentos con vehículos automotor y experimentos con unidades autónomas.</p> <p>La ley de tránsito vigente únicamente se refiere a la responsabilidad en el artículo 92 párrafo donde se le puede atribuir la responsabilidad a quien está a cargo del ensayo sólo para el pago de una multa.</p>	<p>Capítulo 25 Delitos contra la vida y la integridad física</p> <p>Art 237: Homicidio</p> <p>Art 244: Actos de violencia y agresión.</p> <p>La descripción de estos dos tipos penales objeto de estudio permite realizar un juicio de responsabilidad penal cuando estos son llevados a cabo por VA.</p>

Fuente: elaboración propia a partir de la Ley de Tránsito y la Ley Penal de Dinamarca.

De los 10 países analizados, se tiene que todos desde sus normas de tránsito exigen un seguro de automóvil que cubra y proteja a aquellos involucrados con vehículos y que pueden sufrir daños, lesiones y pérdidas “debido a la negligencia de los actores del sistema de automatización⁶⁰.”

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad penal que pudiera surgir de la vulneración al bien jurídico vida e integridad personal, todos los países bajo análisis tienen previsto en sus leyes o códigos penales la posibilidad de realizar un juicio de responsabilidad o reproche de la culpabilidad de un sujeto a cargo de un VA.

Finalmente, es menester indicar que la movilidad proporcionada por los VA se ha convertido en un tema recurrente en la sociedad moderna, objeto de debate en varios países, principalmente en los 33 que la utilizan, donde se señala o estima aspectos, tales como,

que la introducción de estos vehículos en las vías públicas resultará en una disminución de accidentes de hasta un 80% a un 90%. Estas estimaciones reflejan el hecho de que más del 40% de los accidentes mortales actuales se deben al consumo de alcohol o drogas, la distracción o la fatiga. Los accidentes restantes ocurren debido al exceso de velocidad, la conducción agresiva, la sobrecompensación, la inexperiencia, los tiempos de reacción lentos, la falta de atención y varias otras deficiencias del con-

58 The Danish Parliament, *Law 168 of 14 February, 2023*, RESTINFORMATION.DK. Disponible en <HTTPS://WWW.RESTINFORMATION.DK/ELI/LTA/2023/168> (visto por última vez el 01.04.2024).

59 The Danish Parliament, *Law 1360 of 28 september, 2022*, RESTINFORMATION.DK. Disponible en <HTTPS://WWW.RESTINFORMATION.DK/ELI/LTA/2022/1360> (visto por última vez el 01.04.2024).

60 CHANNON, MATHEW (*supra* nota 57), p. 4

ductor. En consecuencia, los errores de los conductores humanos representan más del 90% de todos los accidentes. Por otro lado, los AVs ni beben ni escriben mensajes de texto mientras conducen. Emplean un programa que les impide infringir las leyes de tránsito. Tienen tiempos de reacción más rápidos y pueden optimizarse para facilitar el flujo del tráfico⁶¹.

3. *Supuesto de hecho punible generado a partir de la conducción automatizada.*

Para aplicar los análisis que se han obtenido de la muestra de cada país, se planteará un caso hipotético, suponiendo la ocurrencia de un hecho punible a partir de la conducción automatizada, que permitirá evaluar la existencia o no de responsabilidad penal en el supuesto⁶², donde los sujetos que intervienen, así como las consecuencias que se generan deberían permitir la resolución del caso con la normativa penal vigente o sugerirse soluciones a partir de la doctrina mayoritaria.

Para plantear el caso, se tuvo en cuenta que doctrinalmente se ha indicado que los daños causados bajo el uso de esta tecnología, principalmente han obedecido a razones de negligencia, concretamente se ha indicado que “con mayor frecuencia obedece a errores del conductor, pero también puede incluir defectos de fabricación, que resultan en muertes y lesiones menos graves”⁶³, lo que sugiere una gestión cuidadosa entre leyes de responsabilidad civil, penal y leyes de seguros.

El desarrollo del supuesto caso se incluyó un VA nivel 3; una vía pública de tránsito regular; un conductor del vehículo no 100% autónomo (Juan Polo); una empresa fabricante del vehículo; un técnico experto que programó ciertas funciones del VA (Pedro Ramos); un carro que cuenta con un nivel 3 de automatización vehicular; un pasajero del VA, unas víctimas que se transportaban en otro vehículo, distinto al automatizado; y una ciudad, en este caso la capital de la República de Singapur, Singapur.

El VA nivel 3, fue fabricado por la empresa llamada AutomatedLife, fue programado para realizar una prueba de funcionamiento en una vía principal de la ciudad de Singapur, durante seis horas, cuya programación le fue asignada al técnico de la empresa de nombre Pedro Ramos. Al mismo tiempo se encontraba dentro del VA durante la prueba, Juan Polo, persona que cuenta con licencia de tránsito y está capacitado para tomar control del vehículo cuando este se lo indique o advierte que el sistema presenta fallas. Se aclara también, que la autoridad de tránsito ha emitido los permisos necesarios para que la empresa pueda ejecutar la prueba con las anteriores condiciones.

61 KUBICA, MARÍA LUBOMIRA, “Autonomous Vehicles and Liability Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 70, Issue Supplement 1, October 2022, pp. i39–i69. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/AJCL/AVAC015](https://doi.org/10.1093/AJCL/AVAC015)> (visto por última vez el 01.04.2024).

62 Entiéndase por supuesto de hecho aquel que busca representar una situación de la vida real y del que se producen efectos señalados por una norma. CORDERO VEGA, LUIS, “Los hechos y los supuestos de hecho para el ejercicio de potestades administrativas. Aplicación a un caso práctico”, *Revista De Derecho Público*, (62), 2000, pp. 180–193. Disponible en <[HTTPS://REVISTADERCHOPUBLICO.UCHILE.CL/INDEX.PHP/RDPU/ARTICLE/VIEW/43214](https://revistaderchopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/ARTICLE/VIEW/43214)> (visto por última vez el 01.04.2024).

63 CHANNON, MATHEW (*supra* nota 57), p. 5.

En el transcurso de la prueba, el VA ante una señal de pare, no se detiene y sigue su curso normal, de esta primera falla no se percata o se da cuenta Juan Polo, persona al interior del VA para asistirlo de ser necesario o para tomar el control del vehículo, que no es 100% autónomo. Posteriormente, ante un semáforo en rojo el vehículo no atiende la señal de tránsito y sigue de largo, de esta segunda falla se da cuenta Juan Polo, pero no asume el mando del VA y lo deja seguir. El vehículo ante una tercera señal de tránsito de ceda el paso, continua e impacta contra un auto que transitaba por la misma vía. En el otro auto se encontraban un conductor y un copiloto. El conductor y el copiloto perdieron la vida instantáneamente en el accidente.

Al momento que las autoridades judiciales inspeccionaran el VA, se estableció que Pedro Ramos (técnico) minutos antes de iniciar la prueba, modificó la programación del sistema autónomo. Específicamente el técnico desajustó la respuesta a las señales de tránsito, a sabiendas que el vehículo podía chocar en caso de venir otro vehículo o que la vía podía estar sola y simplemente pasarse las señales sin que nada pasara, pero finalmente, el desajuste a las señales de tránsito originó que el VA provocara el fatal accidente.

Como bien se sabe, para la dogmática penal las dos formas de imputación más aplicadas son la dolosa y la culposa; y todo hecho que no pueda ser imputado a título de dolo o culpa deberá ser excluido del ámbito del derecho penal. De tal forma, que en el supuesto planteado se está frente a una conducta totalmente dolosa de Pedro Ramos, el técnico de la empresa de vehículos automatizados AutomatedLife. Particularmente, en la forma de *Dolo Eventual*, toda vez que su intención inicial era causar daños al vehículo automatizado (desajustando la respuesta a las señales de tránsito), y ejecutó su acción a sabiendas que podía generar consecuencias distintas y además punibles, que vulneran el bien jurídico llamado “Cuerpo humano”⁶⁴ (capítulo 16) en Singapur, específicamente el artículo 299 del código penal de Singapur, sobre el homicidio.

Adicionalmente, Pedro Ramos, es un técnico experto en VA, contaba con el conocimiento de los posibles resultados punibles que pueden darse con la acción de desajustar un vehículo automatizado; asimismo, era consciente de los resultados que genera un vehículo que no atiende las señales de tránsito; pese a lo anterior asumió la eventualidad de que el resultado punible se presentará o no. Es de aclarar, que en este supuesto no se está frente a una *Culpa Consciente*, pues el autor (Pedro Ramos) no tenía confianza de que el daño no ocurriría, por el contrario, él sabía que podía ocurrir y procedió a desajustar la atención a las señales del vehículo.

En cuanto, al sujeto Juan Polo, persona capacitada para tomar el control del VA cuando se requiriera, se debe precisar que fue negligente en su función de conductor asistido del VA, por lo tanto deberá responder penalmente a título de *culpa (negligencia, imprudencia e impericia)*, por descuidar su tarea, omitir tomar el control del vehículo al darse cuenta que el VA no estaba atendiendo las señales de tránsito, de tal forma que fue indiferente a lo que estaba ocurriendo durante la prueba del vehículo, pese a estar certificado y obligado a hacerlo.

Es de precisar, que, en Singapur, los actos de omisión que generen resultados punibles, constituyen delitos, tal como se estipula en el capítulo 6 del código penal: “Toda persona que, siendo ciudadano o residente permanente de Singapur, cometa un acto u omisión fuera de Singapur que, de haberse cometido en Singapur, constituiría un delito según el Capítulo 6 (Delitos contra el Estado) o 6B (Genocidio), se considera que ha cometido ese acto u omisión en Singa-

64 Penal Code (*supra* nota 28), artículo 299.

pur⁶⁵. De igual forma, en el artículo 33 se tipifica que un delito puede ser cometido no solo por acción, sino por omisión o en combinación de acciones y omisiones, tal como se consagra en el artículo 36 de dicho código. Concluyéndose, que en cuanto al sujeto capacitado para tomar el control del vehículo y quien tenía la obligación de hacerlo, responderá penalmente y la imputación será de comisión por omisión.

Podría, a la luz de la doctrina internacional penal, indicarse que este conductor asistido para el vehículo, era un *garante*⁶⁶, estaba durante la prueba en una situación de protector de los bienes jurídicos cuerpo humano, daño y seguridad vial, pero incurrió en omisión de su deber de evitar el resultado dañoso⁶⁷, en este caso omitió asumir la conducción del vehículo y tomar control del mismo.

Por otro lado, alterando el supuesto de hecho planteado, ¿qué ocurriría si Pedro Ramos no hubiera alterado la respuesta a las señales de tránsito del vehículo?, sin embargo, el VA hubiera fallado, de tal forma, que el resultado se hubiera producido, aunque Pedro hubiera actuado correctamente. En este caso, debe acudir a la *teoría de la imputación objetiva*⁶⁸, que plantea la valoración del deber objetivo de cuidado, como lo sería revisar si se trata de un técnico experimentado, conductor experimentado, cumplieron las reglas de seguridad vial, cumplió los requerimientos técnicos de automatización vehicular, entre otros aspectos que descarten algún tipo de culpa o imprudencia.

Finalmente, a este último supuesto, donde Pedro cree haber programado bien el VA, pero el mismo falla, podría adicionarse la negligencia de Juan, de no asumir la conducción del VA ante las fallas presentadas, entrando en un terreno dogmático poco aceptado y fuertemente criticado, pero debatido sobre la *“coparticipación criminal a título de culpa”*⁶⁹.

De descartarse cualquier tipo de responsabilidad a título de culpa, tanto del técnico, como del conductor de la empresa, para efectos de Singapur se activaría la sección 6C, literal A del

65 Penal Code (*supra* nota 28), artículos 6, 33 y 36.

66 Al respecto explorar sobre: “Deber jurídico del autor”, donde **el sujeto tiene la obligación de tratar de impedir la producción del resultado, en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión**, tal como lo plantea: DIAZ-RODRÍGUEZ, BERNARDINO, “La posición de garante desde la postura formal y material”, [HTTPS://ECONOMISTJURIST.ES](https://economistjurist.es) 01.09.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.ECONOMISTJURIST.ES/ACTUALIDAD-JURIDICA/LEGISLACION/EN-VIGOR-LA-NUEVA-LEY-CONCURSAL-ASPECTOS-MAS-NOVEDOSOS/](https://www.economistjurist.es/ACTUALIDAD-JURIDICA/LEGISLACION/EN-VIGOR-LA-NUEVA-LEY-CONCURSAL-ASPECTOS-MAS-NOVEDOSOS/)> (visto por última vez el 01.04.2024)

67 En los códigos penales continentales, las omisiones suelen definirse como delitos específicos con castigos relativamente ligeros. Los delitos de omisión inauténtica ocurren cuando un individuo que no ha evitado un daño criminal (por ejemplo, la muerte de otra persona) es acusado por el resultado perjudicial como si lo hubiera causado mediante una conducta afirmativa (por ejemplo, homicidio por omisión). Al respecto véase SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Criminal Omissions: Some Relevant Distinctions”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 11, no. 3, 2008, pp. 452–69. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1525/NCLR.2008.11.3.452](https://doi.org/10.1525/NCLR.2008.11.3.452)> (visto por última vez el 01.04.2024). De igual forma, sobre la acción final y el delito imprudente, hay quienes consideran que la naturaleza del deber de cuidado es doble, donde el cuidado objetivo pertenece al injusto y el cuidado subjetivo se ubica en la culpabilidad. En este sentido ver: MOLINA GALINDO, LEONARDO (*supra* nota 41).

68 Al respecto véase CANCIO-MELIÁ, MANUEL, “Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 7, no. 2, 2004, pp. 513–550. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1525/NCLR.2004.7.2.513](https://doi.org/10.1525/NCLR.2004.7.2.513)> (visto por última vez el 01.04.2024).

69 Sobre este crítico planteamiento de coparticipación criminal a título de culpa, véase GONZÁLEZ-BUSTAMANTE, JUAN, “La Problemática de La Culpa y La Sociedad Delitos de Simple Omisión, Delitos de Comisión Por Omisión y Delitos de Omisión Espiritual (Concluye)”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 13, no. 1, 1951, pp. 63–82. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.2307/3537947](https://doi.org/10.2307/3537947)> (visto por última vez el 01.04.2024).

código de tránsito, es decir, se verifica la existencia del seguro de responsabilidad con capacidad de cubrir los casos de muerte o lesiones corporales producto del uso del VA.

4. *Reflexiones y Consideraciones Finales.*

Como se ha mencionado a lo largo de la investigación, es importante procurar la actualización de los sistemas normativos, cuando la presencia de nuevos fenómenos que inciden en la sociedad tengan la capacidad de impactar la cotidianidad de esta. Es así, que con la investigación exploratoria realizada se ha podido no solo reflexionar dogmáticamente respecto al tema tratado, sino también se ha podido esbozar proposiciones originadas de este mismo análisis que apuntan cómo los países con tecnología de AV pueden optimizar sus legislaciones, de tal forma que éstas fortalezcan la protección de los bienes jurídicamente tutelados, especialmente aquellos referidos a la vida, al cuerpo humano y la integridad personal.

En primer lugar, se considera que este tipo de interacción humano-máquina puede tomar muchas configuraciones, por ejemplo: un entorno de “humano en el ciclo”, en el cual la máquina (vehículo) ha identificado un objetivo y el humano debe validar antes de que el vehículo inicie la conducción; y por otro lado, un escenario en el cual se considera que el sistema no está adecuadamente “autónomo”; y un entorno de “humano sobre el ciclo”, en el cual la máquina identifica el objetivo y comienza el compromiso a menos que el humano anule la determinación de la máquina y detenga el compromiso⁷⁰.

En segundo lugar, se recomienda que los países integren a sus normas de tránsito consideraciones específicas en cuanto al comportamiento que deben tener los operadores y conductores de VA, tanto en la fase experimental, así como en su tránsito normal por vías concurridas por otros conductores y transeúntes. Estas disposiciones deben comprender obligaciones propias de la capacidad del conductor u operador para estar atento a de las indicaciones del VA, específicamente sobre su experticia de conducir, en los casos en que el vehículo lo requiera, y preventivamente una persona con experiencia en operar a nivel técnico vehículos que cuenten con algún nivel de automatización. Lo anterior, con la finalidad de poder determinar una posible responsabilidad penal a título de culpa con una correcta demostración de la negligencia o impericia.

Seguido de esto, en tercer lugar, se plantea que los países deben, en la misma norma de tránsito, hacer menciones más detalladas sobre las responsabilidades que se pueden originar en eventos donde los accidentes de tránsito generan lesiones sobre la vida y la integridad física de las personas. Como se muestra en las tablas, se destaca dentro del análisis por países a Corea del Sur y los Emiratos Árabes Unidos, los cuales han sabido consignar en sus códigos de tránsito referidos a la conducción autónoma, que las conductas contrarias a los deberes que tienen los conductores u operadores de VA, inmediatamente son remitidas a las normas penales vigentes en ambos países. Estas dos legislaciones resultan ser los ejemplos adecuados de cómo desde los escenarios legislativos la automatización vehicular debe ser abordada. Esto facilita, la demostración del deber de cuidado en caso de la conducta realizarse por omisión.

En cuarto lugar, es menester ajustar las normas penales, en el sentido de especificar uno

70 COCO, ANTONIO (*supra* nota 40).

o varios tipos penales que expresamente aborden estas conductas, para una adecuada tipicidad de la conducta, incluyendo posibles causales que excluyan la antijuridicidad y las formas de culpabilidad en que podría presentarse.

Finalmente, se recomienda que los países que aplican esta tecnología afronten los desafíos jurídico penales pertinentes, pues el derecho penal no solo prohíbe acciones finales en las que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos coinciden con la realización de los elementos objetivos de un delito, sino que también el derecho penal prohíbe aquellas acciones, cuya finalidad es muchas veces irrelevante penalmente, pero que son realizadas sin el cuidado necesario y producen un resultado prohibido.

Bibliografía.

ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, Trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.

BAGNAT, MAXIMILIANO, "El principio de culpabilidad en el Derecho Penal y los límites en el poder punitivo estatal". en *Revista Pensamiento Penal*, Septiembre 2020, p. 4. Disponible en <[HTTPS://WWW.PENSAMIENTOPENAL.COM.AR/DOCTRINA/88940-PRINCIPIO-CULPABILIDAD-DERECHO-PENAL-Y-LIMITES-PODER-PUNITIVO-ESTATAL](https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/88940-principio-culpabilidad-derecho-penal-y-limites-poder-punitivo-estatal)> (visto por última vez 01.04.2024).

CANCIO-MELIÁ, MANUEL, "Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 7, no. 2, 2004, pp. 513-550. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1525/NCLR.2004.7.2.513](https://doi.org/10.1525/NCLR.2004.7.2.513)> (visto por última vez el 01.04.2024).

CHANNON, MATHEW, "Automated and Electric Vehicles Act 2018: An Evaluation in light of Proactive Law and Regulatory Disconnect", *European Journal of Law and Technology*, Vol 10, Issue 2, 2019, p. 2, Disponible en <[HTTPS://EJLT.ORG/INDEX.PHP/EJLT/ARTICLE/VIEW/702/967](https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/702/967)> (visto por última vez el 01.04.2024).

WALKER-OSBORN, CHARLOTTE, "Artificial Intelligence Automation and the Law", *ITNOW*, Volume 60, Issue 1, Spring 2018, pp. 42-43. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/ITNOW/BWY020](https://doi.org/10.1093/itnow/bwy020)> (visto por última vez el 01.04.2024).

CLIFFORD, LAU & HAUGH, BRIAN, *Megatrend Issues in Artificial Intelligence and Autonomous Systems*. Research Report Institute for Defense Analyses, 2018. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/RESREP22645](http://www.jstor.org/stable/resrep22645)> (visto por última vez el 01.04.2024).

COCO, ANTONIO, "Exploring the Impact of Automation Bias and Complacency on Individual Criminal Responsibility for War Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 21, Issue 5, November 2023, p. 1079. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/IJC/MQADO34](https://doi.org/10.1093/ijc/mqado34)> (visto por última vez el 01.04.2024).

CORDERO VEGA, LUIS, "Los hechos y los supuestos de hecho para el ejercicio de potestades administrativas. Aplicación a un caso práctico", *Revista De Derecho Público*, (62), 2000. pp. 180-193. Disponible en <[HTTPS://REVISTADERECHOPUBLICO.UCHILE.CL/INDEX.PHP/RDPU/ARTICLE/VIEW/43214](https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/rdpu/article/view/43214)> (visto por última vez el 01.04.2024).

- Crown Prosecution Service, "Homicide: Murder, manslaughter, infanticide and causing or allowing the death or serious injury of a child or vulnerable adult", Legal Guidance, Violent crime, [HTTPS://WWW.CPS.GOV.UK](https://www.cps.gov.uk), última revisión del 5 de octubre del 2023, *cps.gov.uk*. Disponible en <[HTTPS://WWW.CPS.GOV.UK/LEGAL-GUIDANCE/HOMICIDE-MURDER-MANSLAUGHTER-INFANTICIDE-AND-CAUSING-OR-ALLOWING-DEATH-OR-SERIOUS](https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homicide-murder-manslaughter-infanticide-and-causing-or-allowing-death-or-serious)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- DÍAZ-RODRÍGUEZ, BERNARDINO, "La posición de garante desde la postura formal y material", [HTTPS://ECONOMISTJURIST.ES](https://economistjurist.es) 01.09.2020. Disponible en <[HTTPS://WWW.ECONOMISTJURIST.ES/ACTUALIDAD-JURIDICA/LEGISLACION/EN-VIGOR-LA-NUEVA-LEY-CONCURSAL-ASPECTOS-MAS-NOVEDOSOS/](https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/en-vigor-la-nueva-ley-concursal-aspectos-mas-novedosos/)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Eduskunta Riksdagen, *Rikoslaki*, 19.02.1889. [HTTPS://FINLEX.FI](https://finlex.fi). Disponible en <[HTTPS://WWW.FINLEX.FI/FI/LAKI/AJANTASA/1889/18890039001](https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1889/18890039001)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Erste Kamer en Tweede Kamer, *Wegenverkeerswet* 1994, [HTTPS://OVERHEID.NL](https://overheid.nl). Disponible en <[HTTPS://WETTEN.OVERHEID.NL/BWBR0006622/2024-01-01#HOOFDSTUKIA](https://wetten.overheid.nl/BWBR0006622/2024-01-01#HOOFDSTUKIA)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Erste Kamer en Tweede Kamer, *Wetboek van Strafrecht*, [HTTPS://OVERHEID.NL](https://overheid.nl). Disponible en <[HTTPS://WETTEN.OVERHEID.NL/BWBR0001854/2024-01-01#BOEK EERSTE](https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2024-01-01#BOEK EERSTE)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Federal Government of the United States, *Title 18 Crimes and Criminal Procedure*, 2019, [HTTPS://USCODE.HOUSE.GOV](https://uscode.house.gov). Disponible en <[HTTPS://USCODE.HOUSE.GOV/VIEW.XHTML?PATH=/PRELIM@TITLE18/PART1&EDITION=PRELIM](https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1&edition=prelim)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- GONZÁLEZ-BUSTAMANTE, JUAN, "La Problemática de La Culpa y La Sociedad Delitos de Simple Omisión, Delitos de Comisión Por Omisión y Delitos de Omisión Espiritual (Concluye)", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 13, no. 1, 1951, pp. 63–82. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.2307/3537947](https://doi.org/10.2307/3537947)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Government of Emirate of Dubai, *Law no. 9*, 2023. Disponible en <[HTTPS://DLP.DUBAI.GOV.AE/LEGISLATION%20REFERENCE/2023/LAW%20NO.%20\(9\)%20OF%202023%20REGULATING%20THE%20OPERATION%20OF%20AUTONOMOUS%20VEHICLES.HTML](https://dlp.dubai.gov.ae/legislation%20reference/2023/law%20no.%20(9)%20of%202023%20regulating%20the%20operation%20of%20autonomous%20vehicles.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Government of United Arab Emirates, *Federal Law no. 21*, 1995, [UAELEGISLATION.GOV.AE](http://uaelegislation.gov.ae). Disponible en <[HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE/EN/LEGISLATIONS/2125?KEYWORD=TRAFFIC](https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/2125?keyword=traffic)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Government of United Arab Emirates, *Federal law no. 3*, 2021, [HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE](https://uaelegislation.gov.ae). Disponible en <[HTTPS://UAELEGISLATION.GOV.AE/EN/LEGISLATIONS/1529](https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/1529)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Government Offices of Sweden, *The Swedish Criminal Code*, 1962, [HTTPS://GOVERNMENT.SE](https://government.se). Disponible en <[HTTPS://WWW.GOVERNMENT.SE/GOVERNMENT-POLICY/JUDICIAL-SYSTEM/THE-SWEDISH-CRIMINAL-CODE/](https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- GRANDA, GLENDA & HERRERA, CARMEN, "Análisis de los tipos penales y su importancia para determinar responsabilidad penal", en *Iustitia Socialis*, Vol. 4, num. 7 (4), julio–diciembre 2019, p. 7. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.35381/RACI1.V4I7.443](https://doi.org/10.35381/RACI1.V4I7.443)> (visto por última vez el 01.04.2024).

- GUERRERO-AGRIPINO, LUIS, *Fundamentos de la Dogmática Jurídico Penal*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2017, p. 20. Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/11/5199/11.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5199/11.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito*, España, Olejnik Ediciones, 1990.
- Justisog beredskapsdepartementet, *Straffeloven 2005*, [HTTPS://LOVDATA.NO](https://lovdata.no) Disponible en <[HTTPS://LOVDATA.NO/DOKUMENT/NL/LOV/2005-05-20-28](https://lovdata.no/dokument/NL/LOV/2005-05-20-28)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- KPMG, “Autonomous vehicles are on the road to ubiquity”, [HTTPS://KPMG.COM](https://kpmg.com). 01.06.2020. Disponible en <[HTTPS://KPMG.COM/XX/EN/HOME/INSIGHTS/2020/06/AUTONOMOUS-VEHICLES-READINESS-INDEX.HTML](https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2020/06/autonomous-vehicles-readiness-index.html)> (visto por última vez 01.04.2024).
- KUBICA, MARÍA LUBOMIRA, “Autonomous Vehicles and Liability Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 70, Issue Supplement 1, October 2022, pp. i39–i69. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/AJCL/AVACO15](https://doi.org/10.1093/ajcl/avaco15)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Legislature of the State of South Dakota, *Operation of Automated Motor Vehicles*, 2024, [HTTPS://NCSL.ORG](https://ncsl.org). Disponible en <[HTTPS://WWW.NCSL.ORG/TRANSPORTATION/AUTONOMOUS-VEHICLES-LEGISLATION-DATABASE](https://www.ncsl.org/transportation/autonomous-vehicles-legislation-database)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- MARSON, JAMES; FERRIS, KATY & DICKINSON, JILL, “The Automated and Electric Vehicles Act 2018 Part 1 and Beyond: A Critical Review”, *Statute Law Review*, Volume 41, Issue 3, October 2020, pp. 395–416. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1093/SLR/HMZ021](https://doi.org/10.1093/slr/hmz021)> (visto por ultimo vez el 01.04.2024).
- MOLINA GALINDO, LEONARDO, “El concepto de Imprudencia y su ubicación sistemática”, *Revista Republica*, 2018, N. 24, pp. 203–221. Disponible en <[HTTP://WWW.SCIELO.ORG.CO/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S1909-44502018000100203&LNG=EN&NRM=ISO](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-44502018000100203&lng=en&nrm=iso)> doi: <[HTTPS://DOI.ORG/10.21017/REV.REPUB.2018.V24.A47](https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v24.a47)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- MONTALVO, CRISTINA; DE LA HOZ, KATRIM & BOLAÑO, BEATRIZ, *Elementos de la Conducta Punible*, Bogotá, Leyer, 2019.
- MUÑOZ-CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1999.
- National Conference Legislation Service, *Autonomous Vehicles Legislation Database*, 2024, [HTTPS://NCSL.ORG](https://ncsl.org). Disponible en <[HTTPS://WWW.NCSL.ORG/TRANSPORTATION/AUTONOMOUS-VEHICLES-LEGISLATION-DATABASE](https://www.ncsl.org/transportation/autonomous-vehicles-legislation-database)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- PLASCENCIA, RAÚL, *Teoría del Delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 3ra reimpresión, 2004, p. 134. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNAM.MX/CONTENIDOS/5035052](https://repositorio.unam.mx/contenidos/5035052)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- Red de Seguridad Vial, “¿Qué es Seguridad Vial?”. Disponible en <[HTTPS://REDEMPRESARIAL.MOVILIDADBOGOTA.GOV.CO/?Q=CONTENT/%C2%BFQU%C3%A9-ES-SEGURIDAD-VIAL](https://redempresarial.movilidadbogota.gov.co/?q=content/%C2%BFQU%C3%A9-es-seguridad-vial)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Samferdselsdepartementet, *Forskrift om utprøving av selvkjørende motorvogn* 2021, [HTTPS://LOVDATA.NO](https://lovdata.no). Disponible en <[HTTPS://LOVDATA.NO/DOKUMENT/SF/FORSKRIFT/2017-12-19-2240](https://lovdata.no/dokument/SF/FORSKRIFT/2017-12-19-2240)> (visto por última vez el 01.04.2024).

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "Criminal Omissions: Some Relevant Distinctions", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 11, no. 3, 2008, pp. 452–69. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1525/NCLR.2008.11.3.452](https://doi.org/10.1525/NCLR.2008.11.3.452)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Society of Automotive Engineers (SAE), "Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles", [HTTPS://WWW.SAE.ORG/30.04.2021](https://www.sae.org/30.04.2021), p. 4. Disponible en <[HTTPS://WWW.SAE.ORG/STANDARDS/CONTENT/13016_202104/](https://www.sae.org/standards/content/13016_202104/)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- The Danish Parliament, *Law 1360 of 28 september, 2022*, [HTTPS://RETSINFORMATION.DK](https://retsinformation.dk). Disponible en <[HTTPS://WWW.RETSINFORMATION.DK/ELI/LTA/2022/1360](https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1360)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- The Danish Parliament, *Law 168 of 14 February, 2023*, [HTTPS://RETSINFORMATION.DK](https://retsinformation.dk). Disponible en <[HTTPS://WWW.RETSINFORMATION.DK/ELI/LTA/2023/168](https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2023/168)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- The Law Revision Commission, *Penal Code*, 1871, [HTTPS://SSO.AGC.GOV.SG](https://sso.agc.gov.sg). Disponible en <[HTTPS://SSO.AGC.GOV.SG/ACT/PC1871?PROVIDES=AL-#AL-](https://sso.agc.gov.sg/act/pc1871?provides=al-#al-)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- The Law Revision Commission, *Road Traffic Act*, 1961, [HTTPS://SSO.AGC.GOV.SG](https://sso.agc.gov.sg). Disponible en <[HTTPS://SSO.AGC.GOV.SG/ACT/RTA1961?PROVIDES=P14-](https://sso.agc.gov.sg/act/rta1961?provides=p14-)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- The National Assembly of the Republic of Korea, *Criminal Act*, 2013, [HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR](https://elaw.klri.re.kr). Disponible en <[HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR/ENG_SERVICE/LAWVIEW.DO?HSEQ=28627&LANG=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawview.do?hseq=28627&lang=eng)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- The National Assembly of the Republic of Korea, *Road Traffic Act*, 2023. [HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR](https://elaw.klri.re.kr). Disponible en <[HTTPS://ELAW.KLRI.RE.KR/KOR_SERVICE/LAWVIEW.DO?LANG=ENG&HSEQ=64085](https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawview.do?lang=eng&hseq=64085)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Transport Styrelsen, *Supplementary information for trial operation permits with automated vehicles*, 2021, p. 16, [HTTPS://TRANSPORTSTYRELSEN.SE](https://transportstyrelsen.se). Disponible en <[HTTPS://WWW.TRANSPORTSTYRELSEN.SE/GLOBALASSETS/GLOBAL/VAG/FORDON/AUTOMATISERADE-FORDON/SUPPLEMENTARY-INFORMATION-FOR-TRIAL-OPERATION-PERMITS-WITH-AUTOMATED-VEHICLES-1.OT.PDF](https://www.transportstyrelsen.se/globalassets/global/vag/fordon/automatiserade-fordon/supplementary-information-for-trial-operation-permits-with-automated-vehicles-1.ot.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- United Kingdom Parliament, *Automated and Electric Vehicles Act*, 2018, primera parte, no. 2. Disponible en <[HTTPS://WWW.LEGISLATION.GOV.UK/UKPGA/2018/18/CONTENTS](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- United Kingdom Parliament, *Law Reform (Personal Injuries) Act*, 1948, Numeral 3. Disponible en <[HTTPS://WWW.LEGISLATION.GOV.UK/UKPGA/GEO6/11-12/41/CONTENTS](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/geo6/11-12/41/contents)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- VIVES, TOMAS, "Los Derechos Fundamentales como base de la Ley Penal", en *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. Disponible en <[HTTPS://ARCHIVOS.JURIDICAS.UNAM.MX/WWW/BJV/LIBROS/11/5199/11.PDF](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5199/11.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024)
- ZAFFARONI, RAÚL, *Manual de Derecho Penal y Teoría del Delito*, México, Cárdenas, 1991. Disponible en <[HTTPS://IDOC.PUB/DOCUMENTS/EUGENIO-ZAFFARONI-TEORIA-DEL-DELITO-JLK907K1E845](https://idoc.pub/documents/eugenio-zaffaroni-teoria-del-delito-jlk907k1e845)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Jeremy Barrios Torres

José Francisco Márquez Guerra

34. Regulación de los Ciberdelitos en El Convenio de Budapest: Aspectos Normativos y Desafíos de Cooperación Internacional a partir de la Comparación entre Colombia Y Alemania.

Resumen: El trabajo presenta una revisión histórico-analítica de los avances normativos internacionales sobre los delitos cibernéticos en el mundo a partir del convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia. Mediante un abordaje comparativo y con el propósito de identificar desafíos comunes de Colombia y Alemania, se revisaron las recomendaciones realizadas por dicho convenio, frente a la necesidad de cooperación internacional y cómo estas se reflejan en las legislaciones de Colombia y Alemania. Se constatan los retos que experimentan los Estados y los desafíos de cooperación internacional pendientes como aspectos a fortalecer que proyectan las rutas del futuro de la lucha contra la ciberdelincuencia.

Palabras clave: Convenio de Budapest, ciberdelincuencia, delitos cibernéticos, seguridad informática, cooperación penal internacional.

Abstract: This work consists of a historical-analytical review of international regulatory advances on cybercrime in the world since the Budapest Convention. Their recommendations are studied through a comparative approach. Furthermore, it studies how these are reflected in the legislation of Colombia and Germany. It seeks to identify some of the common challenges of international cooperation against cybercrimes. The challenges experienced by States and the challenges of international cooperation are described. It is concluded that these are aspects that must be strengthened in the future against cybercrime.

Keywords: Budapest Convention, cybercrime, computer security, international criminal cooperation.

Introducción.

El convenio internacional de la ciberdelincuencia establecido en Budapest en 2001 presenta una de las primeras iniciativas multilaterales que aborda los problemas de las conductas delictivas y las distintas tendencias transnacionales que tienen su origen en la utilización del ciberespacio y las tecnologías de datos e información. Sus recomendaciones han sido importantes para los Estados signatarios en el proceso de la implementación de regulaciones penales internas, mientras que la cooperación entre los Estados ha sido fundamental para la lucha teniendo en cuenta la desterritorialización de los ciberdelitos¹. Sin embargo, se evidencian dificultades a la hora de la armonización de las legislaciones particulares teniendo en cuenta múltiples factores tales como la disparidad entre los Estados en materia tecnológica, la falta de sincronización en la aplicación de las medidas y en muchos casos, la inexistencia de un marco de comprensión común de las dimensiones de las conductas y sus consecuencias.

El presente trabajo realiza una revisión analítica de la trasposición normativa o la adopción adaptada o inspirada desde el derecho internacional hacia dos Estados nacionales con disparidad tecnológica y algunas similitudes en la fundamentación teórico doctrinal frente a los delitos cibernéticos². Se aborda el convenio de Budapest comparando su implementación en las regulaciones penales de Colombia y Alemania.

El objetivo es identificar los avances, las dificultades y los retos que han experimentado los Estados en la implementación del convenio y; por otra parte, evidenciar algunas de las necesidades de la cooperación³ para optimizar la lucha contra los ciberdelitos. A partir de la revisión de la literatura y del análisis crítico de los textos doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre la ciberdelincuencia se procedió a comparar los contenidos del Convenio de Budapest y los contenidos de los regímenes jurídico-penales de Colombia y Alemania.

Se constata que las recomendaciones e instrumentos normativos del convenio han irrigado un campo fértil de nuevas iniciativas en la comprensión, definición y regulación de la ciberdelincuencia pero que sigue siendo objeto de múltiples debates conceptuales sobre su pertinencia y efectividad. Además, se resaltan los aportes de la cooperación en el fortalecimiento de los sistemas jurídicos para afrontar de manera conjunta los desafíos de estas prácticas delictivas.

En el primer aparte de este trabajo se desarrolla una discusión teórica suscitada a partir de las definiciones de la ciberdelincuencia en la doctrina. En un segundo aparte se realiza una comparación sistemática y crítica entre los contenidos normativos y recomendaciones del convenio internacional y las trasposiciones o adaptaciones que se presentan en legislaciones colom-

1 BARRIOS ACHAVAR, V. & VARGAS CÁRDENAS, A., *Convenio sobre la ciberdelincuencia: Convenio de Budapest*, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 2 ss. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITORIO/10221/26882/1/CONVENIO_DE_BUDAPEST_Y_CIBERDELINCUENCIA_EN_CHILE.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26882/1/CONVENIO_DE_BUDAPEST_Y_CIBERDELINCUENCIA_EN_CHILE.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

2 HAASE, ADRIAN, *Computerkriminalität Im Europäischen Strafrecht: Kompetenzverteilung, Harmonisierungen Und Kooperationsperspektiven*, Alemania, Mohr Siebeck GmbH and Co. KG, Al., 2017, p. 241. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/J.CTT2250V74](http://www.jstor.org/stable/j.ctt2250v74)> (visto por última vez el 01.04.2024).

3 NOVOA TOLEDO, IGNACIO Y VENEGAS, CRUZ, L., *Herramientas del Convenio sobre ciberdelincuencia, y su adecuación a la legislación nacional*, Chile, Universidad de Chile, 2020, p. 14. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UCHILE.CL/BITSTREAM/HANDLE/2250/176344/HERRAMIENTAS-DEL-CONVENIO-DE-BUDAPEST-SOBRE-CIBERDELINCUENCIA-Y-SU-ADECUACION-A-LA-LEGISLACION-NACIONAL.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176344/HERRAMIENTAS-DEL-CONVENIO-DE-BUDAPEST-SOBRE-CIBERDELINCUENCIA-Y-SU-ADECUACION-A-LA-LEGISLACION-NACIONAL.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y)> (visto por última vez el 01.04.2024).

biana y alemana. Finalmente, se presentan las reflexiones sobre los retos y desafíos de la cooperación en materia de lucha contra la ciberdelincuencia.

1. Antecedentes de la regulación internacional sobre la ciberdelincuencia.

Los delitos cibernéticos o los ciberdelitos⁴ ocupan parte de los esfuerzos actuales de los Estados para proteger la ciudadanía en el mundo globalizado cada vez más dependiente de las tecnologías de la información y de los sistemas informáticos.

Se entiende por ciberdelito “cualquier infracción punible, ya sea delito o falta, en el que se involucra un equipo informático o Internet y en el que el ordenador, teléfono, televisión, reproductor de audio o vídeo o dispositivo electrónico, en general, puede ser usado para la comisión del delito o puede ser objeto del mismo delito.” p.211⁵.

Estas conductas retan las instituciones modernas de derecho penal y de las políticas criminales debido a sus características de modo, tiempo y lugar. Por lo general, implican un alto grado de sofisticación en el manejo de nuevas tecnologías. También, casi siempre obedecen a temporalidades más audaces que las de las normas y los procedimientos que las combaten. Por su parte, al tratarse de conductas que ocurren en el ciberespacio, son de difícil localización en los espacios territoriales de los Estados lo que limita el nivel de respuesta del sistema jurídico⁶.

La ciberdelincuencia⁷, nace de la adaptación y mutación de diversas conductas delictivas del hombre a un entorno computacional y más recientemente a todo campo digital propio de las revoluciones tecnológicas experimentadas desde la segunda mitad del siglo XX y su impacto en los sectores más importantes de la economía globalizada. Su aparición ha supuesto ingentes esfuerzos para los estados cuyos aparatos políticos y jurídicos se sitúan en marcos conceptuales tradicionales anteriores al surgimiento de las nuevas tecnologías de la información⁸.

Los delitos informáticos o delitos cibernéticos tuvieron lugar en la realidad de una sociedad interconectada⁹ con el desarrollo de las computadoras, los ambientes digitales interconectados y la digitalización de los procesos de información aplicados a la gestión en el mundo empre-

4 CHOWDARY, CHARAN, “Cybercrime What is, Types and Prevention”, *intellipaat.com*, 18.04. 2024, Disponible en <[HTTPS://INTELLIPAAT.COM/BLOG/WHAT-IS-CYBERCRIME/](https://intellipaat.com/blog/what-is-cybercrime/)> (visto por última vez el 22.04.2024).

5 RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA & GÓMEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, “Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 47 (2014), p. 211. Disponible en <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=4639646](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4639646)> (visto por última vez el 22.04.2024).

6 VINELLI VERAU, R., “Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica”, *Ius et Praxis*, 53(053) (2021), p. 99. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.26439/IUSETPRAXIS2021.NO53.4995](https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.no53.4995)> (visto por última vez el 22.04.2024).

7 BUNDESKRIMINALAMT, “Was ist Cybercrime?”, *BKA.DE*, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.BKA.DE/DE/UNSEREAUFGABEN/DELIKTSBEREICHE/CYBERCRIME/CYBERCRIME_NODE.HTML](https://www.bka.de/DE/UNSEREAUFGABEN/DELIKTSBEREICHE/CYBERCRIME/CYBERCRIME_NODE.HTML)> (visto por última vez el 22.04.2024).

8 ABREU VALENCIA, FERNANDO, “La cooperación internacional en materia de cibercrimen y evidencia digital”, *Saber y justicia*, (2022), p. 33. Disponible en <[HTTPS://SABERYJUSTICIA.ENJ.ORG/INDEX.PHP/SJ/ARTICLE/VIEW/151](https://saberjusticia.enj.org/index.php/SJ/article/view/151)> (visto por última vez el 22.04.2024).

9 HÖFFLER, KATRIN & SOMMERER, LUCÍA, “Vernetzte Gesellschaft – Vernetztes (Straf) Recht”, *European Criminal Law Review*, 11 (2021), p. 323. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.5771/2193-5505-2021-3-320](https://doi.org/10.5771/2193-5505-2021-3-320)> (visto por última vez el 22.04.2024). Respecto del concepto de sociedad interconectada: El término sociedad interconectada describe cómo se transforma la sociedad y capta el aumento que la acompaña en la complejidad provocada por las megatendencias de la globalización y la digitalización.

sarial y en la administración pública. Esta definición abarca una multitud de conductas ligadas a los ambientes electrónicos¹⁰. A partir del nacimiento y desarrollo de la internet¹¹ se le abrió un lugar a su masificación debido a la recolección de datos y el manejo de esta en tiempo real por multitudes de usuarios. En el ciberespacio se encuentran bienes de importancia que suscitan distintos intereses para la criminalidad.

En el ámbito de las preocupaciones de la comunidad internacional, este problema no tendría un lugar de importancia destacada hasta finales de los años 70 y comienzos de los años 80, más precisamente con la reunión de la Organización para la cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en el año 1983¹², año en el que se da el germen del convenio de Budapest. Según Díaz Gómez respecto de lo mencionado por Bernal, en aquella reunión se trató “la necesidad de armonización en los delitos informáticos”¹³.

Precisamente, este informe se tomó de base para iniciar el trabajo cooperativo para la creación de un instrumento jurídico internacional capaz de vincular a los estados en la lucha contra la ciberdelincuencia y las desde entonces, nuevas formas delictivas en el ciberespacio. Se puede decir que la Convención surge del Consejo de Europa y la concientización de propiciar una política criminal internacional ante los crecientes niveles de ciberdelincuencia que afectaban bienes jurídicos e intereses privados y públicos, individuales y colectivos.

Luego, a partir de las apreciaciones obtenidas de los informes de 1983, el Comité Europeo de Asuntos Penales (CDPC) en 1996 convocó a la conformación del Comité de Expertos, con el objetivo de redactar la futura convención sobre Delitos Cibernéticos, partiendo de un mecanismo internacional para tratarlos¹⁴. Posteriormente, en el año 2000 se presentó el primer borrador de la propuesta para la conformación de la convención, mismo informe que se compartió en internet para su discusión y promoción. Ya en la quincuagésima reunión del comité, celebrada en el mes de junio de 2001 se expuso este borrador para la conformación y aprobación del Convenio sobre Delitos Cibernéticos estructurado por cuatro capítulos. Los capítulos fueron conformados de la siguiente manera: el primer capítulo, dedicado a la terminología; el segundo, sobre las medidas materiales de derecho sustantivo y procesal que deben adoptarse a nivel nacional por los países signatarios o miembros; el tercero, referente a la cooperación internacional y un

10 AMBOS, KAI, “Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio”, *InDret Penal Revista para el análisis del Derecho*, 1(2) (2005), p. 2. Disponible en <[HTTPS://INDRET.COM/RESPONSABILIDAD-PENAL-INTERNACIONAL-EN-EL-CIBERESPACIO/](https://indret.com/responsabilidad-penal-internacional-en-el-ciberespacio/)> (visto por última vez el 22.04.2024).

11 MÜLLER-BROCKHAUSEN, MICHAEL, *Haftung Für Den Missbrauch von Zugangsdaten Im Internet*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2014, p. 39. Disponible en <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/J.CTV941QNV](https://www.jstor.org/stable/j.ctv941qnv)> (visto por última vez el 22.04.2024), respecto al concepto de internet: Internet, abreviatura de Interconnected Networks, es una red mundial de computadoras y redes informáticas.

12 SAIN, GUSTAVO, “La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: La importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal”, Parada, Ricardo / Errecaborde, José Daniel (eds.), *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era del internet*, Argentina, Suplemento Especial Erreius, 2018, p. 14.

13 DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS, “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, 8 (2010), p. 195. Disponible en <[HTTPS://PUBLICACIONES.UNIRIOJA.ES/OJS/INDEX.PHP/REDUR/ARTICLE/VIEW/4071/3321](https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4071/3321)> (visto por última vez el 22.04.2024).

14 MEJÍA-LOBO, MAURICIO *et al.*, “Ley de delitos informáticos colombiana, el convenio de Budapest y otras legislaciones: estudio comparativo”, *Revista de ciencias sociales*, (2023), pp. 356–372. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.31876/RCS.V29I2.39981](https://doi.org/10.31876/rcs.v29i2.39981)> (visto por última vez el 22.04.2024).

último capítulo sobre las disposiciones de cierre¹⁵.

Con lo logrado en la reunión de 2001, se consagró el llamado convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia en el que se estipuló el Consejo de Europa como gestor del mismo. Según Díaz Gómez

“el convenio supone en cierto modo la plasmación positivizada () la mayor maximización de la cooperación en materia de delitos informáticos existente hoy en día en el plano internacional. En efecto, se trata del primer y único instrumento internacional existente hasta la fecha en esta materia, y su auténtica importancia se hará manifiesta a lo largo de este capítulo”¹⁶.

Actualmente, el convenio sobre ciberdelincuencia (COE) consta con 48 artículos agrupados en 4 capítulos. Hasta finales de 2022 el convenio cuenta con 66 Estados entre los países de una Unión Europea (UE) como comunidad gestora, Argentina, Australia, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Filipinas, Ghana, Israel, Japón, Marruecos, Mauricio, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Senegal, Tonga y EE.UU.). Mientras que otros 2 países lo han firmado (Irlanda y Sudáfrica) y 13 países han sido invitados a adherirse (Benín, Brasil, Burkina Faso, Ecuador, Fiyi, Guatemala, México, Nueva Zelanda, Níger, Nigeria, Trinidad y Tobago, Túnez y Vanuatu). Según el documento oficial del Consejo Europeo sobre la adhesión al convenio de Budapest menciona que “estos 77 Estados participan como miembros (Partes) u observadores (signatarios o invitados) en el Comité del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (T-CY)”¹⁷.

La importancia del convenio en la actualidad se debe a su éxito global porque a pesar de ser un instrumento de origen europeo, ha logrado la adhesión de muchos países interesados en la lucha contra la ciberdelincuencia. Los aspectos más importantes del Convenio estriban en la capacidad de aplicación a pesar de la ausencia de una definición normativa tipo de lo que son los ciberdelitos y, por otra parte, la capacidad de influenciar a pesar de la autonomía de los estados herramientas comunes para establecer procedimientos garantes de los intereses protegidos contra estas conductas delictivas¹⁸.

1.1 Ausencia de definición normativa de ciberdelito y desafíos para la armonización de las legislaciones.

Aunque en el desarrollo normativo internacional se han atacado diferentes delitos derivados de múltiples bienes jurídicos vulnerados por medios digitales y computacionales, en el campo conceptual no ha sido sencillo establecer un concepto unificado sobre el ciberdelito o delito informático y la denominación misma¹⁹.

15 MEJÍA-LOBO *et al.* (*supra* nota 14), pp. 359–360.

16 DÍAZ GÓMEZ (*supra* nota 13), p. 195.

17 Consejo de Europa, “Adhesión al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia: Beneficios”, *RM.COE.INT*, 04.06.2021, p. 2. Disponible en <[HTTPS://RM.COE.INT/CYBER-BUDA-BENEFITS-JUNIO2021A-ES/1680A2E4DE](https://rm.coe.int/cyber-buda-benefits-junio2021a-es/1680a2e4de)> (visto por última vez el 22.04.2024).

18 Council of Europe portal, “Die Europäische Menschenrechtskonvention: Wie funktioniert sie? Wem nützt sie?”, *COE.INT* 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.COE.INT/DE/WEB/IMPACT-CONVENTION-HUMAN-RIGHTS/CONVENTION-ON-CYBERCRIME#/>](https://www.coe.int/de/web/impact-convention-human-rights/convention-on-cybercrime#/) (visto por última vez el 22.04.2024).

19 DÁVILA SUANCHA, YENIFER, *Los delitos informáticos en el derecho colombiano y desde la perspectiva del derecho comparado*, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2020, p. 8. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UCATOLICA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/56F25FF0-9F43-4BF3-9F41-8990B558F43E/CONTENT](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/56f25ff0-9f43-4bf3-9f41-8990b558f43e/content)> (visto por última vez el 22.04.2024).

Entre los desarrollos conceptuales de la academia se tiene lo expuesto por Davara Rodríguez citado en Acurio Del Pino que define el delito informático como

“la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software”²⁰.

El primer artículo del convenio de Budapest establece las definiciones que conforman los aspectos determinantes para la comprensión de los términos que agrupan el objeto de regulación e implementación. Entre los términos definidos aparecen sistema informático, datos informáticos, proveedor de servicios y datos relativos al tráfico, pero no se encuentra un concepto del delito informático o ciberdelito de lo cual se desprende una dificultad a la hora de la armonización de las definiciones por los Estados.

Aun así, el convenio sobre ciberdelincuencia como herramienta de cooperación y regulación genera una fuente normativa sugerida a cada uno de los países signatarios. Aunque este no existía hasta inicio de siglo XXI, los países de la Unión Europea como Alemania, ya tenían disposiciones jurídicas en contra de las conductas ciberdelictivas en sus normativas internas antes de la firma del Convenio. Además, son notorias algunas diferencias en la definición y desarrollo del concepto en los países de la unión europea como ente generador del Convenio y los países signatarios de otras latitudes que adhieren. Se constata unas asimetrías económicas, culturales y tecnológicas entre estos países que se erigen como escollos para la integración eficaz de las diferentes iniciativas conjuntas de lucha contra estas conductas.

En el caso de Alemania, al formar parte de la unión europea sostiene una regulación normativa vanguardista respecto lo que indica el convenio. Por su parte, en el caso de Colombia, este ha sido uno de los últimos países latinoamericanos en ratificar el convenio. Antes de su vinculación no contaba previamente con una formación en el conocimiento de las conductas, ni la experiencia requerida para su prevención.

En Colombia, pese a que no se tiene un concepto determinado de ciberdelito en los textos normativos si se cuenta con un enfoque de delitos informáticos que privilegia la protección de los datos y la información, aunque se descuidan distintos aspectos plasmadas en el convenio, tales como los corporativos y patrimoniales. Esto se evidencia con la ley 1273 de 2009 donde se introduce un nuevo bien jurídico tutelado denominado de la protección de la información y los datos al código penal colombiano Ley 599 de 2000²¹.

Por su parte, el enfoque de regulación en Alemania es un poco diferente. Su aproximación a las conductas ciberdelictivas no se realiza en un sólo bien jurídico especial, sino que se realiza sobre bienes jurídicos tutelados preexistentes en el código penal tales como en la Secciones sobre Violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal, Estafa y deslealtad, Falsificación de documentos, Daño material, Hechos punibles contra la autodeter-

20 ACURIO DEL PINO, SANTIAGO, *Delitos informáticos: Generalidades*, Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005, p.10. Disponible en <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/JURIDICO/SPANISH/CYB_ECU_DELITOS_INFORM.PDF](https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).

21 MEJÍA-LOBO *et al.* (*supra* nota 14), p. 364.

minación sexual²². De esta manera, a pesar de no contar con un bien jurídico particular asociado a los ciberdelitos, se abarca un mayor porcentaje de regulación en el cuerpo normativo. Aunque en el aparte conceptual en el código penal alemán (Deutsches Strafgesetzbuch – StGB) tampoco se define la terminología de lo que es delito informático o ciberdelito, su enfoque de regulación está determinado como una apuesta pragmática porque integra a bienes jurídicos tutelados ya establecidos las nuevas conductas lo que facilita la calificación de los ciberdelitos sin alterar el sentido de la estructura de la codificación o aumentar los bienes jurídicos²³.

Tabla 1. Tipos de enfoques de regulación de los ciberdelitos en las legislaciones penales.

Convenio de Budapest:

Presenta un **enfoque de regulación desconcentrado** que describe de manera autónoma diversas conductas ciberdelictivas en el campo de la información, el patrimonio, las telecomunicaciones y aspectos corporativos. Se ha establecido como el instrumento internacional más completo integral en la materia hasta la fecha.

Alemania:

Presenta un **enfoque de regulación desconcentrado o agrupada** por el tipo de delito cibernético sino por los bienes jurídicos tutelados preexistentes en el código penal

Sección Decimoquinta: Violación al ámbito de la intimidad personal y al ámbito del secreto personal

Sección vigesimosegunda: Estafa y deslealtad

Sección Vigésimotercera: Falsificación de documentos

Sección Vigésimoséptima: Daño material

Sección Decimotercera: Hechos punibles contra la autodeterminación sexual

Colombia:

Presenta un **enfoque de regulación concentrado** enfatizado en la protección de un nuevo bien jurídico tutelado, autónomo e independiente como lo es la información y datos, a través de la vigencia de la ley 1273 de 2009 que adiciona al código penal.

Título VII BIS

De la Protección de la información y de los datos

Capítulo I

De los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos

Capítulo II

De los atentados informáticos y otras infracciones

Fuente: Elaboración propia a partir del Convenio de Budapest, el German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) y el Código Penal colombiano, 2024.

22 KÖLLISCH, TILMAN & JÄHNKE, JOCHEN, “Cybercrime gegen Organisationen. Ergebnisse ausländischer Viktimisierungsuntersuchungen und Überlegungen für einen Survey in Deutschland”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 89(5) (2006), p. 373. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1515/MKS-2006-00065](https://doi.org/10.1515/mks-2006-00065)> (visto por última vez el 22.04.2024).

23 LIPINSKY, DMITRY A. *et al.* “Regulation of Criminal Responsibility for Cyber Crimes in Countries with Different Legal Systems” Popkova, E. / Ostrovskaia, V. (eds.), *Perspectives on the Use of New Information and Communication Technology (ICT) in the Modern Economy*, New York Springer Cham 2019, p. 410 ss. Disponible en <[HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/CHAPTER/10.1007/978-3-319-90835-9_49](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-90835-9_49)> (visto por última vez el 22.04.2024).

El cuadro muestra los enfoques de regulación de las conductas en las estructuras de las legislaciones penales. Se constata que existen dos tipos: a) Enfoque concentrado como conductas que afectan un bien jurídico tutelado como es el caso de Colombia y de manera parecida lo sugiere el Convenio de Budapest y b) Enfoques Desconcentrado o Disperso en los cuales lo que se trata es de conductas que validas por los avances técnicos o tecnológicos afectan diferentes bienes jurídicos como es el caso de Alemania.

Finalmente, pese a la existencia de un amplio espectro jurídico y conceptual en el convenio sobre la ciberdelincuencia, no se desarrolla un concepto propio sobre ciberdelito o delito informático lo cual genera en cierto modo diferencias importantes entre las definiciones de cada Estado, lo que en la práctica dificulta una armonización en la lucha contra la ciberdelincuencia. Respecto a los países que han sido analizados se observa que solo Colombia regula de manera agrupada las conductas que vulneran el bien jurídico de la información y los datos, aunque el resto de conductas sean reguladas en otros acápite sobre la protección de otros bienes jurídicos. Lo mencionado muestra que Alemania ha regulado de manera particular diversas conductas en varios acápite del código penal sobre diferentes bienes jurídicos²⁴.

2. *Reflejos del convenio de Budapest en las regulaciones de Alemania y Colombia.*

El Convenio de Budapest ha tenido una influencia marcada en las legislaciones de los estados miembros porque a partir de su promulgación, se vienen desarrollando avances teóricos doctrinarios para la identificación de las conductas; si bien no existen estándares normativos que ayuden a una unificación de criterios sobre la conceptualización del ciberdelito. En su primera parte, se establece un marco terminológico que se aplica de manera indicativa y abierta sin precisiones conceptuales sobre sus elementos dogmáticos.

El convenio como principal herramienta internacional contra la ciberdelincuencia actúa según Morón Lerma bajo tres objetivos según los que se estructura el mismo con la búsqueda de “armonizar el Derecho Penal material, establecer medidas procesales o cautelares adaptadas al medio y poner en funcionamiento un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional”²⁵. Entre las estipulaciones de este cuerpo normativo se expone en el capítulo II un espectro determinante con delitos de derecho sustancial como lo son aquellos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; delitos informáticos; delitos relacionados con el contenido; delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines y otras formas de responsabilidad y de sanción²⁶. Los aspectos influenciados por la convención se pueden articular a la tipificación de conductas a partir de los lineamientos dogmáticos del convenio y los principios procesales para la lucha contra la ciberdelincuencia en los estados signatarios.

24 KÖLLISCH, TILMAN & JÄHNKE, JOCHEN (*supra* nota 22), p. 373

25 DÍAZ GÓMEZ (*supra* nota 13), p. 196

26 Consejo de Europa, “Convenio sobre la ciberdelincuencia”, OAS.ORG, 27.03.2008. Disponible en <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/JURIDICO/ENGLISH/CYB_PRY_CONVENIO.PDF](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).

2.1. Influencias en la tipificación de conductas ciberdelictivas.

Las legislaciones de un gran número de Estados en la Unión Europea como Alemania ya tenían una normativa con regulaciones a diferentes delitos comunes realizados por dispositivos informáticos. Lo anterior se muestra en la formación de sus cuerpos normativos y las conductas que estos regulaban para entonces. Es por ello que en gran parte el convenio se recogieron modelos de las regulaciones preexistentes en la unión europea para su creación.

Describiendo los tres ingredientes normativos que motivan la regulación de estas conductas se puede mencionar lo conceptuado por Julio Téllez Valdés sobre el “delito informático” en forma típica y atípica como aquellas “actitudes ilícitas que tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las “conductas típicas, antijurídicas y culpables que tienen a las computadoras como instrumento o fin”²⁷.

Por su parte, Colombia gracias a las leyes 1273 de 2009 y la ley 1928 de 2018, permite la entrada en vigor de las recomendaciones del convenio de Budapest y la creación de la regulación del bien jurídico de la información y los datos en su cuerpo normativo. En el código penal colombiano los delitos informáticos más comunes se encuentran regulados bajo el título VII bis de la protección de la información y de los datos en el artículo 269A al 269J. Estos delitos son el daño informático, Interceptación de datos informáticos, Suplantación de sitios web para capturar datos personales, Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, Hurto por medios informáticos, Uso de software malicioso y Acceso abusivo a un sistema informático. Lo anterior es una muestra de una tipificación alrededor de los datos y la información.

En Alemania, estas conductas por su parte se ven reguladas en su normativa penal de manera dispersa, porque en este caso no cuenta con un grupo o acápite solo para delitos informáticos, sino que los incluye en los capítulos de los bienes jurídicos afectados. Algunos de los delitos regulados en este código penal y la ley contra la criminalidad económica de 1986 son el espionaje de datos, estafa informática, falsificación de datos probatorios, alteración de datos, sabotaje informático, utilización abusiva de cheques o tarjetas de crédito, robo y la receptación de identidades digitales, tarjetas de crédito, comercio electrónico o datos de cuentas y el uso indebido de los servicios de telecomunicaciones. Notando así que se refuerza la regulación sobre delitos de índole patrimonial principalmente, pero también se regula sobre la información, el bienestar común y delitos de impacto transgredidos a través de medios computacionales o digitales.

Tabla 2. Tipificación de las conductas reguladas como ciberdelitos.

Convenio sobre la ciberdelincuencia:
Acceso ilícito (Art.2), Interceptación ilícita (art.3), Ataques a la integridad de los datos (Art.4), Ataques a la integridad del sistema (Art.5), Abuso de los dispositivos (Art.6), Falsificación informática (Art.7), Fraude informático (Art.8), Delitos relacionados con la pornografía infantil (art.9), Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines (Art.10), Tentativa y complicidad (Art.11), Responsabilidad de las personas jurídicas (Art.12), Sanciones y medidas (Art.13).

Colombia:

Ley 1273 de 2009 que introduce el bien jurídico de la protección de la información y los datos a la ley 599 de 2000 (código penal):

Acceso ilícito (art.269 A), Interceptación ilícita (Art. 269 C), Pornografía infantil (Art. 218), Fraude o estafa informática (Art.269 J), Atentado contra la integridad de los datos (Art.269 D).

Alemania:

Código Penal Alemán:

Fraudes informáticos (§ 263a Párr. 1 y 2 StGB, así como Acciones preparatorias según § 263a párr. 3 StGB), Espiar e interceptar datos (§§ 202a, 202b, 202c, 202d StGB, teniendo en este listado las acciones preparatorias) estos incluyen: el Robo y la receptación de identidades digitales, tarjetas de crédito, comercio electrónico o datos de cuentas; Falsificación de datos relevantes para prueba (§§ 269), Engaño en transacciones legales (§§270 StGB), Manipulación o Sabotaje de datos, uso indebido de los servicios de telecomunicaciones (§ 263a StGB), Falsificación de datos de pruebas relevantes § 269, Uso abusivo de cheque o tarjeta de crédito §266b

Fuente: Elaboración propia a partir del Convenio de Budapest, el German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) y el Código Penal colombiano (2024).

La tabla muestra cada una de las conductas tipificadas como ciberdelitos en el Convenio de Budapest, la legislación colombiana y la legislación alemana. Esto demuestra que existe una concentración típica sobre algunos delitos particulares como los referentes a los datos y la información, como en el caso de Colombia. También se muestra como en el código penal alemán se cubren una mayor cantidad de delitos informáticos de múltiples bienes jurídicos tutelados. En el caso de Alemania, al ser un país de la unión europea tuvo un papel previo directo en la formación del convenio lo que le ha permitido establecer una legislación acorde con los medios de política criminal y una estructura tecnológica robusta para enfrentar la ciberdelincuencia. En el caso de Colombia si bien se viene conformando una normatividad de acuerdo con las recomendaciones del Convenio, presenta retos importantes para su política criminal y la adecuación de nuevas modalidades delictivas inmersas en el convenio, así como la tarea de mejorar el financiamiento y la infraestructura de las autoridades para vigilar y controlar estas conductas.

Se puede estimar que estos elementos no han sido tomados de igual forma por los diferentes Estados. Un ejemplo de ello es Colombia que en relación con los demás países latinoamericanos no cubre en su legislación las conductas más comunes y las nuevas formas de estos delitos. Según Marcelo Temperini, Colombia cubre solo una parte de los delitos con mayor conocimiento y necesidad de regulación, mientras que otros países como Venezuela, Puerto Rico y República Dominicana tienen blindada su normativa respecto de estas mismas conductas. Lo anterior permite dimensionar el proceso de los diferentes países con relación a las recomendaciones del convenio sobre ciberdelincuencia. Algunas de las diferencias también parten de aspectos gubernamentales, como el avance de los países de la unión europea sobre los demás países signatarios, el grado de vincularidad del trabajo sobre las leyes internas y las capacidades técnicas y de vigilancia de las autoridades²⁸.

28 TEMPERINI, MARCELO, "Delitos informáticos en Latinoamérica: Un estudio de derecho comparado 1era. Parte", *ELDERECHOINFORMÁTICO.COM*, s.f. Disponible en <[HTTPS://ELDERECHOINFORMATICO.COM/PUBLICACIONES/MTEMPERINI/CONAISI_TEMPERINI_CAMERA_READY.PDF](https://elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/conaiksi_temperini_camera_ready.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).

2.2. Orientaciones en el desarrollo de la investigación y control de los ciberdelitos.

El convenio sobre ciberdelincuencia tiene sus medidas de aplicación, de cooperación, de asistencia mutua y establece de manera clara una ruta de carácter procesal. Es precisamente en el aspecto procesal donde el convenio es extremadamente cuidadoso en preservar la autonomía de los países, pues no contraria la normativa interna, permitiendo a estos una aplicación de manera discreta, aunque establece excepciones en casos que los países sigan lineamientos para determinados delitos. Este convenio ofrece a los Estados un mecanismo integral que consiste en un sistema en el que se tratan los delitos y los países signatarios puedan encontrar soluciones a casos particulares.

En la política criminal colombiana y su sistema penal, se presentan diversas autoridades encargadas de la investigación y vigilancia de los delitos informáticos, estas son la Fiscalía General de la Nación (FGN) y funcionarios de la policía judicial de las unidades de esta misma como lo es el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) que participa en determinadas situaciones contempladas en la normativa. Estas autoridades se encargan del ingreso, registro y análisis de las noticias criminales e información administrativa sobre estos flagelos. Según la cartilla metodológica de los delitos informáticos de la policía y la fiscalía, esta ruta procesal inicia con la recepción de la denuncia de la comisión del delito²⁹.

Este proceso abre la noticia criminal, permitiendo una mayor actuación de la Fiscalía. Seguido de la noticia criminal se contempla un programa metodológico que comprende la organización de los puntos que tienen que investigarse, contener los objetivos y establecer lineamientos. Es a partir de estos procesos que se determinan las medidas que permitan la investigación y obtención de prueba como los cotejos, interceptaciones, actos urgentes o si de este se crea una situación que necesita de la cooperación internacional³⁰. En ese último escenario judicial, existen mecanismos como la carta rogatoria que la Fiscalía General de la Nación define como la solicitud que libra una autoridad judicial colombiana o extranjera en el marco de un proceso judicial, dirigida a la autoridad que homóloga en otro país o en Colombia, respectivamente, con el ruego de que lleve a cabo una determinada diligencia judicial, la práctica de pruebas o brinde información.

Lo anterior también es posible por la existencia de mecanismos como tratados de asistencia mutua entre los Estados como el Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT), en el que diversos Estados se han comprometido con la asistencia de la mejor manera a las demás partes, particularmente en los procedimientos e investigaciones de delitos. Es importante mencionar que este procedimiento esta normativizado en los códigos de procedimiento penal en lo concerniente a las labores de verificación, la ley 906 de 2004 sobre actos urgentes (art.205), inspección del lugar del hecho (art.213), actuación de agentes encubiertos (art.242), actos de investigación (art. 556) y la ley 599 de 200 que crea el código penal, en la conservación de los mensajes y documento (art.12).

En el caso de Alemania, este cuenta con múltiples herramientas y factores para atacar e investigar los ciberdelitos y prevenir la realización de estos, así como la Oficina Federal de

29 Fiscalía General de la Nación, "Cartilla metodológica de atención de delitos informáticos", *FISCALÍA.GOV.CO*, s.f. Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/WP-CONTENT/UPLOADS/CARTILLA-METODOLOGICA-DE-ATENCION-DE-DELITOS-INFORMATICOS.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/CARTILLA-METODOLOGICA-DE-ATENCION-DE-DELITOS-INFORMATICOS.PDF)> (visto por última vez 22.04.2024).

30 Fiscalía General de la Nación (*supra* nota 29), p. 20.

Seguridad de la Información (Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik – BSI)³¹ como la principal autoridad estatal en la lucha contra la ciberdelincuencia desde 1990 en tanto que dependencia del Ministerio Federal del Interior (Bundesministerium des Innern und für Heimat – BMI)³² y que cuenta con gran autonomía por parte del gobierno federal, recibiendo notificaciones sobre la comisión de actos delictivos, consultas sobre ciberseguridad y los informes de estos^{33 34}. El sistema alemán cuenta con otras autoridades repartidas en las federaciones como lo son las autoridades de protección de datos y la agencia federal de redes, siendo esta la que despliega protección sobre las vulneraciones de seguridad de las telecomunicaciones y las redes. Por su parte, el instrumento estatal CERT-Bund como el equipo de seguridad informática y Bürger-CERT sobre protección de manera privada. En lo que respecta a las autoridades estatales, además de las mencionadas en primera medida, se tiene el Centro Nacional de Defensa Cibernética (Nationales Cyber-Abwehrzentrum – NCA) que es la llama a la cooperación operativa de las autoridades nacionales como la policía y servicios de inteligencia³⁵.

Si el Estado alemán obtiene buenos resultados en comparativa con países fuera de la unión europea y algunos miembros de esta comunidad, es por el extenso trabajo cooperativo y regulatorio dentro y fuera del convenio. Un ejemplo de esto se observa con la Agencia de Ciberseguridad de la Unión Europea (ENISA) que se encarga del entrenamiento, fortalecimiento de la resistencia, respuesta cibernética y certificación de empresas al ser víctimas de ciberataques y la conformación de un sistema donde se notifique y asesore sobre disposiciones de ciberseguridad y políticas criminales, evitando pérdidas millonarias por delitos informáticos³⁶. Esta agencia colabora también con organismos como la red de equipos informáticos de respuesta a incidentes de seguridad, CERT-EU, Europol y el centro de inteligencia y situación de la Unión Europea (EU INTCEN)³⁷.

Según Romero Sánchez en lo referente al procedimiento judicial menciona que la Ordenanza de Procedimiento Penal alemán (StPO) “faculta a la Fiscalía, en cumplimiento de su deber de investigar, no solo a requerir información de otras instituciones públicas, sino también a

31 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, “Organisation und Aufbau”, BSI. BUND.DE, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.BSI.BUND.DE/DE/DAS-BSI/ORGANISATION-UND-AUFBAU/ORGANISATION-UND-AUFBAU_NODE.HTML](https://www.bsi.bund.de/DE/DAS-BSI/ORGANISATION-UND-AUFBAU/ORGANISATION-UND-AUFBAU_NODE.HTML)> (visto por última vez el 22.04.2024).

32 ABUJATUM, JANA & JARUFE BADER, JUAN, *Facultades de las instituciones de ciberseguridad en la experiencia internacional*, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023, p. 1. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITORIO/10221/35426/2/AGENCIAS_DE_CIBERSEGURIDAD.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35426/2/AGENCIAS_DE_CIBERSEGURIDAD.PDF)> (visto por última vez 22.04.2024).

33 GOBIERNO FEDERAL ALEMÁN, “Capaz de defenderse. Resiliente. Sostenible. Seguridad integrada para Alemania. Estrategia nacional de seguridad”, NATIONALESICHERHEITSSTRATEGIE.DE, 01.06.2023, p. 81. Disponible en: <[HTTPS://WWW.NATIONALESICHERHEITSSTRATEGIE.DE/ESTRATEGIA-DE-SEGURIDAD-NACIONAL-ES.PDF](https://www.nationalesicherheitsstrategie.de/estrategia-de-seguridad-nacional-es.pdf)> (visto por última vez 22.04.2024).

34 BRUNNER, ELGIN & SUTER, MANUEL, *International CIIP handbook 2008/2009. An inventory of 25 national and 7 international critical information infrastructure protection policies*, Zurich, Center for Security Studies, ETH Studies, 2009, p. 170. Disponible en <[HTTPS://WWW.FILES.ETHZ.CH/ISN/91952/CIIP_HB_08.PDF](https://www.files.ethz.ch/isn/91952/CIIP_HB_08.PDF)> (visto por última vez el 22.04.2024).

35 Ciberseguridad, noticias de ciberseguridad, ciberataques vulnerabilidades informáticas, “Alemania”, CIBERSEGURIDAD.COM, s.f. Disponible en <[HTTPS://CIBERSEGURIDAD.COM/NORMATIVA/EUROPEA/ALEMANIA/](https://ciberseguridad.com/normativa/europea/alemania/)> (visto por última vez el 22.04.2024).

36 BRUNNER, ELGIN & SUTER, MANUEL (*supra* nota 34), p. 472.

37 PONS GAMÓN, VICENTE, *Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2018, p. 141. Disponible en <[HTTP://E-SPACIO.UNED.ES/FEZ/ESERV/TESISUNED:ED-PG-DERYCSoc-VPONS/PONS_GAMON__VICENTE_TESIS.PDF](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/TESISUNED:ED-PG-DERYCSoc-VPONS/PONS_GAMON__VICENTE_TESIS.PDF)> (visto por última vez el 22.04.2024).

llevar a cabo medidas de investigación de “cualquier especie”, siempre y cuando la ley no regule de manera específica la facultad que pretende desarrollar”. Esto demuestra también que no se desliga de las tareas investigativas a los aparatos estatales de Alemania de los delitos informáticos. En este mismo texto, se analiza como para el aparato judicial de este país con los métodos tradicionales de recolección de datos e investigación como el interrogatorio, la inspección o el allanamiento para las nuevas formas delictivas no son suficientes.

Como solución a esta situación la Ordenanza de Procedimiento Penal contempla nuevas formas investigativas como el cruce, comparación y contraste de datos personales que obren en archivos automatizados o “*Rasterfahndung*”, la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, el agente encubierto, la recolección y cruce de información sobre personas o medios de transporte dejada en puestos de control de policía (ZAC)³⁸, la vigilancia acústica fuera de domicilio y la interceptación de telecomunicaciones, siendo que esta última ya existía en el StPO. Estas formas de investigación y recolección de información han permitido al sistema jurídico alemán hacer frente a nuevas tendencias delictivas, incluso aquellas que no son ciberdelitos³⁹.

3. *Cooperación internacional y estrategias de lucha común contra la ciberdelincuencia.*

El convenio sobre la ciberdelincuencia es uno de los cuerpos normativos de carácter internacional vinculante entre Estados más relevantes para luchar contra la ciberdelincuencia y sus efectos sobre la seguridad social, corporativa e informática desde la perspectiva de la cooperación. Este convenio proporciona una serie de estrategias para consolidar una legislación internacional y particulares sólidas en torno a medidas y asistencia compartidas entre estados. La cooperación ha sido la estrategia principal de este convenio en su búsqueda de justicia cibernética, trazando incluso, un acápite específico sobre su consolidación.

Los fenómenos ligados a la extraterritorialidad del delito en el ciberespacio, la diacronía en los tiempos de comisión del delito y la reacción del sistema punitivo para su prevención y represión, así como la falta de armonización cubren los aspectos más acuciantes de las relaciones entre los estados para la cooperación contra los ciberdelitos.

En el convenio la regulación de la cooperación se despliega en la sección III del texto del convenio sobre la ciberdelincuencia. Aunque esta estrategia también ha sido objeto de debate, principalmente sobre la forma en cómo se aplica por algunos países o su fuerza de ejecución. Esto ha permitido que diferentes doctrinantes y organizaciones se preocupen por este factor⁴⁰.

38 Offizielles Portal der deutschen Polizei, “Zentrale Ansprechstellen Cybercrime der Polizeien für Wirtschaftsunternehmen”, POLIZEI.DE, s.f. Disponible en <[HTTPS://WWW.POLIZEI.DE/POLIZEI/DE/EINRICHTUNGEN/ZAC/ZAC_NODE.HTML](https://www.polizei.de/polizei/de/einrichtungen/zac/zac_node.html)> (visto por última vez el 22.04.2024).

39 ROMERO SÁNCHEZ, ANGÉLICA, “Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán”, *Revista criminalidad*, 57(2) (2015), p. 322, Disponible en <[HTTPS://WWW.PENSAMIENTOPENAL.COM.AR/DOCTRINA/42603-PROCESO-PENAL-PRIVACIDAD-Y-AUTODETERMINACION-INFORMATIVA-PERSECUCION-PENAL](https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42603-PROCESO-PENAL-PRIVACIDAD-Y-AUTODETERMINACION-INFORMATIVA-PERSECUCION-PENAL)> (visto por última vez el 22.04.2024).

40 GUERRERO LOZANO & CASTILLO CAICEDO, DIRLEY, *Desafíos técnicos y jurídicos frente al ciberdelito en el sector bancario colombiano*, Colombia, Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, 2017, p. 33. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UNAD.EDU.CO/SPUI/BITSTREAM/10596/13387/5/52498805.PDF](https://repository.unad.edu.co/SPUI/BITSTREAM/10596/13387/5/52498805.PDF)> (visto por última vez el 22.04.2024).

En el artículo 23 se menciona que

“las partes cooperarán entre sí en la mayor medida posible de conformidad con las disposiciones del presente capítulo, en aplicación de los instrumentos internacionales pertinentes sobre cooperación internacional en materia penal, de los acuerdos basados en legislación uniforme o recíproca y de su propio derecho interno”⁴¹.

Con lo descrito en el artículo se deduce el respeto del convenio sobre las legislaciones particulares, pues las toma como centro de la cooperación. Aunque no se tenga un único principio claro que reglamenta o estructura la cooperación, ya que se desglosan muchos principios sobre diferentes puntos claves para conseguir el trabajo sincronizado de estados se tienen en cuenta aspectos como las capacidades económicas, tecnológicas y judiciales de las partes en la construcción de acuerdos de cooperación. Es por ello, que el Título II se denomina “principios relativos a la extradición”, aspecto que se repite en los siguientes títulos con los principios generales sobre la asistencia mutua y los procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables.

En el acápite de los principios relativos a la extradición se despliega un campo de trabajo elemental para la armonización y cooperación de los estados. Lo que se ha descrito tiene conexión con el desarrollo del artículo 24 del convenio y sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, donde se evidencia que no se deja a voluntad estatal la decisión de las extradiciones. El artículo 24 presenta así, diversas herramientas, estas responden a la existencia o no de tratados de extradición entre los estados, la inexistencia de un marco jurídico en lo que respecta a las extradiciones y los conflictos en la misma, permitiendo incluso definir la intensidad de las penas para los ciberdelincuentes⁴².

La cooperación internacional se erige como principal herramienta de política internacional con la que el convenio busca cumplir su finalidad de generar un campo normativo común entre los Estados. Con esta se quiere afrontar las adversidades legales que ocasiona la ciberdelincuencia y las nuevas formas delictivas en el campo digital. Este aspecto se define desde el espectro de visualizar la cooperación internacional como un aspecto absolutamente imprescindible y que se halla materializada en un conjunto de normas reguladoras de origen preferentemente convencional⁴³.

En el convenio se mencionan los objetivos primordiales que fundamentan la existencia de este instrumento internacional, estableciendo textualmente que este prevé (i) la criminalización de la conducta, que va desde el acceso ilícito, ataques a la integridad del sistema y de los datos hasta el fraude informático y los delitos relacionados con la pornografía infantil⁴⁴; (ii) herramientas de derecho procesal para hacer más efectiva la investigación relacionada con ciberdelitos y la obtención de evidencias electrónicas; y (iii) una cooperación internacional más ágil y

41 Consejo de Europa (*supra* nota 26), p. 14.

42 Consejo de Europa (*supra* nota 26), p. 15.

43 ABREU VALENCIA, FERNANDO (*supra* nota 8), p. 33.

44 ROIBON, MARÍA, “Reflexiones sobre el acceso ilegítimo a un sistema o dato informático”, Parada, Ricardo / Errecaborde, José Daniel (Eds.) *Ciberdelitos y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era del internet*, Argentina, Suplemento Especial Erreius, 2018, p. 132.

eficiente. Este tercer aspecto es el que enlaza las labores de los Estados en la misión de crear un panorama internacional propenso para la lucha contra los ciberdelitos y la armonización jurídica entre naciones.

La cooperación internacional se extiende a partir a diversos aspectos que complementan las funciones más vitales y de lucha normativa del convenio. Es por ello que se crearon dos protocolos: el protocolo adicional que penaliza la criminalización de actos racistas y xenófobos cometidos a través de sistemas informáticos (CETS 189)⁴⁵ en adición de un segundo protocolo adicional relativo al refuerzo de la cooperación y de la divulgación de pruebas electrónicas, que tiene por fecha de firma el 12 de mayo de 2022. Este último refuerza la labor de cooperación internacional, correspondiendo a las críticas sobre el poder de estas medidas desde el comienzo del convenio⁴⁶.

4. *Prospectivas de la cooperación internacional en materia de ciberdelincuencia.*

En el análisis de los problemas más determinantes en la lucha contra la ciberdelincuencia, es necesario adentrarse en la cooperación y de expansión del convenio en los diferentes tipos y condiciones estatales teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos que se proyectan desde ahora hacia el futuro cercano. Esto como la forma de establecer el bosquejo de lo que le espera al convenio y sus puntos a mejorar. Uno de los problemas más complejos para los fines de este instrumento jurídico es la temporalidad en la que se ataca el delito, pues la regulación normativa tanto de los estados como el reforzamiento del convenio se dan de manera tardía ante la imposibilidad de anticiparse a las tendencias delictivas y la complejidad misma de rastrear estas actividades al generarse de manera continuada nuevos mecanismos vulneratorios en el ciberespacio. Este problema significa un inconveniente desde hace muchos años para el derecho mismo, pues las conductas aparecen en la realidad social antes que las regulaciones de estas y esto es gracias a que es con la existencia de la misma se puede dar paso a la tipificación de la conducta.

Desde otro espectro se tiene a la desterritorialización de las conductas, siendo uno de los puntos más radicales a regular en los Estados y que necesita de manera vehemente la interacción y cooperación de estos. La particularidad de estos delitos no solo parte del dinamismo de las nuevas tendencias delictivas y su forma de atacar, cada vez, nuevos bienes jurídicos, pues si algo dificulta la aplicación de leyes a estos casos es la característica internacional del autor. Es necesario determinar no solo para el convenio el carácter particular de este actor, sino entender la forma de operar y como es capaz de ocultar su ubicación real en el ciberespacio. Esto último sin dudas reforzó la necesidad de cooperación y es precisamente por la tendencia a definir la legislación aplicable o campo normativo a implementar.

45 NOVOA TOLEDO, IGNACIO & VENEGAS, CRUZ, L. (*supra* nota 2), p. 25.

46 Consejo de Europa, "Informe explicativo al Segundo protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo al esfuerzo de la cooperación y de la divulgación de pruebas electrónicas", RM.COE.INT, 12.05.2022. Disponible en <[HTTPS://RM.COE.INT/1680A83723](https://rm.coe.int/1680A83723)> (visto por última vez el 22.04.2024).

La génesis de las dificultades de este campo jurídico internacional no está exclusivamente en las configuraciones y determinaciones legales. En este orden de ideas, se establecen factores sociales, tecnológicos, gubernamentales y económicos que acomplejan la implementación progresiva de las medidas y recomendaciones del convenio sobre algunos Estados. Uno de los principales problemas es la falta de capacidad técnica y humana preparada para combatir la ciberdelincuencia, incluso en niveles bajos o generales de esta, como sucede en los Estados con carencia de preparación de las autoridades y órganos de control interno. En concordancia con lo expuesto, se tiene el caso colombiano, que, si bien cuenta con órganos y autoridades para tratar los delitos informáticos, estos carecen de la capacidad técnica para vigilar e investigar modalidades recientes.

El aspecto antes descrito extiende sus raíces en otros problemas para la ejecución idónea de las recomendaciones y estipulaciones del convenio, tales como la disparidad tecnológica y las carencias económicas para invertir en infraestructura tecnológica para vigilar estos flagelos. El primero, tiene como objeto de falencias en su inmensa mayoría a los países por fuera de la unión europea o del primer mundo, pues no cuentan con el poderío financiero necesario para la inversión en estas autoridades o dispositivos. Lo anterior nos deja un panorama donde las carencias económicas son el generador del problema antes descrito.

Lo anterior, entrega algunas conclusiones sobre el panorama y las situaciones suficientes para el establecimiento de los retos y desafíos a los que se enfrenta la convención sobre la ciberdelincuencia en su cooperación. Es importante resaltar que el convenio no ha sido estático para cumplir y superar los desafíos que las nuevas tendencias delictivas y actividades digitales presentan, aunque no se han extendido como la solución a estos.

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el marco del Manual de la Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos menciona que la legislación internacional se ha enfrentado históricamente a diversos desafíos de cooperación como la falta de acuerdos globales acerca de qué tipo de conductas deben constituir delitos informáticos, la ausencia de acuerdos globales en la definición legal de dichas conductas delictivas, la falta de especialización de las policías, fiscales, ministerios públicos, y otros funcionarios judiciales en el campo de los delitos informáticos, la falta de armonización entre las diferentes leyes procesales nacionales acerca de la investigación de los delitos informáticos, el carácter transnacional de muchos delitos cometidos mediante el uso de computadoras y ausencia de tratados de extradición, de acuerdos de ayuda mutuos y de mecanismos sincronizados que permitan la puesta en vigor de la cooperación internacional⁴⁷.

Las apreciaciones de la ONU que fueron expuestas en el trabajo investigativo de Acurio Del Pino reflejaron la inmensa desproporción de las medidas de hace un par de años con los problemas a los que se enfrentaba la cooperación de los Estados. Estos desafíos se han superado con el desarrollo del convenio sobre la ciberdelincuencia, aunque no en su totalidad, pues sigue faltando en los Estados asigntarios mayor esfuerzo en puntos como la preparación de policías y autoridades nacionales de investigación y prevención, una mejor sincronización de los Estados en sus legislaciones con el convenio (como en el caso de Colombia) y regulación de diversas tendencias delictivas, como phishing y spam que buscan la suplantación de

identidad⁴⁸, ransomware que busca el secuestro de datos⁴⁹ y malware como utilización abusiva de programas maliciosos⁵⁰ y ataques a los sistemas DDoS entre otros.

El escenario anterior no resulta desalentador partiendo de las mejoras en el convenio a través de sus protocolos y recomendaciones, lo que nos permite flexibilizar la compatibilización de regímenes de diferentes países y el contenido sustantivo y procesal del convenio. Se considera que el convenio respeta la autonomía del país y sin duda el ampliar su espectro de funcionalidad atraerá a países para hacer parte de la comunidad y cumplir en términos de satisfacción con la cooperación. No obstante, la compatibilidad de regímenes no depende en demasía del convenio sino del esfuerzo de los países en la búsqueda de estimular en sus legislaciones las recomendaciones del mismo.

En el objeto de análisis de esta investigación se puede deducir como el sistema penal alemán es mayormente compatible con las estipulaciones realizadas por el convenio y su trabajo desde hace décadas con la formación de mecanismos internacionales en la unión europea para luchar contra la ciberdelincuencia. Mismo análisis se hace en el caso colombiano, donde pese que no hay una incompatibilidad sustantiva si es notorio el proceso transicional ralentizado de implementación del convenio en la regulación de delitos que aún no estipula en su código penal y preparación de sus instituciones.

Conclusión.

El convenio de Budapest de 2001 se ha establecido en el panorama internacional como el único mecanismo multilateral con el que cuenta los Estados para combatir contra la ciberdelincuencia y estrechar lazos de trabajo mancomunado. Sobre sus pilares extiende una estructura que conecta puntos como la tipificación sustantiva de delitos, un apartado sobre el mecanismo procesal y la cooperación entre Estados. Esto con el objetivo de generar un ambiente internacional capaz de contrarrestar la comisión de delitos cibernéticos tradicionales y las nuevas tendencias a través de la sincronización y compatibilidad de las legislaciones de cada país.

Este instrumento jurídico desde su existencia ha debido enfrentar diversas dificultades para su consolidación y funcionamiento, aspecto que se muestra en la determinación de principios lo suficientemente adaptables a las situaciones jurídicas de cada Estado y en respeto de sus autonomías, pero creando una ruta específica para sus fines. Desde el entendido del ciberdelito como un peligro latente y cambiante, el convenio ha generado dos protocolos que amplían

48 ARANGO GÓMEZ, OSCAR, *El ABC de la seguridad informática, guía práctica para entender la seguridad digital*, Colombia, Instituto Tecnológico de Medellín ITM, 2023, p.12 Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.ITM.EDU.CO/HANDLE/20.500.12622/5901](https://repositorio.itm.edu.co/handle/20.500.12622/5901)> (visto por última vez el 22.04.2024). Se define phishing como un ataque que utiliza técnicas de ingeniería social para engañar a los usuarios y obtener información confidencial como contraseñas o números de tarjetas de crédito.

49 ARANGO GÓMEZ, OSCAR (*supra* nota 2), p. 12. El ransomware es un tipo de malware que cifra los archivos del usuario y exige un pago para recuperar el acceso a los mismos. El ransomware puede causar una interrupción grave en los sistemas y puede causar pérdida de datos críticos.

50 ÁVILA NIÑO, F., *Evolución e impacto del ransomware en América latina desde el año 2015*, Colombia, Universidad Abierta y a distancia UNAD, 2021, p. 13. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UNAD.EDU.CO/BITSTREAM/HANDLE/10596/42667/FYAVILAN.PDF?SEQUENCE=3&ISALLOWED=Y](https://repository.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/42667/FYAVILAN.PDF?SEQUENCE=3&ISALLOWED=Y)> (visto por última vez el 22.04.2024). Sobre la definición del Malware: abreviatura de software malicioso, es un término general para virus, gusanos, troyanos y otros programas informáticos dañinos.

su campo de ejecución. Partiendo de lo mencionado, se contempla que estos movimientos del convenio han generado la inclusión de un mayor número de países y la invitación de otro grupo. Actualmente, el convenio cuenta con 66 Estados entre los diversos continentes del planeta, dejando una cifra de 81 países entre signatarios y observadores.

En el análisis de las jurisdicciones colombianas y alemanas frente al convenio sobre la ciberdelincuencia se deduce la existencia de panoramas diferentes. Lo anterior parte de los antecedentes jurídicos y procesales que les anteceden a la ratificación del convenio por ambos países. En el caso particular de Alemania, este con la ley contra la criminalidad económica de 1986 y al ser miembro de la unión europea, siendo este el organismo gestor, tuvo una mejor antea-sala para ajustar su legislación a lo estipulado en los puntos del convenio. Por su parte, Colombia antes del convenio no tenía una amplia tipificación de conductas delictivas de esta categoría, siendo incluso uno de los países de la región de mejor progresividad en la materia.

En cuanto la tipificación de conductas se constata que Alemania con la mencionada ley de 1986 y ampliación de su código penal regula una mayor cantidad de ciberdelitos, pese a no tener un capítulo o título de su código destinado para estos. Estos delitos fueron ubicados en los acápites específicos del bien jurídico que vulneran. Colombia en cuanto la ubicación de sus conductas reguladas no suele tener diferencias en gran medida, pues el bien jurídico determina la ubicación de los mismos, aunque hace una excepción con la ley 1928 de 2018 y la creación del bien jurídico de la información y los datos, donde se agrupan los delitos informáticos que vulneran este bien.

Otra diferencia normativa entre estos Estados se puede encontrar en los bienes jurídicos que tienden a proteger en sus legislaciones. En el caso de Alemania, protege bienes como la información, medios computacionales y su integridad, y de gran manera el aspecto patrimonial. En el caso de Colombia, suele regular una menor cantidad de delitos y proteger una menor cantidad de bienes jurídicos, centrando sus esfuerzos en la información y los datos.

Desde su entrada en vigencia el convenio sobre la ciberdelincuencia ha trascendido de aspectos trabajados en el desarrollo del mismo y desafíos generados por las situaciones de los países y las nuevas dinámicas delictivas del ciberespacio. En consecuencia, la cooperación no ha sido ajena a estas dinámicas, partiendo de dificultades iniciales para la compatibilidad y sincronización de los Estados con sus legislaciones. La cooperación ha superado diferentes problemas mediante sus protocolos y su flexibilización con la autonomía de los Estados. Aunque se concibe una prospectiva enfatizada hacia el trabajo en la preparación de los aparatos e instituciones de los países para facilitar la vigilancia, así como anexión de nuevas naciones con el fin compatibilizar un sistema internacional y el fortalecimiento de las medidas de mayor compromiso con la regulación de los postulados del convenio en los estados signatarios, se presentan como las nuevas luchas de la cooperación en su objetivo de fortalecer las legislaciones del mundo ante la ciberdelincuencia.

Bibliografía.

- ABREU VALENCIA, FERNANDO, "La cooperación internacional en materia de cibercrimen y evidencia digital", *Saber y justicia*, (2022), p. 33. Disponible en <[HTTPS://SABERYJUSTICIA.ENJ.ORG/INDEX.PHP/SJ/ARTICLE/VIEW/151](https://saberyjusticia.enj.org/index.php/sj/article/view/151)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- ABUJATUM, JANA & JARUFE BADER, JUAN, *Facultades de las instituciones de ciberseguridad en la experiencia internacional*, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITORIO/10221/35426/2/AGENCIAS_DE_CIBERSEGURIDAD.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35426/2/agencias_de_ciberseguridad.pdf)> (visto por última vez 22.04.2024).
- ACURIO DEL PINO, SANTIAGO, *Delitos informáticos: Generalidades*, Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005, p.10, <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/JURIDICO/SPANISH/CYB_ECU_DELITOS_INFORM.PDF](https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf)>
- AMBOS, KAI, "Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio", *InDret Penal Revista para el análisis del Derecho*, 1(2) (2005). <[HTTPS://INDRET.COM/RESPONSABILIDAD-PENAL-INTERNACIONAL-EN-EL-CIBERESPACIO/](https://indret.com/responsabilidad-penal-internacional-en-el-ciberespacio/)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- ARANGO GÓMEZ, OSCAR, *El ABC de la seguridad informática, guía práctica para entender la seguridad digital*, Colombia, Instituto Tecnológico de Medellín ITM, 2023. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.ITM.EDU.CO/HANDLE/20.500.12622/5901](https://repositorio.itm.edu.co/handle/20.500.12622/5901)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- ÁVILA NIÑO, F., *Evolución e impacto del ransomware en América latina desde el año 2015*, Colombia, Universidad Abierta y a distancia UNAD, 2021. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UNAD.EDU.CO/BITSTREAM/HANDLE/10596/42667/FYAVILAN.PDF?SEQUENCE=3&ISALLOWED=Y](https://repositorio.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/42667/fyavilan.pdf?sequence=3&isAllowed=y)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- BARRIOS ACHAVAR, V. & VARGAS CÁRDENAS, A., *Convenio sobre la ciberdelincuencia: Convenio de Budapest*, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 2 ss. Disponible en <[HTTPS://OBTIENEARCHIVO.BCN.CL/OBTIENEARCHIVO?ID=REPOSITORIO/10221/26882/1/CONVENIO_DE_BUDAPEST_Y_CIBERDELINCUENCIA_EN_CHILE.PDF](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26882/1/convenio_de_budapest_y_ciberdelincuencia_en_chile.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- BRUNNER, ELGIN & SUTER, MANUEL, *International CIIP handbook 2008/2009. An inventory of 25 national and 7 international critical information infrastructure protection policies*, Zurich, Center for Security Studies, ETH Studies, 2009. Disponible en <[HTTPS://WWW.FILES.ETHZ.CH/ISN/91952/CIIP_HB_08.PDF](https://www.files.ethz.ch/isn/91952/CIIP_HB_08.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, "Organisation und Aufbau", *BSI.BUND.DE*, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.BSI.BUND.DE/DE/DAS-BSI/ORGANISATION-UND-AUFBAU/ORGANISATION-UND-AUFBAU_NODE.HTML](https://www.bsi.bund.de/DE/DAS-BSI/ORGANISATION-UND-AUFBAU/ORGANISATION-UND-AUFBAU_NODE.HTML)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Bundeskriminalamt, "Was ist Cybercrime?", *BKA.DE*, 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.BKA.DE/DE/UNSEREAUFGABEN/DELIKTSBEREICHE/CYBERCRIME/CYBERCRIME_NODE.HTML](https://www.bka.de/DE/UNSEREAUFGABEN/DELIKTSBEREICHE/CYBERCRIME/CYBERCRIME_NODE.HTML)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- CHOWDARY, CHARAN, "Cybercrime What is, Types and Prevention", *INTELLIPAAT.COM*, 18.04. 2024, Disponible en <[HTTPS://INTELLIPAAT.COM/BLOG/WHAT-IS-CYBERCRIME/](https://intellipaat.com/blog/what-is-cybercrime/)> (visto por última vez el 22.04.2024).

- Ciberseguridad, noticias de ciberseguridad, ciberataques vulnerabilidades informáticas, "Alemania", *CIBERSEGURIDAD.COM*, s.f. Disponible en <[HTTPS://CIBERSEGURIDAD.COM/NORMATIVA/EUROPEA/ALEMANIA/](https://ciberseguridad.com/normativa/europea/alemania/)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Consejo de Europa, "Adhesión al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia: Beneficios", *RM.COE.INT*, 04.06.2021, p. 2. Disponible en <[HTTPS://RM.COE.INT/CYBER-BUDA-BENEFITS-JU-NIO2021A-ES/1680A2E4DE](https://rm.coe.int/cyber-buda-benefits-ju-nio2021a-es/1680a2e4de)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Consejo de Europa, "Convenio sobre la ciberdelincuencia", *OAS.ORG*, 27.03.2008. Disponible en <[HTTPS://WWW.OAS.ORG/JURIDICO/ENGLISH/CYB_PRY_CONVENIO.PDF](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Consejo de Europa, "Informe explicativo al Segundo protocolo adicional al convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo al esfuerzo de la cooperación y de la divulgación de pruebas electrónicas", *RM.COE.INT*, 12.05.2022. Disponible en <[HTTPS://RM.COE.INT/1680A83723](https://rm.coe.int/1680a83723)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Council of Europe portal, "Die Europäische Menschenrechtskonvention: ¿Wie funktioniert sie? Wem nützt sie?", *COE.INT* 2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.COE.INT/DE/WEB/IMPACT-CONVENTION-HUMAN-RIGHTS/CONVENTION-ON-CYBERCRIME#/](https://www.coe.int/de/web/impact-convention-human-rights/convention-on-cybercrime#/)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- DÁVILA SUANCHA, YENIFER, *Los delitos informáticos en el derecho colombiano y desde la perspectiva del derecho comparado*, Universidad Católica de Colombia, Colombia, 2020. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UCATOLICA.EDU.CO/SERVER/API/CORE/BITSTREAMS/56F25FF0-9F43-4BF3-9F41-8990B558F43E/CONTENT](https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/56f25ff0-9f43-4bf3-9f41-8990b558f43e/content)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS, "El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest", *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, 8 (2010), p. 195. Disponible en <[HTTPS://PUBLICACIONES.UNIRIOJA.ES/OJS/INDEX.PHP/REDUR/ARTICLE/VIEW/4071/3321](https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4071/3321)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- Fiscalía General de la Nación, "Cartilla metodológica de atención de delitos informáticos", *FISCALÍA.GOV.CO*, s.f. Disponible en <[HTTPS://WWW.FISCALIA.GOV.CO/COLOMBIA/WP-CONTENT/UPLOADS/CARTILLA-METODOLOGICA-DE-ATENCION-DE-DELITOS-INFORMATICOS.PDF](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/cartilla-metodologica-de-atencion-de-delitos-informaticos.pdf)> (visto por última vez 22.04.2024).
- Gobierno Federal Alemán, "Capaz de defenderse. Resiliente. Sostenible. Seguridad integrada para Alemania. Estrategia nacional de seguridad", *NATIONALESICHERHEITSSTRATEGIE.DE*, 01.06.2023, p. 81. Disponible en: <[HTTPS://WWW.NATIONALESICHERHEITSSTRATEGIE.DE/ESTRATEGIA-DE-SEGURIDAD-NACIONAL-ES.PDF](https://www.nationalesicherheitsstrategie.de/strategia-de-seguridad-nacional-es.pdf)> (visto por última vez 22.04.2024).
- GUERRERO LOZANO & CASTILLO CAICEDO, DIRLEY, *Desafíos técnicos y jurídicos frente al ciberdelito en el sector bancario colombiano*, Colombia, Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, 2017. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORY.UNAD.EDU.CO/JSPUI/BITSTREAM/10596/13387/5/52498805.PDF](https://repository.unad.edu.co/jspui/bitstream/10596/13387/5/52498805.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- HAASE, ADRIAN, *Computerkriminalität Im Europäischen Strafrecht: Kompetenzverteilung, Harmonisierungen Und Kooperationsperspektiven*, Alemania, Mohr Siebeck GmbH and Co. KG, Al., 2017. Disponible en <[HTTP://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/J.CTT2250V74](http://www.jstor.org/stable/j.ctt2250v74)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- HÖFFLER, KATRIN & SOMMERER, LUCÍA, "Vernetzte Gesellschaft – Vernetztes (Straf) Recht", *European Criminal Law Review*, 11 (2021), pp. 320-342. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.5771/2193-5505-2021-3-320](https://doi.org/10.5771/2193-5505-2021-3-320)> (visto por última vez el 22.04.2024).

- KÖLLISCH, TILMAN & JÄHNKE, JOCHEN, "Cybercrime gegen Organisationen. Ergebnisse ausländischer Viktimisierungsuntersuchungen und Überlegungen für einen Survey in Deutschland", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 89(5) (2006), p. 373. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1515/MKS-2006-00065](https://doi.org/10.1515/mks-2006-00065)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- LIPINSKY, DMITRY A *et al.*, "Regulation of Criminal Responsibility for Cyber Crimes in Countries with Different Legal Systems", POPKOVA, E. / OSTROVSKAYA, V. (eds.) *Perspectives on the Use of New Information and Communication Technology (ICT) in the Modern Economy*, New York Springer Cham 2019, p. 410 ss. Disponible en <[HTTPS://LINK.SPRINGER.COM/CHAPTER/10.1007/978-3-319-90835-9_49](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-90835-9_49)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- MEJÍA-LOBO, MAURICIO *et al.*, "Ley de delitos informáticos colombiana, el convenio de Budapest y otras legislaciones: estudio comparativo", *Revista de ciencias sociales*, (2023), pp. 356-372. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.31876/RCS.v29i2.39981](https://doi.org/10.31876/RCS.v29i2.39981)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- MÜLLER-BROCKHAUSEN, MICHAEL, *Haftung Für Den Missbrauch von Zugangsdaten Im Internet*, Deutschland, Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2014, p 39, <[HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/J.CTV941QNV](https://www.jstor.org/stable/j.ctv941qnv)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- NOVOA TOLEDO, IGNACIO Y VENEGAS, CRUZ, L., *Herramientas del Convenio sobre cibercriminalidad, y su adecuación a la legislación nacional*, Chile, Universidad de Chile, 2020. Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.UCHILE.CL/BITSTREAM/HANDLE/2250/176344/HERRAMIENTAS-DEL-CONVENIO-DE-BUDAPEST-SOBRE-CIBERDELINCUENCIA-Y-SU-ADECUACION-A-LA-LEGISLACION-NACIONAL.PDF?SEQUENCE=1&ISALLOWED=Y](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176344/herramientas-del-convenio-de-budapest-sobre-cibercriminalidad-y-su-adequacion-a-la-legislacion-nacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Offizielles Portal der deutschen Polizei, "Zentrale Ansprechstellen Cybercrime der Polizeien für Wirtschaftsunternehmen", *POLIZEI.DE*, s.f.. Disponible en <[HTTPS://WWW.POLIZEI.DE/POLIZEI/DE/EINRICHTUNGEN/ZAC/ZAC_NODE.HTML](https://www.polizei.de/polizei/de/einrichtungen/zac/zac_node.html)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- PONS GAMÓN, VICENTE, *Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2018. Disponible en <[HTTP://E-SPACIO.UNED.ES/FEZ/ESERV/TESISUNED:ED-PG-DERYCSoc-VPONS/PONS_GAMON__VICENTE_TESIS.PDF](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-PG-DERYCSoc-VPONS/PONS_GAMON__VICENTE_TESIS.PDF)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- RAYÓN BALLESTEROS, MARÍA & GÓMEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, "Ciberdelitos: particularidades en su investigación y enjuiciamiento", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 47 (2014), p. 211, <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=4639646](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4639646)> (visto por última vez el 22.04.2024).
- ROIBON, MARÍA, "Reflexiones sobre el acceso ilegítimo a un sistema o dato informático", Parada, Ricardo / Errecaborde, José Daniel (Eds.) *Ciberdelitos y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era del internet*, Argentina, *Suplemento Especial Errei*, 2018, p. 132.
- ROMERO SÁNCHEZ, ANGÉLICA, "Proceso penal, privacidad y autodeterminación informativa en la persecución penal de la delincuencia organizada. Un análisis desde la perspectiva del derecho procesal penal alemán", *Revista criminalidad*, 57(2) (2015), p. 322. Disponible en <[HTTPS://WWW.PENSAMIENTOPENAL.COM.AR/DOCTRINA/42603-PROCESO-PENAL-PRIVACIDAD-Y-AUTODETERMINACION-INFORMATIVA-PERSECUCION-PENAL](https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42603-proceso-penal-privacidad-y-autodeterminacion-informativa-persecucion-penal)> (visto por última vez el 22.04.2024).

SAIN, GUSTAVO, "La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: La importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal", PARADA, RICARDO / ERRECABORDE, JOSÉ DANIEL (eds.) *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era del internet*, Argentina, Suplemento Especial Erreius, 2018.

TÉLLEZ VALDÉS, JULIO, *Derecho informático*, México, McGraw Hill/ Interamericana Editores S.A, 4ª ed., 2008.

TEMPERINI, MARCELO, "Delitos informáticos en Latinoamérica: Un estudio de derecho comparado 1era. Parte", *ELDERCHOINFORMÁTICO.COM*, s.f., Disponible en <[HTTPS://ELDERCHOINFORMATICO.COM/PUBLICACIONES/MTEMPERINI/CONAIIISI_TEMPERINI_CAMERA_READY.PDF](https://elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/conaiaisi_temperini_camera_ready.pdf)> (visto por última vez el 22.04.2024).

VINELLI VERAU, R., "Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica", *Ius et Praxis*, 53(053), 2021, p. 99. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.26439/IUSETPRAXIS2021.NO53.4995](https://doi.org/10.26439/IUSETPRAXIS2021.NO53.4995)> (visto por última vez el 22.04.2024).

Arturo Rivera García

Lorena Cabrera Izquierdo

35. Nuevas formas de discriminación racial mediante el uso de sistemas de automatización en las decisiones penales.

Resumen: La utilización de distintas herramientas tecnológicas, aquellas cuya base son la inteligencia artificial (IA), son cada vez más evidentes en las distintas esferas jurídicas. El presente estudio se propone, analizar el uso de los algoritmos predictivos de riesgo y de reconocimiento facial, como sistemas de automatización utilizados para la toma de decisiones penales, con el propósito de identificar la presencia de un nuevo método de discriminación racial sobre la base de los sesgos que estos adquieren. Para lo anterior, se presenta una contextualización teórica exponiendo a la IA como concepto matriz y los distintos sistemas de esta tecnología como los de automatización de decisiones. Asimismo, se abordará cómo estos son empleados para mecanizar decisiones en el proceso penal estudiando dos casos particulares, que pudieren demostrar la forma de discriminación mencionada. Por último, acotar la estructura antedicha permitirá establecer reflexiones conclusivas orientadas a la fiabilidad de estos sistemas, afectaciones a los derechos humanos y la regulación normativa.

Palabras Clave: Discriminación racial, sistemas de automatización, algoritmos predictivos de riesgo, algoritmos de reconocimiento facial y decisiones penales.

Abstract: The use of different technological tools, those based on artificial intelligence (AI), are increasingly evident in different legal spheres. This study aims to analyze the use of predictive algorithms of risk and facial recognition, as automation systems used for criminal decision-making, in order to identify the presence of a new method of racial discrimination based on the biases they acquire. For this purpose, a theoretical contextualization is presented, exposing AI as a matrix concept and the different systems of this technology as decision automation systems. It will also address how these are used to mechanize decisions in the criminal process by studying two particular cases, which could demonstrate the form of discrimination mentioned. Finally, the aforementioned structure will allow us to establish conclusive reflections oriented to the reliability of these systems, human rights affectations and normative regulation.

Key Words: Racial discrimination, automation systems, criminal decisions, predictive risk algorithms and facial recognition algorithms.

Introducción.

En la actualidad, a raíz de los diferentes avances tecnológicos se han implementado sistemas de automatización en las decisiones penales, con una mínima o casi nula intervención humana, centradas en aportar una supuesta celeridad al proceso. La base de estos sistemas son los algoritmos, pues son estos los encargados de realizar un análisis estadístico de los datos que rodean un caso en particular para probabilísticamente sugerir una decisión al operador de justicia correspondiente. Estos sistemas se utilizan para adoptar distintas decisiones como aquellas concernientes al establecimiento de penas privativas de la libertad, reducción de pena, la libertad condicional, órdenes de arresto, solicitudes de interrogatorios u órdenes de requisa.

Las anteriores decisiones en el marco de la aplicación de la ley penal, están siendo automatizadas con ayuda de diversos sistemas, para la presente investigación serán objeto de estudio dos: los algoritmos predictivos de riesgo y los algoritmos de reconocimiento facial. Los primeros, permiten determinar un porcentaje de riesgo futuro que representaría una persona en virtud de diversos factores como la gravedad del delito cometido, los antecedentes y el entorno. Los segundos, son capaces de monitorear constantemente el rostro de personas para cotejarlas con una base de datos de infractores y posteriormente sugerir la aprehensión del individuo.

Con todo eso, el empleo de estos dos sistemas pudiera llegar a generar sesgos o prejuicios al momento de analizar cada caso en particular, que de manera indirecta son adquiridos al momento de ser entrenados por grandes bases de datos que carecen de una auditoria que permita evitar transgresiones a los derechos humanos, especialmente los consagrados en los artículos 2 y 7 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que indican la prohibición de discriminación e igualdad ante la ley respectivamente. A partir de las actuaciones de estos sistemas de automatización, se pueden llegar a exacerbar las formas de discriminación racial ya presentes en ciertas sociedades, causadas de manera conexas por el establecimiento de perfiles raciales.

A partir de lo antes descrito, se plantearán a lo largo de este trabajo diferentes secciones. Una orientada a brindar precisiones conceptuales de la inteligencia artificial (en adelante IA)¹, tocando también los distintos sistemas procedentes de esta tecnología, como aquellos para automatizar decisiones y de los cuales subyacen los algoritmos predictivos de riesgo y los de reconocimiento facial. La segunda sección encaminada a explicar el funcionamiento que tienen estos dos sistemas dentro de las decisiones penales, aunado con su tratamiento en la práctica dentro de las decisiones penales con dos casos de estudio dentro de la jurisdicción de Estados Unidos. De esa manera, se podrá dar paso la tercera sección concerniente a la defensa de la hipótesis que supone una neo discriminación en la era digital mediante el uso de algoritmos en el marco de la aplicación de la ley penal.

1. *La inteligencia artificial como concepto matriz.*

En el momento que una persona menciona la expresión *inteligencia artificial* de manera indistinta

1 Término acuñado formalmente desde 1956 a partir de una conferencia sobre informática teórica realizada en el Dartmouth Collage de Estados Unidos. BENÍTEZ, RAÚL; ESCUDERO, GERARD; KANAAN, SAMIR; MASIP RODÓ, DAVID, *Inteligencia artificial avanzada*, Barcelona: Editorial UOC, 2014, p. 9

para cualquier propósito que el anunciante le destine, se deja de lado los diversos tecnicismos que radican del término en sí mismo. Es así como para la presente investigación es indispensable hacer una distinción entre los usos que se le ha dado a esta expresión cuando a ella se refiera. En ese sentido, la IA puede ser vista desde dos ópticas distintas pero complementarias entre sí: la esfera técnico-científica y la esfera fenomenológica.

En cuanto a la esfera técnico-científica, existen múltiples definiciones e interpretaciones de distintos expertos, sobre la definición de la inteligencia artificial. Por ejemplo, Kaplan y Haenlein en su artículo titulado *Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence*, la define como “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente los datos externos, aprender de ellos y adaptarse para lograr objetivos y tareas específicas mediante una adaptación flexible”². De lo anterior, es importante destacar la distinción que los autores hacen de la IA y los sistemas provenientes de ella, mencionando que, es la primera la que actúa como una tecnología matriz y es esta quien le da la capacidad a la segunda para automatizarse.

De la misma manera Salehi y Burgueño, en su artículo titulado *Emerging artificial intelligence methods in structural engineering*, conceptualizan a la inteligencia artificial de la siguiente forma: “rama de la informática que desarrolla máquinas y software con inteligencia similar a la humana (...) se refiere a la capacidad de una máquina de imitar las funciones cognitivas de los humanos para realizar tareas de forma inteligente”³. Es menester resaltar de lo antes citado, la alusión que este segundo concepto hace con respecto a la capacidad que esta tecnología les brinda a las máquinas para emular en la mayor medida de lo posible, diferentes conductas que hacen al ser humano sobresaliente entre los demás seres vivos. Dicha referencia al acto de capacitar, también es mencionada en el anterior concepto, pero en esta definición se menciona bajo un entendido diferente.

Por otro lado, en cuanto a la esfera de la fenomenología esta se concibe como “un enfoque filosófico distinto que atiende a las formas en que nuestros cuerpos experimentadores participan en la constitución de un significado”⁴. Es así además como para Edmund Husserl, filósofo alemán y creador de la corriente fenomenológica, la experiencia subjetiva es fundamental para el entendimiento de distintas problemáticas y de esa manera “enseña a las personas a interactuar y aprender más de los fenómenos para poder captar el sentido de la realidad y su esencia natural”⁵.

Es precisamente desde ese estudio de la experiencia subjetiva, cuando surgen críticas como las del filósofo estadounidense Dreyfus, quien, desde la corriente fenomenológica, men-

2 KAPLAN ANDREAS & HAENLEIN MICHAEL, “Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence”, en *Business Horizons*, Vol. 62, num. 1 (62), enero – febrero 2019, p. 1. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.BUSHOR.2018.08.004](https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004)> (visto por última vez 01.04.2024).

3 SALEHI HADI & BURGUEÑO RIGOBERTO, “Emerging artificial intelligence methods in structural engineering”, en *Engineering Structures*, Vol. 171, septiembre de 2018, p. 2. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.ENGSTRUCT.2018.05.084](https://doi.org/10.1016/j.engstruct.2018.05.084)> (visto por última vez 01.04.2024).

4 FREEMAN, MELISSA, “Five Threats to Phenomenology's Distinctiveness”, en *Qualitative Inquiry*, Vol. 27, num. 2 (27), marzo de 2020, p. 276 – 282. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1177/1077800420912799](https://doi.org/10.1177/1077800420912799)> (visto por última vez 01.04.2024).

5 HASBIANSYAH, O., “Pendekatan Fenomenologi: Pengantar Praktik Penelitian dalam Ilmu Sosial dan Komunikasi”, en *Mediator*, Vol. 9, num. 1 (9), junio de 2008, p. 163–180. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.29313/MEDIATOR.V9I1.1146](https://doi.org/10.29313/MEDIATOR.V9I1.1146)> (visto por última vez 01.04.2024).

ciona que el entendimiento contextual de una realidad es propio de los seres humanos y por lo tanto inviable atribuírsele a un sistema de IA, “es imposible crear programas informáticos inteligentes análogos al cerebro humano porque la mente humana funciona de forma intuitiva y no formal”⁶.

En otras palabras, Dreyfus se centra en discutir que la inteligencia artificial no llegará a su máximo esplendor porque precisamente carece de esa experiencia subjetiva que es indispensable para el pensamiento humano y lo que es aún más importante, la capacidad de abstracción que les es propia también al ser humano y es precisamente ese tipo de *capacidad* a la que se refieren los conceptos mencionados cuando de atribuir inteligencia a las máquinas se trata “la posibilidad de manipular expresiones lógicas y esquemas abstractos mediante sistemas artificiales es la que permite la existencia de lo que conocemos como inteligencia artificial”⁷.

Aunado a todo lo anterior, dentro de la esfera fenomenológica se tienen en cuenta las experiencias de las personas frente al contacto que estas han tenido con la IA, vista esta como el *fenómeno*, “el cerebro humano actual no es solo resultado de una evolución biológica (...) sino también del conjunto de técnicas y conocimientos que la humanidad ha ido acumulando con el tiempo”⁸, aportando así sus propias y distintas manifestaciones e impresiones a la discusión, entendiéndose que, según la percepción y recepción de cada participante se torna diferente en relación al tipo de experiencia que tiene. En este plano se plantean conversaciones sobre el impacto que produce la adopción de estos sistemas en las dinámicas sociales y nuevas aplicaciones normativas sobre estas, precisamente, con la ayuda de la IA.

1.1. Los sistemas de inteligencia artificial.

En un sentido técnico y científico, cuando hablar de inteligencia artificial se quiere, se debe hacer alusión también a los sistemas de inteligencia artificial. Estos pueden ser concebidos como aquellos “capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control”⁹, según concepto adoptado por la UNESCO (2022) en su documento titulado Recomendación sobre la Ética de la inteligencia Artificial. El objetivo hasta este punto es precisar lo que está generando la problemática estudiada en esta investigación, no es la IA en sentido general, sino un sistema basado en esta tecnología.

Ahora bien, es menester también comprender la división que la inteligencia artificial permite entrever. Por un lado, encontramos la IA de vieja data o tradicional, la cual tiene sus inicios desde 1956 como una disciplina a partir de “(...) una conferencia sobre informática teórica que tuvo lugar en el Dartmouth Collage de Estados Unidos”¹⁰, a la anterior reunión asistieron diversos científicos que más adelante desarrollarían teorías en este campo de estudio. Uno de estos fue Arthur L. Samuel, quien en el año de 1959 mediante su emblemático estudio sobre el apren-

6 KENAW SETARGEW, “Hubert L. Dreyfus's Critique of Classical AI and its Rationalist Assumptions”, en *Minds & Machines*, Vol. 18, abril de 2008, p. 227–238. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1007/S11023-008-9093-7](https://doi.org/10.1007/s11023-008-9093-7)> (visto por última vez 01.04.2024).

7 BENÍTEZ *et al.* (*supra* nota 1), p. 9.

8 BENÍTEZ *et al.* (*supra* nota 1), p.10.

9 UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, Francia: UNESCO, 2022, p. 10.

10 BENÍTEZ *et al.* (*supra* nota 1), p. 13.

dizaje automático aplicado al ajedrez¹¹, se convirtió en precursor del machine learning y se volvió este método un fundamento de la inteligencia artificial.

En segundo lugar, encontramos la inteligencia artificial de la nueva era o mejor conocida como la IA generativa, esta tiene raíces un poco más contemporáneas, data del año 2015 cuando Yann LeCun, Yoshua Bengio y Geoffrey Hinton adoptaron el concepto del deep learning en una publicación de la revista Nature¹². Esta inteligencia artificial generativa es aquella capaz de crear cosas nuevas y únicas por sí misma, usa el método del deep learning para tener un aprendizaje autónomo más profundo, logrando así generar material inédito de diversos tipos.

Algunos ejemplares conocidos del tipo inteligencia artificial que usa el machine learning como método, son el caso de diferentes plataformas como Spotify, Netflix y HBO que implementan en sus sistemas de streaming formas de sugerirle al usuario qué debe ver a partir de sus gustos y comportamiento. Por otro lado, para el caso de la segunda clase de IA que usa el Deep learning como herramienta, tenemos los ejemplos de interfaces como las de Siri o Alexa que utilizan sistemas avanzados de reconocimiento de voz, o en softwares de generación de textos como ChapGPT y generación de imágenes como Dall-e.

1.2. La automatización de decisiones como un sistema de inteligencia artificial.

Los sistemas de automatización de decisiones, también denominados ADM System o en su forma desglosada, Automated Decision-Making System, se refiere a “la toma de decisiones algorítmica, que utiliza algoritmos de inteligencia artificial para procesar datos y realizar análisis estadísticos para automatizar o respaldar un proceso de toma de decisiones”¹³. De lo anterior se puede destacar que, el uso de los algoritmos juega un papel fundamental en estos sistemas de procesamiento de decisiones basadas en grandes fuentes de información.

Un algoritmo es concebido como un sistema informático enmarcado dentro del macro-concepto de la inteligencia artificial y “en el contexto de la toma de decisiones automatizada, un algoritmo es el conjunto de instrucciones que indican a un ordenador cómo realizar una tarea preestablecida”¹⁴, estos son capaces de ejecutar labores importantes, como tomar una decisión, en virtud de una serie de comandos lógicos previamente establecidos. Es así como los algoritmos, se vuelven en la herramienta fundamental para hacer que los sistemas de inteligencia artificial sean automatizables y al final se pueda hablar de los ADMs Systems.

Así las cosas, desde varios años atrás los sistemas de decisiones automatizadas se pueden ver en distintos sectores de la sociedad. Muchos países que tienen en su hoja de ruta la gobernanza digital como pilar para la consecución de sus funciones administrativas, usan algorit-

11 Arthur L. Samuel, fue un informático estadounidense y el mayor experto para su época en el campo de los juegos informáticos y la IA. Para el año de 1959, hace una publicación denominada *Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers* para la revista científica de IBM y se convierte en el precursor de esta tecnología.

12 YANN LECUN, YOSHUA BENGIO Y GEOFFREY HINTON fueron pioneros en el aprendizaje profundo al explicar el concepto en su artículo titulado *Deep Learning* y publicado en la Revista *Nature* volumen 521.

13 Open Government Partnership, “Guía de gobierno abierto: Gobernanza digital”, www.opengovpartnership.org 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.OPENGOVPARTNERSHIP.ORG/ES/OPEN-GOV-GUIDE/DIGITAL-GOVERNANCE-AUTOMATED-DECISION-MAKING/](https://www.opengovpartnership.org/es/open-gov-guide/digital-governance-automated-decision-making/)> (visto por última vez el 01.04.2024).

14 GILMAN, MICHELE, *Poverty Lawgorithms: A Poverty Lawyer's Guide to Fighting Automated Decision-Making Harms on Low-Income Communities*, Estados Unidos, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper Forthcoming, 2020, p. 4. Disponible en <[HTTPS://SSRN.COM/ABSTRACT=3699650](https://ssrn.com/abstract=3699650)> (visto por última vez 01.04.2024).

mos para determinar la elegibilidad de un ciudadano con el fin de asignar beneficios públicos. A modo de ejemplo, en Estados Unidos durante 2016 en el Estado de Indiana, se trató de automatizar los procesos para que las personas accedieran al SNAP y el Medicaid¹⁵. El algoritmo valoraba la documentación enviada por los solicitantes y definía si cumplían con los criterios de elegibilidad, este denegó la solicitud de millones de personas aludiendo a falta de documentación o equivocaciones en la llena de formularios. Sin embargo, investigaciones posteriores demostraron que el sistema era quien cometía errores y negaba la solicitud de manera tajante enviando cartas por falta de cooperación para el cumplimiento de los criterios de elegibilidad sin dar mayores razones. Todo lo anterior, resultó en una transgresión al derecho administrativo ante la tardía notificación de estos actos y la posterior incapacidad de presentar recursos, lo que generaba en últimas volver a empezar el proceso de solicitud.

En el ámbito laboral los ADM Systems para la contratación son cada vez más usuales, estos se usan para evaluar factores de desempeño en entrevistas, estudio de documentación y cualquier otro aspecto que ayude a decidir si contratar o no a esa persona. Un caso muy sonado fue en el año de 2014 con el algoritmo de contratación que utilizó Amazon¹⁶, el cual tomaba como fuente de datos la información de contrataciones exitosas de la última década. En esa base de datos, predominaban currículos del género masculino, por la inequidad de género histórica presente en la industria tecnológica, “el sistema de Amazon aprendió por sí mismo que los candidatos masculinos eran preferibles”¹⁷, el sesgo fue trasladado de manera indirecta al algoritmo pues este solo recomendaba postulantes del género masculino por considerarlos más idóneos.

Por último, también es presente el uso de estos sistemas para automatizar decisiones en casos de negligencia y abuso infantil. Generalmente, un sistema de estos “opera mediante el análisis de información de múltiples conjuntos de datos gubernamentales para generar una puntuación de riesgo que evalúe la probabilidad de maltrato infantil”¹⁸. Para lo planteado, se aduce la Allegheny Family Screening Tool (AFST), sistema algorítmico que intentaba predecir qué niños serían futuras víctimas de malos tratos o abandono y del cual, desde el año 2016 es utilizado por el Servicio de Protección Infantil del Condado de Allegheny en Estados Unidos para intentar automatizar decisiones frente a estos tipos de casos.

Sin embargo, estudios han demostrado¹⁹ las dificultades concernientes al uso de este sistema de algoritmo en la predicción del bienestar infantil. El algoritmo de Allegheny tiene una probabilidad del 76% para predecir casos de maltrato y abuso infantil, esto conlleva a un 24% de ambigüedades en su sistema de predicción y lo que en la práctica se traduce en resultados de

15 VIRGINIA EUBANKS en su libro *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, demuestra con su investigación la problemática que generó el sistema de automatización de elegibilidad de beneficios públicos creado por IBM para el Estado de Indiana, para que las personas puedan postularse al Supplemental Nutrition Assistance Program (SNAP) y el Medicaid (plan de salud de bajo costo en EEUU).

16 VÉASE DASTIN, JEFFREY, “INSIGHT-Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *www.reuters.com* 10.10.2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.REUTERS.COM/ARTICLE/1DUSL2N1WP1RO/](https://www.reuters.com/article/1dusl2n1wp1ro/)> (visto por última vez el 01.04.2024).

17 DASTIN (*supra* nota 16).

18 GILMAN, MICHELE (*supra* nota 14), p. 22

19 EUBANKS, VIRGINIA, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, Madrid, Capitán Swing Libros, 2da edición, 2019. p. 155–207.

falsos positivos o lo que es aún peor, falsos negativos²⁰. Además, los análisis predictivos contienen sesgos de discriminación, al indicar que si el individuo estudiado es un niño o niña cuya familia es afrodescendiente, latinoamericana y/o de escasos recursos, existen mayores posibilidades de que ese niño sufra de violencia o abusos en un futuro.

2. *Sistemas de automatización de decisiones en el derecho penal.*

En la misma línea discursiva, y como ya se vio anteriormente, existen diversos algoritmos y múltiples usos para estos, pueden ser vistos en diferentes ámbitos de la sociedad y por consiguiente en distintas esferas jurídicas. Ahora bien, en el marco del derecho penal y en el contexto de esta investigación son foco de estudio el uso de los algoritmos predictivos de riesgo y los algoritmos de reconocimiento facial, enmarcados estos dos dentro de los ADM Systems o sistemas para la automatización de decisiones.

2.1. **Los algoritmos predictivos de riesgo en las decisiones penales.**

Los algoritmos predictivos de riesgo en el contexto penal son sistemas informáticos que, a través del acceso de datos personales en contraste con grandes bases de datos “(...) derivadas del comportamiento de infractores anteriores”²¹, intentan predecir la conducta delictiva que tendría el transgresor al cumplimiento de la sanción por el delito cometido, y determinando a su vez un nivel o porcentaje de riesgo que representaría la persona en virtud de su probabilidad de reincidencia.

Estos algoritmos organizan a los infractores en tres clases: alto riesgo, riesgo medio y bajo riesgo. Los primeros, son quienes más puntaje de peligrosidad obtienen y según el algoritmo son más probables a volver a cometer un delito de manera violenta. Los segundos también pueden reincidir, pero de manera menos violenta o en su defecto careciendo de este factor agravante. Por último, los de bajo riesgo son muy poco probable que vuelvan a cometer delitos. Por otro lado, los algoritmos de esta clase, toman la información de donde basarán su dictamen probabilístico, mediante una evaluación de riesgo que debe llenar el presunto trasgresor antes de iniciar el juicio, en dicha encuesta, se trata de indagar sobre aspectos demográficos, antecedentes penales e historial familiar. Para así, poder asignar puntos en función de determinar un nivel de riesgo ya sea alto, medio o bajo.

En la construcción de las diversas evaluaciones de riesgo que se usan para otorgarle un puntaje de peligrosidad probable al acusado, las personas encargadas de diseñar estas herramientas toman una muestra de ex prisioneros, para luego examinar diversos antecedentes de estos, siguen a su muestra poblacional durante un gran tiempo y estudian las conductas o rasgos asociados a las actividades delictivas. Muchos pueden ser los factores que inciden en la reincidencia de infracciones desde la óptica criminológica, sin embargo, “desde un punto de vista

20 Un falso positivo es cuando “(...) el modelo puntea a sus hijos como niños que corren un alto riesgo de sufrir malos tratos o abandono, cuando en realidad el riesgo es mínimo —y un falso negativo se refiere a— (...) cuando la herramienta da a un niño una puntuación de bajo riesgo, aunque el riesgo inmediato pueda ser grave” EUBANKS (*supra* nota 20) p. 176.

21 BARRY-JESTER, ANNA MARIA; CASSELMAN, BEN & GOLDSTEIN, DANA, “The New Science of Sentencing”, WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG 08.04.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG/2015/08/04/THE-NEW-SCIENCE-OF-SENTENCING](https://WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG/2015/08/04/THE-NEW-SCIENCE-OF-SENTENCING)> (visto por última vez el 01.04.2024).

estadístico puro, tres factores son, con mucho, los más predictivos: el sexo, la edad y los antecedentes penales²².

En últimas, la probabilidad de riesgo para cometer un delito creada por el algoritmo y asociado a la persona, ayuda a automatizar diversos fallos que los jueces profieren. Por ejemplo, en el marco de la justicia penal, la fijación de fianzas, las concernientes a la libertad condicional, la reducción de pena, establecimiento de penas privativas de la libertad y en algunos casos jurisdiccionales las sentencias sobre pena de muerte, además de otras decisiones secundarias como en qué centro carcelario se cumplirá la condena o el nivel de vigilancia que se otorgaría en casos de libertad condicional.

Estados Unidos, en adelante EE. UU, ha sido uno de los principales exponentes en el uso de esta clase de sistemas predictivos de riesgo, en Estados como "(...) Arizona, Colorado, Delaware, Kentucky, Luisiana, Oklahoma, Virginia, Washington y Wisconsin, los resultados de estas evaluaciones se comunican a los jueces en el momento de dictar sentencia"²³. Algoritmos como LSI-R (Level of Service Inventory-Revised), HART (Harm Assessment Risk Tool), CAS (Crime Anticipation System) y NDAS (National Data Analytics Solution), son usados a lo largo y ancho del país norteamericano para automatizar decisiones con respecto a diversos procesos en el ámbito penal.

Uno de los sistemas de predicción de riesgo más conocido y utilizado para aplicar la justicia penal en EE. UU, ha sido el Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, en adelante COMPAS, creado en 1998 por la compañía Northpointe y según la Guía para Profesionales proporcionada por la compañía Equivant, actual dueña del algoritmo, se define como "una evaluación de riesgos basada en estadísticas desarrollada para evaluar muchos de los factores clave de riesgo (...) y proporcionar información para guiar las decisiones"²⁴.

Este sistema COMPAS tuvo un gran eco en estados como Wisconsin con el emblemático caso *State Wisconsin vs Loomis*, uno de los más importantes precedentes judiciales en Estados Unidos por parte del Tribunal Supremo de Wisconsin en favor al uso de los algoritmos predictivos de riesgo en sentencias penales. En 2013 Eric Loomis fue arrestado después de haber conducido un vehículo que fue usado para un tiroteo y se le acusó de cinco delitos relacionados a ese hecho. Loomis negó su participación en el tiroteo, pero se allanó frente a dos de los cargos menos graves: intentar huir de un agente de tráfico y conducir un vehículo de motor sin el consentimiento del propietario²⁵.

En virtud de lo anterior, y como es habitual, antes de la preparación de la audiencia final se ordenó la presentación de la evaluación de predicción de riesgo mediante la herramienta COMPAS. Llegado el día del juicio, el juez a cargo del caso *Scott Horne* vio que en dicho algoritmo se había clasificado a Loomis como de alto riesgo, lo que incidió en la adopción de una dura sanción y lo hizo saber de manera explícita en el tribunal "condenó a Loomis a seis años de

22 BARRY-JESTER (*supra* nota 21).

23 ANGWIN, JULIA; LARSON, JEFF; MATTU, SURYA & KIRCHNER, LAUREN, "Machine bias", WWW.PROPUBLICA.ORG 23.05.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.PROPUBLICA.ORG/ARTICLE/MACHINE-BIAS-RISK-ASSESSMENTS-IN-CRIMINAL-SENTENCING](https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing)> (visto por última vez el 25.02.2024)

24 Equivant, "Practitioner's Guide to COMPAS Core", WWW.EQUIVANT.COM 04.04.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.EQUIVANT.COM/WP-CONTENT/UPLOADS/PRACTITIONERS-GUIDE-TO-COMPAS-CORE-040419.PDF](https://www.equivant.com/wp-content/uploads/practitioners-guide-to-compas-core-040419.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).

25 Según datos de la sentencia 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) Caso *State Wisconsin vs Loomis* del Tribunal Supremo de Wisconsin.

prisión y cinco años de supervisión ampliada”²⁶.

Posteriormente, Loomis interpuso una moción de amparo aludiendo al hecho que se estaba vulnerando el debido proceso, pues no se estaban tomando en cuenta las situaciones concretas que giraban en torno al caso, sino más bien hechos estadísticos y probabilísticos que podían ser inexactos. Además, expresó que se trasgredía también el principio de contradicción, pues el juez estaba tomando el resultado que el algoritmo arrojó para motivar su decisión y no se le dio la oportunidad de conocer las razones que tenía el algoritmo para categorizarlo como de alto riesgo.

El Alto Tribunal decidió negar el amparo, aludiendo a un precedente judicial que aludía al derecho de información, más no de explicación que tiene el acusado²⁷. Negando de esa manera la solicitud de aclaración de funcionamiento del algoritmo por razones de salvaguardar el secreto empresarial de la compañía desarrolladora. Además, si bien es cierto el Tribunal deja claro que “(...) las puntuaciones de riesgo no pueden utilizarse (...) para determinar la gravedad de la sentencia”²⁸, la decisión de este alto organismo “supone la aceptación de que las sentencias puedan basarse, en parte, en valoraciones de riesgo realizadas mediante el uso de herramienta desarrolladas por empresas privadas que no revelan el funcionamiento de los algoritmos en los que basan sus resultados”²⁹.

2.2. Los algoritmos de reconocimiento facial en las decisiones penales.

En el caso del reconocimiento facial, estos sistemas informáticos utilizan algoritmos en la aplicación de sus funciones para emular la capacidad humana de reconocer un rostro a partir de una imagen o video, son capaces de identificar a una persona cotejando la radiografía que este sistema haga junto con una gran base de datos. En el contexto del ámbito penal, este tipo de algoritmos también son usados para la elaboración de perfiles raciales, los cuales ayudan a automatizar ciertos tipos de decisiones como órdenes de arresto, solicitudes de interrogatorios y órdenes de requisa.

En el Automating Society Report del año 2020 publicado por AlgorithmWatch, una organización alemana encargada de estudiar los efectos que produce el uso de algoritmos para la justicia, la democracia y la sostenibilidad, expresó que la tecnología del reconocimiento facial “se está probando y desplegando a un ritmo alarmante en toda Europa (...) está presente en escuelas, estadios, aeropuertos (...) y también se utiliza para la vigilancia policial predictiva”³⁰.

Uno de los primeros en ser implementados, ha sido el sistema de reconocimiento facial

26 Harvard Law Review, “State v. Loomis, comment on: 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)”, *Harvard Law Review*, Vol. 130, num. 5 (130), marzo de 2017, p. 1531. Disponible en <[HTTPS://HARVARDLAWREVIEW.ORG/PRINT/VOL-130/STATE-V-LOOMIS/](https://harvardlawreview.org/print/vol-130/state-v-loomis/)> (visto por última vez 01.04.2024).

27 Véase el caso Gardner vs. Florida, “los acusados no tienen un derecho al conocimiento detallado de la información contenida en su informe de investigación, -es decir- derecho a la explicación, sino tan solo un derecho a la información”. SÁNCHEZ, MARÍA, “El uso de algoritmos predictivos en el derecho penal. A propósito de la sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de La Haya (Países Bajos) sobre Syri, de 5 de febrero de 2020”, *Teoría & Derecho*, num. 33, diciembre de 2022, p. 265. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.36151/TD.2022.059](https://doi.org/10.36151/TD.2022.059)> (visto por última vez 01.04.2024).

28 Harvard Law Review (*supra* nota 26), p. 1533.

29 SÁNCHEZ, MARÍA (*supra* nota 27), p. 266.

30 Algorithm Watch, *Automating Society Report 2020*, Alemania, Algorithm Watch & Bertelsmann Stiftung, 2020, p. 7. Disponible en <[HTTPS://AUTOMATINGSOCIETY.ALGORITHMWATCH.ORG/](https://automatingsociety.algorithmwatch.org/)> (visto por última vez 01.04.2024).

NeoFace Watching desarrollado por la empresa NEC para la videovigilancia, utilizado por los agentes del orden en Reino Unido para actuaciones policivas predictivas. Según el propio sitio oficial de NEC, esta tecnología “combina el reconocimiento con la identificación, la verificación y el análisis de la situación en tiempo real para una rápida toma de decisiones (...)”³¹. En el Sur de Gales, el reconocimiento facial predictivo se ha usado desde 2017 en diversos eventos a gran escala como conciertos, partidos de fútbol y rugby, pero sobre todo para la vigilancia masiva de ciudadanos por medio de controles policivos en las calles. El sistema funciona, según la página en línea de la compañía desarrolladora: “A través de cámaras CCTV montadas en vehículos policiales y está utilizando su capacidad de vigilancia en tiempo real para localizar o reconocer personas que se encuentren en listas de seguimiento predeterminadas, incluidos criminales, sospechosos, personas vulnerables y personas desaparecidas”³².

Sin embargo, en un estudio realizado por académicos del Instituto Universitario de Ciencias Policiales y el Instituto de Investigación sobre la Delincuencia y la Seguridad, adjuntos a la Universidad de Cardiff, analizaron durante un año todas las actuaciones de reconocimiento facial realizadas por la Policía del Sur de Gales y los datos arrojados demostraron que, de 2900 sospechosos, 2755 fueron categorizados como falsos positivos³³. Es decir, aproximadamente el 95% del total de las personas identificadas como sospechosas, resultaron no serlo o no tener alguna razón real para ser identificadas por el algoritmo como individuo peligroso que necesitare ser interrogado, abordado en la calle o en el peor de los casos emitir órdenes de arresto.

En el otro lado del Océano Atlántico, ese fue el caso del ciudadano Robert Williams en Detroit, Estados Unidos que salió a la luz gracias al reportaje del New York Times en junio de 2020³⁴. Los hechos ocurrieron dos años antes, cuando en un hurto por valor de 3.800 dólares dentro de una tienda de lujo en el centro de Detroit, no hubo testigos presenciales que lograran describir el rostro del asaltante y se tuvo que recurrir a las grabaciones de seguridad para ser enviadas al Departamento de Policía de Detroit e iniciar las investigaciones pertinentes. Los agentes del orden, cotejaron la imagen del asaltante en un sistema de reconocimiento facial que comparaba a miles de sospechosos parecidos, arrojando así una coincidencia con el rostro de Williams: ambos eran afroamericanos, altos y corpulentos.

En enero de 2020, Robert Williams es abordado al llegar a su casa por dos agentes de la policía y es arrestado delante de su esposa y sus dos hijas pequeñas “la policía no quiso decir por qué lo detenían, sólo le mostraron un papel con su foto y las palabras: orden de detención por delito grave y hurto”³⁵. Lo tuvieron recluido en una celda por más de 24 horas y cuando llegó el momento del interrogatorio, uno de los detectives le muestra una foto impresa de la persona

31 NEC, “World-leading Face Recognition for Multiple Industries”, www.nec.com s.f.). Disponible en <[HTTPS://WWW.NEC.COM/EN/GLOBAL/SOLUTIONS/BIOMETRICS/FACE/INDEX.HTML](https://www.nec.com/en/global/solutions/biometrics/face/index.html)> (visto por última vez 01.04.2024).

32 NEC, “NEC proporciona sistema de reconocimiento facial a la Policía de Reino Unido”, co.nec.com s.f. Disponible en <[HTTPS://CO.NEC.COM/ES_CO/PRESS/PR/20170816103240_2660.HTML](https://co.nec.com/es_co/press/pr/20170816103240_2660.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).

33 VÉASE DAVIES, BETHAN; INNES MARTIN & DAWSON, ANDREW, *An Evaluation Of South Wales Police’s Use Of Automated Facial Recognition*, 2018, p. 8. Disponible en <[HTTPS://WWW.CARDIFF.AC.UK/_DATA/ASSETS/PDF_FILE/0006/2426604/AFRREPORTDIGITAL.PDF](https://www.cardiff.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0006/2426604/AFRREPORTDIGITAL.PDF)> (visto por última vez 01.04.2024).

34 VÉASE, HILL, KASHMIR, “Wrongfully Accused by an Algorithm”, www.nytimes.com 24.06.2020.) Disponible en <[HTTPS://WWW.NYTIMES.COM/2020/06/24/TECHNOLOGY/FACIAL-RECOGNITION-ARREST.HTML](https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).

35 HILL (*supra* nota 34).

que cometió el robo y le pregunta si es él, Robert Williams en entrevista con el *New York Times*, expresa que en ese momento respondió airadamente “No, este no soy yo, ¿Crees que todos los hombres negros se parecen?”.

Se cree que el caso de Robert Williams fue el primer caso conocido que demuestra las repercusiones frente al mal uso de los sistemas de reconocimiento facial³⁶, y a pesar de la distancia demográfica con los sistemas de videovigilancia utilizados en el Sur de Gales, Reino Unido, por los correspondientes organismos de control policivo, estas situaciones tienen algo en común. Además de los evidentes errores en el algoritmo y la mala ejecución de las funciones de agentes del orden, ambos algoritmos comparten la misma compañía desarrolladora, NEC Corporation.

3. *Neodiscriminación racial en los sistemas de automatización.*

El uso de los algoritmos predictivos de riesgos y los algoritmos de reconocimiento facial para la automatización de decisiones en la aplicación de la ley penal, está generando nuevas formas de perfilación racial, al mismo tiempo que produce métodos contemporáneos de discriminación basados en el uso de tecnología que aún cuesta entender. Para la hipótesis que en esta investigación se está demostrando, primero es necesario remitirse a las formas tradicionales de elaboración de perfiles raciales y discriminación racial, para luego ver como se están comportando estos fenómenos en virtud de la era digital.

Para el caso de la elaboración tradicional de perfiles raciales, es menester remitirse a la definición consagrada en la Declaración y Plan de Acción de Durban aprobada por los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y creada en el marco de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas Conexas de Intolerancia, en agosto de 2001 en Durban-Sudáfrica. Dentro de su Plan de Acción, en su párrafo 72 define que el establecimiento de perfiles raciales:

“Comprende la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas”³⁷.

Por otro lado, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en adelante CIEFDR, que desde 1969 fue ratificado de igual forma por la mayoría de los Estados pertenecientes a la ONU y todavía sigue en vigor. Encontramos de manera pertinente un concepto de la discriminación racial en su forma tradicional con su artículo 1 numeral primero:

36 Sin embargo, con posterioridad hubo más casos como estos en Estados Unidos que salieron a la luz. Véase por ejemplo, el artículo del *New York Times* “Another Arrest, and Jail Time, Due to a Bad Facial Recognition Match”. Además, se cree que el Caso de Williams, si bien es cierto fue el primero conocido, no pudo ser el primer caso ocurrido. Muchas veces las personas no saben que han sido mal clasificadas por un algoritmo de reconocimiento facial.

37 ONU, “Programa de acción de Durban”, 2001, p. 73. [WWW.OHCHR.ORG 31.08.2001.](https://www.ohchr.org/ES/PUBLICATIONS/REFERENCE-PUBLICATIONS/DURBAN-DECLARATION-AND-PHASE-ACTION) Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/PUBLICATIONS/REFERENCE-PUBLICATIONS/DURBAN-DECLARATION-AND-PHASE-ACTION](https://www.ohchr.org/ES/PUBLICATIONS/REFERENCE-PUBLICATIONS/DURBAN-DECLARATION-AND-PHASE-ACTION)> (visto por última vez el 01.04.2024).

“La expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”³⁸.

Ahora bien, en el comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación general núm. 36 del 2020, centra su análisis sobre la toma de decisiones automatizadas para la elaboración de perfiles raciales y avicina nuevas formas de discriminación que se están generando, al mencionar que “el Comité observa que la utilización cada vez mayor de nuevas herramientas tecnológicas, (...) puede profundizar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de exclusión”³⁹. Además, la Recomendación fue enfática en mencionar, que el uso de estos sistemas de inteligencia artificial supone un “riesgo real de sesgo algorítmico (...) en la adopción de decisiones en el contexto de la aplicación de la ley”⁴⁰.

Con respecto al algoritmo predictivo de riesgo que se usó para el caso de Loomis, descrito en apartados anteriores, en un estudio realizado por ProPublica en 2016, donde se estudió las evaluaciones de riesgo de más de 7.000 personas detenidas en el condado de Broward-Florida entre 2013 y 2014 y se verificó cuántas de esas personas reincidieron en los dos años siguientes. La investigación dio como resultado que, la herramienta solo tenía un 61% de éxito en las predicciones sobre quien realmente iba a reincidir, produciendo así casos de falsos positivos y falsos negativos⁴¹.

Además, la investigación también evidenció la falta de fiabilidad del sistema COMPAS y como este reforzaba las situaciones de discriminación racial ya presentes en la sociedad estadounidense “la fórmula era especialmente propensa a señalar erróneamente a los acusados negros como futuros delincuentes, casi el doble que a los acusados blancos. Los acusados blancos fueron etiquetados erróneamente como de bajo riesgo con más frecuencia que los acusados negros”⁴². La compañía desarrolladora, salvaguardándose en las normas de propiedad intelectual, no explica las razones del porqué a tal inequidad discriminatoria, dejando así a las personas afectas, en medio de un limbo argumentativo.

En cuanto a los algoritmos de reconocimiento facial, como aquel usado en el caso de Robert Williams, estudios como el de la activista digital e informática Joy Buolamwini adjunta al Instituto Tecnológico de Massachusetts Media Lab⁴³, fue una de las pioneras en descubrir el

38 ONU, “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, 1969, p. 2. WWW.OHCHR.ORG. Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/INSTRUMENTS-MECHANISMS/INSTRUMENTS/INTERNATIONAL-CONVENTION-ELIMINATION-ALL-FORMS-RACIAL](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial)> (visto por última vez el 01.04.2024).

39 ONU, “General Recommendation No.36. Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials”, WWW.OHCHR.ORG 17.12.2020 Disponible en <[HTTPS://TBINTERNET.OHCHR.ORG/_LAYOUTS/15/TREATYBODYEXTERNAL/TBSEARCH.ASPX?LANG=EN&TREATYID=6&DOCTYPEID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11)> (visto por última vez el 01.04.2024).

40 ONU (*supra* nota 39).

41 Los falsos positivos se refieren a las personas que el algoritmo predijo que iban a reincidir, pero no lo hicieron y los falsos negativos hace alusión a las personas que el algoritmo predijo que no iban a reincidir, pero lo hicieron.

42 ANGWIN (*supra* nota 23).

43 VÉASE, BUOLAMWINI, JOY & GEBRU, TIMNIT, “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, *Proceedings of Machine Learning Research*, Vol. 81, febrero de 2018, p. 1–15. Disponible en <[HTTPS://WWW](https://www).

sesgo algorítmico racial y de género asociado a los sistemas de reconocimiento facial. Buolamwini demostró mediante su investigación lo lejos que están estos sistemas de ser precisos en virtud de su capacidad de identificar con precisión los rostros de diversos tonos de piel y género, exacerbando así, estas prácticas discriminatorias ya arraigadas en la sociedad. Para la muestra, los algoritmos de reconocimiento facial eran incapaces de diferenciar a famosas afroamericanas entre sí, tales como Michelle Obama, Serena Williams y Oprah Winfrey, únicamente por su color de piel y, además, tenían serios problemas en identificar si eran hombres o mujeres en virtud de facciones que para el algoritmo eran aparentemente masculinas.

Es en este punto, cuando se vuelve relevante hablar de nuevos métodos de discriminación racial en el contexto de era digital para la aplicación de la ley penal. La discriminación, la cual ha existido desde muchos años atrás en su forma tradicional, se representa ahora bajo una nueva modalidad influenciada por el uso de las nuevas tecnologías, esta nueva forma es una denominada como discriminación algorítmica, la cual “tiene lugar cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento injusto como consecuencia de la toma de decisiones algorítmica automatizada”⁴⁴, esta forma contemporánea de discriminación en el ejercicio penal, está conexas al mal desarrollo y uso de los sistemas de decisiones automatizadas para la generación de perfiles raciales a partir de los algoritmos predictivos de riesgo y de reconocimiento facial, los cuales generan una clase de discriminación sin precedentes de la cual es muy difícil percatarse que se está en presencia de tal, lo que conlleva a una complejidad para actuar en virtud de eso.

El sesgo algorítmico es la razón fundamental de esta neodiscriminación. Estos sistemas de inteligencia artificial son entrenados con una gran base de datos, y la información contenida en estas, muchas veces no es heterogénea y por, sobre todo, está sesgada. La base de datos de la cual se abastecen estos sistemas de automatización para desempeñar sus tareas es muy diversa, para el caso de los algoritmos predictivos de riesgo son estadísticas derivadas del comportamiento de infractores anteriores y para los algoritmos de reconocimiento facial es aún más complejo debido a que puede ser cualquier base de datos que tenga acceso a fotos o videos que permitan cotejar la identidad captada por el sistema.

Cualquiera de los repertorios de información antes mencionados, son alimentados a su vez por un humano, y como se explicó en el apartado de la IA desde su esfera fenomenológica, los seres humanos pueden crear sesgos y/o apreciaciones personales de distintos hechos que mediante su experiencia subjetiva van adquiriendo a lo largo de su vida. Al final del anterior proceso descrito, los sesgos transmitidos de manera oblicua a la máquina, conllevan a injusticias y vulneración de derechos humanos cuando se trata de automatizar las decisiones concernientes a la aplicación de la ley penal.

MEDIA.MIT.EDU/PUBLICATIONS/GENDER-SHADES-INTERSECTIONAL-ACCURACY-DISPARITIES-IN-COMMERCIAL-GENDER-CLASSIFICATION/> (visto por última vez 01.04.2024).

44 FERNÁNDEZ, BERTA, “Discriminación Algorítmica: Estudio del sesgo en arquitecturas de aprendizaje profundo”, *repositorio.uam.es* junio de 2019. Disponible en <HTTP://HDL.HANDLE.NET/10486/689056> (visto por última vez el 01.04.2024).

Consideraciones finales.

El reto que supone enfrentar el desarrollo frente a los sistemas de IA, pasa por disminuir el sesgo manipulador que pudieran tener los algoritmos predictivos de riesgo y de reconocimiento facial en el ámbito penal, con lo que aparece frente a nosotros la posibilidad de crear una huella digital. El concepto tiene que ver con la marca que dejan las actividades humanas -o clicks- en sistemas de información digitales, las cuales dependen del comportamiento autónomo del mismo y del rastro histórico que construyen. Así, la edificación de ese sujeto digital concretado en su huella, permite generar información, anticipar comportamientos y, finalmente, disponer de conocimiento de la persona que interactúa con el mundo digital.

En consecuencia, la huella digital puede construirse sin la voluntariedad del sujeto, cuando lo hace de manera espontánea y natural, de acuerdo con sus propias preferencias. Pero, también pudiera construirse desde la racionalidad de este, cuando, por ejemplo, interactúa y modela su comportamiento, esperando que su huella digital proyecte un perfil específico y deseable. De allí, surgen asuntos que hoy asociamos a delitos de estafa, suplantación, violencias sexuales, manipulación y otros, que parten de la contundencia de una imagen digital positiva, que esconde una intención y realidad delictiva.

Se debe indicar que, en el desarrollo de los procesos penales, en la resolución y decisión de un caso y su posterior ejecución, a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, su punto crucial y sensible en lo que refiere al cumplimiento de las sanciones toca un derecho sagrado y privilegiado del ser humano, cual es la libertad, ya sea por vía de privación, restricción o limitación de la misma. Por tanto y en atención a las garantías que deben rodear a una persona que está sometida a un proceso penal, no es dable tener desaciertos, imprecisiones o sesgos que conlleven a un fallo injusto.

Se ha demostrado ya que ciertos sistemas de inteligencia artificial como los algoritmos predictivos de riesgo y algoritmos de reconocimiento facial, usados en el contexto de la justicia penal, tienden a fallar en su funcionamiento o carecer de precisión. Tres son los factores que influyen a esta falta de fiabilidad: la indebida recolección de datos, el arduo proceso de explicabilidad y el laborioso entendimiento de estas tecnologías.

Por tanto, la confianza en la denominada huella digital, y en su sentido ampliado, de los algoritmos predictivos de riesgo y de reconocimiento facial, pueden ser anticipados y contruidos -manipulados- por los seres humanos y, en consecuencia, su fiabilidad no es total. No sobra decir, que los algoritmos limitados a su programación en número, no logran las conexiones neuronales de sinapsis que el cerebro humano sí. Así pues, dejar guiar decisiones judiciales con algoritmos predictivos de riesgo y de reconocimiento facial, tendrá mínimamente los riesgos de adulteración ya comentados, fruto de una huella digital preconstruida y, su incapacidad de producción de nuevo conocimiento, no le permitirá ingresar en el algoritmo la consideración de asuntos que estén por fuera de las “sinapsis digitales”.

Como última idea conclusiva, se manifiesta el escaso marco normativo de algunos países frente a la regulación de estos sistemas y la necesidad de adaptación de esas normativas internas a los lineamientos de Derecho Internacional. Se convertiría lo anterior, en la hoja de ruta para la prevención de esta problemática en razón de tres aspectos: la seguridad jurídica, la creación y promoción de mecanismos adecuados de protección y la transparencia con respecto al uso de estas tecnologías.

Los Estados tienen una responsabilidad inherente para encaminar las acciones perti-

nentes, orientadas a prevenir los menoscabos a la seguridad jurídica, la protección de derechos, libertades fundamentales y principios constitucionales. Quedó evidenciado ya, las desventajas de las personas que se hallan inmersas en casos judiciales de discriminación algorítmica, las cuales son acrecentadas en virtud, muchas veces, del ignoro total frente al uso de estas herramientas, lo que conduce a su vez, a una falta de transparencias en la utilización de estos sistemas de inteligencia artificial.

Si se dejan de lado todas las percepciones mencionadas en las líneas anteriores y que giran en torno a las conclusiones de la presente investigación, se pueden generar formas modernas de perfilación racial, lo que conlleva también al establecimiento de nuevas formas de discriminación en sectores de la sociedad ampliamente vulnerables.

Bibliografía.

- Algorithm Watch, *Automating Society Report 2020*, Alemania, Algorithm Watch & Bertelsmann Stiftung, 2020, p. 7. Disponible en: <[HTTPS://AUTOMATINGSOCIETY.ALGORITHMWATCH.ORG/](https://AUTOMATINGSOCIETY.ALGORITHMWATCH.ORG/)> (visto por última vez 23.03.2024).
- ARTHUR L, SAMUEL, "Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers", en *IBM Journal of Research and Development*, Vol. 3, num. 3 (3), Julio de 1959, pp. 210-229. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1147/RD.33.0210](https://DOI.ORG/10.1147/RD.33.0210)> (visto por última vez 01.04.2024).
- ANGWIN, JULIA; LARSON, JEFF; MATTU, SURYA & KIRCHNER, LAUREN, "Machine bias", WWW.PROPUBLICA.ORG 23.05.2024. Disponible en <[HTTPS://WWW.PROPUBLICA.ORG/ARTICLE/MACHINE-BIAS-RISK-ASSESSMENTS-IN-CRIMINAL-SENTENCING](https://WWW.PROPUBLICA.ORG/ARTICLE/MACHINE-BIAS-RISK-ASSESSMENTS-IN-CRIMINAL-SENTENCING)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- BARRY-JESTER, ANNA MARIA; CASSELMAN, BEN & GOLDSTEIN, DANA, "The New Science of Sentencing", WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG 08.04.2015. Disponible en <[HTTPS://WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG/2015/08/04/THE-NEW-SCIENCE-OF-SENTENCING](https://WWW.THEMARSHALLPROJECT.ORG/2015/08/04/THE-NEW-SCIENCE-OF-SENTENCING)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- BENÍTEZ, RAÚL; ESCUDERO, GERARD; KANAAN, SAMIR; MASIP RODÓ, DAVID, *Inteligencia artificial avanzada*, Barcelona, Editorial UOC, 2014.
- BUOLAMWINI, JOY & GEBRU, TIMNIT, "Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification", *Proceedings of Machine Learning Research*, Vol. 81, febrero de 2018, p. 1-15. Disponible en <[HTTPS://WWW.MEDIA.MIT.EDU/PUBLICATIONS/GENDER-SHADES-INTERSECTIONAL-ACCURACY-DISPARITIES-IN-COMMERCIAL-GENDER-CLASSIFICATION/](https://WWW.MEDIA.MIT.EDU/PUBLICATIONS/GENDER-SHADES-INTERSECTIONAL-ACCURACY-DISPARITIES-IN-COMMERCIAL-GENDER-CLASSIFICATION/)> (visto por última vez 01.04.2024).
- DASTIN, JEFFREY, "INSIGHT-Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", WWW.REUTERS.COM 10.10.2018. Disponible en <[HTTPS://WWW.REUTERS.COM/ARTICLE/IDUSL2N1WP1RO/](https://WWW.REUTERS.COM/ARTICLE/IDUSL2N1WP1RO/)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- DAVIES, BETHAN; INNES MARTIN & DAWSON, ANDREW, *An Evaluation Of South Wales Police's Use Of Automated Facial Recognition*, 2018, p. 8. Disponible en <[HTTPS://WWW.CARDIFF.AC.UK/__DATA/ASSETS/PDF_FILE/0006/2426604/AFRRREPORTDIGITAL.PDF](https://WWW.CARDIFF.AC.UK/__DATA/ASSETS/PDF_FILE/0006/2426604/AFRRREPORTDIGITAL.PDF)> (visto por última vez 01.04.2024).

- Equivant, "Practitioner's Guide to COMPAS Core", WWW.EQUIVANT.COM 04.04.2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.EQUIVANT.COM/WP-CONTENT/UPLOADS/PRACTITIONERS-GUIDE-TO-COMPAS-CORE-040419.PDF](https://WWW.EQUIVANT.COM/WP-CONTENT/UPLOADS/PRACTITIONERS-GUIDE-TO-COMPAS-CORE-040419.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- EUBANKS, VIRGINIA, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, Madrid, Capitán Swing Libros, 2da edición, 2019.
- FERNÁNDEZ, BERTA, "Discriminación Algorítmica: Estudio del sesgo en arquitecturas de aprendizaje profundo", repositorio.uam.es junio de 2019. Disponible en <[HTTP://HDL.HANDLE.NET/10486/689056](http://hdl.handle.net/10486/689056)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- FREEMAN MELISSA, "Five Threats to Phenomenology's Distinctiveness", *Qualitative Inquiry*, Vol. 27, num. 2 (27), marzo de 2020, p. 276–282. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1177/1077800420912799](https://doi.org/10.1177/1077800420912799)> (visto por última vez 01.04.2024).
- GILMAN, MICHELE, *Poverty Lawgorithms: A Poverty Lawyer's Guide to Fighting Automated Decision-Making Harms on Low-Income Communities*, Estados Unidos, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper Forthcoming, 2020. Disponible en <[HTTPS://SSRN.COM/ABSTRACT=3699650](https://ssrn.com/abstract=3699650)> (visto por última vez 01.04.2024).
- Harvard Law Review, "State v. Loomis, comment on: 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)", *Harvard Law Review*, Vol. 130, num. 5 (130), marzo de 2017, p. 1531. Disponible en: <[HTTPS://HARVARDLAWREVIEW.ORG/PRINT/VOL-130/STATE-V-LOOMIS/](https://harvardlawreview.org/print/vol-130/state-v-loomis/)> (visto por última vez 01.04.2024).
- HASBIANSYAH, O., "Pendekatan Fenomenologi: Pengantar Praktik Penelitian dalam Ilmu Sosial dan Komunikasi", *Mediator*, Vol. 9, num. 1 (9), junio de 2008, pp. 163–180. Disponible en: <[HTTPS://DOI.ORG/10.29313/MEDIATOR.V9I1.1146](https://doi.org/10.29313/MEDIATOR.V9I1.1146)> (visto por última vez 01.04.2024).
- HILL, KASHMIR, "Wrongfully Accused by an Algorithm", [WWW.NYTIMES.COM](http://www.nytimes.com) 24.06.2020. Disponible en: <[HTTPS://WWW.NYTIMES.COM/2020/06/24/TECHNOLOGY/FACIAL-RECOGNITION-ARREST.HTML](https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- KAPLAN, ANDREAS & HAENLEIN, MICHAEL, "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence", *Business Horizons*, Vol. 62, num. 1 (62), enero–febrero 2019, p. 1. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.BUSHOR.2018.08.004](https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004)> (visto por última vez 01.04.2024).
- KENAW SETARGEW, "Hubert L. Dreyfus's Critique of Classical AI and its Rationalist Assumptions", *Minds & Machines*, Vol. 18, abril de 2008, pp. 227-238. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1007/S11023-008-9093-7](https://doi.org/10.1007/s11023-008-9093-7)> (visto por última vez 01.04.2024).
- LECUN, YAN; BENGIO, YOSHUA & HINTON GEOFFREY, "Deep learning", *Nature*, Vol. 521, mayo de 2015, pp. 436–444. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1038/NATURE14539](https://doi.org/10.1038/NATURE14539)> (visto por última vez 01.04.2024).
- NEC, "World-leading Face Recognition for Multiple Industries", [WWW.NEC.COM](http://www.nec.com) s.f. Disponible en <[HTTPS://WWW.NEC.COM/EN/GLOBAL/SOLUTIONS/BIOMETRICS/FACE/INDEX.HTML](https://www.nec.com/en/global/solutions/biometrics/face/index.html)> (visto por última vez 01.04.2024).
- NEC, "NEC proporciona sistema de reconocimiento facial a la Policía de Reino Unido", [CO.NEC.COM](http://co.nec.com) s.f. Disponible en <[HTTPS://CO.NEC.COM/ES_CO/PRESS/PR/20170816103240_2660.HTML](https://co.nec.com/es_CO/press/pr/20170816103240_2660.html)> (visto por última vez el 01.04.2024).

- ONU, "Programa de acción de Durban", 2001, p. 73. *WWW.OHCHR.ORG* 31.08.2001. Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/PUBLICATIONS/REFERENCE-PUBLICATIONS/DURBAN-DECLARATION-AND-PROGRAMME-ACTION](https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/durban-declaration-and-programme-action)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- ONU, "Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", 1969, *WWW.OHCHR.ORG*, p. 2. Disponible en <[HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/ES/INSTRUMENTS-MECHANISMS/INSTRUMENTS/INTERNATIONAL-CONVENTION-ELIMINATION-ALL-FORMS-RACIAL](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- ONU, "General Recommendation No.36. Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials", *WWW.OHCHR.ORG* 17.12.2020. Disponible en <[HTTPS://TBINTERNET.OHCHR.ORG/_LAYOUTS/15/TREATYBODYEXTERNAL/TBSEARCH.ASPX?LANG=EN&TREATYID=6&DOCTYPEID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Open Government Partnership, "Guía de gobierno abierto: Gobernanza digital", *www.opengovpartnership.org* 2023. Disponible en <[HTTPS://WWW.OPENGOVPARTNERSHIP.ORG/ES/OPEN-GOV-GUIDE/DIGITAL-GOVERNANCE-AUTOMATED-DECISION-MAKING/](https://www.opengovpartnership.org/es/open-gov-guide/digital-governance-automated-decision-making/)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- SALEHI HADI & BURGUEÑO RIGOBERTO, "Emerging artificial intelligence methods in structural engineering", *Engineering Structures*, Vol. 171, septiembre de 2018, p. 2. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.1016/J.ENGSTRUCT.2018.05.084](https://doi.org/10.1016/j.engstruct.2018.05.084)> (visto por última vez 01.04.2024)
- SÁNCHEZ, MARÍA, "El uso de algoritmos predictivos en el derecho penal. A propósito de la sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de La Haya (Países Bajos) sobre Syri, de 5 de febrero de 2020", *Teoría & Derecho*, num. 33, diciembre de 2022, p. 265. Disponible en <[HTTPS://DOI.ORG/10.36151/TD.2022.059](https://doi.org/10.36151/TD.2022.059)> (visto por última vez 01.04.2024).
- UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, Francia, UNESCO, 2022.

John A. Carlin Sánchez*

36. Sonría, lo estamos filmando: Los sistemas de reconocimiento facial. Un análisis constitucional y iusfilosófico.

“El único medio de conservar el hombre su libertad es estar siempre dispuesto a morir por ella”
Edgar Allan Poe

Resumen: Este trabajo analiza críticamente los desafíos constitucionales y iusfilosóficos que plantea la implementación de sistemas de reconocimiento facial en la investigación criminal y la seguridad pública. A través del examen de cinco sentencias paradigmáticas, se evidencia la tensión entre estas nuevas tecnologías y la protección de derechos fundamentales como la privacidad, la igualdad y el debido proceso. En ese sentido, se enfatiza la necesidad de un debate público participativo sobre las implicaciones éticas y sociales del uso de estos sistemas, así como la importancia de establecer salvaguardas legales efectivas para prevenir abusos. Además, se destaca el rol crucial del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad para garantizar la supremacía de los derechos humanos frente a potenciales extralimitaciones del poder estatal. El trabajo invita a repensar el modelo de gobernanza de la inteligencia artificial, subrayando la necesidad de poner la innovación tecnológica al servicio de la dignidad humana y los valores democráticos. Se argumenta que solo a través de un enfoque multidisciplinario y centrado en los derechos fundamentales podremos construir un futuro en el que el progreso científico y la protección de las libertades se reconcilien armónicamente.

Palabras claves: Sistemas de Reconocimiento Facial, Derecho constitucional, Filosofía del derecho, Política criminal, Estado de Derecho

Abstract: This paper critically analyzes the constitutional and legal-philosophical challenges posed by the implementation of facial recognition systems in criminal investigation and public safety. Through the examination of five paradigmatic rulings, the tension between these innovative technologies and the protection of fundamental rights such as privacy, equality, and due process. It emphasizes the need for a participatory public debate on the ethical

* El autor agradece al grupo de investigación DeCyT “Bases para una nueva agenda dogmática y político criminal para la parte especial del Derecho penal – análisis de la situación actual y propuestas de reformas” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y al Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por los aportes y comentarios. Asimismo, al profesor Ricardo Guibourg por las charlas, reflexiones y comentarios. Los errores me pertenecen.

and social implications of the use of these systems, as well as the importance of establishing effective legal safeguards to prevent abuses. It highlights the crucial role of judicial control of constitutionality and conventionality in guaranteeing the supremacy of human rights in the face of the potential overreach of state power. The paper invites a rethink of the governance model of artificial intelligence, stressing the need to put technological innovation at the service of human dignity and democratic values. It is argued that only through a multidisciplinary and rights-based approach can we build a future in which scientific progress and the protection of freedoms are harmoniously reconciled.

Keywords: Facial Recognition Systems, Constitutional law, Philosophy of Law. Criminal Policy, Rule of Law

1. *Una introducción poco feliz.*

Si bien se reconocen ciertos beneficios al uso e implementación de las nuevas tecnologías en la investigación criminal y la seguridad pública, como la mayor eficiencia en la resolución de casos y la prevención del delito¹, la carencia de una regulación adecuada puede conllevar al debilitamiento de derechos y garantías de las personas. En ese sentido, derechos fundamentales como la privacidad, la no discriminación, el principio de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso podrían verse comprometidos, erosionando así los límites clásicos al poder punitivo del Estado. Sin embargo, estas preocupaciones no se limitan al ámbito penal, sino que se extienden a la creciente presencia de la inteligencia artificial en todos los ámbitos de nuestra vida individual y colectiva.

El uso cada vez más extendido de sistemas de inteligencia artificial (SIA) por parte de gobiernos y empresas nos enfrenta a interrogantes cruciales: ¿Cómo podemos garantizar un control democrático efectivo sobre estas tecnologías, sean de titularidad pública o privada? ¿Qué mecanismos de supervisión y rendición de cuentas necesitamos para prevenir abusos y vulneraciones de derechos? Y ante la aparente pasividad de gran parte de la sociedad frente a estas cuestiones, cabe preguntarnos, además: ¿cómo podemos fomentar una participación ciudadana más activa y crítica en la definición de los principios éticos y normativos que deben regir el desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial (IA)?

Más allá de la titularidad de las tecnologías de control, lo que está en juego es la gobernanza misma de estos sistemas que permean cada vez más nuestra vida. La opacidad en el funcionamiento de muchos SIA y la evidencia de sesgos algorítmicos generan dudas sobre su neutralidad y despiertan temores sobre su potencial autoritario. Por ello, urge abrir un debate público sobre el modelo de gobernanza de la IA que queremos como sociedad, estableciendo controles transparentes y eficaces para garantizar su compatibilidad con los derechos humanos

1 En el gobierno del ex presidente argentino Alberto Fernández (2019–2023), la Subsecretaría de Política Criminal, a través del Programa Nacional de Criminológica, puso en marcha la producción "Nuevas disciplinas y tecnologías aplicadas a la investigación criminal", con el propósito de difundir las técnicas de investigación criminal disponibles entre profesionales del sistema judicial, de las ciencias forenses, estudiantes y público general que desee tomar un contacto inicial con estos recursos disponibles en el país, con el objetivo de promover una justicia más eficiente. Para más información véase <[HTTPS://WWW.ARGENTINA.GOB.AR/NOTICIAS/SE-PRESENTO-LA-SERIE-NUEVAS-DISCIPLINAS-Y-TECNOLOGIAS-APLICADAS-LA-INVESTIGACION-CRIMINAL](https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-presento-la-serie-nuevas-disciplinas-y-tecnologias-aplicadas-la-investigacion-criminal)> (visto por última vez el 22.04.2024).

y el bien común. Únicamente de esta forma podremos asegurar que los SIA sean una herramienta de empoderamiento ciudadano y no un instrumento de control al servicio de intereses particulares, capaz de poner en jaque nuestra seguridad y libertad².

Estas reflexiones emergen del estudio de cinco sentencias presentes en el Boletín “La judicialización de los Sistemas de Reconocimiento Facial”³, elaborado por la Escuela de la Defensa del Ministerio Público de la Defensa⁴. Este análisis se centrará en los argumentos principales señalados por los tribunales en cada caso, examinando cómo abordan la interacción entre los sistemas de inteligencia artificial y el Derecho. No obstante, se recomienda la lectura completa del Boletín para aquellas personas interesadas en profundizar en los diferentes estándares adoptados por cada tribunal.

A través de este estudio, se facilita una breve reseña de los ordenamientos jurídicos de diversos países, como Argentina, Estados Unidos y otros, que fueron seleccionados por su relevancia y diversidad en el tratamiento de estas cuestiones. Asimismo, se describirá el uso e implementación de las nuevas tecnologías por parte de los Estados y se analizará la construcción de nuevas categorías dogmáticas por parte de los tribunales de justicia en respuesta a la interacción entre los diferentes sistemas de inteligencia artificial y el Derecho.

El recorrido comenzará con el relevamiento de la jurisprudencia relevante. Posteriormente, se realizarán algunas consideraciones sobre el control judicial (constitucional y convencional) en la Argentina. A continuación, se ofrecerán algunos comentarios sobre interpretación y lógica de normas para luego integrarse en el análisis de los parámetros de control de las sentencias revisitadas. Finalmente, se expondrán las conclusiones derivadas de este estudio.

2. *Jurisprudencia analizada.*

En esta sección, se presenta un análisis de cinco casos jurisprudenciales relevantes relacionados con el uso de Sistemas de Reconocimiento Facial y su impacto en los derechos fundamentales. Estos casos, provenientes de diferentes jurisdicciones, ofrecen una visión global de los desafíos legales y constitucionales que plantean estas tecnologías.

2.1. “O.D.I.A.”. Expediente N° 182908/2020. Actuación N° 1565405/2021. 11/8/2021.

El Observatorio de Derecho Informático Argentino (O.D.I.A.) promovió una acción de amparo cuestionando la constitucionalidad del Sistema de Reconocimiento Facial implementado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argumentaron que este sistema, que buscaba determinar si

2 En 2021, el Registro Nacional de las Personas (Renaper) formalizó una denuncia ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 Secretaría N° 22 tras detectar que, mediante el uso de claves otorgadas a organismos públicos se filtraron imágenes como pertenecientes a trámites personales realizados en el Renaper.

3 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa (diciembre de 2023). Disponible en <[HTTPS://REPOSITORIO.MPD.GOV.AR/JSPUI/HANDLE/123456789/4772](https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4772)> (visto por última vez el 22.04.2024).

4 La Escuela de la Defensa Pública se encarga de organizar actividades de formación, actualización y perfeccionamiento de empleados/as, funcionarios/as y magistrados/as; con el objetivo de construir un perfil del integrante del Ministerio Público de la Defensa consciente del rol institucional que le cabe en la defensa de los derechos humanos y dispuesto/as a intervenir en la realidad con el más alto desarrollo de los conocimientos técnico-jurídicos. Para más información véase <[HTTPS://WWW.MPD.GOV.AR/INDEX.PHP/ESCUELA-DE-LA-DEFENSA-PUBLICA-F/CAPACITACION2](https://www.mpd.gov.ar/index.php/escuela-de-la-defensa-publica-f/capacitacion2)> (visto por última vez el 22.04.2024).

los rostros obtenidos mediante cámaras de videovigilancia correspondían con los almacenados en la base de datos del sistema de Consulta Nacional de Rebeldía y Capturas (CoNaRC), vulneraba derechos fundamentales como la privacidad y la protección de datos personales. Si bien el juzgado de primera instancia rechazó *in limine* la acción, alegando falta de un caso concreto de afectación de derechos, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por O.D.I.A. y revocó la sentencia inicial.

2.2. “Robinson v. Fiscal”. Caso N° 2018HCV01788. 12/4/2019.

En Jamaica, un diputado y secretario general del Partido Nacional del Pueblo impugnó la constitucionalidad de la Ley Nacional de Identificación y Registro (NIRA), argumentando posibles violaciones a derechos como la igualdad, la libertad, la seguridad y la intimidad. La NIRA, aún no vigente, pretendía establecer un sistema obligatorio de recopilación de datos biométricos, demográficos y números de referencia nacional de todos los ciudadanos y residentes, almacenándolos indefinidamente en sistemas gubernamentales. Esto generaba preocupaciones sobre el acceso de terceros a los datos personales sin garantías adecuadas. La Corte Suprema de Justicia de Jamaica declaró la NIRA inconstitucional en su totalidad, por violar los derechos a la intimidad y la igualdad.

2.3. “Patel v. Facebook”. Caso N° 18-15982. 8/8/2019.

Un grupo de usuarios demandó a Facebook bajo la Ley de Privacidad de la Información Biométrica de Illinois (BIPA) por recopilar información facial sin consentimiento a través de la herramienta de “sugerencias de etiquetas”. Las plantillas faciales son representaciones matemáticas de las características faciales utilizadas para identificar rostros, mientras que las firmas faciales son datos biométricos utilizados para verificar la identidad de un individuo. Facebook argumentó que solo almacenaba plantillas faciales, no firmas, y que no había perjuicio concreto. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito consideró que el desarrollo de plantillas faciales sin consentimiento invade la intimidad y los intereses concretos de los usuarios.

2.4. “Glukhin v. Rusia”. Caso N° 11519/20. 4/7/2023.

En Rusia, un hombre que realizó una manifestación pacífica en un subterráneo de Moscú fue localizado y detenido por la policía tras utilizar imágenes de redes sociales y cámaras de seguridad. Procesado y multado por no notificar a las autoridades antes de manifestarse, el hombre alegó que el uso de tecnologías de identificación por la policía era ilegal y violaba su libertad de expresión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que Rusia violó los artículos 8 (vida privada y familiar) y 10 (libertad de expresión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacando la relación entre el uso de estas tecnologías y la vulneración de derechos fundamentales.

2.5. “Estado de Nueva Jersey v. Arteaga”. Expediente N° A-3078-21. 7/6/2023.

En un caso de robo en Nueva York, la policía utilizó reconocimiento facial para identificar a un sospechoso. La defensa solicitó información sobre el proveedor y código fuente del sistema, pero el tribunal inicialmente rechazó el pedido, argumentando que la fiscalía no estaba obligada a proporcionarla. El “Discovery” es un proceso legal que permite a las partes obtener evidencia relevante para el caso. El Tribunal Superior de Nueva Jersey revocó la decisión inicial y ordenó a

la fiscalía que proporcione la información solicitada, reconociendo su importancia para que la defensa pueda evaluar la fiabilidad del sistema utilizado.

Estos casos destacan la compleja interacción entre los Sistemas de Reconocimiento Facial y los derechos fundamentales, como la privacidad, la igualdad, la libertad de expresión y el debido proceso. Los tribunales de diferentes jurisdicciones han abordado estos desafíos, sentando precedentes importantes para la regulación y el uso responsable de estas tecnologías.

3. *Sobre el control judicial (constitucional y convencional) en la Argentina.*

En Argentina, al indagar sobre la interpretación constitucional, es inevitable remontarnos al caso “*Marbury v. Madison*” (1803) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, resuelto bajo la presidencia del juez Marshall. Esta sentencia consolidó la doctrina de la revisión judicial, estableciendo que una ley del Congreso contraria a la Constitución carecía de validez. Marshall afirmó contundentemente que “una ley del Congreso repugnante a la Constitución no es ley”, sentando las bases del control de constitucionalidad en el sistema jurídico norteamericano⁵.

Décadas más tarde, esta sentencia encontró eco en el ámbito argentino a través de los casos paradigmáticos “*Caffarena*” (1871), “*Sojo*” (1887) y “*Municipalidad de la Capital c/viuda de Elortondo*” (1888), considerados como la piedra angular del control judicial de constitucionalidad en Argentina. En síntesis, por primera vez un tribunal argentino declaraba la inconstitucionalidad de una ley federal, reafirmando la atribución y el deber de los jueces de examinar la compatibilidad de las normas impugnadas con la Constitución Nacional en los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Estas sentencias hicieron visible uno de los fines esenciales del Poder Judicial: salvaguardar los derechos consagrados en la norma fundamental frente a potenciales abusos o extralimitaciones de los demás poderes públicos.

La reforma constitucional de 1994 representó un momento crucial para la evolución del control de constitucionalidad argentino al incorporar una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad. Esta transformación dio lugar al surgimiento del denominado “control de convencionalidad”, que implica reconocer la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), frente a las normas y actos internos de los Estados parte del Sistema Interamericano. Como consecuencia, los Estados deben interpretar y adecuar su derecho interno no sólo al texto de la CADH, sino también a la interpretación que de ella realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en virtud del principio de buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales plasmado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT).

5 Amaya sostiene que en “*Marbury v. Madison*” Marshall señaló que “hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”. En AMAYA, JORGE A., *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad: teoría general*, 1º ed., Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 189.

En la práctica, el control de convencionalidad ha tenido un impacto significativo en la labor de los tribunales argentinos. Por ejemplo, en el caso “Simón” (Fallos: 328:2056), la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó este control para declarar la invalidez de las leyes de punto final y obediencia debida, que obstaculizaban la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar. Este fallo puso en valor la trascendencia del control de convencionalidad como herramienta para garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y la lucha contra la impunidad.

Ahondando en la taxonomía del control de constitucionalidad y convencionalidad, Néstor P. Sagüés propone un análisis estructural de lo que denomina “constitución convencionalizada”. Según Sagüés, esta constitución surge de la simbiosis entre el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, generando una nueva arquitectura normativa con bases axiológicas, ideológicas y jurídicas propias. En este contexto, el autor distingue diversas categorías de cláusulas constitucionales, como las “cláusulas bloqueadas” (aquellas que colisionan abiertamente con el derecho internacional de los derechos humanos y deben ser objeto de un “control destructivo”), las “cláusulas con interpretación seleccionada” (que requieren una hermenéutica armonizadora para evitar conflictos normativos), las “cláusulas recortadas” (cuyas partes incompatibles con el bloque de convencionalidad deben ser suprimidas) y las “cláusulas mixtas” (que exigen una operación interpretativa compleja de sustracción y adición para adecuarlas a los estándares internacionales)⁶. Esta taxonomía propuesta por Sagüés brinda un valioso marco conceptual para comprender la dinámica del control de constitucionalidad y convencionalidad en el contexto argentino, evidenciando la profunda transformación que ha experimentado nuestro sistema jurídico a partir de la reforma constitucional de 1994.

Un punto de referencia jurisprudencial en la construcción del control de convencionalidad fue el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” resuelto por la Corte IDH en 2006. En este fallo, la Corte IDH estableció que el Poder Judicial de los Estados parte debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos y la CADH, tomando en consideración no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH⁷. Esta doctrina sentó las bases para una vigorosa teorización de los alcances y contornos del control de convencionalidad, que ha servido de guía a los jueces nacionales de todo el continente americano.

En este sentido, la Corte IDH ha identificado cuatro elementos centrales que configuran el control de convencionalidad: a) la obligación de verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte⁸; b) el deber de realizar este control de oficio por parte de toda autoridad pública en el ámbito de sus respectivas competencias⁹; c) la necesidad de considerar no sólo el texto de la CADH, sino también la interpretación que de ella ha hecho la Corte

6 Cf. SAGÜÉS, PEDRO, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la ‘constitución convencionalizada’”, *Parlamento y Constitución*, n° 14, 2011.

7 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile.

8 Corte IDH, Caso Boyce y otros v. Barbados.

9 Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México; Caso Gelman v. Uruguay; Caso Mendoza y otros v. Argentina.

IDH y los demás tratados del Sistema Interamericano¹⁰; y d) la facultad de suprimir normas contrarias a la CADH o de interpretarlas de conformidad con ella, según las atribuciones de cada autoridad pública¹¹. Estos estándares han permeado progresivamente la jurisprudencia de los tribunales argentinos, que han ido incorporando el control de convencionalidad como una herramienta fundamental para la tutela de los derechos humanos.

Por otra parte, al analizar la labor interpretativa de la Corte Suprema de Justicia argentina, es posible advertir una serie de criterios hermenéuticos que han guiado su abordaje de la Constitución Nacional y que resultan plenamente compatibles con el control de constitucionalidad y convencionalidad. En efecto, la Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que la exégesis constitucional debe ser sistemática y orgánica, entendiendo a la Constitución como un todo armónico cuyas disposiciones deben ser aplicadas de manera concertada y coherente (casos “Bernuchi”, Fallos, 289:200, y “Riego Ribas”, Fallos, 285:267). Asimismo, ha enfatizado que ningún artículo de la Constitución puede ser interpretado de forma aislada, desconectado del resto del entramado constitucional (caso “Brizuela”, Fallos, 296:432). Por el contrario, toda cláusula constitucional debe ser interpretada de manera coordinada, respetando el delicado equilibrio del conjunto normativo (caso “Cardillo”, Fallos, 240:319). La Corte también ha remarcado que la interpretación constitucional debe estar orientada por un propósito constructivo, buscando soluciones que favorezcan la plena vigencia y operatividad de los derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna (caso “Grisolía”, Fallos, 243:482). En este entendimiento, cada palabra de la Constitución reviste fuerza y significado propios, descartándose lecturas que las tornen inútiles, superfluas o redundantes (caso “Gedes Hnos”, Fallos, 95:334)¹². Estos lineamientos interpretativos desarrollados por la Corte Suprema argentina brindan un sólido sustento para la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad, propiciando una hermenéutica integral, dinámica y garantista de los derechos fundamentales.

El devenir del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad en Argentina refleja un proceso de constante evolución y profundización en la tutela de los derechos humanos. Desde los casos “Caffarena”, “Sojo” y “Municipalidad de la Capital c/viuda de Elortondo” hasta los más recientes desarrollos jurisprudenciales, los tribunales argentinos han ido consolidando su rol como garantes de la supremacía constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. La incorporación del control de convencionalidad a partir de la reforma constitucional de 1994 y la recepción de los estándares fijados por la Corte IDH han enriquecido y fortalecido este paradigma tuitivo, brindando nuevas herramientas para la protección de los derechos fundamentales frente a potenciales abusos o arbitrariedades. En este escenario, la taxonomía propuesta por Sagüés en torno a la “constitución convencionalizada” ofrece un valioso marco conceptual para comprender la compleja interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, al tiempo que los criterios interpretativos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación coadyuvan a una aplicación sistemática, coherente y garantista del control de constitucionalidad y convencionalidad.

Sin embargo, este camino no ha estado exento de desafíos y complejidades. La efectiva implementación del control de convencionalidad requiere un compromiso firme y sostenido por

10 Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) v. Guatemala.

11 Entre otros Corte IDH, Caso Barrios Altos v. Perú; Caso Mendoza y otros v. Argentina; y Caso Atala Riffo y niñas v. Chile.

12 Cf. Sagüés, Néstor Pedro, Manual de derecho constitucional, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, Astrea, 2012.

parte de todos los actores del sistema de justicia, así como una sólida formación en derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, resulta indispensable fortalecer los mecanismos de diálogo y cooperación entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, promoviendo una fertilización cruzada que potencie la protección multinivel de los derechos fundamentales. Solo a través de un esfuerzo mancomunado y persistente será posible consolidar un verdadero Estado constitucional y convencional de derecho, capaz de brindar respuestas eficaces a los complejos desafíos que plantea la tutela de la dignidad humana en el siglo XXI.

En este contexto, el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad se erige como un pilar esencial para la salvaguarda de los derechos más básicos y elementales de todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad o marginación. Frente a los peligros que entrañan las nuevas tecnologías de vigilancia y control, como los sistemas de reconocimiento facial, este paradigma tuitivo adquiere renovada trascendencia. Solo a través de un robusto sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad será posible conjurar los riesgos de una distopía orwelliana, preservando la libertad, la igualdad y la dignidad intrínseca de cada ser humano. En última instancia, la grandeza de una nación no se mide por la sofisticación de sus herramientas de control social, sino por la firmeza con la que es capaz de defender los derechos inalienables de sus ciudadanos. Y en esta noble empresa¹³, el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad está llamado a desempeñar un rol protagónico e indeclinable.

Sin embargo, más allá de la elección entre un sistema monista o dualista, o de la adopción de un control de constitucionalidad reforzado a partir del control de convencionalidad, lo verdaderamente crucial es garantizar una protección efectiva y no distorsionada de los derechos fundamentales de todo ciudadano. En este sentido, resulta pertinente recordar la advertencia formulada por Daniel Pastor, quien sostiene que los organismos internacionales de control y las organizaciones de defensa y promoción de los derechos humanos tienen el deber primordial de velar por el respeto de los principios y garantías que amparan a las personas acusadas.

Pastor lanza una crítica a aquellas instituciones que, en lugar de cumplir con esta misión tutelar, han asumido un papel de “acusadores neopunitivistas” movidos por un afán de “punicción infinita”. Esta deriva, advierte el autor, no sólo desprestigia el valor estratégico de los derechos humanos, sino que amenaza con socavar los cimientos mismos del Estado de Derecho. Frente a este escenario, Pastor plantea la necesidad de establecer “nuevos organismos y nuevas organizaciones que protejan seriamente los derechos fundamentales de los individuos acusados y sometidos al poder penal”, brindándoles una protección integral no sólo frente a los abusos estatales, sino también frente a aquellas entidades que, habiendo sido concebidas originalmente para limitar el poder punitivo, han terminado convirtiéndose en “promotores de un poder penal absoluto”¹⁴.

13 El término “empresa”, construcción de la escuela genovesa de filosofía del derecho, se utiliza para describir la actividad interpretativa y aplicativa del derecho por parte de los juristas, especialmente los jueces. Refleja una concepción realista y crítica de la interpretación jurídica, que pone el acento en la dimensión política y valorativa de la actividad de los juristas.

14 Cf. PASTOR, DANIEL, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva doctrina penal*, n° 1, 2005. En ese sentido, Pastor sostiene que: “los organismos internacionales de control y las organizaciones de defensa y promoción de los derechos humanos deben velar porque los principios y garantías de protección del acusado sean respetados. Si en lugar de ello van a seguir, representando este inapropiado papel de acusadores neopunitivistas a la búsqueda de una punición infinita, desprestigiando el valor estratégico de los derechos humanos, será

Por consiguiente, la cuestión implica no sólo robustecer los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad, sino también reexaminar el accionar de aquellas instituciones que, por acción u omisión, pueden estar contribuyendo a legitimar o potenciar el ejercicio abusivo del poder punitivo. Solo a través de una vigilancia constante y comprometida, sustentada en una concepción integral y garantista de los derechos humanos, será posible conjurar los riesgos de un Estado policial desbocado y salvaguardar la dignidad intrínseca de cada ser humano frente a las tentaciones autoritarias que acechan en tiempos de incertidumbre.

4. *Sobre interpretación y lógica de normas.*

La interpretación constitucional se erige como un desafío formidable para los operadores jurídicos, especialmente cuando se trata de desentrañar el sentido último de la carta de derechos y obligaciones de un lugar determinado. La Constitución Nacional, como norma suprema del ordenamiento jurídico, debe ser el faro que guíe la labor hermenéutica. Sin embargo, la búsqueda de razones que permitan justificar esta tarea interpretativa está lejos de ser sencilla. Las disposiciones que integran los textos constitucionales suelen presentar un abanico de indeterminaciones que complejizan su abordaje: desde ambigüedades semánticas propias del lenguaje natural hasta lagunas normativas, pasando por contradicciones, redundancias y conceptos valorativos altamente controvertidos, como la igualdad o la libertad.

La filosofía del derecho ha planteado algunos cuestionamientos a la idea del control constitucional y convencional como potestad exclusiva de los jueces. Claudina Orunesu esboza tres objeciones centrales a este respecto. En primer lugar, trae a discusión la cuestión de la legitimidad democrática de estos mecanismos de control. Mientras que la Constitución encuentra su respaldo en una votación popular, la aprobación de convenciones internacionales suele generar dudas sobre su genuino origen democrático, lo que impacta en la autoridad de los jueces para interpretarlas y aplicarlas. En segundo término, Orunesu cuestiona la capacidad de los magistrados para invalidar leyes internas con base en normas convencionales, una práctica que no solo impondría límites contrarios a las decisiones mayoritarias del poder legislativo, sino que incluso podría llevar a la anulación de cláusulas constitucionales. Por último, advierte sobre el riesgo de una eventual “dictadura de los jueces”, tanto a nivel nacional como internacional, en la que la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los tribunales internacionales podría desafiar la voluntad democrática mayoritaria en los Estados del sistema interamericano¹⁵.

Ahora bien, es innegable que la interpretación jurídica puede significar cosas distintas para diferentes actores e instituciones, desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pasando por la Corte Suprema de Jamaica o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, la fuerza de los enunciados

necesario establecer nuevos organismos y nuevas organizaciones que protejan seriamente los derechos fundamentales de los individuos acusados y sometidos al poder penal y que los protejan no sólo frente al Estado, sino también aquellos organismos y organizaciones que, nacidos para brindar protección frente al poder penal público, han degenerado hoy en inauditos promotores de un poder penal absoluto”.

15 Cf. ORUNESU, CLAUDINA, “Control de convencionalidad y supremacía de los tribunales internacionales”, *Revus*, nº 46, 2022. Disponible en <[HTTP://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/8255](http://journals.openedition.org/revus/8255)> (visto por última vez el 30.03.2024).

interpretativos puede condensarse en tres grandes concepciones o teorías: la cognoscitiva, la no cognoscitiva y la intermedia o ecléctica.

Pierluigi Chiassoni describe estas tres perspectivas. Sostiene que, para la concepción cognoscitiva o formalista, interpretar es una actividad puramente cognoscitiva que consiste en descubrir el verdadero y unívoco significado de las disposiciones legislativas o en determinar la voluntad o intención inequívoca del legislador. En cambio, la concepción no cognoscitiva, de corte escéptico o realista, entiende que la interpretación textual es una actividad necesariamente volitiva, que siempre conlleva alguna decisión o elección por parte del intérprete, aunque sea de manera inconsciente. Por último, la concepción ecléctica sostiene que la interpretación textual es, en ocasiones, una actividad puramente cognoscitiva y, en otras, también volitiva y creativa¹⁶. Así, desde esta perspectiva intermedia, la fidelidad pasiva a la ley, propia del formalismo, solo sería realizable en los casos claros, mientras que en los casos dudosos se aspiraría, a lo sumo, a una fidelidad activa y dinámica de cuño no cognoscitivista.

Por su parte, José Juan Moreso señala que interpretar puede referirse tanto a la actividad interpretativa en sí misma como al resultado de esa actividad. Cuando alguien afirma “estas son las reglas que debes seguir en tu interpretación”, está usando el término como sinónimo de “actividad interpretativa”¹⁷. En cambio, cuando se dice “esta es la interpretación correcta”, se hace referencia al producto de dicha actividad, es decir, al entendimiento alcanzado a través de ese proceso de descubrimiento o determinación del significado de un documento jurídico¹⁸.

Juan Pablo Alonso destaca que la interpretación de las normas jurídicas es una actividad compleja que involucra diversos niveles de análisis, cada uno de los cuales requiere métodos diferentes para el tratamiento de los problemas que suscita. En la práctica jurídica, la interpretación normativa es una actividad dinámica, que suele transitar constantemente de un nivel interpretativo a otro, volviendo a niveles ya analizados para su reevaluación. Sin embargo, este dinamismo no implica que deba prescindirse de la distinción entre los diferentes niveles interpretativos, ya que su omisión podría generar confusiones¹⁹.

Ahora bien, ¿qué es lo que interpretamos cuando hablamos de interpretación jurídica? Aquí resulta crucial trazar una distinción entre formulaciones normativas y normas propiamente dichas, presentes en los diferentes documentos normativos. Aunque en el lenguaje cotidiano suele considerarse que ambas nociones son equivalentes, lo cierto es que no siempre existe una correspondencia uno a uno entre ellas. Es decir, existe una diferencia entre la percepción común y la realidad más compleja de la situación.

Moreso explica que interpretar implica definir el significado de una formulación normativa. Así, un “enunciado interpretativo” responde a la estructura “F significa S”, donde “F” es una formulación normativa y “S” su significado. Una formulación normativa representa una norma, y una norma es el sentido comunicado por esa formulación. Pero no siempre existe una relación uno a uno entre formulación normativa y norma, ya que distintas formulaciones pueden

16 Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pp. 163–164.

17 Cf. MORESO, JOSÉ JUAN, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2004, p. 147.

18 Cf. MORESO (*supra* nota 17), p. 148.

19 Cf. ALONSO, JUAN PABLO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, p. 361.

expresar la misma norma, así como una misma formulación puede representar múltiples normas²⁰.

Alonso profundiza en esta cuestión al señalar que identificar normas implica interpretar formulaciones jurídicas de manera literal y aislada, sin considerar el contexto del sistema jurídico en su conjunto. Sin embargo, este proceso de identificación se enfrenta a una serie de desafíos conocidos como “problemas de indeterminación semántica”, entre los que se destacan la ambigüedad y la vaguedad. Al respecto, la ambigüedad se presenta cuando una formulación normativa puede representar múltiples normas no equivalentes, mientras que la vaguedad afecta la aplicación de las normas y puede incidir en la identificación de propiedades genéricas dentro de ellas²¹.

Moreso precisa que una palabra o expresión es considerada ambigua cuando, dentro de una comunidad lingüística específica, presenta múltiples significados o representa diversos conceptos²². En otras palabras, las expresiones ambiguas son aquellas que tienen varios sentidos. Alonso, por su parte, señala que en el ámbito jurídico una formulación normativa se considera ambigua cuando permite derivar diversas normas no equivalentes, todas las cuales mantienen un nivel de coherencia similar con respecto a la disposición jurídica en cuestión²³.

Es importante destacar que la vaguedad se presenta en el nivel de la subsunción de un caso individual, mientras que la ambigüedad es un problema que se manifiesta en el nivel de identificación de las normas. Existen diversas formas de vaguedad, entre las que se encuentran la vaguedad de los términos polares, la vaguedad combinatoria y la textura abierta del lenguaje²⁴. Cuando nos enfrentamos a un problema de imprecisión lingüística que no es ambiguo, estamos ante una vaguedad y no una ambigüedad. En estos casos, no se trata de desconocer el significado de una palabra, que puede ser claro tras analizar el contexto, sino de la falta de determinación en la extensión o alcance de la palabra en relación con su connotación o intención. Por ello, es fundamental tener presente que la ambigüedad se refiere a las palabras, mientras que la vaguedad se relaciona con los conceptos o significados²⁵.

En este punto, resulta oportuno detenerse en la noción de textura abierta del lenguaje. Jorge Luis Rodríguez, explica que la existencia de un conocimiento necesariamente imperfecto que los hablantes tienen del mundo, sumado a su capacidad limitada para predecir el futuro, hace que cualquier término pueda carecer de un contenido exacto. De este modo, la textura abierta del lenguaje es la posibilidad ineliminable de vaguedad. Esto significa que la vaguedad y la textura abierta en las normas jurídicas afectan la delimitación de los casos genéricos en virtud de problemas de indeterminación semántica, de manera tal que, frente a ciertos casos individuales que caen en la zona de penumbra de significación de los términos que definen un caso genérico, resultará indeterminada la solución normativa a correlacionar²⁶.

20 Cf. MORESO (*supra* nota 17), p. 158.

21 Cf. ALONSO (*supra* nota 19), p. 75.

22 Cf. MORESO (*supra* nota 17), p. 152.

23 Cf. ALONSO (*supra* nota 19), p. 76.

24 Cf. ALONSO (*supra* nota 19), p. 87.

25 Cf. MORESO (*supra* nota 17), p. 154.

26 Cf. RODRÍGUEZ, JORGE LUIS, *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2021, pp. 606–610.

Pero ¿qué sucede cuando una situación fáctica no tiene una consecuencia jurídica determinada? ¿Nos encontramos ante un escenario en el que debemos resignarnos a no resolver nada, o es posible encontrar una respuesta teniendo en cuenta todo el material normativo presente en el ordenamiento jurídico?

Esta situación se conoce como laguna normativa y se presenta cuando un caso individual perteneciente al conjunto de casos de un sistema normativo “S” no está vinculado a ninguna solución máxima dentro del conjunto de soluciones²⁷. En consecuencia, un sistema normativo “S” se considera completo únicamente si no presenta lagunas normativas. Sin embargo, también es posible hablar de otras clases de lagunas, como las lagunas de conocimiento (problemas probatorios), las lagunas de reconocimiento (problemas de subsunción) y las lagunas axiológicas (propuestas por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin).

Las lagunas de conocimiento surgen cuando no se puede determinar si casos individuales encajan dentro de una categoría genérica debido a la falta de comprensión de las propiedades específicas de cada caso. En contraste, las lagunas de reconocimiento se presentan cuando no se puede establecer si casos particulares son instancias de una categoría genérica debido a la falta de claridad semántica en los conceptos que definen las propiedades de dicha categoría. Por su parte, podemos afirmar que un caso específico “C” dentro de un conjunto de casos constituye una laguna axiológica de un sistema normativo “S” respecto a un conjunto de acciones si y sólo si el sistema “S” asocia el caso “C” con una solución normativa y existe una propiedad “P” que debería ser relevante para el caso “C” (según una determinada hipótesis de relevancia), pero que no es considerada relevante en “S” con relación al conjunto de acciones en cuestión²⁸.

Ricardo Guastini distingue entre lagunas normativas y axiológicas. De esta manera, señala que una laguna normativa se presenta cuando un supuesto de hecho “H” no se encuentra regulado de ninguna forma por las diferentes normas explícitas existentes en un sistema determinado²⁹. En cambio, una laguna axiológica puede ocurrir de dos maneras distintas. La primera se da cuando un supuesto de hecho no está regulado por ninguna norma, pero según el intérprete debería estarlo. La segunda forma, conceptualizada por Alchourrón y Bulygin en su célebre obra “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, se presenta cuando un supuesto de hecho sí está regulado por una norma, pero, según el intérprete, está regulado de forma “axiológicamente inadecuada”, porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber considerado, es decir, se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión “por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente” al supuesto de que se trata³⁰.

Estas indeterminaciones normativas no hacen más que exigir un mayor control por parte de los operadores jurídicos y, en particular, de los jueces, quienes deben erigirse como los verdaderos guardianes del principio de legalidad y el Estado de derecho, evitando cualquier expansión indebida del *ius puniendi* estatal. En este sentido, Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno sostiene que “el compromiso del penalista académico no es con el principio de Estado de Derecho y con la sepa-

27 Cf. MORESO (*supra* nota 17), p. 110.

28 Cf. MORESO (*supra* nota 17), pp. 110–111.

29 Cfr. GUASTINI, RICARDO, “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, n° 43, 2015, p. 32.

30 Cf. ALCHOURRÓN, CARLOS E. Y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 158. Referencia en Guastini (*supra* nota 29), p. 33.

ración de poderes, sino con la limitación del poder punitivo del Estado". Si bien limitar el poder punitivo es un objetivo loable, advierte que "en su consecución se corre el riesgo de desatender otros intereses que también son importantes, como por ejemplo la noción, esencial al Estado de Derecho, de que las líneas maestras de la coordinación social las debe sentar el legislador, y no el aplicador del Derecho". Ortiz de Urbina Gimeno reconoce que el legislador debe establecer tales líneas dentro de los límites constitucionales, lo que exige un cambio de perspectiva por parte del aplicador del derecho, quien en su labor ha de considerar tanto la ley como la Constitución. Sin embargo, aclara que "lo anterior, que no deja de ser una obviedad en Estados que sitúan la Constitución como cúspide de su ordenamiento jurídico, no significa que cualquier desviación de la justicia material tenga relevancia constitucional. Y tampoco que cuando el legislador no respeta los límites constitucionales el juez ordinario quede automáticamente legitimado para corregirle por medio de la interpretación o integración del Derecho"³¹.

Estas reflexiones teóricas se ven confrontadas con los diferentes argumentos que dan lugar a nuevas categorías dogmáticas o parámetros de control elaborados por los tribunales como respuesta a la dinámica interacción entre las nuevas tecnologías y el Derecho. De esta manera, la intersección entre teoría jurídica y práctica judicial proporciona una perspectiva que busca arrojar luz sobre las complejas implicancias ético-jurídicas derivadas de la implementación de sistemas de reconocimiento facial.

En este contexto, resulta imprescindible que los jueces, como últimos garantes de los derechos fundamentales, realicen un escrutinio riguroso de las medidas estatales que involucren el uso de estas tecnologías, ponderando cuidadosamente los intereses en juego y estableciendo límites claros para prevenir abusos o arbitrariedades. Solo así será posible encontrar un equilibrio adecuado entre la legítima persecución de objetivos de seguridad pública y la salvaguarda de principios esenciales como la privacidad, la igualdad, la no discriminación y el debido proceso.

En definitiva, la interpretación y aplicación de las normas en el ámbito de las nuevas tecnologías, como el reconocimiento facial, plantea desafíos formidables para los operadores jurídicos. Frente a las inevitables indeterminaciones normativas y los riesgos de un uso abusivo del poder punitivo estatal, resulta imperativo que los jueces asuman un rol activo y comprometido en la defensa de los derechos fundamentales, realizando un control constitucional y convencional robusto y garantizando que cualquier limitación a estos derechos sea estrictamente necesaria, proporcional y respetuosa del Estado de derecho. Solo así podremos construir una sociedad en la que la innovación tecnológica se desarrolle en armonía con los valores democráticos y la dignidad humana.

31 Cf. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 181-182. En ese sentido, Ortiz de Urbina Gimeno sostiene que: "el compromiso del penalista académico no es con el principio de Estado de Derecho y con la separación de poderes, sino con la limitación del poder, sino con la limitación del poder punitivo del Estado [...]. Por supuesto, limitar el poder punitivo del Estado es sin duda alguna un objetivo loable. Sin embargo, en su consecución se corre el riesgo de desatender otros intereses que también son importantes, como por ejemplo la noción, esencial al Estado de Derecho, de que las líneas maestras de la coordinación social las debe sentar el legislador, y no el aplicador del Derecho. Sin duda, el legislador ha de establecer tales líneas dentro de los límites constitucionales, lo que exige un cambio de perspectiva por parte del aplicador, que en su labor ha de considerar tanto la ley como la Constitución. Sin embargo, lo anterior, que no deja de ser una obviedad en Estado que sitúan la Constitución como cúspide de su ordenamiento jurídico, no significa que cualquier desviación de la justicia material tenga relevancia constitucional. Tampoco que cuando el legislador no respeta los límites constitucionales el juez ordinario queda automáticamente legitimado para corregir por medio de la interpretación o integración del Derecho".

5. *Reconstrucción de parámetros de control de las sentencias revisitadas.*

La implementación de sistemas de reconocimiento facial sin un debate público previo y sin una evaluación rigurosa de su impacto en los derechos fundamentales plantea desafíos formidables para nuestras sociedades democráticas. Como lo demuestra el caso “O.D.I.A.”, la ausencia de una evaluación del impacto en la privacidad (EIP) imposibilita determinar el alcance y la posible afectación de los datos personales y otros derechos esenciales de los ciudadanos. Este caso pone de manifiesto la necesidad imperiosa de un diálogo abierto, inclusivo y basado en evidencia sobre las implicaciones éticas, sociales y políticas de estas tecnologías invasivas.

Pero el desafío va más allá de la mera transparencia y participación ciudadana. Como lo ilustra el caso “Robinson v. Fiscal”, el derecho a la intimidad se erige como un bastión fundamental de la dignidad humana y la autonomía personal en la era digital. La Corte Suprema de Jamaica nos recuerda que la libertad, entendida como ausencia de coacción y coerción, implica la capacidad de las personas de actuar según sus propias creencias y conciencia, sin ser forzadas por el Estado o por terceros. Esta concepción robusta de la libertad, que abarca tanto la libertad de acción como el derecho a manifestar ideas y prácticas, es un pilar esencial de una sociedad pluralista y democrática.

Asimismo, la conceptualización multidimensional del derecho a la intimidad que nos ofrece la Corte de Jamaica resulta esclarecedora. Al identificar tres aspectos centrales de este derecho (la intimidad de la persona, la intimidad informativa y la intimidad de elección), el tribunal nos invita a repensar la privacidad como un atributo inherente a la dignidad humana, que pertenece a todas las personas por el simple hecho de serlo. En una sociedad libre y democrática, el individuo debe tener control sobre la divulgación de su información biográfica, demográfica y biométrica, como una manifestación de su autonomía y su integridad física, mental y emocional.

Pero el reconocimiento del derecho a la intimidad no es suficiente si no se acompaña de garantías efectivas para su protección. Como lo demuestra el caso “Patel v. Facebook”, el consentimiento informado se erige como un principio cardinal en la salvaguarda de los derechos de las personas frente al uso de tecnologías de reconocimiento facial. Los individuos deben tener la capacidad de decidir libre y conscientemente si desean o no que su información biométrica sea recopilada y utilizada por terceros. La falta de consentimiento vicia todo el proceso y constituye una violación flagrante del derecho a la autodeterminación informativa.

Sin embargo, el consentimiento por sí solo no basta. Es necesario que exista una regulación robusta y comprensiva que establezca límites claros y garantías adecuadas para prevenir abusos en el uso de estas tecnologías invasivas. Leyes como la BIPA de Illinois, que imponen requisitos estrictos para la recopilación y uso de datos biométricos, demuestran la importancia crucial de un marco normativo sólido en la protección de los derechos de los usuarios frente a potenciales violaciones por parte de entidades públicas y privadas.

Pero quizás el desafío más acuciante lo plantea el uso de tecnologías de reconocimiento facial por parte de las autoridades estatales en contextos de vigilancia y control social. El caso “Glukhin v. Rusia” es un ejemplo paradigmático de cómo la utilización indiscriminada y descontrolada de estas herramientas invasivas puede vulnerar gravemente el derecho a la vida privada y generar un efecto inhibitorio sobre el ejercicio de libertades fundamentales como la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica.

Frente a este escenario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) nos recuerda que el concepto de vida privada es amplio y multifacético, abarcando diversos aspectos de la

identidad física y social de una persona. La protección de la vida privada no se limita únicamente a un ámbito íntimo libre de interferencias externas, sino que se extiende también al derecho a desarrollar relaciones sociales y a interactuar con otros en el mundo exterior, incluso en contextos públicos. La mera retención de información relativa a la vida privada de una persona constituye una injerencia que requiere una justificación rigurosa a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

Pero el uso de tecnologías de reconocimiento facial no solo plantea desafíos en el ámbito de la vigilancia estatal, sino también en el contexto de los procesos penales y el derecho a un juicio justo. Como lo ilustra el caso “Estado de Nueva Jersey v. Arteaga”, la falta de transparencia y acceso a la información sobre el funcionamiento y características de los sistemas de reconocimiento facial utilizados para identificar a los acusados puede erosionar gravemente los principios de igualdad de armas y contradicción que deben regir todo proceso adversarial.

El derecho a una defensa efectiva exige que la defensa tenga acceso a toda la información relevante para cuestionar la fiabilidad de las pruebas presentadas por la acusación. En el caso de tecnologías complejas y novedosas como el reconocimiento facial, este acceso resulta aún más crucial. La defensa debe estar en condiciones de verificar la precisión y confiabilidad del sistema utilizado, así como de identificar posibles fuentes de error o sesgo que puedan afectar los resultados. La opacidad en el funcionamiento de estos sistemas genera un desequilibrio inaceptable que compromete la equidad del juicio y puede conducir a errores judiciales y a la condena de personas inocentes.

En última instancia, la reconstrucción de los parámetros de control jurisprudencial en materia de reconocimiento facial nos revela una serie de principios y estándares fundamentales que deben guiar el desarrollo, implementación y utilización de estas tecnologías invasivas. La protección de la privacidad y la autodeterminación informativa, la necesidad del consentimiento informado, la exigencia de una regulación robusta y garantista, la sujeción a rigurosos tests de necesidad y proporcionalidad, la transparencia y el acceso a la información, y la igualdad de armas en los procesos penales, son solo algunos de los elementos centrales que emergen de este análisis.

Pero más allá de estos estándares específicos, los casos examinados nos invitan a reflexionar críticamente sobre la compleja interacción entre la innovación tecnológica, los derechos fundamentales y los valores democráticos en la era digital. El avance incesante de las tecnologías de vigilancia y control plantea desafíos para la protección de la dignidad humana, la autonomía personal y las libertades civiles. Frente a este escenario, el Derecho está llamado a desempeñar un papel crucial como instrumento de regulación y garantía, estableciendo límites claros y efectivos al uso de estas tecnologías y asegurando que su desarrollo y aplicación se encuadren en el respeto a los derechos humanos.

Sin embargo, la respuesta no puede limitarse al ámbito jurídico. Es necesario un enfoque multidisciplinario y participativo, que involucre a todos los actores relevantes (incluyendo a la sociedad civil, la academia, los expertos técnicos y la industria) en un debate público robusto sobre las implicaciones éticas, sociales y políticas de las tecnologías de reconocimiento facial. Solo a través de un diálogo abierto, inclusivo y basado en evidencia, podremos construir consensos sólidos sobre los principios y valores que deben regir el desarrollo y uso de estas herramientas invasivas.

El desafío consiste en encontrar un equilibrio adecuado entre las legítimas necesidades de seguridad pública y la preservación de los derechos fundamentales en un mundo cada vez más

digitalizado. Este equilibrio no puede lograrse sacrificando las libertades individuales en favor de la vigilancia y el control, ni tampoco ignorando las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías para mejorar la calidad de vida de las personas. Se trata, en definitiva, de construir una sociedad en la que la innovación tecnológica se ponga al servicio del bien común, respetando la dignidad intrínseca de cada ser humano y fortaleciendo los valores democráticos.

El análisis de los parámetros de control jurisprudencial en materia de reconocimiento facial nos ofrece valiosas lecciones y principios rectores para enfrentar este desafío. Pero es solo el comienzo de una conversación más amplia y profunda que debemos mantener como sociedad. Una conversación en la que el Derecho, la ética, la tecnología y la democracia se encuentren y dialoguen, en la búsqueda incesante de un futuro en el que la dignidad humana sea el valor supremo e innegociable. Un futuro en el que la tecnología sea un instrumento de emancipación y no de opresión, y en el que la protección de los derechos fundamentales sea la brújula que guíe el desarrollo de la inteligencia artificial y otras innovaciones disruptivas.

6. Conclusiones.

La implementación de sistemas de reconocimiento facial y otras tecnologías de vigilancia biométrica nos sitúa en una encrucijada en la que el progreso tecnológico y la protección de los derechos fundamentales se entrelazan de forma compleja e intrincada. Los casos examinados a lo largo de este estudio ponen de manifiesto los formidables desafíos éticos, jurídicos y sociales que plantea el uso de estas herramientas en la investigación criminal y la seguridad pública.

Desde la falta de una evaluación rigurosa del impacto en la privacidad en “O.D.I.A.”, pasando por el análisis multidimensional del derecho a la intimidad en “Robinson v. Fiscal”, hasta el cuestionamiento de la legalidad y proporcionalidad de medidas de recopilación masiva de datos biométricos en “Glukhin v. Rusia”, estos casos nos ofrecen valiosas lecciones y principios rectores para navegar en este nuevo mundo digital. Nos enseñan que la protección de la privacidad, la necesidad del consentimiento informado, la sujeción a rigurosos tests de necesidad y proporcionalidad, la transparencia y el acceso a la información, y la igualdad de armas en los procesos penales, son estándares irrenunciables que deben guiar el desarrollo y la aplicación de estas tecnologías.

Pero más allá de estos estándares específicos, el análisis realizado nos interpela de manera profunda y nos impone un desafío mayúsculo como sociedad. La erosión de derechos fundamentales como la privacidad, la igualdad y el debido proceso, sumada a la falta de controles efectivos sobre el poder punitivo estatal, pone en jaque los cimientos mismos del Estado de Derecho. Frente a este escenario, el desafío cardinal que enfrentamos es encontrar un justo equilibrio entre la necesidad de dar respuestas eficaces al crimen y la exigencia irrenunciable de proteger la dignidad humana y las libertades civiles.

En esta búsqueda de equilibrio, las reflexiones desde la filosofía del derecho tienen un papel crucial que desempeñar. Pueden ayudarnos a anticipar los riesgos, a proponer salvaguardias efectivas, a orientar la evolución legislativa y jurisprudencial, y a enriquecer el debate público con una mirada profunda y crítica. Pero para que este aporte sea fecundo, es necesario que se traduzca en un diálogo interdisciplinario y participativo, que involucre a todos los actores relevantes y que se esfuerce por aterrizar los principios y los valores en propuestas concretas y viables.

Las nuevas tecnologías han llegado para quedarse, y el desafío que tenemos por delante no es detener la innovación, sino encauzarla hacia el bien común. Para ello, necesitamos repensar y fortalecer nuestras instituciones democráticas, nuestros mecanismos de control y nuestros espacios de deliberación pública. Necesitamos cultivar una ciudadanía activa, crítica y vigilante, que se involucre de manera protagónica en la defensa y promoción de sus derechos. Necesitamos, en definitiva, un nuevo pacto social para la era digital, que establezca las bases para una gobernanza tecnológica justa, transparente y democrática.

El análisis de los parámetros de control jurisprudencial en materia de reconocimiento facial que hemos realizado en este estudio es un modesto aporte en esa dirección. Nos invita a asumir el desafío de construir una sociedad en la que la innovación y los derechos humanos, la seguridad y la libertad, la eficiencia y la ética, no sean vistos como objetivos antagónicos, sino como aspiraciones complementarias e interdependientes. Una sociedad en la que el progreso tecnológico esté al servicio de la dignidad humana, y no a la inversa.

Este es el desafío que nos plantea el *brave new world* digital que se avecina. Un desafío que sólo podremos enfrentar si somos capaces de poner la inteligencia artificial al servicio de la sabiduría humana, de construir una ética y una política a la altura de nuestra tecnología, y de reflexionar colectivamente sobre los fines que buscamos como sociedad y los límites que no estamos dispuestos a cruzar para alcanzarlos.

No será una tarea fácil ni un camino corto, pero es la única manera de asegurar que esta revolución tecnológica sea también una revolución democrática y humanista. La única manera de construir un mundo en el que todos podamos vivir con dignidad y libertad. Pues bien, que este análisis jurisprudencial sirva como una contribución a esta conversación impostergable, y que nos interpele a asumir un rol activo en la construcción de una sociedad más justa y respetuosa de los derechos humanos en la era digital. Porque es nuestra responsabilidad ética y política, como juristas, académicos y ciudadanos, asegurar que, en este nuevo mundo, la civilización triunfe sobre la barbarie, y la dignidad humana prevalezca sobre cualquier otra consideración.

Bibliografía.

AMAYA, JORGE A., *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad: teoría general*, 1º edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2018.

CHIASSONI, PIERLUIGI. *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.

Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile.

Corte IDH: Caso Atala Riffo y niñas v. Chile.

Corte IDH: Caso Barrios Altos v. Perú.

Corte IDH: Caso Boyce y otros v. Barbados.

Corte IDH: Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México.

Corte IDH: Caso Gelman v. Uruguay.

Corte IDH: Caso Gomes Lund-Guerrilha do Araguaia v. Brasil.

Corte IDH: Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) v. Guatemala.

Corte IDH: Caso Mendoza y otros v. Argentina.

GUASTINI, RICARDO. "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, nº 43, 2015.

MORESO, JUAN JOSÉ. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2004.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO. "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*", Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

ORUNESU, CLAUDINA. "Control de convencionalidad y supremacía de los tribunales internacionales", *Revus*, nº 46, 2022. Disponible en <[HTTP://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/8255](http://journals.openedition.org/revus/8255)> (visto por última vez el 30.03.2024).

PASTOR, DANIEL. "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva doctrina penal*, nº 1, 2005.

RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2021.

SAGÜÉS, PEDRO. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la 'constitución convencionalizada'", *Parlamento y Constitución*, nº 14, 2011.

Guadalupe Liliana Pérez Tinajero

37. Restricciones a la libertad personal: Interjurisdiccionalidad y el impacto de la inteligencia artificial.

Resumen: Este artículo examina cómo se aplican y justifican las restricciones a la libertad personal en distintos sistemas legales, centrándose en la jurisprudencia de los sistemas Interamericano y Europeo de Derechos Humanos. Destaca la importancia del principio de proporcionalidad para evaluar la legitimidad de estas restricciones, además de discutir el impacto emergente de la inteligencia artificial en este ámbito. A través de un análisis cualitativo, el estudio propone un entendimiento más profundo de las complejidades que rodean la implementación de restricciones a la libertad personal, subrayando la necesidad de equilibrio entre intereses individuales y colectivos.

Palabras clave: Restricciones al Derecho Humano a la Libertad Personal, Principio de Proporcionalidad, Jurisprudencia Internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistema Europeo de Derechos Humanos, Inteligencia Artificial y Derecho.

Abstract: This article examines how restrictions on personal freedom are applied and justified in different legal systems, focusing on the jurisprudence of the Inter-American and European Human Rights systems. It highlights the importance of the principle of proportionality to evaluate the legitimacy of these restrictions, in addition to discussing the emerging impact of artificial intelligence in this area. Through qualitative analysis, the study proposes a deeper understanding of the complexities surrounding the implementation of restrictions on personal freedom, underscoring the need for balance between individual and collective interests.

Keywords: Restrictions on the Human Right to Personal Liberty, Principle of Proportionality, International Jurisprudence, Inter-American Human Rights System, European Human Rights System, Artificial Intelligence and Law.

I. *Introducción.*

En el presente artículo se realiza un análisis de las restricciones al derecho humano a la libertad personal desde diferentes perspectivas jurisdiccionales: los marcos constitucionales de México y Alemania, así como las interpretaciones jurisprudenciales del Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos. Utilizando un análisis cualitativo de decisiones judiciales, legislación relevante, y teoría de derechos humanos, nos permite una comprensión más profunda y matizada de cómo las restricciones a la libertad personal son aplicadas, justificadas y percibidas en distintos sistemas legales.

Aparece el principio de proporcionalidad, como un criterio esencial para evaluar la legitimidad de las restricciones impuestas a los derechos, enfocándose en cómo este principio es interpretado y aplicado dentro de cada jurisdicción. Finalmente, se explora el impacto potencial de la inteligencia artificial en el futuro de la jurisprudencia y la legislación sobre las restricciones a la libertad personal.

II. *Concepto de restricciones a los derechos humanos.*

Para comprender el concepto de restricciones a los derechos humanos, es imprescindible considerar su esencia. Montoya Camarena nos introduce a dos visiones fundamentales sobre las restricciones: una propuesta por Klein y otra por Alexy, destacando que la preferencia por una u otra teoría revela distintas visiones sobre cómo el Estado y la sociedad se entrelazan y se influyen mutuamente. Klein critica la noción de que los derechos fundamentales vienen, por su propia naturaleza o garantía constitucional, con restricciones predeterminadas, argumentando que esta idea reduce un proceso jurídico que debería ser más detallado y complejo. A diferencia de Alexy, quien argumenta que las restricciones deberían entenderse no como barreras externas impuestas arbitrariamente, sino como elementos esenciales que definen y dan forma al alcance de los derechos¹.

Montoya Camarena busca una perspectiva que armonice las restricciones con los derechos de una manera orgánica, sugiriendo que estas no son meramente limitaciones sino componentes cruciales que aportan significado y contexto a los derechos dentro del marco sistémico. Propone distinguir entre teorías externas, que ven las restricciones como imposiciones ajenas al derecho, y teorías internas, que las conciben como parte integrante de la esencia de los derechos. Esta distinción subraya la necesidad de comprender los derechos y sus restricciones en un diálogo constante, donde las restricciones contribuyen a delinear los contornos prácticos de los derechos².

Es decir, mientras que las teorías externas tienden a enfocarse en la autonomía del individuo frente a las imposiciones del Estado, las teorías internas promueven una visión del derecho que privilegia la cohesión social y el bienestar colectivo. De este modo, las restricciones a los

1 MONTROYA CAMARENA, RAMSÉS, *Interpretación de las restricciones constitucionales Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, pp. 159–165. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/TABLAS/R39729.PDF](https://www.corteidh.or.cr/TABLAS/R39729.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

2 MONTROYA CAMARENA (*supra* nota 1).

derechos humanos no son simples limitaciones, sino se convierten pilares fundamentales que estructuran y dan viabilidad a la práctica de los derechos en una sociedad dinámica y compleja³.

Como se puede intuir estas restricciones se encuentran en los textos constitucionales y convencionales que hacen referencia al catálogo de derechos de las personas; estas restricciones pueden clasificarse de acuerdo a su naturaleza y marco legal que las justifica⁴.

Tabla 1. Clasificación de las restricciones de los Derechos Humanos⁵

Restricciones Directamente de la Constitución:	Restricciones por Leyes Ordinarias:	Cláusulas de Reserva Ley:
Se refiere a aquellas limitaciones que están explícitamente establecidas en el texto constitucional. Estas restricciones se aplican directamente a los derechos fundamentales y son reconocidas por la Constitución como limitantes legítimas bajo ciertas condiciones o en ciertos contextos específicos.	Este tipo incluye las restricciones impuestas a través de leyes ordinarias, las cuales deben, sin embargo, estar fundamentadas en la autorización o en el marco que establece la Constitución. Aunque no están delineadas directamente en el texto constitucional, estas restricciones son permitidas siempre y cuando respeten los principios de necesidad, proporcionalidad y que no vulneren el núcleo esencial del derecho.	Se trata de disposiciones constitucionales que explicitan que ciertos derechos pueden ser restringidos o suspendidos bajo situaciones particulares, como durante el estado de excepción o emergencia, mediante legislación ordinaria específica que debe respetar los principios constitucionales.

Es de esta manera que las restricciones a los derechos humanos no deben ser vistas únicamente como limitaciones negativas, sino como componentes necesarios para lograr un balance entre los derechos individuales y los intereses colectivos, debido a lo anterior, es necesario establecer un criterio esencial para evaluar si las medidas restrictivas son adecuadas, necesarias y proporcionadas respecto a los fines legítimos que buscan alcanzar, este criterio debe ser el principio de proporcionalidad, principio estudiado y analizado en la jurisprudencia nacional mexicana y en la jurisprudencia de la CorteIDH, que exige acerca de las medidas restrictivas sean adecuadas, necesarias y proporcionales respecto a los fines legítimos que persiguen, asegurando que la restricción impuesta sea la menos gravosa entre las opciones disponibles. Fenómeno que en la jurisprudencia alemana recibe el nombre de principio de concordancia práctica:

“Este conflicto entre diferentes portadores de un derecho fundamental, garantizado sin reserva, así como entre ese derecho y otros bienes protegidos constitucionalmente, se soluciona de conformidad con el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las posiciones legales en conflicto (maximizándola a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que

3 MONTTOYA CAMARENA (*supra* nota 1).

4 MONTTOYA CAMARENA (*supra* nota 1), p. 165–175

5 Tabla de elaboración propia basado en MONTTOYA CAMARENA (*supra* nota 1)

proteja lo más posible todas las posiciones (cf. BVerfGE 28, 243 [260 y ss.]); 41, 29 [50]: 52, 223 [247, 251]).”⁶

La relevancia del principio de proporcionalidad y del principio de concordancia práctica son directrices operativas en los sistemas jurídicos, tanto en México como en Alemania, en las se reconoce la importancia de adoptar un enfoque balanceado que, al abordar la tarea compleja de equilibrar derechos en conflicto, minimiza el perjuicio y promueve el bienestar colectivo, reafirmando la necesidad de una aplicación cuidadosa y considerada de estos principios fundamentales en el análisis y resolución de dilemas constitucionales.

III. *Las restricciones al derecho humano a la libertad personal desde la jurisprudencia mexicana.*

Gramaticalmente, la libertad personal se define “como la facultad propia de la persona que le permite conducirse según sus deseos y convicciones, siempre que éstos sean acordes con las leyes y las buenas costumbres”⁷.

Desde el punto de vista doctrinal la libertad personal, es concebida desde diversas perspectivas jurídicas, y une elementos fundamentales que enfatizan tanto la autonomía física como la autodeterminación individual dentro de un marco legal y constitucional. Medina Quiroga la describe como una faceta de la libertad humana centrada en la capacidad de moverse espacialmente sin restricciones⁸. García Morillo la extiende al derecho de autogobierno personal, permitiendo a cada individuo actuar conforme a su voluntad, en tanto no se contraponga a prohibiciones legítimas⁹. Banacloche Palao la interpreta como la prerrogativa de evitar interferencias no consentidas en la propia existencia física, equiparándola con la seguridad personal y la protección contra detenciones o acciones similares arbitrarias o ilegales que limiten la libertad individual¹⁰. Por su parte, Pérez Serrano y Fernández González la entienden como la garantía contra detenciones arbitrarias, enfocándose en la actuación libre del individuo dentro de un abanico de opciones legales y la prohibición de ser detenido sin cumplir estrictamente con lo estipulado por la ley¹¹. Freixes y Remotti especifican que la libertad personal se asocia a la autonomía

6 SCHWABE, JÜRGEN. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes*, HUBERT, RUDOLF EDITOR. ANZOLA GIL, MARCELA Y MAUS RATZ, EMILIO (traductores), México, Fundación Konrad Adenauer, A.C. Oficina México, 2019, p. 180. Disponible en <[HTTPS://WWW.KAS.DE/C/DOCUMENT_LIBRARY/GET_FILE?UUID=0A66A4A6-1683-A992-AC69-28A29908D6AA&GROUPID=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0A66A4A6-1683-A992-AC69-28A29908D6AA&GROUPID=252038)> (visto por última vez el 01.04.2024).

7 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derecho a la libertad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, México 2013. VIII, p. 1. Disponible en <[HTTPS://SISTEMABIBLIOTECARIO.SCJN.GOB.MX/SISBIB/CST_2014/000262595/000262595.PDF](https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST_2014/000262595/000262595.PDF)> (visto por última vez el 01.04.2024).

8 MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile/Facultad de Derecho/Centro de Derechos Humanos, 2005, p. 213, citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

9 GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN, *El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*, Valencia, España, Tirant lo Blanch/Universitat de Valencia, 1995, p. 43, citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

10 BANACLOCHE PALAO, JULIO, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 54–55, citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

11 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, RUBÉN, *La privación ilegal de la libertad y la reforma al artículo 16 constitucional*, Tesis de licenciatura, México, UNAM/Facultad de Derecho, 1996, p. 12, citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

física frente a la autodeterminación, destacando su rol en prevenir intervenciones arbitrarias del poder público en la autonomía personal¹².

En síntesis, la libertad personal se configura como un derecho multifacético que engloba tanto la libre movilidad espacial sin impedimentos externos como la capacidad de tomar decisiones y actuar de acuerdo con la propia voluntad, siempre dentro de los límites de la legalidad. Este derecho se erige como un baluarte contra cualquier forma de injerencia o coacción no justificada, asegurando la integridad y la autonomía del individuo ante actos de detención o restricción injustificados por parte de autoridades o terceros, y subrayando la importancia de la no intervención estatal en la esfera de autonomía personal salvo en circunstancias legalmente validadas.

La conceptualización del derecho a la libertad personal se ha robustecido a través de diversas interpretaciones en el ámbito jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional. Desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano se entiende al derecho a la libertad personal como una prerrogativa esencial e inherente al ser humano, que abarca tanto la capacidad de moverse libremente y actuar según la propia voluntad, como la protección contra cualquier intervención ilegítima, como detenciones o restricciones arbitrarias, que menoscaben su autonomía física¹³.

Otra característica de la libertad personal en un sentido amplio es la capacidad de realizar cualquier acción que la ley no prohíba y se enfatiza el derecho a no ser privado de la libertad física excepto bajo circunstancias específicamente previstas por la Constitución en su artículo 16 o leyes derivadas de ella, concibiéndola como un derecho fundamental que facilita el desplazamiento libre de una persona de un lugar a otro, subrayando la importancia de este derecho en el contexto de la detención¹⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia mexicana establece que tanto los jueces federales como los locales no tienen la capacidad legal de desaplicar, de manera individual y mediante un control de convencionalidad de oficio, las normas que estipulan la prisión preventiva obligatoria, contrariando criterios jurisprudenciales de la CorteIDH, si dichas decisiones interamericanas contravienen los fundamentos y limitaciones establecidos en la Constitución, conforme a lo determinado en las tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 (10a.) y P./J. 64/2014 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La máxima instancia judicial del país, consideró que la Constitución prevalece sobre cualquier tratado internacional o fallo de un tribunal internacional

12 FREIXES SANJUÁN, TERESA Y REMOTTI, JOSÉ CARLOS, *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993, p. 568; citado por Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

13 Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7), p. 3–5. Véase Reg. IUS. 6432005527, Tesis: 1a. LIII/2014 (10a.) de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 643; Reg. IUS. 2002334, Tesis II.30.P4 P (10a.) del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1435; Reg. IUS. 2002449, Tesis I.90.P.J/4 (10a.) del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 3, p. 1755; Reg. IUS. 176499, Tesis I.50.P50 P del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2740.; Reg. IUS. 180293, Tesis XVI.60.J/1 del Sexto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2233; Reg. IUS. 2027585, Tesis XX.10.PC.4 P (11a.) del Primer Tribunal Colegiado en materias penal y civil del Vigésimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima época, Libro 31, noviembre de 2023, Tomo V, p. 4796

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

que contraríe los principios constitucionales o ignore las restricciones expresamente señaladas en la misma, respecto al ejercicio de un derecho fundamental¹⁵.

Así, dado que la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales especifican claramente la obligatoriedad de la prisión preventiva para ciertos delitos, y a pesar de que la Corte Interamericana, en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*, ha señalado la naturaleza excepcional de esta medida, justificada únicamente por el riesgo de fuga o interferencia en la investigación, esta práctica se mantiene como una limitación constitucional al derecho a la libertad personal, teniendo supremacía interna sobre los convenios internacionales que podrían contradecirla¹⁶.

Ante esta situación, se aprecia que la postura del Estado Mexicano tiende a priorizar la constitucionalidad, a actuar como un sistema monista, posiblemente por una interpretación errónea de lo que constituye el parámetro de regularidad constitucional, sobre los estándares internacionales. Según explica Padilla Sanabria mediante su modelo del rombo, es esencial que el control de convencionalidad y el control constitucional coexistan armónicamente dentro del sistema jurídico¹⁷.

Esto significa que, tanto las leyes secundarias como las ordinarias deben ser consistentes no solo con la Constitución, sino también con los tratados internacionales y la jurisprudencia correspondiente. Padilla Sanabria enfatiza que, en casos donde exista un conflicto entre los derechos humanos a nivel convencional y constitucional, debe aplicarse la cláusula de interpretación conforme, optando por el enfoque que ofrezca la mayor protección a la persona, de acuerdo con el principio *pro persona*, dotando así de coherencia al sistema interno y armonizando los sistemas, tanto interno como externo¹⁸.

IV. *Las restricciones al derecho humano a la libertad personal desde la jurisprudencia alemana.*

La libertad personal en el artículo 2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana es destacado como un derecho fundamental derivado del derecho natural, reconocido jurídicamente pero no otorgado por el Estado. Este marco conceptual pone de relieve la privación de libertad como un aspecto crítico de la restricción de este derecho, cuya protección se define históricamente contra tales intrusionas¹⁹.

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación (*supra* nota 7).

17 Para ahondar en lo anterior, véase PADILLA SANABRIA, LIZBETH XÓCHITL, *La metodología geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: especial referencia al derecho disciplinario*, México, 2022, p. 70 y ss.

18 PADILLA SANABRIA, (*supra* nota 17)

19 LORENZ, DIETER, "La libertad de la persona en la Ley Fundamental de Alemania según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal" Ibáñez Gutiérrez, Catalina y Sanabria Ramírez, Diana (traductoras), *IUSTA*, Vol. 2, N.º 45, (2016), pp. 45-68. Disponible en: <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=6685095](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6685095)> (visto por última vez el 01.04.2024). Véase BVerfGE 10, 302 (322); 35, 185 (190); 109, 190 (239); BVerfGE 22, 180 (219); 45, 187 (223); 130, 372 (388); BVerfGE 58, 208 (224); 128, 282 (305); BVerfGE 10, 302 (323); 105, 239 (248); BVerfGE 53, 152 (158); 58, 208 (225); BVerfGE 19, 342 (347); 29, 312 (316); 70, 297 (311); 130, 372 (389). BVerfGE 58, 208 (224); 130, 372 (389); BVerfGE 65, 1 (52); 113, 29 (57); BVerfGE 58, 208 (222); 70, 297 (308); 109, 133 (162); BVerfGE 20, 45 (50); 46, 194; BVerfGE, sentencia del 17 de enero de 2013, en:

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha enfatizado el valor especial de la libertad personal como una garantía expresa e inviolable. A diferencia de la dignidad humana, que es intangible, la libertad puede ser restringida, pero solo por razones de significativa importancia, como la necesidad de una persecución penal efectiva o la protección preventiva contra la violación de derechos, principalmente a través de la comisión de delitos, en consecuencia, la privación de libertad se describe como la restricción más severa de la libertad, presentándose cuando se limita la libertad de movimiento innata en todas direcciones, especialmente bajo confinamiento contra la voluntad del individuo. Tal privación solo es admisible cuando se justifica por un interés preponderante del bien común y tras una rigurosa evaluación de la proporcionalidad. Esto incluye la consideración de la adecuación y necesidad de la intromisión para lograr un fin legítimo, ponderando la urgencia del interés general contra la pérdida de libertad²⁰.

La reserva judicial establecida en la Constitución, como parámetro de restricción, para privaciones de libertad y los requisitos administrativos y judiciales para asegurar la legalidad de la intromisión en la libertad. En el contexto de la detención preventiva, se subraya la obligación de acelerar el proceso para limitar la privación de libertad al mínimo tiempo necesario. Dentro del ámbito del derecho penal la privación de libertad debido a delitos constituye una práctica significativa donde se suspende la libertad²¹.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán enfatiza especialmente la protección de la libertad personal, a diferencia de los sistemas monistas, resaltando el derecho continuo de los individuos a mantener su libertad a pesar de enfrentarse a privaciones legales necesarias para la administración de justicia. Esta situación demanda evaluaciones periódicas sobre la necesidad de mantener la detención o considerar alternativas menos restrictivas, especialmente en casos de detención prolongada, para asegurar que estas medidas guarden proporción con la sanción esperada. La jurisprudencia establece límites temporales para la detención preventiva basados en el principio de proporcionalidad y el derecho a un juicio en tiempo razonable, señalando que períodos extensos de detención, incluso para delitos graves, pueden ser excesivamente largos²².

V. *Operatividad de las restricciones del derecho humano a la libertad personal en los sistemas regionales de derechos humanos: Interamericano y Europeo.*

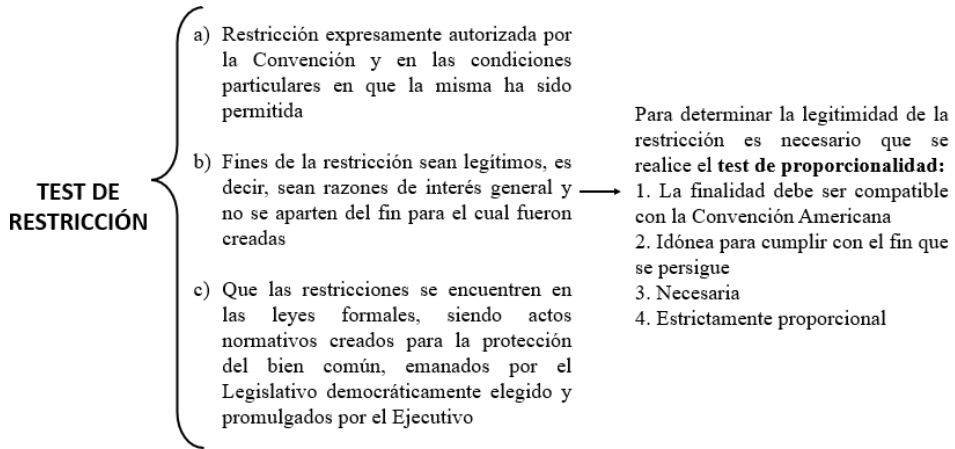
La CorteIDH ha desarrollado en su jurisprudencia los estándares para determinar que la restricción en materia de Derechos Humanos no sea violatoria a los derechos humanos, llamado “Test de restricción” por la jurisprudencia interamericana:

Strafverteidiger (StV) 2013, p. 640; BVerfGE 36, 264 (274); BVerfGE 10, 302 (326); 58, 208 (224); BVerfGE 128, 282 (301); BVerfGE 58, 208 (225); 128, 282 (304); BVerfGE 58, 208 (226); BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49); 53, 152 (158); BVerfGE 53, 152; BVerfGE 45, 187 (253); 109, 133 (173).

20 LORENZ (*supra* nota 19).

21 LORENZ (*supra* nota 19).

22 LORENZ (*supra* nota 19).

Figura 1. Contenido del test de restricción²³

Según se desprende de este organizador cognitivo, el test de restricción incluye tres componentes cruciales: la autorización según la Convención, la superación del test de proporcionalidad, y su origen en una ley formalmente establecida. La jurisprudencia de la CorteIDH ilustra la aplicación de estos principios en el Caso Romero Feris vs. Argentina, del 15 de octubre de 2019, en su parágrafo 92. En este caso, la Corte establece que, para evitar que una medida sea considerada arbitraria, debe satisfacer tres requisitos: primero, debe basarse en presupuestos materiales que justifiquen la conexión entre el hecho ilícito y la persona implicada; segundo, debe adherirse al test de proporcionalidad; y tercero, la decisión judicial debe estar adecuadamente motivada para verificar el cumplimiento de estos criterios.

El estándar interamericano para determinar si la restricción de la libertad personal es compatible con la convención es el siguiente:

23 Figura de elaboración propia basado en CortelDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 26: Restricciones y suspensión de derechos humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). San José, Costa Rica. pp. 3–11. Disponible en <[HTTPS://BIBLIOTECACORTEIDH.WINKEL.LA/PRODUCT/VIEWERPRODUCT/1639#PAGE=1](https://bibliotecacorteidh.winkel.la/product/viewerproduct/1639#page=1)> (visto por última vez el 01.04.2024).

Figura 2. Estándar interamericano para la restricción del derecho a la libertad personal²⁴

- Estándar para la restricción del derecho a la libertad personal
1. **Elementos probatorios suficientes** que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona procesada, estos no pueden estar basados en sospechas y/o en subjetividades, y que **la restricción persiga fines legítimos**, es decir, sea estrictamente necesaria para asegurar que no se evada de la acción de la justicia y que no impedirá el desarrollo del proceso, es decir que sea medida cautelar y no punitiva, no puede tener fines preventivo-generales o preventivo especiales atribuibles a la pena.
 2. Cuando se analice su convencionalidad, debe analizar la norma que la permite a través de **un test de proporcionalidad** (finalidad no arbitraria, idónea, necesaria y proporcional)
 3. **Motivarse de manera suficiente** que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas:
 - La detención ilegal o arbitraria no puede ser legitimada posteriormente
 - Debe de tener el carácter excepcional, contar con límites temporales bien definidos para su **revisión periódica**
 - La **reserva de ley en su aspecto formal**: solo puede dictarse por las condiciones y las causas fijadas con anterioridad en las leyes del Estado que significa que es una norma jurídica general, ceñida al bien común, emanada de órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegido y elaborada según los procedimientos constitucionales, y un **aspecto material**: debe cumplir con el principio de tipicidad: los Estados deben establecer tan concretamente como sea posible y de antemano las causas y las condiciones de la privación de la libertad física

Lo anterior significa que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios. Una detención es arbitraria cuando, aunque pueda considerarse legal, es irrazonable, imprevisible o desproporcionada. La detención debe cumplir con los requisitos de ser necesaria y proporcional a los fines legítimos que se pretenden alcanzar, como asegurar que el acusado no obstruya las investigaciones ni eluda la justicia²⁵.

24 Figura de elaboración propia basado en CortelDH. (*supra* nota 14) pp. 11–26. Véase Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, § 47; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, § 90; Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, § 86; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, § 56; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, § 106; Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, § 100; Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, § 143; Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, § 200, 202, 204, 209, 210, 213 y 214 y 209; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, § 102; Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, § 79, 87, 88 y 100. Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbreiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, § 82; Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, § 158 y 159; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, § 311; Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, § 357; Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391, § 92, 99, 102, 106, 109, 110, 111, 118, 119 y 120; Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, § 103-107, 116; Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, § 72, 76, 82, 84, 85, 90-94; Corte IDH. Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021. Serie C No. 430, § 86-93.

25 CRIDH. (*supra* nota 14) pp. 11–26. Véase Corte IDH (*supra* nota 24).

La Corte IDH ha establecido que la prisión preventiva debe considerarse como una medida excepcional. Para su aplicación, es necesario que existan indicios suficientes que justifiquen razonablemente la conducta delictiva del individuo y que la detención sea imprescindible para el proceso. Cualquier restricción a la libertad personal que no esté debidamente justificada y fundamentada se considera arbitraria y violatoria de la Convención²⁶.

Este tema destaca que cualquier detención debe basarse en leyes claras y precisas que eviten la arbitrariedad. La Corte IDH ha subrayado la importancia de que las leyes definan de manera concreta y anticipada las causas y condiciones para cualquier privación de la libertad física. Los límites temporales son esenciales para prevenir detenciones arbitrarias, asegurando así la protección contra la privación de libertad sin justificación o desproporcionada²⁷.

La Corte Interamericana recalca que la prisión preventiva debe considerarse una medida excepcional, limitada por los principios de legalidad, necesidad, presunción de inocencia y proporcionalidad. Las decisiones judiciales que imponen prisión preventiva deben estar bien fundamentadas y justificar la necesidad de dicha medida, asegurando que no se convierta en un castigo anticipado. Las autoridades judiciales deben revisar periódicamente la necesidad de mantener la detención preventiva, evaluando si las condiciones que la justificaron inicialmente aún persisten²⁸.

Ambos temas refuerzan el principio de que la privación de libertad debe ser la excepción y no la regla, y que debe manejarse con el máximo cuidado para respetar los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad, la necesidad y la legalidad deben ser consideradas cuidadosamente para evitar abusos y garantizar que el tratamiento de los individuos privados de libertad sea justo y basado en leyes claras y específicas.

De igual forma tenemos el Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra el derecho a la libertad, estableciendo que nadie puede ser privado de su libertad excepto en casos específicos y de acuerdo con un procedimiento prescrito por la ley. Entre las excepciones que permiten la privación de libertad se encuentran la detención tras una condena por un tribunal competente, la detención por incumplimiento de una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación prescrita por la ley, y la detención de menores por orden legal para supervisión educativa o para ser llevados ante la autoridad legal competente²⁹.

26 CrIDH. (*supra* nota 14) pp. 11–26. Véase Corte IDH (*supra* nota 24).

27 CrIDH. (*supra* nota 14) pp. 11–26. Véase Corte IDH (*supra* nota 24).

28 CrIDH. (*supra* nota 14) pp. 11–26. Véase Corte IDH (*supra* nota 24).

29 European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights Right to liberty and security*, (Traducción propia) European Court of Human Rights, s.l., 2022 Disponible en: <[HTTPS://WWW.ECHR.COE.INT/DOCUMENTS/D/ECHR/GUIDE_ART_5_ENG](https://www.echr.coe.int/Documents/D/ECHR/GUIDE_ART_5_ENG)>, (visto por última vez el 01.03.2024). Véase las siguientes jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) De Tommaso v. Italia [GC], sentencia de 23 de febrero de 2017, § 80 y 81; Creang v. Rumanía [GC], Sentencia del 23 de enero de 2012, § 91 y 92; Engel y otros v. los Países Bajos, sentencia del 8 de junio de 1976, § 58; Guzzardi v. Italia, sentencia del 6 de noviembre de 1980, § 92, 93 y 95; Rantsev v. Chipre y Rusia, sentencia del 7 de enero de 2010, § 314, 317 y 319–21; Stanev v. Bulgaria [GC], sentencia del 17 de enero de 2012, § 115, 117 y 130; Khlaifia y otros v. Italia [GC], sentencia del 15 de diciembre de 2016, § 71; H.M. v. Suiza, sentencia del 26 de febrero de 2002, § 30, 45 y 48; Medvedyev y otros v. Francia [GC], 2010 sentencia del 29 de marzo, § 226; Austin y otros v. el Reino Unido [GC], sentencia del 15 de marzo de 2012, § 59; Z.A. y otros v. Rusia [GC], sentencia del 21 de noviembre de 2019, § 138; Ilias y Ahmed v. Hungría [GC], sentencia del 14 de marzo de 2019, § 217; R.R. y otros v. Hungría, sentencia del 2 de marzo de 2021, § 74; Rozhkov v. Rusia (no. 2), sentencia del 31 de enero de 2017, § 74; Storck v. Alemania, sentencia del 16 de junio de 2005, § 73, 74 y 102; Tarak y Depe v. Turquía, sentencia del 9 de abril de 2019, § 61; Iskandarov v. Rusia, sentencia del 13 de septiembre de 2010, § 140; Zel s v. Letonia, sentencia del 20 de febrero de 2020, § 40; Krupko y otros v. Rusia, sentencia del 16 de junio de

Las restricciones al derecho a la libertad, por tanto, no son arbitrarias, sino que están definidas con precisión y están sujetas a una serie de condiciones. Las leyes nacionales que permiten la detención deben ser claras y detalladas, permitiendo a los ciudadanos prever las circunstancias bajo las cuales pueden ser privados de su libertad. Esto significa que las condiciones bajo las cuales se puede efectuar una detención deben estar claramente establecidas en la ley, incluyendo los procedimientos a seguir. La precisión en la ley sirve para evitar interpretaciones amplias o abusivas que podrían llevar a privaciones arbitrarias de la libertad. Esto significa que, aunque técnicamente una detención pueda ser legal según la legislación nacional, la Convención requiere que también cumpla con el principio de no arbitrariedad, esto implica una evaluación de la justificación de la detención en base a evidencia razonable y la observancia de los principios de justicia y equidad en el proceso legal³⁰.

La Convención, también, estipula que la detención sólo puede llevarse a cabo bajo circunstancias específicamente definidas, como después de una condena por un tribunal competente, por no cumplir con una orden judicial, por sospecha razonable de haber cometido un delito, o para prevenir que la persona cometa delitos o huya después de haberlo hecho. Estas circunstancias establecen un marco dentro del cual las autoridades pueden justificar legalmente la restricción de la libertad de una persona.

Incluso dentro de las circunstancias permitidas, la detención debe considerarse necesaria y proporcional al fin que busca alcanzar. Esto significa que antes de recurrir a la detención, las autoridades deben considerar si existen medidas menos restrictivas que podrían lograr el mismo objetivo. La proporcionalidad asegura que la gravedad de la restricción de la libertad sea acorde con la importancia del objetivo a lograr³¹.

Las condiciones bajo las cuales se permite la detención también incluyen la observancia de procedimientos legales adecuados. Esto implica, por ejemplo, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el derecho a un juicio justo y, en el caso de detenciones previas al juicio, el derecho a ser llevado ante un juez rápidamente. Estos procedimientos son esenciales para garantizar que las restricciones al derecho a la libertad se implementen de manera justa y transparente³².

2014, § 36; Foka v. Turquía, sentencia del 24 de junio de 2008, § 78; Gillan y Quinton v. el Reino Unido, sentencia del 12 de enero de 2010, § 57; Shimovolovs v. Rusia, sentencia del 21 de junio de 2011, § 50; Brega y otros v. Moldavia, sentencia del 24 de enero de 2012, § 43; D.D. v. Lituania, sentencia del 14 de febrero de 2012, § 150; El-Masri v. la ex República Yugoslava de Macedonia [GC], sentencia del 15 de diciembre de 2012, § 239; Riera Blume y otros v. España, sentencia del 14 de octubre de 1999; Medova v. Rusia, sentencia del 15 de enero de 2009, § 123-25; Simons v. Bélgica (dec.), sentencia del 15 de diciembre de 2012, § 32; S., V. y A. v. Dinamarca [GC], sentencia del 22 de octubre de 2018, § 74; Witold Litwa v. Polonia, sentencia del 4 de abril de 2000, § 78); Creanga v. Rumanía, sentencia del 23 de enero de 2012, § 84; A. y otros v. el Reino Unido [GC], sentencia del 19 de febrero de 2009, § 164; James, Wells y Lee v. el Reino Unido, sentencia del 18 de septiembre de 2012, § 191-95; Saadi v. el Reino Unido [GC], sentencia del 29 de enero de 2008, § 68-74; Mooren v. Alemania [GC], sentencia del 9 de junio de 2009, § 80; Minjat v. Suiza, sentencia del 13 de octubre de 2003, § 46 y 48; Velinov v. la ex República Yugoslava de Macedonia, sentencia del 19 de septiembre de 2013; Airey v. Irlanda, decisión de la Comisión del 7 de julio de 1977; Steel y otros v. el Reino Unido, sentencia del 23 de septiembre de 1998; Idalov v. Rusia [GC], sentencia del 22 de mayo de 2012, § 161; Reinprecht v. Austria, sentencia del 15 de noviembre de 2005, § 31.

30 European Court of Human Rights (*supra* nota 29).

31 Véase ECHR (*supra* nota 29).

32 Véase ECHR (*supra* nota 29).

Una condición fundamental para la detención, conforme al Artículo 5, es la posibilidad de una revisión judicial. La Convención garantiza el derecho a un recurso judicial por el cual se pueda desafiar la legalidad de la detención. Esto proporciona un mecanismo importante para prevenir las detenciones arbitrarias, permitiendo a los tribunales independientes examinar las circunstancias de cada caso y ordenar la liberación si la detención no cumple con los requisitos legales³³.

Las salvaguardas contra la arbitrariedad y la protección de los derechos individuales están profundamente arraigadas en el espíritu de la Convención. La detención debe seguir siendo proporcional al objetivo que busca alcanzar y debe cumplir con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Además, se enfatiza que no debe haber un elemento de mala fe o engaño por parte de las autoridades, y la detención no debe ser más larga de lo estrictamente necesario para el propósito perseguido. Este marco legal busca asegurar que cualquier restricción al derecho a la libertad sea justa, razonable y no arbitraria, protegiendo así los derechos fundamentales de los individuos mientras se permite a los Estados miembros de la Convención cumplir con sus obligaciones de mantener el orden público y proteger la salud y la seguridad de la sociedad³⁴.

VI. *Universalización de los estándares de restricción del derecho a la libertad personal.*

De todo lo anterior, se desprende que, entre los sistemas jurídicos de México, Alemania, y los marcos interamericano y europeo de derechos humanos existe un consenso fundamental en la protección del derecho a la libertad personal, aunque con enfoques y aplicaciones distintas que reflejan las particularidades legales, culturales y políticas de cada contexto. Fundamentalmente, todos estos sistemas destacan la importancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad al imponer restricciones a la libertad personal. La jurisprudencia y las normativas de México y Alemania, así como las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), convergen en la idea de que cualquier medida restrictiva debe justificarse rigurosamente, enfatizando la protección contra abusos y la preservación de los derechos fundamentales.

En México, la interpretación de los artículos constitucionales relacionados con la libertad personal y las restricciones permitidas, como la prisión preventiva, resalta la relevancia del análisis caso por caso para asegurar que las medidas son proporcionales, necesarias y la última opción disponible. De manera similar en Alemania, a través de su Ley Fundamental y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, se enfatizan las salvaguardas estrictas y el criterio de proporcionalidad para justificar la privación de libertad, demostrando un compromiso profundo con la protección de la libertad individual dentro de un marco de seguridad y orden público.

El estándar se va robusteciendo al considerar las perspectivas interamericana y europea, donde la CorteIDH y el TEDH han desarrollado pruebas de proporcionalidad y marcos de aná-

33 Véase ECHR (*supra* nota 29).

34 Véase ECHR (*supra* nota 29).

lisis para evaluar la legalidad y justificación de las restricciones a la libertad. Estos tribunales supranacionales subrayan la importancia de que las medidas restrictivas se basen en leyes claras, sean necesarias en una sociedad democrática y persigan fines legítimos, reflejando una visión compartida sobre cómo deben manejarse las restricciones dentro de los límites de los derechos humanos en los Estados.

Sin embargo, en México se observa una evolución hacia una interpretación monista y se interpreta el parámetro de regularidad constitucional de manera restrictiva³⁵, mientras que en Alemania y los sistemas interamericano y europeo ya establecen condiciones rigurosas para su aplicación, enfatizando la revisión judicial y la consideración de alternativas menos restrictivas. Esta divergencia subraya la importancia de adaptar las respuestas legales a los contextos socio-políticos específicos, garantizando al mismo tiempo que las restricciones no se conviertan en medidas punitivas anticipadas.

Haciendo visible la universalidad del principio de proporcionalidad como un pilar esencial para evitar la restricción indebida de la libertad personal y promueve un diálogo interjurisdiccional continuo para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos. La convergencia en principios fundamentales, junto con las diferencias en su aplicación práctica, ilustra la necesidad de un marco internacional coherente que respete las particularidades de cada sistema mientras se esfuerza por proteger los derechos individuales en el ámbito global.

VII. *Prospectiva de los Estándares de Derechos Humanos en el Mundo Tecnologizado: El Papel de la Inteligencia Artificial.*

La era digital y la revolución de la inteligencia artificial (IA) ofrecen herramientas sin precedentes para el análisis y la comprensión de las restricciones al derecho a la libertad personal. La capacidad de la IA para procesar y analizar grandes conjuntos de datos puede proporcionar insights valiosos que no serían perceptibles a través de métodos tradicionales. Esta sección explora cómo la integración de tecnologías de IA puede profundizar nuestro entendimiento sobre las restricciones de la libertad personal, identificar tendencias emergentes en la jurisprudencia global, y proponer marcos normativos más justos y efectivos.

La IA puede emplearse para realizar análisis predictivos, identificando patrones y tendencias dentro de vastas colecciones de decisiones judiciales relacionadas con restricciones a la libertad personal. Al aplicar técnicas de aprendizaje automático y procesamiento de lenguaje natural, es posible detectar cómo diferentes jurisdicciones han abordado casos similares, así como prever la evolución de los estándares de derechos humanos bajo influencias socio-políticas cambiantes. Este análisis no solo enriquece el debate académico, sino que también guía a los legisladores y tribunales en la formulación e interpretación de leyes que respeten los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad³⁶.

35 Al respecto véase PADILLA SANABRIA (*supra* nota 17).

36 SOLAR CAYÓN, JOSÉ IGNACIO, "La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. Legal artificial intelligence: new tools and methodological perspectives for lawyers", *REVUS*, 2020, Disponible en <[HTTPS://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/6547](https://journals.openedition.org/revus/6547)> (visto por última vez el 01.03.2024)

La evaluación de la proporcionalidad de las restricciones impuestas al derecho a la libertad personal es un desafío complejo que implica considerar múltiples factores y consecuencias potenciales. La IA puede asistir en este proceso al modelar y simular los posibles impactos de diferentes medidas restrictivas, proporcionando a los decisores una base más sólida para justificar sus elecciones. Estos modelos pueden ayudar a predecir los efectos de las restricciones en la seguridad pública, los derechos individuales y la cohesión social, contribuyendo a una aplicación más justa y equitativa de la ley³⁷.

VIII. Conclusiones.

Existe una convergencia en la importancia del principio de proporcionalidad entre los sistemas jurídicos analizados, aunque las metodologías y criterios específicos varían significativamente. Esto refleja un consenso global sobre la necesidad de un equilibrio cuidadoso entre los derechos individuales y los intereses sociales, pero también destaca diferencias fundamentales en enfoques jurídicos y filosóficos subyacentes.

La IA presenta oportunidades prometedoras para enriquecer el análisis de las restricciones a la libertad personal, especialmente a través del modelado predictivo y el análisis de patrones en decisiones judiciales. Sin embargo, es fundamental establecer salvaguardas éticas y legales para asegurar que su uso promueva la justicia.

La creciente digitalización de la sociedad y el avance de tecnologías como la IA invitan a una reflexión continua sobre cómo las restricciones a la libertad personal deben ser evaluadas y gestionadas en el futuro. Este diálogo debe ser inclusivo, teniendo en cuenta perspectivas interdisciplinarias y interjurisdiccionales, para asegurar que los desarrollos tecnológicos sirvan al objetivo de fortalecer los derechos humanos y la justicia global.

Bibliografía.

1. Doctrina.

AGUIRRE SALA, JORGE FRANCISCO, "Modelos y buenas prácticas evaluativas para detectar impactos, riesgos y daños de la inteligencia artificial". *Paakat: Revista de Tecnología y Sociedad*, Año 12, número 23, (2022), p. 1–20.

BANACLOCHE PALAO, JULIO, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

37 AGUIRRE SALA, JORGE FRANCISCO, "Modelos y buenas prácticas evaluativas para detectar impactos, riesgos y daños de la inteligencia artificial". *Paakat: Revista de Tecnología y Sociedad*, Año 12, número 23, (2022), p. 1-20. Disponible en: <[HTTP://WWW.UDGVIRTUAL.UDG.MX/PAAKAT/INDEX.PHP/PAAKAT/ARTICLE/VIEW/742](http://www.udgvirtual.udg.mx/paakat/index.php/paakat/article/view/742)> (visto por última vez el 01.04.2024)

- CortelDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 26: Restricciones y suspensión de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ), pp. 3-11. Disponible en <[HTTPS://BIBLIOTECACORTEIDH.WINKEL.LA/PRODUCT/VIEWER-PRODUCT/1639#PAGE=1](https://bibliotecacorteidh.winkel.la/product/viewer-product/1639#page=1)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights Right to liberty and security*, (Traducción propia) European Court of Human Rights, s.l., 2022. Disponible en: <[HTTPS://WWW.ECHR.COE.INT/DOCUMENTS/D/ECHR/GUIDE_ART_5_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/D/ECHR/GUIDE_ART_5_ENG)>, (visto por última vez el 01.04.2024).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, RUBÉN, *La privación ilegal de la libertad y la reforma al artículo 16 constitucional*, Tesis de licenciatura, México, UNAM/Facultad de Derecho, 1996.
- FREIXES SANJUÁN, TERESA Y REMOTTI, JOSÉ CARLOS, *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993.
- GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN, *El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*, Valencia, España, Tirant lo Blanch/Universitat de Valencia, 1995
- LORENZ, DIETER, "La libertad de la persona en la Ley Fundamental de Alemania según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal" Ibáñez Gutiérrez, Catalina y Sanabria Ramírez, Diana (traductoras), *IUSTA*, Vol. 2, N.º 45, (2016), pp. 45–68. Disponible en: <[HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=6685095](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6685095)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José, Costa Rica, Universidad de Chile/Facultad de Derecho/ Centro de Derechos Humanos, 2005.
- MONTOYA CAMARENA, RAMSÉS, *Interpretación de las restricciones constitucionales Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/TABLAS/R39729.PDF](https://www.corteidh.or.cr/tablas/R39729.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- PADILLA SANABRIA, LIZBETH XÓCHITL, *La metodología geométrica para la operatividad dogmática y procesal del derecho punitivo: especial referencia al derecho disciplinario*, México, 2022.
- SCHWABE, JÜRGEN, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes*, Hubert, Rudolf Editor. Anzola Gil, Marcela y Maus Ratz, Emilio (traductores), México, Fundación Konrad Adenauer, A.C.. Oficina México, 2019. Disponible en <[HTTPS://WWW.KAS.DE/C/DOCUMENT_LIBRARY/GET_FILE?UUID=0A66A4A6-1683-A992-AC69-28A29908D6AA&GROUPID=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0A66A4A6-1683-A992-AC69-28A29908D6AA&groupId=252038)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho a la libertad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis*, México, 2013. VIII. Disponible en <[HTTPS://SISTEMABIBLIOTECARIO.SCJN.GOB.MX/SISBIB/CST_2014/000262595/000262595.PDF](https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/cst_2014/000262595/000262595.pdf)> (visto por última vez el 01.04.2024).
- SOLAR CAYÓN, JOSÉ IGNACIO, "La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. Legal artificial intelligence: new tools and methodological perspectives for lawyers", *REVUS*, 2020, Disponible en <[HTTPS://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/REVUS/6547](https://journals.openedition.org/revus/6547)> (visto por última vez el 01.04.2024).

2. Jurisprudencia.

Tribunal constitucional Federal alemán (BVerfG).

BVerfGE 10, 302 (322); 35, 185 (190); 109, 190 (239) ; 105, 239 (248).

BVerfGE 10, 302 (326); 58, 208 (224).

BVerfGE 128, 282 (301).

BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49); 53, 152 (158)), 29, 312 (316); 70, 297 (311); 130, 372 (389).

BVerfGE 20, 45 (50); 46, 194.

BVerfGE 22, 180 (219); 45, 187 (223); 130, 372 (388).

BVerfGE 36, 264 (274).

BVerfGE 45, 187 (253); 109, 133 (173).

BVerfGE 53, 152 (158); 58, 208 (225).

BVerfGE 58, 208 (222); 70, 297 (308); 109, 133 (162); 128, 282 (305).

BVerfGE 58, 208 (224); 130, 372 (389).

BVerfGE 58, 208 (225); 128, 282 (304).

BVerfGE 58, 208 (226).

BVerfGE 65, 1 (52); 113, 29 (57).

BVerfGE, sentencia del 17 de enero de 2013, en: *Strafverteidiger (StV)* 2013, p. 640.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410.

Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411.

Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

Corte IDH. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

- Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.
- Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316.
- Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.
- Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 391.
- Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.
- Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2021. Serie C No. 430.

Tesis aisladas de Tribunales Colegiados de Circuito.

- Reg. IUS. 176499, Tesis I.50.P.50 P del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2740.
- Reg. IUS. 180293, Tesis XVI.60. J/1 del Sexto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2233.
- Reg. IUS. 2002334, Tesis II.30.P.4 P (10a.) del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1435.
- Reg. IUS. 2002449, Tesis I.90.P.J/4 (10a.) del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. 3, p. 1755.
- Reg. IUS. 2027585, Tesis XX.10.PC.4 P (11a.) del Primer Tribunal Colegiado en materias penal y civil del Vigésimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima época, Libro 31, noviembre de 2023, Tomo V, p. 4796.
- Reg. IUS. 6432005527, Tesis: 1a. LIII/2014 (10a.) de la Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, p. 643.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TEDH, A. y otros vs. el Reino Unido [GC (*Great chamber o gran sala*)], Sentencia 19 de febrero de 2009.

TEDH, Airey v. Irlanda, decisión de la Comisión del 7 de julio de 1977.

TEDH, Austin y otros v. el Reino Unido [GC], Sentencia, 15 de marzo 2012.

TEDH, Brega y otros v. Moldavia [GC], Sentencia del 24 de enero de 2012.

TEDH, Creanga v. Rumanía [GC], Sentencia del 23 de enero 2012.

TEDH, D.D. v. Lituania, [SC], Sentencia del 14 de febrero 2012.

TEDH, De Tommaso v. Italia [GC], Sentencia del 23 de febrero de 2017.

TEDH, El-Masri v. la ex República Yugoslava de Macedonia [GC], 13 de diciembre de 2012.

TEDH, Engel y otros v. los Países Bajos, 8 de junio de 1976.

TEDH, Foka v. Turquía [FS], Sentencia del 24 de junio de 2008.

TEDH, Gillan y Quinton v. el Reino Unido [FS], Sentencia del 12 de enero 2010.

TEDH, Guzzardi v. Italia, 6 de noviembre de 1980.

TEDH, H.M. v. Suiza [SS], Sentencia del 26 de febrero 2002.

TEDH, Idalov v. Rusia [GC], Sentencia 22 de mayo de 2012.

TEDH, Ilias y Ahmed v. Hungría [GC], Sentencia 14 de marzo de 2019.

TEDH, Iskandarov v. Rusia, [First Section], Sentencia del 13 de septiembre de 2010.

TEDH, James, Wells y Lee v. el Reino Unido [FS], Sentencia del 18 de septiembre de 2012.

TEDH, Khlaifia y otros v. Italia [GC], Sentencia 15 de diciembre del 2016.

TEDH, Krupko y otros v. Rusia, [First Section], Sentencia del 16 de junio de 2014.

TEDH, Medova v. Rusia, [First Section], Sentencia del 15 de enero de 2009.

TEDH, Medvedyev y otros v. Francia [GC], Sentencia del 29 de marzo de 2010.

TEDH, Minjat v. Suiza, [SS], Sentencia del 13 de octubre de 2003.

TEDH, Mooren v. Alemania [GC], Sentencia del 9 de julio de 2009.

TEDH, Nada v. Suiza [GC], Sentencia del 12 de noviembre de 2012.

TEDH, R.R. y otros v. Hungría, [FS], Sentencia del 2 de marzo de 2021.

TEDH, Rantsev v. Chipre y Rusia, [First Section], Sentencia del 7 de enero de 2010.

TEDH, Reinprecht v. Austria [FS], Sentencia del 15 de noviembre de 2005.

TEDH, Riera Blume y otros v. España, Sentencia del 14 de octubre de 1999.

TEDH, Rozhkov v. Rusia (no. 2), [TS], Sentencia del 31 de enero 2017.

- TEDH, S., V. y A. v. Dinamarca [GC], Sentencia del 22 de octubre de 2018.
- TEDH, Saadi v. el Reino Unido [GC], Sentencia del 29 de enero de 2008.
- TEDH, Shimovolos v. Rusia, [First Section], Sentencia del 21 de junio de 2011.
- TEDH, Simons v. Bélgica (dec.), sentencia del 15 de diciembre de 2012.
- TEDH, Stanev v. Bulgaria [GC], Sentencia del 17 de enero de 2012.
- TEDH, Steel y otros v. el Reino Unido, Sentencia del 23 de septiembre de 1998.
- TEDH, Storck v. Alemania, Sentencia del 16 de junio de 2005.
- TEDH, Tarak y Depe v. Turquía, [SS], Sentencia del 9 de abril de 2019.
- TEDH, Velinov v. la ex República Yugoslava de Macedonia, , [First Section], Sentencia del 19 de septiembre de 2013.
- TEDH, Witold Litwa v. Polonia, [SS], Sentencia del 4 de abril de 2000.
- TEDH, Z.A. y otros v. Rusia [GC], Sentencia del 21 de noviembre de 2019.
- TEDH, Zelcs v. Letonia, , [First Section], Sentencia del 20 de febrero de 2020.

Lista de Autores

(en orden alfabético)

ALANIS MENDÍVIL CASTILLO. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Correo: AMENDIVIL@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO.

ALEXANDER DÍAZ PEDROZO. Abogado de la Universidad del Atlántico (Colombia). Magister en Derecho —Programa en ciencias penales y criminológicas— Universidad Externado de Colombia y Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente universitario, Juez penal y miembro de SIGLA-CP.

ARTURO RIVERA GARCÍA. Estudiante y semillerista investigador de Ius Penal, semillero adscrito al Grupo de Investigación DEPCIPE de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, Colombia. Línea de profundización en estudios en biotecnología, neurohacking y neuroderechos por la Universidad Central de Chile.

BEATRIZ H. BOLAÑO GARCÍA. Doctoranda en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid. Magister en Derecho Penal de la Unilibre (Colombia). Abogada de la Unilibre (Colombia) y Politóloga de la Universidad Autónoma del Caribe de Barranquilla (Colombia). Docente de la Facultad Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico en Barranquilla (Colombia). Miembro de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana en Ciencias Penales. Contacto: BEATRIZGARCIA@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA. Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (España). Profesor de la Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile) y miembro del Comité Académico de las Jornadas Chilenas de Ciencias Penales. Ha sido Profesor de pre y postgrado en la Universidad Católica del Norte, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Católica de Temuco, Universidad Santo Tomás y Universidad Mayor, entre otras. Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP).

CRISTHIAN A. CERNA-RAVINES. Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Máster en Criminología y ejecución penal por la Universidad Pompeu Fabra (España). Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global, con línea de investigación en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Salamanca (España). Docente de posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Máster en Criminología y ejecución penal por la Universidad Pompeu Fabra (España). Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global, con línea de investigación en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Salamanca (España). Docente de posgrado en la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú).

CRISTINA E. MONTALVO VELÁSQUEZ. Actualmente es Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Barranquilla – Colombia). Investigadora sobre temas de Victimología, Justicia Transicional, Conflictos Armados, Innovación y Tecnología en el Derecho Penal. Doctora Cum Laude en Derecho, Magister en Derecho y Abogada. Miembra fundadora de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Correo: CRISTINAMONTALVO@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

DANIELA ALEJANDRA LEÓN GONZÁLEZ. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, estudiante de la Especialización en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia (U.Nacional), integrante de la Línea de Género y Sistema Penal de la Escuela de Investigación y Pensamiento Penal “Luis Carlos Pérez” (Polcrymed) en la U.Nacional.

ELSY TORRES FERNÁNDEZ. Abogada titulada, Universidad del Atlántico (Colombia). Especialista en Derecho penal y criminología, Universidad libre de Colombia. Magíster en Derecho penal y criminología, Universidad libre de Colombia. Aspirante a magíster en Política Criminal, Universidad de Salamanca (España). Directora Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Barranquilla, Docente Catedrática Universidad del Atlántico en las áreas de Derecho Penal Especial I y Criminología.

FAVIOLA ELENKA TAPIA MENDOZA. Licenciada en relaciones internacionales y derecho por la Universidad del Valle de México y en psicología por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestra en política criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Doctora en Política Criminal por el Centro Jurídico Universitario (México). Catedrática sobre temas de justicia penal, tortura y derechos humanos de personas privadas de la libertad.

GEREMY BARRIOS TORRES. Estudiante de Derecho de la Universidad del Atlántico de Barranquilla (Colombia).

GUADALUPE LILIANA PÉREZ TINAJERO. Doctoranda en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Seminario Permanente de Derecho Disciplinario de la FES Acatlán, UNAM (México). Líneas de Investigación: Derecho Punitivo, Derechos Humanos, Enseñanza del derecho. Contacto: LILIANAPEREZTONAJERO@GMAIL.COM.

HUGO OSCAR GRANJA PÉREZ. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Especialidad en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes por la Benemérita Universidad de Oaxaca (México). Maestría en Política Criminal por la Facultad de Derecho, división de posgrado de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Master en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada (España). Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctorado en Derechos Humanos por el Centro Nacional de Derechos Humanos (CENADEH) de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México).

JHULIANA GONZÁLEZ CASTRO. Maestrante en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Magdalena, Abogada de la Universidad del Atlántico. Actualmente es Asesora de Procesos de Extensión y Proyección Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Contacto: JAGONZALES@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

JOHN A. CARLIN SÁNCHEZ. Abogado, docente e investigador por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Becario de la Maestría “Global Rule of Law & Constitutional Democracy” de la Universidad de Génova (UniGe), Italia. Integrante de la Escuela de la Defensa Pública (ex Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia) del Ministerio Público de la Defensa, Argentina. E-mail de contacto: CARLINSANCHEZJOHN@GMAIL.COM.

JOHN JOSÉ LIBREROS DIAZ. Profesor Universitario. Doctorando en Derecho de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Alcalá de Henares, España.

JOHN ZULUAGA. Abogado de la Universidad Antioquia (Medellín-Colombia). Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Ha sido Profesor en la Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile), Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia), Universidad Nacional de Colombia (sede Bogotá), el Instituto de Filosofía y la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia), Universidad San Carlos de Guatemala, Universidad de Nariño (Colombia), Universidad Libre de Colombia (sede Pereira), entre otras. Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP).
Pagweb: WWW.JOHN-ZULUAGA.DE

JORGE SEGISMUNDO ROTTER. Doctor en Derecho Público y Doctor en Investigación de Juicios Orales, Maestro en Derecho Civil y candidato a obtención de grado de Maestro en Derecho Penal. Juez en materia penal, Fiscal de Procedimientos Penales y abogado postulante. Coordinador de la Academia de Derecho Penal y Procesal Penal de la Fiscalía General del Estado, en Chiapas, México y miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP).

JOSÉ ALFREDO RIVERA RAMÍREZ. Abogado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha en Toledo (España). Maestro en Derechos Humanos por la Universidad de Guanajuato (México) y en Ciencias Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (México) y doctorando en el mismo instituto. Su trayectoria profesional ha girado en torno a la procuración de justicia y la defensa de los derechos humanos, incursionando en diversas áreas y posiciones laborales en la hoy Fiscalía General de la República. Es catedrático, capacitador especializado y coautor de diversas obras encaminadas al estudio de las ciencias penales y los derechos humanos.

JOSÉ FRANCISCO MÁRQUEZ GUERRA. Doctor en Ciencias y gestión del ambiente de Uliege, docente de Derecho ambiental, Antropología política y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas Luis Eduardo Nieto Arteta de la Universidad del Atlántico (Colombia).

JOSÉ MARTÍN BONILLA LEONARDO. Abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga – Perú. Con estudios de Maestría en Ciencias Penales y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú. Estudios de Máster en Sistemas de Justicia y Racionalidad por la Universidad de Girona (España) y Génova (Italia). Miembro de la Sociedad Germano Latinoamericana de Ciencias Penales. Ex Asesor del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú. Ex profesor universitario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Ex Vice Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Ayacucho – Perú. Socio Fundador de Bonilla Leonardo & Rodríguez Abogados.

KARLA ESCÁRCEGA ROBLEDO. Doctora en Derechos Humanos y Maestra en ciencias jurídico-penales por la Universidad de Guanajuato. Profesora de tiempo completo del Departamento de Derecho. En el año 2023 fue designada como Secretaria Académica de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México.

LAURA MARÍA BASTIDAS ZAMBRANO. Abogada, Criminóloga, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas, Doctoranda en Derecho UCAB, actualmente profesora a nivel de postgrado Universidad Nacional Experimental Rómulo Gallegos UNERG, Universidad Católica Andrés Bello UCAB y Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas CLADIJ.

LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS. Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores nivel I del CONACYT. Reconocimiento Perfil Deseable PRODEP de la SEP. Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Miembro fundador y actual Presidente de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato, México.

LIZBETH XÓCHITL PADILLA SANABRIA. Doctora en Derecho por la UNAM. Profesora de Carrera, Titular “A” Definitiva en el área de Derecho Administrativo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. Posdoctorado CONACYT en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Posdoctorado con línea anticorrupción por la Universidad del Salento en Lecce, Italia. Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal penal Alemana de la Universidad de George August en Gottingen, Alemania. Estancia de Investigación en Derecho Penal del Enemigo en la Universidad de Sevilla, España, Posdoctorado en Derecho Administrativo Disciplinario por la Universidad de Valencia, España. Maestranda en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1. Miembra fundadora de SIGLA-CP.

LORENA ELIZABETH CABRERA IZQUIERDO. Doctora en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla (España), Estudios Avanzados en Suficiencia Investigadora y Experta Universitaria en Justicia de Menores por la misma Universidad. Egresada de la Quinta Escuela Alemana de Ciencias Penales de la Universidad de Gottingen – Alemania, miembro de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales SIGLA-CP. Investigadora del Grupo de investigación DEPCIPE de la Universidad del Atlántico y del Instituto Colombo Alemán para la paz Capaz.

LUIS ANDRÉS JIMÉNEZ PATIÑO. Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia) y Magister en Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás de Aquino (Colombia). Psicólogo Especialista en Psicología Forense con énfasis en víctimas en el marco de la violación de los derechos humanos. Experiencia profesional de más de 15 años en el diseño, ejecución y seguimiento de proyectos relacionados con el conflicto armado en el marco de la protección de los Derechos Humanos, atención a población vulnerable y fortalecimiento de la acción penal. Docente universitario de posgrado y litigante en derecho penal.

LUIS FELIPE GUERRERO. Licenciado en Derecho y Maestro en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato. Obtuvo el grado de Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Cuenta con el reconocimiento de Investigador Nacional por parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y con el reconocimiento del “Perfil deseable” otorgado por la Secretaría de Educación Pública a través de su Programa para el Desarrollo Profesional Docente. Ha ocupado diversos cargos en la Universidad de Guanajuato, en el Poder Judicial del Estado y en la administración pública estatal, particularmente, en la Secretaría de Seguridad Pública donde fungió como Director General de Política Criminal y Prevención del Delito y Sub Secretario de Prevención. Actualmente es Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato y ex rector general de esa Universidad.

LUISA LILIANA GUTIÉRREZ HERRERA. Abogada de la Universidad La gran Colombia, Especializada en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Autónoma de Colombia, Conciliadora en Derecho, Miembro fundador y de la Junta Directiva Nacional del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia. Litigante, Docente y Conferencista.

INFO@LILIANAGUTIERREZ.COM

MARCELA GÓMEZ GÓMEZ. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Correo: MARCELAGOMEZG@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

MARIELA VARGAS PRENTT. Profesora y Coordinadora del área de Derecho Penal de la Universidad del Atlántico (Colombia). Doctora Cum Laude en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Máster en Argumentación Jurídica. Universidad de Alicante (España). Máster di II livello in Argomentazione Giuridica de la Universidad de Palermo (Italia). Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Barranquilla (Atlántico). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Atlántico.

MARLUS H. ARNS DE OLIVEIRA. Advogado em Curitiba, Paraná (Brasil). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Pesquisador nas áreas de direito penal, processual penal e penal econômico. Membro fundador da Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP).

Email: MARLUS.ARNS@ARNSDEOLIVEIRA.ADV.BR

MATEO VALENTÍN CARRILLO RESTREPO. Estudiante del programa de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico en Barranquilla (Colombia). Contacto: MVALENTINCARRILLOR@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

MIGUEL ÁNGEL BALLESTAS REYES. Egresado de la Universidad del Atlántico, semi-llisterista del grupo de investigación TMAD y Joven investigador ganador de la convocatoria para el fortalecimiento del sistema de investigación RUTA INNOVACIÓN REDISIA Uniatlántico 2022.

PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ. Profesor de Derecho Penal Económico en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad ESAN (Perú). Abogado Asociado Principal del área de resolución de conflictos de Philippi Pietrocarrizosa Ferrero DU & Uría. Investigador invitado del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Castilla – La Mancha. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

RODOLFO GONZÁLEZ ESPINOSA. Licenciatura en Derecho y Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo (México). Actualmente es miembro del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y doctorando en la misma Universidad. Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano-Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP).

RONAL HANCCO LLOCLLE. Doctorando en la Universidad de Salamanca (USAL) – España. Docente universitario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y Universidad Tecnológica del Perú (UTP).

SARA VALENTINA DIAZ FIGUEROA. Estudiante del último semestre de derecho de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá. 2024.

SERGIO RODRÍGUEZ PRIETO. Maestro en Ciencias Jurídico Penales. Profesor Universitario Jubilado.

SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España, Profesora – Investigadora adscrita a la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara, México, Investigadora Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología del Gobierno de México, Directora – Editora de la *Revista Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Directora de la Colección de Libros *Derecho Global* coedición entre la Universidad de Guadalajara y la Editorial *Tirant lo Blanch*.

SOFIA BUSTAMANTE ÁLVAREZ. Estudiante de derecho en la Universidad de Antioquia (Colombia). Ponente en diversos eventos sobre derecho penitenciario a nivel nacional e internacional. Ex becaria del DAAD en el marco de la beca de grupos de estudio dirigida a investigar sobre justicia transicional en Alemania. Sus principales intereses están en el derecho penitenciario, internacional y la protección de los derechos humanos, con un especial inclinación por el vínculo entre audiovisuales y derecho.

SUSANA MARTÍNEZ NAVA. Licenciada en Derecho, Maestra en Juicios Orales y Doctora en Derecho por la Universidad de Guanajuato (México) en la línea de investigación de Política Criminal. Se ha desempeñado como abogada litigante, coordinadora académica a nivel licenciatura y posgrado, así como docente. Ha sido asesora en la Secretaría de la Función Pública. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Consejera Consultiva de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Zacatecas y Asesora Parlamentaria. Actualmente es Profesora investigadora de tiempo completo en el Departamento de Derecho, de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

THATHYANA WEINFURTER ASSAD. Advogada inscrita na OAB/PR n 42.507; Sócia da sociedade W. Assad, Lima Góis Advogados (OAB/PR 7.358). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2006); Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR (2008); Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2010 – 1 lugar); Especialista em Direito Aduaneiro pelo Centro Universitário Curitiba (2017); Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011); Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Foi Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Aduaneiro e Direito Penal Médico, no Centro Universitário Curitiba (Graduação e Pós-Graduação), até junho de 2020; Foi Assessora Especial na antiga Secretaria de Corregedoria e Ouvidoria Geral do Estado do Paraná (atual Controladoria-Geral do Estado), entre janeiro de 2011 a maio de 2012; Foi Diretora e, após, Diretora-Geral da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná, entre setembro de 2012 a fevereiro de 2014. Em janeiro de 2014, foi Secretária de Segurança Pública em exercício, no Estado do Paraná; Foi Vice-Presidente da Comissão de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, na gestão 2016-2018. Conselheira Fiscal do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, gestão 2023/2025. Membro da Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales, desde outubro/2023.

ZUNNY VALETH RODRIGUEZ. Estudiante de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico en Barranquilla (Colombia).

Contacto: ZVALETH@MAIL.UNIATLANTICO.EDU.CO

ORGANIZACIÓN:



Sello Editorial
**UNIVERSIDAD
DEL ATLÁNTICO**

Con esta publicación ponemos a disposición de los lectores los resultados de investigación discutidos en el III Workshop de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP) realizado entre el 22 y 26 de julio de 2024 en la Julius-Maximilian-Universität Würzburg (Alemania). El libro presenta cinco (5) ejes temáticos relativos al “Derecho penal económico y lucha contra la corrupción”, “los desafíos de la criminología y la política criminal”, “los retos del Derecho penal y procesal penal”, “los derechos humanos y la justicia transicional”, y “la tecnología, innovación y Derecho penal”. De esta manera, se recrean los principales problemas de investigación que ocupan a la Ciencia penal en Latinoamérica y Alemania. Además, se confirma la relevancia del diálogo académico y la cooperación científica en una dimensión plural, incluyente y solidaria.

ECKHAUS VERLAG

WWW.ECKHAUS-VERLAG.DE

ISBN 978-3-945294-56-7



9 783945 294567

56,00 € (D)