

RED DE DERECHO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE · REDALC

Grupo de Investigación en Derecho Penal

LIBRO HOMENAJE A CLAUS ROXIN

DOGMÁTICA Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL



*Aportes del pensamiento penal de Claus Roxin
a los desafíos actuales del Derecho Penal latinoamericano*

EDICIÓN A CARGO DE

Dra. Gyomar Pérez Cobo
Dra. Patricia Cozzo Villafañe
Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor
Dra. Taelí Gómez

UNIVERSIDAD DE ATACAMA

Sello Editorial · Copiapó, Chile

2026

Dogmática y transformación social

Aportes del pensamiento penal de Claus Roxin a los desafíos actuales del Derecho Penal latinoamericano

Libro Homenaje a Claus Roxin

Edición y compilación Dra. Gyomar Pérez Cobo · Dra. Patricia Cozzo Villafañe · Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor · Dra. Taelí Gómez

Dirección editorial Dra. Gyomar Pérez Cobo

Diseño de portada Dra. Gyomar Pérez Cobo

Autores Gyomar Pérez Cobo · Pedro Luis Bracho-Fuenmayor · Yeriny del Carmen Conopoima Moreno · Edgar Fabián Cobos Alvarado · Daniel Gómez Gómez · Luisa Fernanda Palacio Loaiza · Patricia Cozzo Villafañe · Tania Muñoa Vidal · Paula Fabiana Romano · Luis Carlos Ramírez Gil · Marcela Verónica Chávez Hernández

Materia Derecho penal

Serie Grupo de Investigación en Derecho Penal, REDALC

Editorial Universidad de Atacama · Sello Editorial — Copiapó, Chile, 2026

ISBN 978-956-7701-26-1

© REDALC — Red de Derechos, Ciencias y Saberes de América Latina y el Caribe

Sitio institucional: <https://www.redalc.uda.cl/>

Colaboración institucional: Programa de Internacionalización Nodo UDA-REDALC · Sello Editorial Universidad de Atacama

Imagen de portada: Dra. Gyomar Pérez Cobo.

Podrá reproducirse de forma total o parcial, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.

Índice

PRÓLOGO	iii
CAPÍTULO I • Dogmática penal y límites al poder punitivo del Estado.....	1
Ius puniendi en tensión: función del Derecho penal, límites materiales y garantías procesales frente al Derecho penal del enemigo	2
<i>Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor y Dra. Gyomar Pérez Cobo</i>	
La presunción de inocencia como límite constitucional: una visión desde la teoría de Claus Roxin (caso ecuatoriano)	20
<i>Dra. Yeriny del Carmen Conopoima Moreno y Dr. Edgar Fabián Cobos Alvarado</i>	
El principio de lesividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana	33
<i>Abg. Daniel Gómez Gómez y Luisa Fernanda Palacio Loaiza</i>	
CAPÍTULO II • La vigencia del pensamiento de Claus Roxin en la dogmática penal contemporánea	55
Teoría de la autoría mediata y los delitos de corrupción	56
<i>Dra. Patricia A. Cozzo Villafañe</i>	
Criminalidad económica, una mirada desde la vigencia de la obra de Claus Roxin	75
<i>Mgs. Tania Muñoz Vidal</i>	
Influencia de Claus Roxin en el Código Penal colombiano	88
<i>Mgs. Luis Carlos Ramírez Gil</i>	
CAPÍTULO III • Sistema penal juvenil y criminalidad en América Latina	97
Sistema penal juvenil: fundamentos dogmáticos y desafíos contemporáneos en Latinoamérica	98
<i>Dra. Paula Fabiana Romano</i>	
La instrumentalización de adolescentes por estructuras criminales como fenómeno creciente en América Latina: caso Miguel Uribe Turbay	122
<i>Dra. Gyomar Pérez Cobo, Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor y Dra. Marcela Verónica Chávez Hernández</i>	

PRÓLOGO

Hay autores que se estudian y autores que se habitan. Claus Roxin pertenece a la segunda estirpe: su obra no se limita a ocupar un lugar en los estantes, sino que se ha instalado en la manera misma en que las y los penalistas de América Latina formulamos nuestras preguntas. Por eso, al prologar esta obra colectiva surgida del IV Congreso de Derecho Penal de REDALC, no siento que presente un homenaje más, sino que tomo parte en una conversación que el propio Roxin abrió hace más de medio siglo y que entre nosotros sigue abierta.

El título de este volumen —Dogmática y transformación social— encierra la apuesta más fértil y, a la vez, más exigente de la tradición que Roxin representa: la de no resignarse a escoger entre el rigor del sistema y el compromiso con la realidad. Durante demasiado tiempo se nos enseñó que la precisión conceptual y la sensibilidad social transitaban por caminos separados. Roxin demostró lo contrario. Su célebre propuesta de tender un puente entre la política criminal y el sistema del Derecho Penal no fue un ejercicio de elegancia teórica, sino una manera de devolverle a la dogmática su razón de ser: proteger a la persona frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo.

De esa convicción nacieron las categorías que hoy manejamos casi como lengua materna. La teoría del dominio del hecho, que reordenó nuestra comprensión de la autoría y alumbró la figura de quien gobierna el delito sirviéndose de aparatos organizados de poder; la imputación objetiva, que enseñó a preguntar no solo qué causó un resultado, sino a quién puede atribuirse jurídicamente; y una teoría de los fines de la pena atenta a la prevención sin renunciar a la culpabilidad como límite. En todas ellas late una misma intuición: que el sistema penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la convivencia y de la dignidad humana.

Si estas ideas, concebidas en la Alemania de la segunda posguerra, nos resultan tan próximas, es porque en América Latina la distancia entre la norma y la vida suele ser más ancha y más dolorosa. Aquí el poder punitivo se expande con facilidad, las garantías se erosionan en nombre de la seguridad y son los más vulnerables quienes pagan el precio. Leer a Roxin desde esta orilla no es un acto de importación doctrinal: es buscar en su obra herramientas para pensar nuestras propias urgencias, con la lucidez de quien sabe que la teoría, cuando es buena, también es una forma de cuidado.

Esta edición lo hace, además, con una decisión que me enorgullece de manera especial: la de abrir sus páginas a la figura del estudiante-investigador, a quien REDALC reconoce como protagonista —y no como espectador— de la producción de conocimiento. Por eso conviven aquí voces consolidadas y miradas que recién comienzan, en la certeza de que a un maestro como Roxin se le honra menos con la repetición reverente que con la discusión viva y el atrevimiento de volver a preguntar.

El recorrido que el lector tiene por delante se ordena en tres movimientos. El primero interroga los límites del poder punitivo del Estado: el principio de lesividad en la jurisprudencia constitucional colombiana, el garantismo frente al inflacionismo punitivo en México, las tensiones del *ius puniendi* ante el llamado Derecho Penal del enemigo y la presunción de inocencia entendida como frontera constitucional. El segundo se adentra de lleno en la vigencia del pensamiento roxiniano, rastreando su huella en el Código Penal colombiano, en el análisis de la autoría mediata aplicada a los delitos de corrupción y en una relectura de la criminalidad económica. El tercero, por último, vuelve la mirada hacia los más expuestos: la infancia y la adolescencia instrumentalizadas por estructuras criminales, y los fundamentos de un Derecho Penal juvenil que aún busca ser, de verdad, garantista.

Detrás de un esfuerzo de esta envergadura hay manos que merecen ser nombradas. Mi reconocimiento al grupo de investigadoras e investigadores de Derecho Penal de REDALC y, de manera muy particular, a la Dra. Gyomar Pérez Cobo, quien condujo este proyecto con la generosidad y el rigor que la caracterizan. Sin su empeño, esta conversación entre Roxin y nuestra región no habría tomado la forma de libro.

No me resta sino invitar a quien abra estas páginas a leerlas como lo que son: no un monumento, sino una mesa de trabajo. Que de ellas surjan desacuerdos, nuevas preguntas y mejores respuestas; que inspiren a las próximas generaciones a ver en el Derecho Penal lo que Roxin siempre vio en él: una herramienta al servicio de la persona y, por tanto, de la justicia que América Latina y el Caribe todavía se deben a sí mismas.

Dra. Taelí Gómez Francisco

Coordinadora General

REDALC

CAPÍTULO I:

DOGMÁTICA PENAL Y LÍMITES
AL PODER PUNITIVO DEL
ESTADO

Ius puniendi en tensión: función del Derecho penal, límites materiales y garantías procesales frente al Derecho penal del enemigo

*Ius puniendi in tension: function of criminal law, material limits and procedural guarantees
against the criminal law of the enemy*

Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor¹

Dra. Gyomar Pérez Cobo²

RESUMEN

Se examinó la función del Derecho penal y las fronteras del ius puniendi frente al paradigma del Derecho penal del enemigo. El objetivo fue identificar los límites materiales y procesales que no deben ser soslayados por el poder punitivo sin desnaturalizar la función del Derecho penal en un Estado constitucional de Derecho y de justicia. Metodológicamente, se desarrolló una reconstrucción

¹Profesor Titular Escuela de Derecho y Gobierno de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile (UCHile). Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile. Abogado por la Universidad del Zulia (LUZ). Especialista en Metodología de la Investigación por la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Magíster en Derecho por la Universidad de Chile (UCHile). Máster Internacional en Derecho y Gestión Deportiva por el Instituto Superior de Derecho y Economía de Madrid (ISDE). Doctor en Ciencia Política por la Universidad del Zulia (LUZ). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Postdoctorado en Docencia e Investigación por la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). Postdoctorado en Gerencia de la Educación Superior por la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). Investigador del Instituto Interuniversitario de Investigación Educativa (IESED-Chile) en el área de Equidad y Calidad en Educación Superior. Socio activo del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Miembro oficial del Círculo Telemático de Derecho Penal. Ganador del XIII Premio Jurídico Internacional ISDE (Europa) año 2022. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3899-8163> Email: pbracho@utem.cl

²Coordinadora del grupo de investigadores de Derecho Penal de la Red de Derecho América Latina y el Caribe (REDALC). Docente del Programa de Maestrías en Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo. Cursante del Postdoctorado Internacional en Derechos Humanos por la Universidad del Zulia (2024-2025). Doctora en Derecho por la Universidad del Zulia (LUZ). Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santa María (USM). Especialista en Metodología de la Investigación por la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Diplomada en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diplomada en Estudios Avanzados de Derecho de Familia y del Niño, mención Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (1999-2018). Profesora Titular de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador (2018-2023). Defensora Pública para el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (2000-2016). Miembro fundadora del Sistema Autónomo de la Defensa Pública en Venezuela. Email: gyomarp@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6037-4253>.

doctrinaria sustentada en el análisis dogmático y la revisión crítica de la literatura especializada con criterios de pertinencia temática, mediante una base comparada entre el funcionalismo teleológico y el paradigma del Derecho penal del enemigo. Los resultados se organizaron en tres núcleos: (1) principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad como límites materiales del poder punitivo; (2) garantías procesales como límites estructurales; y (3) riesgos de la excepcionalidad punitiva subyacentes al modelo del Derecho penal del enemigo. El artículo delimitó los supuestos en que el Derecho penal del enemigo desbordó la función del Derecho penal y comprometió garantías procesales esenciales, tomando como referencia los límites del *ius puniendi*. Se concluyó que la eficacia penal sostenible dependió de reafirmar un núcleo irrenunciable de culpabilidad, lesividad y garantías procesales, preservando el Estado constitucional de Derecho y de justicia frente a derivas de excepcionalidad.

Palabras clave: Culpabilidad; Derecho penal del enemigo; Estado de Derecho; Garantías procesales; *Ius puniendi*.

ABSTRACT

The function of criminal law and the boundaries of ius puniendi were examined in relation to the paradigm of enemy criminal law. The objective was to identify the material and procedural limits that should not be overlooked by punitive power without distorting the function of criminal law in a constitutional state of law and justice. Methodologically, doctrinal reconstruction was developed based on dogmatic analysis and a critical review of specialized literature with criteria of thematic relevance, through a comparative basis between teleological functionalism and the paradigm of enemy criminal law. The results were organized into three core concepts: (1) principles of harmfulness, culpability, and proportionality as material limits of punitive power; (2) procedural guarantees as structural limits; and (3) risks of punitive exceptionality underlying the enemy criminal law model. The article delimited the situations in which enemy criminal law exceeded the function of criminal law and compromised essential procedural guarantees, taking the limits of ius puniendi as a reference. It was concluded that sustainable penal effectiveness depended on reaffirming an inalienable core of culpability, harmfulness, and procedural guarantees, preserving the constitutional rule of law and justice against the drift of exceptionality.

Keywords: Culpability; Enemy criminal law; Rule of law; Procedural guarantees; *Ius puniendi*.

INTRODUCCIÓN

El siguiente estudio analiza la validez y adecuación del método teleológico funcional utilizado por Claus Roxin (Roxin, 2000) para definir la función del Derecho penal y los límites del *ius puniendi* en el Estado constitucional de Derecho. El problema consiste en garantizar la eficacia de la persecución del delito sin violar los límites estructurales del Derecho penal de hecho: protección de bienes jurídicos (Hormazábal Malarée, 2019a), culpabilidad, proporcionalidad y *ultima ratio*.

Frente a ello, la lógica de excepcionalidad asociada con el denominado Derecho penal del enemigo desplaza la imputación desde el acto hacia la peligrosidad del autor, normaliza la anticipación de la punibilidad y, con ella, la consiguiente restricción de garantías fundamentales (Alexy, 2014; Ippolito, 2007; Ruiz-Tagle Vial, 2019), lo que decanta en la erosión de principios esenciales del Estado constitucional (Lozada, 2016).

En ese contexto, el propósito del presente estudio radica en establecer los límites materiales y procesales inderogables para el poder punitivo (Vera Sánchez, 2017, p. 832), toda vez que su vulneración supondría la desnaturalización de la función del Derecho penal de hecho. La relevancia de este examen reside en que, frente a la presión de las políticas de seguridad y la expansión de la criminalización, se vuelve imprescindible distinguir entre el fortalecimiento legítimo del sistema (García Amado, 2000) y su compatibilidad con la tutela de bienes jurídicos y el respeto irrestricto de garantías, y, en contrapartida, su desvío hacia estructuras propias del Derecho penal de autor.

A tal efecto, el estudio propone una arquitectura de control sustentada en la aplicación de filtros sustantivos junto con un límite procesal, cuya aplicación permite la operacionalización de los principios de lesividad, culpabilidad (Hormazábal Malarée, 2019b), proporcionalidad (Spector, 2023) y *última ratio*, para asegurar la vigencia del debido proceso, garantizando herramientas conceptuales útiles para la discusión teórica y para la praxis legislativa y judicial. En este sentido, la literatura especializada apunta a que el pensamiento de Roxin es un núcleo garantista (Ferrajoli, 2006) que orienta la teoría del delito conforme a fines político-criminales compatibles con los conceptos de dignidad humana (Colom Nicolau, 2025) y racionalidad constitucional.

El referido núcleo supone, en primer momento, la delimitación estricta de los bienes jurídicos como parámetro de lesividad; en segundo lugar, la culpabilidad (Roxin, 1981) como barrera frente a imputaciones fundadas en la peligrosidad o en la mera condición del autor; en tercer momento, la proporcionalidad escalonada que racionalmente exige controles sucesivos de idoneidad, necesidad y

ponderación en stricto sensu (Velasco, 2016); y, finalmente, la comprensión del proceso penal como límite operativo del *ius puniendi*, sustentado en garantías como la presunción de inocencia, el *nemo tenetur se ipsum accusare*, la contradicción, la publicidad, la inmediación y la prohibición de la prueba ilícita (González García, 2019). Estas categorías permiten abordar las criminalidades complejas sin abdicar de los principios del modelo del hecho, evitando el retroceso hacia fórmulas propias del Derecho penal de autor.

El estado del arte internacional coincide en que la expansión de los tipos de peligro abstracto, la ampliación de medidas intrusivas y la flexibilización de los estándares probatorios han intensificado la tensión existente entre las categorías de seguridad y garantías. Asimismo, debe advertirse que parte del discurso político-criminal (Rodríguez Ruiz, 2019) tiende a la trivialización del principio de *última ratio*, relegándolo a un constructo meramente teórico mientras se expanden los criterios de criminalización.

La literatura iberoamericana, en este respecto, reitera las advertencias sobre el riesgo de desdibujar la culpabilidad mediante presunciones irrefutables o imputaciones por pertenencia, esto administrado al corrosivo acto de admitir medios probatorios obtenidos bajo vulneración de garantías, llegando incluso al aberrante escenario en el que, de facto, se invierte la carga de la prueba. Sin embargo, pese a la abundancia de declaraciones de principio y a las advertencias de expansión punitiva, persiste una significativa brecha: la ausencia de herramientas que permitan auditar, *ex ante*, la constitucionalidad material de las imputaciones y las restricciones probatorias.

Este trabajo parte de dicha brecha como problemática y ofrece una operacionalización de los límites del *ius puniendi* en un marco de control aplicable, susceptible de ser utilizado por los operadores jurídicos; dicho marco se estructura a partir de cinco elementos acumulativos. En primer lugar, la lesividad, la cual exige la identificación del bien jurídico y la concreción del daño o el riesgo, lo que necesariamente excluye las construcciones preventivas infalsables. En segundo lugar, la culpabilidad, que exige el reproche personal por el hecho, proscribiendo toda imputación fundada en la condición, la peligrosidad o la pertenencia, así como cualquier tipo de presunción *iuris et de iure* sobre elementos subjetivos.

En tercer lugar, los criterios escalonados de proporcionalidad, los cuales requieren la verificación sucesiva de idoneidad, necesidad y ponderación (Velasco, 2016), en atención a la densidad probatoria exigida por el tipo en conjunción con la intensidad de la pena. En cuarto lugar, la *última ratio*, la cual, como concepto, demanda la comprobación de la subsidiariedad, manifestada en la existencia y

suficiencia de respuestas no penales (Carnevali Rodríguez, 2022), acompañada de la preferencia de alternativas penales menos lesivas a igual eficiencia. Finalmente, la construcción de la categoría de límite procesal, en la cual se reconoce a las garantías del proceso como válvulas de seguridad hermanadas con el modelo del Derecho penal de hecho, de modo que su debilitamiento reduce toda la proporcionalidad sustantiva a una mera apariencia.

A partir de este encuadre, la pregunta de investigación se formula en los siguientes términos: ¿en qué medida el enfoque teleológico funcional de Roxin proporciona una arquitectura de límites capaz de impedir las fórmulas de anticipación punitiva y la flexibilización de garantías que desnaturalicen la función del Derecho penal de hecho? La hipótesis sostiene que la aplicación acumulativa de cuatro filtros materiales, junto con la preservación del límite procesal, es suficiente para mantener la expansión punitiva dentro de los márgenes de la constitucionalidad, y que es justo en el punto en que alguno de esos filtros se relativiza donde se da apertura a zonas de excepcionalidad incompatibles con el Estado de Derecho (Correa Robles, 2020, p. 159).

Sobre la base de lo supra narrado, se destaca que el estudio presenta una doble relevancia: contribuye en el plano dogmático con la clarificación de nociones frecuentemente invocadas, aunque a menudo aplicadas de forma ambigua, precisando su alcance vinculante como criterios ciertos de decisión y no como fórmulas retóricas; y, en el plano práctico, propone una guía de control destinada a someter a examen transparente la constitucionalidad material de las propuestas de criminalización. Este enfoque, lejos de buscar debilitar la eficacia del sistema, busca encauzarla en un marco que asegure previsibilidad, racionalidad y respeto irrestricto de la dignidad humana, garantizando así la legitimidad constitucional del *ius puniendi*.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada fue una reconstrucción doctrinal basada en el análisis dogmático y la revisión crítica de literatura. La estrategia metodológica se estructuró desde un enfoque comparado entre el funcionalismo teleológico de Roxin y el paradigma del Derecho penal del enemigo o de autor de Jakobs (Salas, 2015). El estudio se circunscribe al plano de la dogmática general, con el objetivo de clarificar los límites materiales del *ius puniendi*, así como los límites procesales derivados de las garantías del debido proceso. Para ello se analizaron monografías, capítulos de libros y artículos arbitrados, tanto

de parte general del Derecho penal como de Derecho procesal penal, publicados en editoriales académicas y revistas indexadas.

Se implementaron criterios fundamentados en la centralidad temática en relación con las fronteras procesales o sustantivas, la coherencia terminológica para diferenciar entre el Derecho penal de hecho y el de autor, y la aptitud del material para derivar criterios operativos. Se descartaron textos de divulgación, observaciones casuísticas que no contaban con un desarrollo dogmático sistemático y materiales que mostraban una utilización errónea o inconsistente de categorías. La literatura se incluyó hasta arribar a un criterio de saturación teórica mínima, es decir, cuando las lecturas recientes dejaron de contribuir con nuevas categorías y argumentos significativos.

El método analítico se llevó a cabo en tres pasos consecutivos, siguiendo un enfoque comparativo y narrativo. En la primera fase, se definieron las categorías materiales y las garantías procesales de manera operativa, como restricciones al poder de castigar. En una segunda fase, se llevó a cabo un análisis crítico con el objetivo de reconocer puntos de convergencia, tensiones y ambigüedades, dando prioridad a los hallazgos que podían ser transformados en criterios de decisión. En la tercera fase, se realizó un análisis teórico comparativo entre Jakobs y Roxin en tres puntos de tensión: los estándares de prueba y las medidas invasivas; la anticipación del castigo en tipos de peligro e incrementos del injusto penal; y el eje de atribución, en cuanto a la acción frente a la condición de peligrosidad del autor.

Los resultados se sintetizaron en tres núcleos: los límites materiales, los límites procesales y los riesgos de excepcionalidad. A partir de este análisis se condensaron en un esquema operativo de control que puede aplicarse al examen *ex ante* de propuestas de criminalización, agravación punitiva o ampliación probatoria. El esquema mencionado se estructura en una regla operativa que sigue un orden secuencial: inicialmente, se comprueba la culpabilidad y la lesividad del hecho; una vez superado ese filtro, se evalúan la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación), la última ratio (la presencia de opciones no penales o penales menos dañinas con la misma eficacia) y el límite procesal (esto es, si la medida solo resulta operativa a costa de relajar garantías).

En suma, toda propuesta que resulte desfavorable en alguno de los filtros materiales mencionados —o que solo opere a costa de relativizar el límite procesal— será considerada incongruente con los postulados de un Estado constitucional de Derecho, pues la compatibilidad constitucional es acumulativa y no admite compensaciones entre filtros. El diseño, por su naturaleza, no abarca el análisis de metadatos ni la medición empírica, toda vez que se enfoca en la comparación conceptual; la revisión

crítica se implementa mediante la aplicación de un protocolo narrativo que enfrenta las ideas de Roxin y Jakobs a través de criterios temáticos relevantes, como la solidez argumentativa, la consistencia terminológica y la aplicabilidad normativa. Al explicitarlo, se garantiza que el análisis pueda ser reproducido. Como regla de cierre, si una propuesta supera la revisión sustantiva, pero requiere que se relativicen las garantías procesales para su operatividad, será considerada inaceptable.

RESULTADOS

Los resultados obtenidos se presentan en concordancia con el objetivo y la hipótesis planteados; el análisis doctrinario permitió operacionalizar los límites del *ius puniendi* en torno a tres núcleos. A continuación, se exponen los hallazgos, destacando cómo cada uno de ellos contribuye a precisar las condiciones de validez constitucional del Derecho penal frente a lógicas expansivas de intervención punitiva.

Límites materiales del *ius puniendi*

El objetivo central de los límites materiales del *ius puniendi* es convertir las categorías de la parte general en criterios normativos (Luzón Peña, 2018, p. 34) que regulen, desde su concepción, la elaboración e interpretación de los tipos penales y el establecimiento de la pena. Ello no constituye un mero inventario de principios, sino un conjunto normativo cuyo propósito es impedir el deslizamiento hacia el Derecho penal de autor. Consecuentemente, dentro de este contexto, la teoría teleológica funcional de Roxin (Arias Eibe, 2006) resulta particularmente beneficiosa, toda vez que abarca metas de política criminal sin exceder el límite constitucional de garantías. A tal efecto, su doble limitación de culpabilidad y necesidad preventiva no deviene en una potenciación del poder punitivo, sino que —contrariamente— lo reduce a filtros acumulativos que funcionan como barreras frente a la ampliación penal.

La lesividad es el primer fundamento de estos postulados, comprendida a través del bien jurídico y de la imputación objetiva (Rojas Aguirre, 2019), dado que la protección de bienes jurídicos, como construcción derivada de la Constitución Política y no de preferencias coyunturales, exige que la tipicidad, como categoría dogmática, se configure como juicio normativo. En tal sentido, ello solo se cumple cuando la conducta crea un riesgo no permitido y el resultado constituye la realización de ese mismo riesgo dentro del fin de protección del tipo; tal anclaje evita que el Derecho penal se convierta en un administrador general de peligros. De ello se desprende que los delitos de peligro abstracto no son

ilegítimos per se, pero necesariamente requieren acotación empírica y criterios de verificación que hagan controlable su aplicación.

Sustituir la prueba del riesgo por presunciones normativas, o trasladar sin el debido cuidado el principio de precaución al ámbito penal —particularmente en lo referente a la imprudencia—, deviene de forma indefectible en una anticipación punitiva que prescinde de la previsibilidad objetiva. Por lo tanto, la lesividad actúa como un filtro material de entrada: si no se identifica con exactitud el bien protegido, y frente a la inexistencia de un riesgo específico que pueda comprobarse, así como de su correspondencia con el objetivo de protección, la actuación penal carecería de justificación.

El segundo fundamento se encuentra anclado a la culpabilidad por el hecho; esta categoría actúa como barrera frente al arbitrio estatal. Dentro de la sistemática roxiniana, la culpabilidad no se encuentra subordinada a la necesidad preventiva, toda vez que constituye un reproche por la evitabilidad normativa del comportamiento alternativo lícito y, por ello, es condición sine qua non de la pena.

Sobre este respecto, es necesario indicar que quedan excluidas las presunciones iuris et de iure sobre elementos subjetivos, las imputaciones por pertenencia u organización y cualquier desplazamiento del eje hacia la peligrosidad del agente. El estándar probatorio sobre dolo o culpa no se invierte ni se rebaja por conveniencia, sino que se eleva conforme aumenta la severidad de la respuesta. La inimputabilidad y el error invencible se legitiman precisamente porque la culpabilidad funciona como límite y no como instrumento; en tal sentido, la pena permanece vinculada con hechos y no con perfiles, impidiendo el retorno del Derecho penal del enemigo bajo la cobertura de finalidades preventivas.

El tercer fundamento recae sobre la articulación de la proporcionalidad y la noción de última ratio como reglas de calibración de la intensidad punitiva. La proporcionalidad despliega un control escalonado y acumulativo que comprende tres niveles: la idoneidad, como noción de plausibilidad empírica para la protección eficaz del bien jurídico; la necesidad, como la representación de la inexistencia de alternativas con una relación de menor lesividad a eficacia equivalente (Wilenmann, 2020, p. 239); y la ponderación en sentido estricto, como correlación entre la gravedad de la pena o la medida y la densidad probatoria exigida en relación con la magnitud del daño prevenible.

Por otro lado, esta categoría añade un criterio de doble subsidiariedad: una externa, que responde a la preferencia de respuestas no penales eficaces, y una interna, que aboga por la elección del tipo o medida menos gravosa a igualdad de tutela, negando así toda manifestación de severidad simbólica.

En conjunto, los tres fundamentos antes referidos configuran una estructura lógica de decisión: la lesividad impide incriminar sin riesgo verificable; la culpabilidad veda la imputación por condición de peligrosidad y exige la comprobación del elemento subjetivo con un estándar proporcional a la severidad de la pena; y el criterio de proporcionalidad, relacionado con el constructo de última ratio, demanda demostrar la idoneidad de la vía penal. De allí que cualquier modelo de política criminal que deba relativizar o flexibilizar tales conceptos para funcionar genera una ventana de excepcionalidad que colisiona con el paradigma del Derecho penal del hecho, en beneficio de un paradigma de Derecho penal de autor.

Garantías procesales como límite estructural

El proceso penal opera como límite estructural (Díez Ripollés, 2022, p. 18) del *ius puniendi*, toda vez que convierte los principios materiales en condiciones verificables de legitimidad. Tal concepción es compatible con lo propugnado por un Estado liberal de Derecho (Bracho Fuenmayor, 2021b), en el que la búsqueda de la verdad no prevalece sobre la dignidad y la libertad del imputado; verbigracia, solo podrá desarrollarse esta búsqueda hasta donde lo permitan los derechos fundamentales (Duquelsky Gómez, 2018; Lopera Mesa, 2004) y los contrapesos orgánicos y procedimentales (Fernández Cruz, 2019).

Desde esta perspectiva, el control procesal no compite con la tutela de bienes jurídicos, sino que actúa como riel capaz de garantizar que toda conclusión incriminatoria se funde en información lícita, en concordancia con los criterios del debido proceso. Entonces, donde una política o una práctica requiere disminuir dicho estándar de garantía bajo el pretexto de mejorar su funcionamiento, el único resultado posible es una rebaja en el umbral de suficiencia probatoria.

El primer anclaje corresponde al *nemo tenetur se ipsum accusare*, relacionado con el derecho a guardar silencio, toda vez que impide derivar cargas o inferencias adversas e impide la aplicación de técnicas de obtención de información que anulan la autodeterminación volitiva; es por ello que toda información obtenida bajo coacción, engaño o agotamiento está viciada de nulidad y, por ende, contamina el proceso.

Tal garantía es objetivamente inseparable del derecho a ser informado, en forma clara y oportuna, del derecho a no declarar, así como del acceso efectivo a una defensa técnica (Quintana Ojeda, 2019). Este elemento acarrea una peculiar característica, toda vez que la protección frente a la autoincriminación es, al mismo tiempo, sustantiva y procedimental. Pese a ello, los sistemas

normalmente distinguen entre aportes testimoniales y corporales, dejando espacio a ciertas inferencias físicas limitadas —verbigracia, la obtención de pruebas biológicas—, las cuales pueden ser admitidas si superan un estricto test de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, siempre, claro está, bajo el principio de mínima afectación y de control jurisdiccional.

El segundo punto focal se fundamenta en la exclusión de la prueba ilícita (Correa Robles & Pardo-Álvarez, 2024, p. 160) y, consecuentemente, en la evaluación de sus efectos derivados; esto, como se deduce de este apartado, no constituye un mero formalismo, sino un dique funcional que desincentiva prácticas incompatibles con la dignidad y preserva la confiabilidad epistémica del juicio. Esto deviene naturalmente en que la invalidez no se agota en el acto originario, ya que debe analizarse si los elementos incorporados con posterioridad son resultado del mismo vicio, atendiendo a criterios de nexo causal (Baratta, 1988) y previsibilidad, o si bien la cadena causal se rompe por independencia de la fuente o descubrimiento inevitable, dejando claro que toda atenuación de la prohibición de valoración (Rovatti, 2024) requiere una motivación reforzada (Igartua Salaverría, 2005).

Sobre esa base, la contradicción y la igualdad de armas no se ven satisfechas únicamente con oportunidades formales (Bracho Fuenmayor, 2021a), sino que requieren simetría material en el acceso a la información y en los medios de refutación, junto con la proscripción de estrategias sorpresivas que desbalancen la defensa. En este sentido, la publicidad y la inmediación, como principios procesales, funcionan como antídoto contra la opacidad y la excepcionalización procedimental: la existencia de un juicio público, donde la percepción directa de la prueba es obtenida por el órgano decisor, reduce el riesgo de arbitrariedad y permite controlar la racionalidad de las inferencias (Coloma Correa, 2017).

En consecuencia, la condena solo es legítima cuando existe un enlace inferencial explícito, completo y controlable entre hechos, pruebas y conclusión de autoría o participación, construido a partir de evidencia lícita sometida a contradicción. Correlativamente, cualquier expansión sustantiva que solo resulte operativa mediante la relativización del *nemo tenetur*, de la prohibición de prueba ilícita, de la contradicción efectiva, de la publicidad, de la inmediación o de la independencia judicial resulta absolutamente incompatible con el Estado constitucional de Derecho y de justicia.

Riesgos de excepcionalidad punitiva

La excepcionalidad punitiva designa un modo de funcionamiento del sistema penal que, bajo el amparo de riesgos graves o difusos, pretende desplazar el eje del modelo del Derecho penal de hecho hacia la peligrosidad del autor, habilitando, en consecuencia, el adelantamiento de las barreras de

punibilidad, la construcción de tipos imprecisos y el menoscabo de garantías, elementos absolutamente ajenos a los postulados de un Estado constitucional de Derecho y de justicia.

La excepcionalidad punitiva se configura en tanto y en cuanto la respuesta penal se aleja de la conexión verificable entre conducta, riesgo no permitido y fin protectivo de la norma, y se orienta hacia categorías propias de la relación de estatus; esto es, hacia la presunción de pertenencia a un grupo, la adhesión ideológica o cualquier otra categoría que, para el orden imperante, represente una manifestación de peligro presunto. Ello, de forma irreductible, trae como consecuencia la dilución de los filtros de lesividad y culpabilidad, deviniendo en la degradación del corolario procesal a una mera expresión formal.

Consecuentemente, la literatura que propugna un Derecho penal del enemigo sustenta esta deriva como una necesidad de supervivencia o preeminencia del orden jurídico frente a amenazas existenciales (Cofré Lagos, 2019). Sin embargo, es menester referir que, cuando se produce un adelantamiento de la intervención a estadios remotos del iter criminis, al sustituir los medios probatorios por presunciones y admitir injerencias desvinculadas del propósito probatorio, se termina por suspender las condiciones de legitimidad que hacen jurídicamente viable la pena.

Frente a estos horizontes esbozados anteriormente, la arquitectura teleológica funcional de Roxin opera como controlador estructural: en el plano del injusto, la imputación objetiva (Peláez Mejía, 2018) exige la creación y realización de un riesgo no permitido dentro del fin de protección del tipo; en el plano del reproche, la culpabilidad permanece como barrera infranqueable, en razón de que no puede existir pena sin que sea acreditada la culpabilidad, sin que las necesidades preventivas sustituyan esta exigencia.

En lo referente a la legalidad, la preeminencia del principio de determinación es manifiesta, debido a que se demandan tipos penales precisos para impedir la discrecionalidad judicial que se desencadena en la suplantación del legislador; ello fija un marco epistémico sin el cual la proporcionalidad material se convierte en una mera expectativa. En adición, se presenta un cuadro de marcadores de excepcionalidad, que operativiza el marco roxiniano en criterios prácticos de diagnóstico y contención:

Cuadro 1. *Marcadores de excepcionalidad penal: núcleo del problema, garantías comprometidas, señales de alerta y estándares de corrección*

Marcador	Núcleo	Alertas típicas	Controles/estándares
Anticipaciones punitivas	Lesividad sustituida por “idoneidad” abstracta; sanción sin riesgo no permitido verificable.	Delitos de peligro abstracto expansivos; punición de preparatorios remotos.	Riesgo permitido/prohibido; mínima intervención; proporcionalidad; motivación reforzada.
Vaguedad típica delegativa	Conceptos indeterminados sin criterios de concreción; delegación del injusto al juez.	“Grave”, “notorio”, “peligroso” sin parámetros; oscilación jurisprudencial.	Legalidad–taxatividad; “doble llave” (reglas + criterios técnicos); matriz de subsunción; prohibición de analogía.
Presunciones o inversión probatoria del elemento subjetivo	Dolo/culpa presumidos; carga material sobre el acusado.	“Se presume dolo por el solo hecho”; pruebas imposibles (“prueba diabólica”).	Presunción de inocencia; in dubio pro reo; inferencias refutables y convergentes; motivación de reglas de experiencia.
Medidas intrusivas sin test completo	Injerencias sin legalidad–idoneidad–necesidad–ponderación ni mínima afectación.	Órdenes genéricas; capturas masivas; ausencia de minimización/custodia.	Test de proporcionalidad integral; control judicial ex ante/ex post; trazabilidad y supresión de excedentes; exclusión si procede.
Uso expansivo acrítico de Parte General	Imputación objetiva/dominio del hecho para ampliar autoría/tipicidad, erosionando la Parte Especial.	Extensión a partícipes remotos; dilución del riesgo permitido; teleología abierta.	Primacía de Parte Especial; límites de imputación objetiva; control funcional real en coautoría; motivación técnico-dogmática.

Nota: elaboración propia, 2025.

Visto esto, queda patente que la compatibilidad constitucional es acumulativa y se encuentra lejos de admitir atajos eficientistas, toda vez que ninguna expansión es válida si requiere atenuar la exigencia del corolario procesal referido. Si cualquiera de estos filtros falla, la expansión es incompatible, ya que el resguardo de estas categorías impide la instrumentalización del Derecho penal y sujeta la pena al hecho probado bajo el marco axiológico roxiniano.

DISCUSIÓN

Los resultados se inscriben de forma coherente con el marco trazado al inicio: el constructo del Derecho penal de hecho se confirma como modelo de arquitectura de límites del *ius puniendi*, y el enfoque teleológico funcional de Roxin provee una estructura gramatical para ordenarlos. Es así como la traducción de ese núcleo de filtros acumulativos —lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, bajo el amparo de la última ratio— se yergue, junto con el corolario procesal, como condición necesaria de validez constitucional que trasciende los constructos meramente retóricos. Allí donde se pretende la relativización de estos filtros se fomenta una expansión punitiva incompatible con la estructura de un Estado constitucional de Derecho y de justicia, plegándose a la corriente del Derecho penal de autor y, en consecuencia, desplazando la imputación del acto a la peligrosidad del agente. Asimismo, se destaca lo siguiente:

En primer lugar, la lesividad se erige como la puerta de entrada, toda vez que, sin identificación del bien jurídico y sin riesgo concreto verificable, la intervención penal carece de justificación alguna. Tal hallazgo refuerza la función de la imputación objetiva (Hernández Basualto, 2025) como dispositivo de contención frente a la tentación de convertir el Derecho penal en un gestor de riesgos generales. Los tipos de peligro abstracto solo son constitucionalmente legítimos si se acompañan de criterios de acotación empírica y de verificabilidad; lo contrario conduce a la anticipación punitiva.

En segundo lugar, la culpabilidad por el hecho mantiene su condición de límite insustituible. Las imputaciones que prescinden de la acreditación del elemento subjetivo (Laudan, 2005) son incompatibles con el modelo del Derecho penal de hecho; la exigencia probatoria, consecuentemente, se incrementa conforme crece la severidad de la respuesta, lo que excluye los atajos epistémicos y garantiza la racionalidad del reproche.

En tercer lugar, la proporcionalidad y la última ratio se consolidan como reglas de calibración, toda vez que el control escalonado impide la concurrencia de ponderaciones vacías, mientras que la doble subsidiariedad exige justificar tanto el recurso al Derecho penal como la configuración menos gravosa que logre la protección buscada, lo que corrige el uso meramente teórico de la última ratio.

El corolario procesal se confirma como garantía estructural del modelo, donde la validez sustantiva es una variable dependiente de la integridad de estas garantías, advirtiendo que cualquier expansión que lleve implícita la necesidad de debilitarlas para garantizar su operatividad carece de legitimidad

constitucional, pues, de lo contrario, se estaría reduciendo la proporcionalidad material a una mera apariencia.

Desde esta perspectiva, los marcadores de excepcionalidad identificados delimitan el perímetro problemático del denominado Derecho penal del enemigo. Sobre este respecto, es menester referir que la literatura que respalda tal visión suele invocar razones de seguridad o supervivencia del orden jurídico; sin embargo, el análisis sugiere que, cuando se sustituye el examen del acto y de la culpabilidad por perfiles de peligrosidad, o se invierte la carga probatoria, se suspenden las condiciones de legitimidad de la pena. Ahora bien, en coherencia con ello, la regla de cierre propuesta se yergue como un criterio robusto contra la excepcionalización encubierta.

Ello plantea implicaciones claras. Para el legislador, la derivación de resultados ofrece una matriz ex ante de control, de modo que, si falla algún filtro del recorrido, la propuesta no superaría el umbral de constitucionalidad necesario. Para el juzgador, la secuencia de escrutinio desplaza la concurrencia de ponderaciones difusas hacia razones controlables, bajo la exigencia de motivaciones reforzadas y ajustadas a la densidad probatoria requerida en función de la severidad de la respuesta. Por otro lado, en la práctica forense fija umbrales que desincentivan las presunciones de culpabilidad no refutables y, consecuentemente, obliga a justificar la necesidad e idoneidad de las medidas intrusivas.

No obstante, el alcance de los resultados debe leerse con dos advertencias. La primera, de orden conceptual, debido a que la categoría «enemigo» admite lecturas restringidas, ya que el marco opuesto no niega la prevención, sino que exige la legitimidad procesal. La segunda advertencia es de orden operativo, ya que el planteamiento que se realiza no sustituye en modo alguno al juicio constitucional, pero sí propugna ordenar las premisas en función de reducir los espacios de arbitrariedad y de facilitar la revisión externa y la reproducibilidad de las decisiones.

En síntesis, el estudio demuestra que el enfoque teleológico funcional sustenta una eficacia penal sostenible únicamente cuando el ius puniendi opera dentro de un núcleo irrenunciable de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, bajo el paradigma de la última ratio. Lejos de debilitar la tutela de bienes jurídicos, ese núcleo la ordena y la hace controlable; fuera de él, la expansión punitiva se desliza hacia la lógica del Derecho penal de autor, construcción incompatible con la visión del Estado constitucional de Derecho y de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2014). “Principios formales”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (37), pp. 15–29.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.01>
- Arias Eibe, María José (2006). “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (29), pp. 439–453. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.24>
- Baratta, Alessandro (1988). “La vida y el laboratorio del Derecho: a propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (5), pp. 275–295. <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.18>
- Bracho Fuenmayor, Pedro Luis (2021a). “Justicia desde la óptica de John Rawls y Robert Nozick: una perspectiva comparada”, Cuestiones Políticas, 39(70), pp. 44–65.
<https://doi.org/10.46398/cuestpol.3970.0>
- Bracho Fuenmayor, Pedro Luis (2021b). “Teoría de la justicia de John Rawls, desde una perspectiva de la filosofía política”, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 12(2), pp. 109–132.
<https://doi.org/10.7770/rchdcp-V12N2-art2650>
- Carnevali Rodríguez, Raúl (2022). “Justicia restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación”, Revista de Derecho (Valdivia), 35(1), pp. 303–322.
<https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/1612>
- Cofré Lagos, Juan Orlando (2019). “La dimensión filosófica y moral de la pena”, Revista de Derecho (Valdivia), 12(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/901>
- Colom Nicolau, Manuel (2025). “La dignidad en el pensamiento de Peter Singer”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (49), pp. 147–164. <https://doi.org/10.14198/doxa.28550>
- Coloma Correa, Rodrigo (2017). “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (40), pp. 69–92. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.03>
- Correa Robles, Carlos (2020). “Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento penal”, Revista Chilena de Derecho, 47(1), pp. 159–185. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372020000100159>
- Correa Robles, Carlos, & Pardo-Álvarez, Diego (2024). “¿Existe la prueba ilícita, lícitamente obtenida, en el Proceso Penal chileno?”, Revista Chilena de Derecho, 51(2), pp. 159–187.
<https://doi.org/10.7764/R.512.6>

- Díez Ripollés, José Luis (2022). “Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin”, *Nuevo Foro Penal*, 18(98), pp. 11–38. <https://doi.org/10.17230/nfp18.98.1>
- Duquelsky Gómez, Diego Javier (2018). “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), pp. 193–209. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>
- Fernández Cruz, José Ángel (2019). “La legitimación de las leyes penales. Reflexiones desde la ética procedimental”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 22(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/628>
- Ferrajoli, Luigi (2006). “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), pp. 15–31. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.01>
- García Amado, Juan Antonio (2000). “¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), pp. 233–264. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.09>
- González García, José Manuel (2019). “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 18(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/748>
- Hernández Basualto, Héctor (2025). “Imputación objetiva en la obra de Claus Roxin”. En *Un antes y un después: La obra de Claus Roxin*, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 15, pp. 29–38. <https://doi.org/10.7764/rda.0.15.94790>
- Hormazábal Malarée, Hernán (2019a). “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 14(1). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/789>
- Hormazábal Malarée, Hernán (2019b). “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 18(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/747>
- Igartua Salaverría, Juan (2005). “Prolongaciones a partir de Laudan”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), pp. 141–150. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.11>
- Ippolito, Domenico (2007). “El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), pp. 525–542. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.46>

- Laudan, Larry (2005). “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (28), pp. 95–113. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2004). “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (27), pp. 211–243. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08>
- Lozada, Antonio (2016). “El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (39), pp. 227–252. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.12>
- Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.) (2018). Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. ISBN 978-9972-04-592-9.
- Peláez Mejía, Juan (2018). “La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal”, Revista de Derecho (Valdivia), 31(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/267>
- Quintana Ojeda, Juan (2019). “La defensa penal en el nuevo ordenamiento procesal penal chileno”, Revista de Derecho (Valdivia), 10. <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/947>
- Rodríguez Ruiz, José Benito (2019). “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal”, Revista de Derecho (Valdivia), 12(2). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/915>
- Rojas Aguirre, Luis Eduardo (2019). “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”, Revista de Derecho (Valdivia), 23(1). <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/574>
- Rovatti, Pablo (2024). “Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (48), pp. 467–498. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17>
- Roxin, Claus (1981). Culpabilidad y prevención en derecho penal (Trad., introd. y notas de Francisco Muñoz Conde). Instituto Editorial Reus. ISBN 84-290-1264-8.

- Roxin, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano; introd. Francisco Muñoz Conde). Tirant lo Blanch. ISBN 84-8442-159-7.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2019). “Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa”, *Revista de Derecho* (Valdivia), 15(2).
<https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/830>
- Salas, María Eugenia (2015). “Ni Roxin ni Jakobs: ¿necesita la dogmática jurídica otro repertorio más de fórmulas vacías?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), pp. 347–373.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.14>
- Spector, Horacio (2023). “Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), pp. 403–426.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.15>
- Velasco, Manuel (2016). “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), pp. 305–317. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.16>
- Vera Sánchez, Juan Sebastián (2017). “Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal”, *Revista Chilena de Derecho*, 44(3), pp. 831–855. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372017000300831>
- Wilenmann, Javier (2020). “Controlando los resultados del sistema penal sobre el Derecho Administrativo del Derecho Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), pp. 237–260.
<https://doi.org/10.4067/S0718-34372020000100245>

La presunción de inocencia como límite constitucional: una visión desde la teoría de Claus Roxin (caso ecuatoriano)

Autores:

Dra. Yeriny del Carmen Conopoima Moreno³

Dr. Edgar Fabián Cobos Alvarado⁴

RESUMEN

El capítulo tuvo como propósito analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la presunción de inocencia, así como su tratamiento en la literatura científica reciente, mediante un enfoque bibliométrico complementado con una revisión dogmático-constitucional vinculada con la teoría del dominio del hecho en el caso ecuatoriano. En ese orden, el estudio se desarrolló desde una investigación cuantitativa descriptiva y documental, no experimental. En la parte bibliométrica se trabajó con información de Scopus y análisis de citas sobre 644 artículos publicados entre 1936 y 2025. Ese contenido permitió observar tendencias de investigación sobre la presunción de inocencia y sirvió como punto de apoyo para la revisión dogmático constitucional de la teoría del dominio del hecho en el caso ecuatoriano. Se concluyó que la presunción de inocencia conserva una función garantista frente al poder punitivo y que la aplicación de la teoría del dominio del hecho exige una interpretación compatible con los límites constitucionales del proceso penal ecuatoriano.

Palabras clave: Bibliometría, Corte Penal Internacional, dominio del hecho, presunción de inocencia.

³ Abogada. Doctor en Derecho Constitucional. Doctora en Ciencias de la Educación. Magister en Derecho Penal y Criminología. Magister en Educación Mención Planificación Educativa- Posdoctorado: Investigación Emergente. Docente de pre y posgrado. Conferencista nacional e internacional. Autora de libros, y Artículos científicos. Investigadora acreditada por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación de la República del Ecuador. Con ejercicio profesional como abogada litigante en Ecuador y Venezuela. Docente de la Universidad Estatal Península de Santa Elena. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9998-3681>. yconopoima@upse.edu.ec. Línea de investigación: Derecho constitucional.

⁴ Trabajador social. Doctor en Sociales y jurídicas. Magister en economía y desarrollo territorial. Magister en Economía, derecho y gestión. Magister en Economía social y desarrollo local. Docente de pre y posgrado. Conferencista nacional e internacional. Autor de libros, y Artículos científicos. Vicerrector académico de institución de educación superior. Director de proyectos de creación de instituciones de educación superior. Docente de la Universidad Estatal Península de Santa Elena. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8457-8322>. ecobos@upse.edu.ec. Línea de investigación: Descentralización, economía social.

ABSTRACT

The purpose of the chapter was to analyze the doctrinal and jurisprudential evolution of the presumption of innocence, as well as its treatment in recent scientific literature, through a bibliometric approach complemented by a dogmatic-constitutional review linked to the theory of the domain of the fact in the Ecuadorian case. In this order, the study was developed from quantitative descriptive and documentary research, not experimental. In the bibliometric part, we worked with information from Scopus and citation analysis on 644 articles published between 1936 and 2025. This content made it possible to observe research trends on the presumption of innocence and served as a point of support for the constitutional dogmatic revision of the theory of the domain of the fact in the Ecuadorian case. It was concluded that the presumption of innocence retains a guarantor function vis-à-vis the punitive power and that the application of the theory of the domain of the fact requires an interpretation compatible with the constitutional limits of the Ecuadorian criminal process.

Keywords: Bibliometrics, International Criminal Court, domain of fact, presumption of innocence

INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia constituye uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 la consagra en su artículo 76.2, estableciendo que toda persona debe ser tratada como inocente hasta que exista sentencia condenatoria ejecutoriada. Este principio, además de ser procesal, actúa como límite sustancial frente al poder punitivo del Estado. Por ello, en este trabajo se abordó la presunción de inocencia desde la bibliometría con el propósito de identificar su presencia, evolución y principales líneas de discusión en la literatura científica. Es importante analizar desde estudios bibliométricos la importancia que tiene en publicaciones científicas que abordan específicamente la “presunción de inocencia”, a continuación, a través de información descargada de la base de datos Scopus y procesada a través de los aplicativos Bibliometrix y VOSviewer, se hace un resumen de los principales datos obtenidos del análisis bibliométrico.

En atención al objeto de estudio, se cita a Jurado Zamora (2023) señala que la expresión “dominio del hecho” tiene antecedentes en autores como Hegel, Frank y Goldschmidt, y que fue desarrollada posteriormente por Welzel y Lobe desde la estructura dogmática del finalismo. Añade que, a partir de Roxin, la teoría del dominio del hecho alcanzó una formulación ampliamente aceptada por la doctrina penal contemporánea (p. 73). Ahora bien, la recepción de esta construcción plantea un interrogante en

el Ecuador. La Corte Constitucional, en la Sentencia No. 2242-18-EP/23 (2023), sostuvo sobre los efectos jurídicos relevantes de la presunción:

... i) la presunción de inocencia es un derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso sancionatorio; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse ...

En este contexto, el problema que orientó el presente trabajo fue el siguiente: ¿cómo aplicar la teoría del dominio del hecho en el sistema penal ecuatoriano sin vulnerar la presunción de inocencia como límite constitucional?

Bajo estas premisas, de acuerdo la teoría Jurado Zamora (2023), la propuesta roxiniana no es una invención aislada, sino la culminación de un proceso doctrinal que permitió distinguir mejor entre autores y partícipes. Su aceptación mayoritaria se debe a que ofrece una herramienta clara para explicar casos de pluralidad de intervinientes. “Obras relevantes (Roxin) como Autoría y Dominio del Hecho (1960) y Dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder (1963), han permitido aproximarse a criterios más unificados para describir y diferenciar autoría y participación criminal, especialmente cuando se está ante pluralidad de autores (p. 73).

Así, pues, desde la dogmática penal, en el contexto contemporáneo ecuatoriano surgen contradicciones entre la garantía de inocencia y la aplicación de modelos penales de corte preventivo o expansivo, especialmente en casos de criminalidad compleja. En este orden de ideas, como expone Roxin (2016), la teoría del dominio del hecho surge como respuesta a las dificultades históricas para delimitar la autoría y la participación penal, constituyendo una de las aportaciones más relevantes al pensamiento penal contemporáneo (pp. 19-21).

Conviene destacar que, la discusión sobre la autoría y la participación penal se ha estructurado, en gran parte, a partir de la teoría del dominio del hecho. Según Sandoval Pérez (2020), este enfoque permite “fijar la responsabilidad penal individual cuando en la realización del delito intervienen dos o más personas”, integrando la noción de autor como aquel que tiene el control final sobre la ejecución del hecho.

Esta perspectiva, perfeccionada por Roxin (2016), aporta un marco conceptual que delimita las formas de autoría directa, mediata y funcional y permite examinar la relación entre el dominio del hecho y la garantía constitucional de la presunción de inocencia, especialmente en contextos de criminalidad organizada.

Siguiendo en la línea doctrinaria el estudio de la autoría mediata, según Van Weezel (2023), destaca la concepción de Roxin sobre dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder, entendida como una forma *sui generis* de autoría; en este orden de ideas, esta posición que la autoría mediata permite comprender como quien se encuentra en la posición central de una estructura organizada de poder puede asumir el dominio del hecho, aun cuando la ejecución material sea realizado por otros sujetos subordinados a dicha organización. .

No obstante, su influencia doctrinal la teoría del dominio del hecho ha generado debate en el derecho penal internacional, especialmente por su aplicación en las decisiones de la Corte Penal Internacional. Según Dias (2018), en la primera sentencia absolutoria de dicho tribunal, la jueza Christine van den Wyngaert cuestionó la validez de esta teoría por considerar que, su complejidad vulneraba el principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*), recordando que este principio también debe aplicarse las reglas de la parte general del derecho penal.

Este planteamiento resalta los conflictos entre el desarrollo dogmático del derecho penal y las garantías constitucionales, la presunción de inocencia, que constituye uno de los ejes de este estudio. Así, podemos decir, que esta investigación permitió analizar de manera crítica la teoría del dominio del hecho y la presunción de inocencia desde la visión de los doctrinarios citados a partir del análisis bibliométrico.

METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología el presente estudio, se fundamenta principalmente en un enfoque bibliométrico, concebido como una herramienta metodológica que permite analizar la evolución del conocimiento científico sobre la presunción de inocencia en la literatura académica a nivel nacional e internacional. Este tipo de análisis, de carácter cuantitativo-descriptivo, posibilita identificar tendencias, autores influyentes, redes de citación, países con mayor productividad y áreas de investigación vinculadas con la temática objeto de estudio.

La información fue recopilada de la base de datos Scopus (2025), seleccionando los documentos que contienen el término “presunción de inocencia” en el título, resumen o palabras clave. El universo inicial estuvo conformado por 644 artículos publicados entre 1936 y 2025, distribuidos en 344 fuentes y elaborados por 1 926 autores, con 4531 referencias y 1876 palabras clave.

Para el tratamiento metodológico de la información, los datos se procesaron con Bibliometrix, en entorno R-Studio, y VOSviewer, mediante conteo completo. Con ello se revisaron los términos más recurrentes, los autores y los indicadores de productividad por año, país, fuente y área de conocimiento. Esa doble lectura ayudó a relacionar los datos de producción científica con la discusión doctrinal sobre a presunción de inocencia, sin confundir los hallazgos bibliométricos con las valoraciones dogmáticas del capítulo.

RESULTADOS

Como se anotó previamente, mediante esta teoría ha sido posible atribuir responsabilidad penal, en calidad de autor, a sujetos que formaron parte de organizaciones criminales, aunque no hubiesen intervenido físicamente en la ejecución de los actos ilícitos.

Jurado Zamora (2023) menciona, entre otros ejemplos, a dirigentes nazis durante la Segunda Guerra Mundial, como Adolf Eichmann, condenado en Israel en 1961; Alberto Fujimori, condenado en Perú en 2009; Jorge Rafael Videla, con varias condenas en Argentina entre 1987 y 2012; y Thomas Lubanga, condenado por la Corte Penal Internacional en 2012. Con relación a las organizaciones criminales, la autora también señala que una postura semejante ha sido adoptada por la justicia colombiana en el enjuiciamiento de paramilitares y guerrilleros (p. 73).

Estos antecedentes permiten advertir la importancia de la teoría del dominio del hecho: permite sancionar a quienes, desde posiciones de poder, controlaron la ejecución de delitos sin necesidad de estar presentes físicamente. La autoría mediata se convierte así en un instrumento eficaz para enfrentar macrocriminalidad y crímenes internacionales.

Con relación a los resultados bibliométricos de la presunción de inocencia, se colige lo siguiente;

En la figura 1, el resumen del análisis de una base de 644 artículos descargados de la base Scopus que contienen el término presunción de inocencia, la serie temporal evidencia que este tipo de temas publicados es el año 1936 al 2025, los mismos que se hayan en 344 fuentes, con 1926 autores en dicho

número de artículos, con un total de 4531 referencias, 1876 palabras clave, entre los principales datos resumidos.

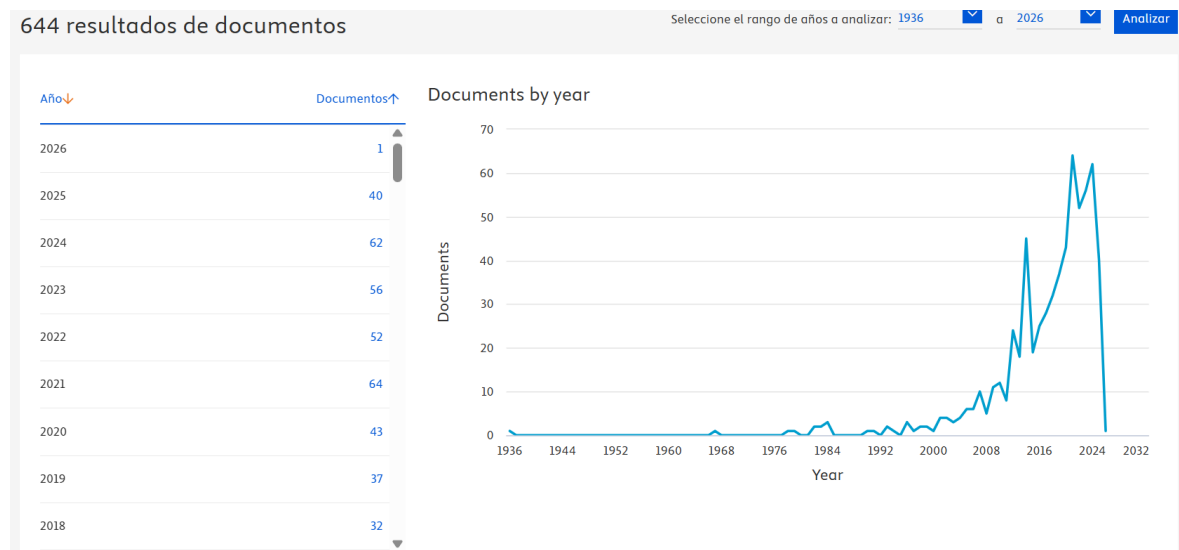
Figura 1. Resumen análisis bibliométrico (Elaborado con Bibliometrix)



Fuente: Scopus (2025)

El año 2021 fue el más productivo en artículos que tocan el tema de presunción de inocencia (64 artículos), seguido de 2024 con 62 artículos, 2023 con 56, entre otros años también importantes en la publicación de artículos en la temática de este análisis bibliométrico.

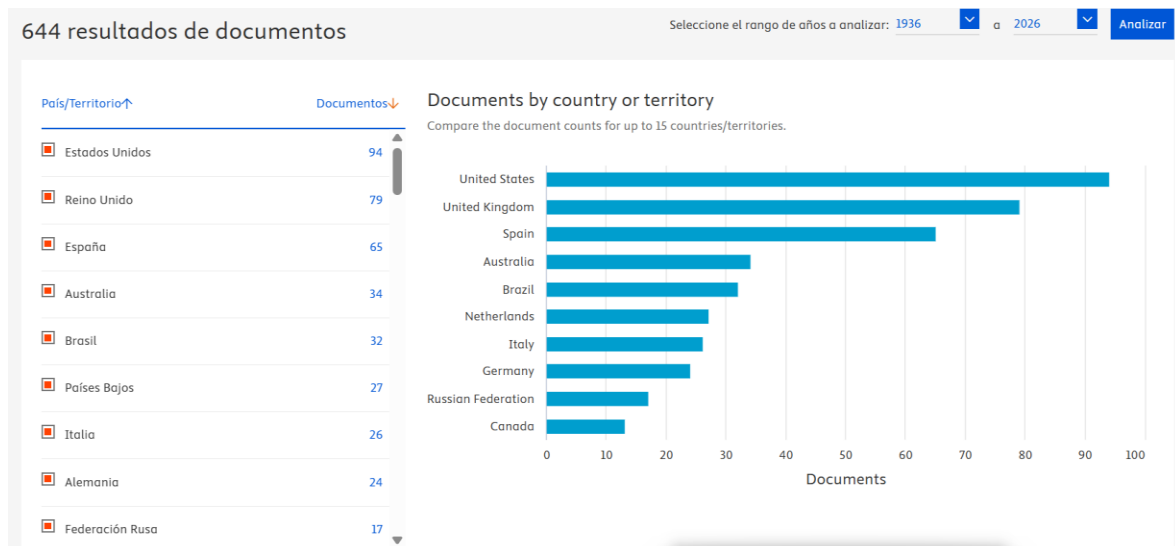
Figura 2. Número de publicaciones por año



Fuente: Scopus (2025)

En cuanto a los países que más publican sobre presunción de inocencia tenemos a Estados Unidos con 94 publicaciones, Reino Unido con 79, España con 65, Australia con 34, siendo Brasil el único país de Latinoamérica con 32 publicaciones, que se ubica entre los primeros 10 países que tienen más publicaciones en esta temática de estudio.

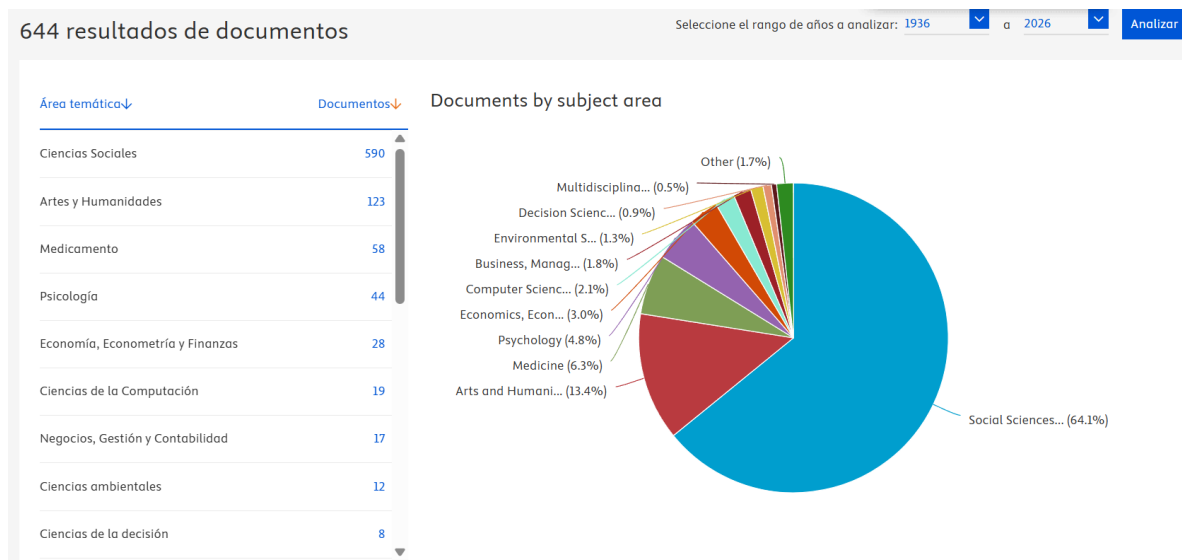
Figura 3. Países que más publican artículos sobre presunción de inocencia.



Fuente: Scopus (2025)

El área de ciencias sociales es donde se encuentra el 64,1% del total de publicaciones sobre presunción de inocencia, seguido del área de artes y humanidades (13,4%), entre otras como ciencias de la decisión, medicina, psicología, etc.

Figura 4. Áreas de conocimiento donde se publica sobre presunción de inocencia



Fuente: Scopus (2025)

En la figura 5 se hace un análisis de co-ocurrencias entre todas las palabras clave de la base de artículos Scopus, con el método de conteo completo (Bibliometrix) para obtener clústeres de principales asociaciones entre palabras clave dándonos como resultado la siguiente figura.



Figura 7. Análisis por agrupación de temas relevantes

Desde una perspectiva histórica, la teoría del dominio del hecho formulada por Claus Roxin ha

dominio funcional, categorías que ofrecen una visión más consistente de la aurora mediata y la autoría impropia en delitos complejos. (P.14).

En el contexto del derecho penal la presunción de inocencia constituye uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo y una de las garantías procesales más relevantes del estado constitucional de derechos en Ecuador, la Constitución de 2008 en su artículo 76 Numeral 2, consagra que toda persona debe ser tratada como inocente hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, 2008). Este principio no solo tiene su alcance procesal, sino que actúa como límite sustancial frente al poder punitivo del Estado, al exigir que toda actuación judicial o administrativa se ajuste al debido proceso y a la proporcionalidad sancionadora.

Se desprende de los hallazgos bibliométricos, una alta citación de autores vinculados con la presunción de inocencia cuya propuesta permite observar la consolidación de la presunción de inocencia como eje central del debate penal y constitucional contemporáneo. El crecimiento sostenido de publicaciones entre 2021 y 2025, confirma que este principio continúa siendo un referente normativo y doctrinal frente al avance de políticas penales más severas y la expansión del control positivo estatal.

De estos análisis de autores con relación al tema de la teoría del dominio las propuestas de autoría mediata en estructuras jerárquicas aportan una fuente interpretativa útil para comprender las contradicciones entre el principio de presunción de inocencia y la forma de responsabilidad en contexto de criminalidad organizada.

Es importante señalar el predominio de estudios provenientes de Estados Unidos, Reino Unido y España, así como la incorporación progresiva de países latinoamericanos como Brasil, evidencia una distribución desigual en la producción científica, donde los contextos jurídicos de tradición anglosajona y europea siguen liderando la construcción teórica. No obstante, la presencia de América Latina señala un interés creciente en reinterpretar el principio desde los marcos constitucionales regionales y los estándares internacionales de derechos humanos,

Con relación al hallazgo de que la mayor proporción de investigaciones pertenece al campo de las ciencias sociales (64,1%), seguido de artes y humanidades, muestra el carácter transversal de la presunción de inocencia. Este principio, originalmente jurídico, se proyecta ahora hacia la ética, la psicología, la comunicación judicial y los estudios de inteligencia artificial, ampliando su alcance interpretativo y metodológico.

Pues bien, a los clústeres temáticos identificados, en especial los asociados a “derechos humanos”, “juicio justo”, “inteligencia artificial” y “carga de la prueba” evidencian la transformación de la discusión jurídica hacia una dimensión tecnológica y de derechos fundamentales. Se resalta el auge de la inteligencia artificial en la administración de justicia genera nuevos retos para la garantía de inocencia, particularmente frente al uso de algoritmos predictivos y sistemas automatizados de decisión judicial.

Por lo tanto, los resultados bibliométricos no permitieron establecer por sí mismos conclusiones normativas sobre la compatibilidad constitucional de la teoría del dominio del hecho, pero sí evidenciaron una tendencia académica relevante en torno a la presunción de inocencia, la carga de la prueba, los derechos humanos, el juicio justo y la incidencia de nuevas tecnologías en el proceso penal.

A partir de esos hallazgos, y de manera diferenciada, el análisis dogmático y constitucional permitió repensar la relación entre la teoría del dominio del hecho y la presunción de inocencia en el caso ecuatoriano. En ese plano, la discusión exigió armonizar la atribución de responsabilidad penal en contextos de criminalidad compleja con las garantías procesales, la dignidad humana, el principio de legalidad y los límites constitucionales del poder punitivo.

Este diálogo entre dogmática penal y garantías procesales encontró un punto de especial cuidado en la crítica formulada por Dias (2018), al advertir que la aplicación de la teoría del dominio del hecho en la Corte Penal Internacional debía evaluarse con prudencia, pues un uso excesivamente técnico de sus categorías podía entrar en conflicto con los principios de legalidad y presunción de inocencia.

Esta advertencia permitió comprender que el desarrollo dogmático del Derecho Penal no podía separarse de los límites constitucionales que orientan la atribución de responsabilidad penal. No se trató, por tanto, de negar la utilidad de la teoría para explicar formas complejas de autoría, sino de reconocer que su aplicación exigió criterios claros, prueba suficiente y respeto estricto de las garantías procesales. Desde esta perspectiva, el estudio asumió que la dogmática penal solo conserva legitimidad cuando dialoga con la dignidad humana, el debido proceso y los principios constitucionales que contienen el ejercicio del poder punitivo.

CONCLUSIÓN

El análisis bibliométrico realizado permitió evidenciar que la presunción de inocencia continúa siendo un principio relevante en la doctrina penal y constitucional contemporánea, especialmente por su vinculación con debates actuales sobre derechos humanos, carga de la prueba, juicio justo, IA generativa y tecnologías emergentes.

La concentración de investigaciones en países de tradición anglosajona, junto con el progresivo interés latinoamericano, mostró una producción científica desigual, pero también una ampliación temática que trasciende la comprensión estrictamente procesal de esta garantía.

Para el tratamiento de la información, fue importante el uso de herramientas bibliométricas facilitó la identificación de tendencias, áreas de conocimiento, clústeres temáticos y líneas de investigación que pueden orientar futuros estudios sobre la presunción de inocencia en contextos jurídicos diversos. De manera complementaria, el análisis dogmático permitió advertir que la teoría del dominio del hecho puede ser útil para explicar formas complejas de autoría, siempre que su aplicación no debilite la exigencia de prueba suficiente, responsabilidad personal y respeto al debido proceso.

En consecuencia, la presunción de inocencia no solo se confirmó como una garantía jurídica, sino también como un parámetro de legitimidad democrática del sistema penal. Su vigencia exige que toda atribución de responsabilidad, incluso en casos de criminalidad compleja, se mantenga dentro de los límites constitucionales del poder punitivo.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. (2023). *Sentencia No. 2242-18-EP/23*. https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidkNDQ1ZWYwYy00M2FjLTRkY2YtOWFjZi1kM2UzYzExZjVhZGUucGRmJ30=
- Dias, L. (2018). Teoría del dominio del hecho y principio de legalidad en la Corte Penal Internacional . *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 1–23. <https://indret.com/teoria-del-dominio-del-hecho-y-principio-de-legalidad-en-la-corte-penal-internacional/>

- Hernández Esquivel, J. A. (2008). Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho. *Derecho Penal y Criminología*, 29(86-87), 13–28. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/615>
- Jurado Zamora, A. (2023). Teoría del dominio del hecho. *Boletín de Ciencias Penales*, 19, 72–84. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/2023-01/7.%20AIDA%20JURADO%2C%20Teor%C3%ADa%20del%20dominio%20del%20Hecho.pdf>
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trans.). Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491231615.pdf>
- Sandoval Pérez, E. (2020). Teoría del dominio del hecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, (3). <https://www.uv.mx/derecho/files/2019/04/Revista-de-la-Facultad-de-Derecho-No-3-TEORIA-DEL-DOMINIO-DEL-HECHO.pdf>
- Van Weezel, A. (2023). Debates actuales sobre la teoría del dominio del hecho. *Revista de Ciencias Penales*, (2), 55–90. https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2023/10/Revista-CP-2023_Numero-2-Final-61-96.pdf

El principio de lesividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*

Autores:

Abg. Daniel Gómez Gómez⁵

Luisa Fernanda Palacio Loaiza⁶

The harm principle in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court

RESUMEN

En los Estados de Derecho que incorporan en sus constituciones los principios propios del derecho penal liberal, los tribunales han tenido que decidir si las normas que establecen delitos y penas son respetuosas de dichos principios. En este trabajo se analizó si la argumentación de la Corte Constitucional colombiana es respetuosa del principio de razón suficiente en relación con la fundamentación de los cargos de inconstitucionalidad de algunos tipos penales acusados de violentar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. A tal efecto, se desarrolló el contenido de dicho principio en la dogmática jurídico -penal, se reconstruyó la ratio decidendi de las principales decisiones en relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, en un tercer apartado, se valoró si la argumentación pudiera ser respetuosa de las exigencias argumentativas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se utilizó una metodología cualitativa, de orden hermenéutico-analítico, que facilitase la identificación del discurso dogmático en relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el método de análisis estático de precedentes para reconstruir la ratio decidendi de las providencias analizadas.

Palabras clave Corte Constitucional, daño, peligro, principio de lesividad

*Artículo derivado del proyecto “Límites constitucionales a la privación de la libertad en Colombia: el efecto de las decisiones de la Corte Constitucional sobre los centros de detención transitoria”, identificado con radicado con código 36-000009 financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana hasta noviembre de 2023 y a por la Universidad Católica de Oriente a partir de 2024, en el Acta 011 del 01/12/2023.

⁵Profesor de la Universidad Católica de Oriente, Colombia.

⁶Asistente de investigación, Universidad Católica de Oriente, Colombia.

ABSTRACT

In Constitutional States that incorporate the tenets of liberal criminal law into their constitutions, courts have been required to determine whether the norms establishing crimes and penalties adhere to those principles. This work analyzed whether the argumentation of the Colombian Constitutional Court is respectful of the Principle of Sufficient Reason in relation to the substantiation of the grounds for unconstitutionality of certain criminal offenses accused of violating the harm principle. To do so, the content of said principle was elaborated within criminal law studies; the ratio decidendi of the main decisions concerning the harm principle was reconstructed; and, in a third section, an assessment was made as to whether the argumentation could be respectful of the argumentative requirements of the harm principle. A qualitative methodology of a hermeneutic-analytical nature was used to achieve the identification of the dogmatic discourse regarding the harm principle, along with the static precedent analysis method to reconstruct the ratio decidendi of the analyzed rulings.

Key Words *Constitutional Court, harm, endangerment, harm principle*

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es una parcela del ordenamiento jurídico evidentemente paradójica: por un lado, se prohíben conductas para proteger los derechos de las personas y, por otro, se imponen medidas de orden sancionatorio que –sin duda– restringen severamente los derechos de los asociados. De aquí que los estudios del Derecho penal afronten complejos problemas de justificación y requieran que, tanto el intérprete como el operador, tengan en cuenta los valores que en cada caso concreto puedan entrar en colisión. Por tanto, es oportuno sugerir respuestas razonables a los problemas que en la actualidad se suscitan en esta área del Derecho.

Aunque tradicionalmente estos asuntos fueron problemas de justicia, en los estados de derecho constitucionalizados, es decir, dotados de constituciones rígidas, provistos de un listado más o menos amplio de derechos y libertades, este tipo de cuestiones dejaron de ser meramente de justicia y pasaron a ser de validez. Las aludidas dificultades de justificación del Derecho penal adquirieron plena relevancia jurídica, de manera que lo que antes parecía ser un asunto de filósofos del Derecho se ha convertido en tema de relevancia práctica para los aplicadores del poder punitivo; es decir, los otrora argumentos de justicia hoy pueden ser vistos como razones emanadas del Derecho positivo.

En este sentido, Claus Roxin (2007) ha sido una de las voces más autorizadas que ha defendido que el único propósito legítimo del Derecho penal en los actuales Estados de Derecho es la protección de bienes jurídicos: “las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos.” (p. 447)

De manera que, a partir de la propuesta de Roxin, el principio de lesividad y/o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos emanaría de la cláusula constitucional y podría entenderse no como un criterio de legitimación de las normas penales que establecen prohibiciones y mandatos sino como una fuente de deslegitimación del derecho positivo vigente, es decir, como un límite material a la intervención del legislador cuando recurre al Derecho penal, en el sentido de que un acto sólo puede prohibirse cuando lesione o ponga en peligro un bien jurídico.

De manera que, dado que el principio de lesividad suele tratarse desde una visión dogmática, en esta ocasión pretendemos dar un alcance jurisprudencial para mostrar el alcance jurídico que puede tener esta figura, especialmente en relación con las competencias de un tribunal constitucional.

El contenido constitucional del principio de lesividad: consecuencias para el tribunal constitucional⁷

A partir de la interpretación sistemática de las cláusulas constitucionales es posible entender que solamente la protección de bienes jurídicos y su lesión o puesta efectiva en peligro son los criterios que legitiman la intervención penal tanto en la creación como en la aplicación de las prohibiciones penales, es decir, de aquellas normas que establecen las conductas que deben ser sancionadas por el Derecho penal.

Por un lado, el art. 1º de la Constitución de 1991 instituyó al Estado colombiano como un Estado social de derecho (ESD). Por otro, art. 2 ordena a las autoridades orientarse a proteger la vida, honra y bienes de las personas. De aquí que pueda entenderse que el Estado se organiza para conseguir finalidades externas a él y socialmente útiles. Por lo tanto, no es extraño que se entienda la cláusula de Estado Social de Derecho como la conjunción de dos manifestaciones históricas del Estado: el Estado liberal o mero Estado de Derecho y el Estado de Bienestar o Social (Gallego García, 1997). El primero de estos

⁷Aquí se sigue con cercanía la propuesta de Sotomayor Acosta y Gómez Gómez (2020).

incorporó los derechos de libertad, como el derecho a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad formal ante la ley, etc.; y el segundo trajo consigo los derechos sociales, como la salud, el trabajo, la seguridad social, la educación, entre otros⁸.

Esta misma visión instrumental del Estado fue acogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-070 de 1996⁹ pues consideró que el cambio de un Estado liberal de Derecho a uno Social de Derecho implica que sus finalidades se centren en el “el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2)”.

Dado que la Constitución es un texto cuya interpretación y aplicación condiciona todas las normas del ordenamiento jurídico, pues aquella es superior y prevalece en caso de contradicción con las demás— en el sentido de que éstas deben adaptar su contenido a lo establecido en la Carta —, la concepción instrumental del ESD influencia asimismo las finalidades del Derecho penal. Sin embargo, no debe entenderse que la fuente de legitimación interna de los tipos o prohibiciones penales se derive directamente de la consagración constitucional de derechos fundamentales, pues estas normas no establecen mandatos de criminalización, dado que el deber de garantizar los derechos no se traduce necesariamente en la obligación de castigar su lesión.¹⁰

En coherencia con los anteriores puntos de partida, es necesario retomar junto con Bustos Ramírez (1989) que los bienes jurídicos son “una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica” (p. 55), es decir, el bien jurídico se compone de relaciones sociales dialécticas y dinámicas que, por un lado, obedecen a las fuerzas de los intereses contrapuestos en la sociedad, y por otro, están contextualizadas en el marco de un Estado democrático de derecho; de aquí que puedan ser o no merecedoras de protección. De tal suerte que la determinación de un bien jurídico exige la realización de dos juicios: uno fáctico, cuyo objetivo es seleccionar un marco concreto de la realidad social; y otro

⁸La Constitución de 1991 también incorporó derechos culturales y derechos colectivos o del medio ambiente.

⁹MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV: José Gregorio Hernández y Carlos Gaviria Díaz. La sentencia declaró la exequibilidad de la norma que estableció la circunstancia de agravación punitiva de los delitos contenidos en el Título XIV del derogado Decreto 100 de 1980 “Delitos contra el patrimonio económico” consistente en haber cometido la conducta sobre un bien cuyo valor sea superior a cien mil pesos (Art. 372-1), en el entendido de que la mencionada cuantía “se entienda en términos de valor constante del año 1981, equivalente a 18.83 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

¹⁰Aceptar que los derechos fundamentales previstos en la Constitución son el núcleo de protección del Derecho penal, lleva a eliminar el componente externo y crítico del Derecho que exige distinguir entre las normas morales y las jurídicas y entre la legitimación externa y la legitimación interna. Esta actitud frente al Derecho podría denominarse actualmente como constitucionalismo ético o falacia ético-legalista, dado que no ve más valores y objetos de protección más allá de los establecidos en la Constitución, perspectiva que conlleva a confundir la justicia y la validez. (Ferrajoli, 2011, p. 33)

axiológico, que atiende a criterios de merecimiento de protección (Hormazábal Malarée, 1992) y que suelen estar planteados en la Constitución como normas que fijan derechos fundamentales.

De esta concepción se derivan dos consecuencias: i) las realidades que tengan vocación de protección penal deben estar determinadas y concretadas a través de los métodos racionales con que se prueban los hechos, de esta manera no solamente se vincula el Derecho a la realidad sino que se facilita la discusión sobre los contornos de la realidad legítimamente protegible por el Derecho penal, de tal forma que cualquier persona estaría en condiciones de llegar a conclusiones diversas sobre aquella; ii) el respeto por los derechos fundamentales exige concebirlos como límites negativos de la intervención penal (Alonso Álamó, 2009), es decir, son razones que deslegitiman la creación y la aplicación de las prohibiciones penales.

De aquí que la realidad concretamente seleccionada por el legislador para sustentar correctamente la intervención penal deba ser analizada a la luz del “tamiz o cedazo” de las normas constitucionales para descartar de la protección penal objetos inconstitucionales, convirtiendo así, en los términos de Prieto Sanchís (2003), la exigencia de bien jurídico tan sólo en una condición necesaria de la intervención penal que requerirá de fuentes adicionales de legitimación.

En consecuencia, dado que las prohibiciones penales pretenden limitar la conducta de las personas, la exigencia de que la intervención punitiva se legitime necesariamente en la protección de bienes jurídicos podría ser vista como una garantía negativa que implica dos condiciones: que el bien jurídico sea una realidad suficientemente concreta y determinada, cuya protección no vulnera la Constitución.¹¹

En este sentido, y como evidencia de su apuesta teórica por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, Roxin (2008, 2013) estima que no merecen protección penal las leyes meramente motivadas en la ideología, en las lesiones de la propia dignidad, en la protección de sentimientos, las normas penales simbólicas, los tabúes, los objetos inaprehensibles, etc.

Por otro lado, como han resaltado Sotomayor Acosta y Gómez Gómez (2020), es factible que haya conductas que no estén incluidas en el ámbito de los derechos fundamentales y no obstante estar cobijadas en el ámbito de algunas normas penales. Esto ha llevado a afirmar la existencia de un derecho general de libertad que, según Alexy (2007) significa por un lado que “a cada cual le está permitido prima

¹¹A esta garantía Ferrajoli (2012) denomina principio de ofensividad en concreto, expresión sinónima del principio de lesividad en abstracto, tal como hemos decidido denominarla en este texto. Si la primera condición no se cumple debería afirmarse que la norma carece de bien jurídico, si la segunda tampoco, entonces la norma que sanciona la conducta podría ser declarada inconstitucional.

facie hacer u omitir lo que quiera” (p. 301), y por otro que “cada cual tiene prima facie un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones”.

La importancia del derecho general de libertad está en que al haber conductas que no podrían ser calificadas como ejercicios –aun prima facie– de derechos fundamentales, significaría que sobre ellas el poder no tendría ninguna carga de justificación para intervenir sobre las personas. Sin embargo, ningún acto de poder –punitivo o no– debería estar desprovisto de una justificación razonable; lo contrario, sería aceptar que la intervención en los derechos fundamentales podría ser arbitraria. En el Derecho penal esto implica que el legislador debe argumentar que existe un bien jurídico merecedor de protección, en los términos descritos.

Por lo tanto, el carácter jurídico del Estado social, tal como se ha propuesto, junto con la existencia de un derecho general de libertad, “se deduce que la mayor porción de la libertad radica en que el castigo impuesto a un ciudadano a través del Derecho penal sólo esté legitimado cuando se lesione o se ponga efectivamente en peligro un bien jurídico” (Sotomayor Acosta y Gómez Gómez, 2020, p. 435).

Llegados a este punto, podemos aproximarnos al contenido de algunas garantías del principio de lesividad exigibles a los tribunales constitucionales. Sin embargo, antes de continuar es necesario precisar que la propuesta se formulará desde la perspectiva del control abstracto de constitucionalidad, es decir, para aquellos supuestos en que se faculta a los jueces, usualmente a un tribunal, o tal como describe Huerta Ochoa (2003), para controlar el contenido general y abstracto de una norma –especialmente de la ley– al margen de un caso concreto e individual, a la luz de la Constitución.

En los Estados de Derecho actuales, se exige a las autoridades argumentar suficientemente las decisiones que tomen, porque la sola autorización o competencia no es una razón suficiente que legitime en sentido constitucional una medida, pues ni al Congreso de la República le basta con acudir a su libertad de configuración, prevista en los arts. 1° y 2° de la Constitución Política, ni a los jueces les basta con acudir a la autonomía e independencia definidas en el art. 228 de la Carta.

Por lo tanto, el punto de partida es la argumentación. Si el poder punitivo es la herramienta que, desde una mirada formal y material, restringe de manera más severa los derechos de las personas en el Estado –y no únicamente en los de Derecho–, parece plausible estimar que contra los actos de poder que conlleven una restricción al ejercicio de conductas que puedan enmarcarse en el ejercicio de derechos la principal garantía ciudadana sea la fundamentación.

Con el advenimiento del Estado constitucional, ha quedado claro que la obligación de dar razones en favor de la decisión no recae únicamente en el juez: también pesa sobre los hombros del legislador, como pasa a desarrollarse.

Un sector de la doctrina (Ferrerres Comella, 2007) ha entendido que en vista de la dignidad democrática que caracteriza al Parlamento, en tanto es la institución en que están representadas –o deberían estarlo– las mayorías en una sociedad democrática, las leyes, en un juicio de inconstitucionalidad, gozan de una presunción de constitucionalidad.

Es necesario enfatizar en que, según dicho autor, la fuerza de esta presunción podrá ser mayor o menor, según la deliberación dada en el Parlamento y del apoyo extraparlamentario del electorado, presunción que debe ser tomada en cuenta por un tribunal constitucional al momento de decidir si una norma legal es compatible o no con los contenidos constitucionales.

Por lo tanto, si la mayor o menor fuerza de la presunción de constitucionalidad de la ley depende de su deliberación, esto significa que la ley debe discutirse desde las aristas jurídicas y fácticas que sean relevantes, o sea, a la luz de los conocimientos empíricos y jurídicos disponibles, de manera que, no solamente respeten los derechos establecidos en la Constitución y las normas que la complementan, también que tengan en cuenta los conocimientos empíricos disponibles al momento de expedirla. Por lo anterior, el principio de lesividad en abstracto vincula al Congreso de la República al expedir las leyes penales sustanciales y en la Corte Constitucional al controlar su conformidad con la Carta.

El principio de lesividad en abstracto exige al legislador que, tanto en el procedimiento legislativo como en su resultado, concrete un bien jurídico lesionable con la conducta de un ser humano, es decir, debe determinar el bien jurídico protegido por la norma. En consecuencia, debe realizar dos juicios: uno fáctico, que obliga a fundar en premisas empíricas con alto grado de confirmación y con alta resistencia a la refutación la realidad penalmente protegible; y otro axiológico, que implica analizar si la protección penal de la realidad no vulnera los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Aunque autores como Scalcon (2017) han indicado que existe un mayor deber de argumentar que existe un bien jurídico allí donde hay una mayor dificultad para identificar el tipo tutelado¹², el deber de argumentar la relevancia de una conducta para el Derecho penal, y especialmente para el principio de lesividad, no debe limitarse a los casos en que la argumentación sea compleja, pues ninguna garantía se

¹² “[e]ntre mayor se estime la dificultad para identificar el bien jurídico tutelado por el nuevo tipo penal, mayor tendrá que ser la obligación del legislador de anticiparse, y, por ende, establecerlo.” (p 66),

relaja en la medida en que el caso a decidir sea más o menos difícil. Por lo tanto, la justificación de que tras una norma penal subyace un bien jurídico no admite grados.¹³

La definición del bien jurídico tutelado por el legislador penal tiene la ventaja de anticiparse a algunos reparos de inconstitucionalidad que formulen los sectores que eventualmente se opongan a la ley, lo que redundaría en un mayor pedigrí democrático de la ley, porque elevaría su calidad deliberativa y haría explícitas las razones que podrían servir de refutación a los criterios negativos de intervención penal en qué consisten los derechos fundamentales.

Aunque estas cuestiones parecen ser de pura filosofía penal garantista, y en las que el Congreso de la República no parece estar interesado, la preocupación por el principio de lesividad en esta oportunidad se centra en elevar la calidad del debate democrático y el prestigio de la ley penal.

Por lo tanto, parece ser una misión del tribunal constitucional estudiar la conformidad de la ley a la luz del principio de lesividad. Al respecto, el juez debe verificar si durante el trámite legislativo se elaboraron deliberaciones en relación con el bien jurídico; y si la prohibición penal hace eco de ellas en la medida en que proscribe una conducta que pueda lesionar o poner efectivamente en peligro un bien jurídico.

Si el legislador no deliberó sobre la lesividad en abstracto, bien sea en relación con la fundamentación de las premisas empíricas que acotan la realidad penalmente protegible, y/o sobre los criterios negativos de incriminación, la presunción moderada de constitucionalidad con que la Corte debe juzgar la ley se debilita, pues el desdén del legislador para justificar una ley, significa que, en palabras de Scalcon (2017) “i) él no quiere emplear las herramientas que tiene a su disposición por temor a que el resultado le sea desfavorable o ii) no está sinceramente preocupado por los efectos concretos de sus decisiones en la realidad social” (p. 68).

En caso de que el órgano legislativo se abstenga de concretar una realidad lesionable, el juez debería declarar la inconstitucionalidad de la norma por la ausencia de legitimación de la norma penal, aclarando que el error consistió en no haber usado los conocimientos científicos disponibles que respaldan las premisas empíricas en que se podría sustentar el bien jurídico.

¹³Una cuestión distinta y ulterior es cuál es la entidad del peligro o de la lesión a que quede sometido el bien jurídico en un caso concreto.

La relevancia de este tipo de argumentación consiste en situar la fundamentación de los daños de la conducta punible del lado del Congreso de la República o de quienes defienden la constitucionalidad de la norma. Es decir, habría que argumentar en qué sentido se materializaría el daño, si es cuantificable, si puede haber varios bienes jurídicos lesionados, etc. Esto no significa que la sola apelación a la múltiple lesión de bienes jurídicos sea una razón suficiente, pues incluso en estas circunstancias habría que detallar las respuestas a las preguntas anteriores. En suma, en la terminología de Ferrajoli (1997), habría que justificar si, cómo y cuánto daño merece ser penalmente protegible.

En este sentido, si un tribunal concluye que una ley que establece un tipo penal no logra derrotar la presunción de constitucionalidad que le beneficia en relación con el principio de lesividad, es porque definitivamente encontró razones públicas de orden empírico que fundamentan la relevancia social y jurídica de la conducta que fue elevada a delito por el legislador; de otra forma, el tribunal constitucional estaría desmaterializando sin razones suficientes las cláusulas constitucionales que dotan de contenido al principio de lesividad en favor de la libertad de configuración del Parlamento.

De otro lado, la determinación del bien jurídico en relación con el juicio axiológico se limita a que, en el marco de una presunción moderada de constitucionalidad, tanto el Congreso de la República, como quien impugne la validez del tipo penal, estén en condiciones de igualdad argumentativa. Por lo tanto, podría decirse que en este escenario el tribunal podría declarar la invalidez de la norma si el legislador ha ignorado cualquier fundamentación en el marco del proceso legislativo.

Sin embargo, una vez definido que una norma penal pretende proteger un bien jurídico, resta aún verificar la proporcionalidad de la medida, es decir, si la creación del tipo penal es proporcional, o sea, conforme a la prohibición de exceso, tal como propone Lopera Mesa (2023). Es decir, si se concluye que una norma penal prohibitiva o de mandato se orienta a proteger un bien jurídico, esta sólo es una razón *prima facie* para fundar su constitucionalidad, es decir, puede haber otros argumentos de orden constitucional que entren en colisión con el bien jurídico que pretende ser protegido por el tipo. Sólo en este escenario es viable dar paso a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, es decir, a partir de la estructura planteada por Lopera Mesa (*ídem*), es adecuado verificar la idoneidad de la norma, su necesidad así como su estricta proporcionalidad, siempre desde la perspectiva de un control estricto o materialmente intensivo, que se proyecta sobre las cargas de la argumentación, en torno a que las premisas empíricas tengan altos grados de confirmación y de resistencia a la refutación, entre otros aspectos.

Una aproximación al principio de lesividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La discusión en relación con los objetos que a la luz de la Constitución serían merecedores de protección en la jurisprudencia constitucional de la Corte, podría caracterizarse en diversos escenarios constitucionales diferenciados¹⁴, todos ellos asociados al uso del Derecho penal¹⁵. Aunque analizar cada uno de estos escenarios constitucionales resulta sin duda interesante a la luz de la garantía del principio de lesividad, por evidentes razones de espacio hemos escogido las acusaciones genéricas de inconstitucionalidad dirigidas contra normas penales por contravenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad y las específicas que, por el mismo motivo, sancionaban el consumo de sustancias estupefacientes.

El debate sobre la autonomía del legislador para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha evidenciado una prevalente tendencia de la Corte a convalidar las normas penales con que el órgano democrático pretende salvaguardar ciertos objetos de protección¹⁶, salvo en lo relacionado con la dosis mínima de estupefacientes. Una mirada contextualizada a la jurisprudencia penal sustancial del Tribunal permite evidenciar que con carácter general han prevalecido las razones del legislador y rara vez se ha invalidado una norma por violentar el referido derecho. Sin embargo, aunque toda esta discusión tiene características similares, el debate por los alcances de la criminalización del narcotráfico y de la despenalización del consumo de drogas ha sido más intenso y específico, de manera que sería un error abordarlo con los demás.

¹⁴El concepto de escenario constitucional que se usa aquí es el que ha sido propuesto por López Medina (2006) y que consiste en el “patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante reglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto.” (p. 148)

¹⁵Se trata de supuestos como la libertad de expresión, el derecho a la igualdad, el derecho a morir con dignidad, el derecho a interrumpir de manera voluntaria el embarazo, la sanción penal del consumo de sustancias estupefacientes y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹⁶Esta expresión significa las realidades que el legislador ha decidido penalizar, no como sinónima de “bienes jurídicos”, concepto que a pesar de su polisemia admite un uso que se aclarará en este subcapítulo.

Prevalencia de los objetos de protección del legislador frente al libre desarrollo de la personalidad

A continuación, se mostrarán algunas providencias en que la Corte ha discutido si algunas normas que establecen prohibiciones o mandatos penales son violatorias del derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁷

En la sentencia C-115 de 2008, la Corte desestimó los argumentos de inconstitucionalidad, elevados por violentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contra algunas de las circunstancias de agravación de los delitos culposos de homicidio y de lesiones personales por cometerse bajo los efectos de bebidas embriagantes o de droga o sustancia que produzca dependencia¹⁸.

Tras considerar que el libre desarrollo de la personalidad está limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico, la Sala observó que la norma no impone comportamientos de excelencia ni reprocha el consumo de alcohol o drogas, pues la responsabilidad penal se genera por una mayor infracción al deber de cuidado por hacer más probable la producción de “un resultado lesivo contra bienes jurídicos del más elevado valor, acrecentando la posibilidad de causarles daño al acometer, con las facultades de percepción y reacción disminuidas y perturbadas, la realización de labores que requieren gran concentración, atención, prudencia y diligencia”, pues lo que pretende el legislador es “reducir los riesgos generados por el ejercicio de actividades peligrosas que pueden afectar bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, con el cumplimiento de las exigencias mínimas de esmero en cada caso particular.”

¹⁷ De esta línea jurisprudencial parece correcto excluir, al menos en principio, las sentencias que estudian la constitucionalidad de normas que regulan la ejecución de la pena o, en general, normas penitenciarias, porque los criterios de legitimación de este tipo de normas no parece ser el principio de lesividad sino la finalidad resocializadora de la pena. Por tanto, no se analizó la sentencia C - 371 de 2002, que estudió si es violatoria del derecho al libre desarrollo de la personalidad la norma que obliga al ciudadano condenado a prisión a observar buena conducta para acceder a la suspensión condicional de la pena y a la libertad condicional, definida en el núm. 2 del art. 65 de la Ley 599 de 2000.

¹⁸“ARTÍCULO 110. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA PARA EL HOMICIDIO CULPOSO. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos: 1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia. ARTÍCULO 121. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA POR LESIONES CULPOSAS. Las circunstancias de agravación previstas en el Artículo 110, lo serán también de las lesiones culposas y las penas previstas para este delito se aumentarán en la proporción indicada en ese artículo.” de la Ley 599 de 2000.

Del mismo modo, la sentencia C – 636 de 2009 estimó que no contrariaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad ni el principio de lesividad el delito de inducción a la prostitución¹⁹, no obstante que para el demandante la norma castigara a quien escoge como opción de vida el intermediar en favores sexuales y dejara sin efecto el consentimiento de quien acepta prostituirse. En esta providencia la Corte señaló que existen estudios que ponen de presente los riesgos que existen para la autonomía de las mujeres y la de las niñas, en el ejercicio voluntario de la prostitución.

En uno de aquellos²⁰ se documentó que la compleja situación socioeconómica de muchas personas estimula las formas “fáciles de hacer dinero, lo que en la mayoría de los casos las convierte en víctimas de las bandas criminales organizadas que las someten a todo tipo de labores bajo engaños o por la fuerza”, siendo el mejor contexto para que los grupos de tratantes sometan a las personas a múltiples formas de explotación.

El otro²¹ resaltó que cada año “miles de mujeres y niñas en todo el mundo son objeto de este tráfico y se ven empujadas al intercambio sexual ilícito. Y aunque algunas lo hacen por decisión propia, muchas son forzadas a prostituirse en contra de su voluntad”, además de que el fenómeno de la trata de personas se ha incrementado en sectores donde ha habido desempleo y crisis financiera, lugares donde las mujeres tienen ansias de aceptar un trabajo en otros sitios, y por ello son atrapadas mediante anuncios que ofrecen otro tipo de trabajos.

Para la Sala Plena “es evidente que frente al riesgo de ofensa de la dignidad personal, e incluso de la autodeterminación sexual y de la propia libertad personal, el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente”, porque aunque la autodeterminación puede conducir a que una persona decida ejercer la prostitución, es legítimo que se persiga a quien “mediante sugerencias, insinuaciones u otro tipo de recursos obtenga provecho económico de esta opción, pues tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana”, en tanto que en muchos casos, según el segundo estudio mencionado, el consentimiento inicial de la víctima es una puerta de entrada a las redes de esclavitud y trata de personas, donde además

¹⁹“Artículo 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” de la Ley 599 de 2000.

²⁰Lara, A. M. (2008). Perspectivas de seguridad de las migraciones internacionales una propuesta para enfrentarlas. *Revista Relaciones Internacionales, Estrategia Y Seguridad*, 3(1), 149-186. <https://doi.org/10.18359/ries.179>. Citado por la sentencia.

²¹Informe del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 2000. Citado por la sentencia.

la voluntad está viciada por la necesidad o por la ignorancia y es susceptible de convertirse en sujeción coactiva.

La Corte consideró que la norma no vulnera el principio de lesividad porque “[e]s un hecho incontrastable que la comunidad mundial hace esfuerzos permanentes por combatir la expansión de la prostitución como medio de erradicación de delitos de igual gravedad”, pues el objetivo del tipo penal es “la lucha contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de cada individuo de dedicarse a ella.”

De manera posterior, en la sentencia C – 241 de 2012 la Corte declaró la exequibilidad del delito de incesto, acusado de violar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dado que en dicha providencia la Corte reiteró la sentencia C – 404 de 1998, que justamente estudió este mismo problema jurídico planteado en relación con el tipo de incesto previsto en el Código penal anterior, es oportuno hacer referencia a esa sentencia.

El fallo reiterado tiene dos líneas argumentativas. Una se centra en situar los daños que produce el incesto para la familia como objeto de protección constitucional y otra en que la penalización del incesto es una manifestación de la moralidad pública²². En cuanto a la primera, el Tribunal consideró que el incesto: i) es una forma arbitraria de poder en los lugares “donde existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de sus hijos y puede hacer con ellos lo que a bien tenga”²³, ii) “altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status (SIC) y los roles de padres e hijos y distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivo y sexual entre los miembros de la familia”²⁴, iii) produce complejos de culpa manifestados en “depresiones, estado de angustia, fobias, neurosis de fracaso, búsqueda inconsciente de autocastigo”²⁵, iv) impide que los niños desarrollen los “procesos de información necesarios para la intencionalidad, la responsabilidad personal y el sentido de control sobre los acontecimientos”²⁶, v) aumenta el riesgo de

²²Concretamente, la Sala consideró que la norma adopta un criterio de moralidad pública que no es contrario a la Constitución porque con ella “se ha pretendido influir sobre el comportamiento humano sexual, con miras a desestimular entre los miembros de la comunidad, la realización de un conjunto de conductas que se han demostrado lesivas de la integridad del grupo en todos sus aspectos” y reiteró los estudios referidos anteriormente.

²³Fundamento jurídico 6a que corresponde al concepto de Ligia Echeverry descrito en el núm. 2.1. de las pruebas.

²⁴Fundamento jurídico 6a que se refiere al concepto de Virginia Gutiérrez de Pineda descrito en el núm. 2.2. de las pruebas.

²⁵Fundamento jurídico 6b que alude al dictamen de los psicólogos Gustavo Ángel Villegas y Margarita Sierra de Jaramillo expuesto en los núms. 3.1. y 3.2., respectivamente.

²⁶Idem.

que los hijos de padres consanguíneos desarrollen enfermedades genéticas como “mucopolisacaridosis, homocistinuria, fibrosis quística, sordomudez y retraso mental”²⁷.

El consumo de estupefacientes y el libre desarrollo de la personalidad

La cuestión que han resuelto las siguientes providencias es: ¿puede restringir el legislador el derecho al libre desarrollo de la personalidad a través de la penalización del consumo y del tráfico de estupefacientes? Quizás esta sea una de las líneas jurisprudenciales más conocidas de toda la masa decisonal de la Corte. Sin embargo, es oportuno precisar que la jurisprudencia al respecto, por un lado, si bien en un principio reconoció que el consumo es una facultad propia del individuo, ha restringido el ámbito de la despenalización de esta conducta, y por otro, ha convalidado y ampliado la inicial constitucionalidad de la prohibición de las actividades relacionadas con la cadena productiva del narcotráfico hasta llevarla a un punto cercano a su incontrovertibilidad jurídico-constitucional.

La argumentación para juzgar la inconstitucionalidad de la penalización del consumo de estupefacientes en la sentencia C – 221 de 1994 tiene tres niveles. Uno sobre la distinción filosófica entre el Derecho y la moral como estamentos reguladores de la conducta humana, otro en relación con la forma en que se incorpora esa distinción a la Constitución y uno más sobre las consecuencias que dicha inclusión tiene en la invalidez de la norma²⁸.

Sobre lo primero, la Sala afirmó que el legislador puede prescribir cómo deben comportarse las personas con las demás, pero no la forma en que deben hacerlo consigo mismas, siempre que la conducta no interfiera en la órbita de los otros. La regulación de la conducta del ser humano para consigo mismo, solamente puede interpretarse de una de las siguientes maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar.

La Corte descartó la posibilidad de interpretar que el deber de cuidar de la propia salud, norma contenida en el art. 49 de la Constitución y que fue uno de los sustentos jurídicos de la demanda de inconstitucionalidad, significase que el Estado tomara en consideración las consecuencias que tiene

²⁷Fundamento jurídico 6d que corresponde a los puntos de vista de los médicos genetistas Emilio Yunis Turbay y Rafael Elejalde, descritos en los núms. 1.1. y 1.2. de las pruebas.

²⁸“Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones (...)” de la Ley 30 de 1986.

frente a los demás la conducta individual²⁹ o que implicase que él se adueñara de la conducta de las personas³⁰.

En consecuencia, estimó que la única interpretación posible, y plausible, de la referida norma era considerarla como una intención del Constituyente de mera eficacia simbólica, “[portadora] de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo”, porque, según la Sala, no es posible pretender un deber jurídicamente exigible de cuidar la propia salud sin desvirtuar la filosofía liberal que inspira a la Constitución.

En el tercer nivel de la argumentación el Tribunal observó que la norma que impone al drogadicto un proceso forzoso de tratamiento³¹ es inconstitucional aunque sea una pena o una medida de protección, pues en el primer caso “no se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho”, y más aún en un sistema jurídico que proclama la libertad y la dignidad humana. Igualmente, si la norma es entendida como una medida de protección de la salud de la persona también es inconstitucional, “cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud”.

De otro lado, el Tribunal manifestó que para completar el análisis de constitucionalidad era necesario hacer referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad interpretándolo como una norma que establece la autonomía de la persona, su capacidad para decidir sus propios actos y su destino, dándole sentido a su existencia y a su rumbo. La Corporación afirmó que es posible limitarla “en la

²⁹La Corte consideró que ésta no era la interpretación correcta de la norma constitucional en tanto, por un lado, la regla demandada prescinde de las consecuencias nocivas de las drogas sobre las personas allegadas al consumidor y sobre la comunidad a la que pertenece, y por otro, que la norma no puede ser justificada en la prevención del peligro potencial que podría implicar la conducta agresiva desencadenada por el consumo de la droga, y trajo al debate las cifras sobre los delitos cometidos en contextos de alcohol, recopilados por el Instituto de Medicina Legal.

³⁰Para la Sala esta posibilidad también está descartada porque “la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria”, pues está en contra de la negación de la libertad individual.

³¹La Corte valoró la constitucionalidad de esta norma al integrar la unidad normativa. “Artículo 87. Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4 y 5 del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto.” de la Ley 30 de 1986.

medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena”. Por ello, las normas que criminalizan el consumo de drogas son inconstitucionales.

Sin embargo, resaltó que, si el Estado considera indeseable el consumo de drogas, puede implementar mecanismos educativos, pues “[s]e trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia”, mostrando la conexión entre los diferentes modos de vida y sus inevitables consecuencias.

De otro lado, la argumentación de la constitucionalidad de la norma que define la cantidad que legalmente se entiende como dosis personal³² marcó las bases de la forma en que posteriormente será justificada la constitucionalidad de la penalización del narcotráfico, pues para la Corte “determinar una dosis para consumo individual, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables”. De manera que el legislador puede regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, etc., donde el consumo de drogas sea inadecuado o socialmente nocivo.³³

El argumento de la constitucionalidad de la prohibición y penalización del narcotráfico fue retomado en las sentencias C – 420 de 2002 y C – 689 de 2002 donde, en sendas oportunidades, se estudiaron las acusaciones dirigidas contra las normas de la Ley 30 de 1986³⁴ y del Código Penal de 2000³⁵ que tipifican las conductas punibles asociadas a tal actividad.

La Corte observó que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto por lo que es correcto limitarlo para proteger otros. De esta forma, las normas demandadas no sólo pretenden proteger la salud pública, finalidad que sustentó en los arts. 49 y 95-2 de la Constitución, también pretenden salvaguardar la seguridad pública y el orden económico y social:

³²“Artículo 2o. Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones: j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos” de la Ley 30 de 1986. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad” de la Ley 30 de 1986.

³³La Corte consideró que, según la Convención de Viena de 1988 (la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas) ratificada por Colombia en la Ley 67 de 1993 y revisada en la sentencia C – 176 de 1994, los Estados son libres de penalizar o no el consumo de drogas.

³⁴La Corte revisó las conductas que castigan el cultivo, la producción, la conservación, el transporte, etc., de narcóticos (arts. 32, 33, 34 y otros de dicha Ley).

³⁵La Sala estudió las normas de este código penal que sancionan las mismas conductas que la Ley 30 de 1986.

Lo primero [o sea la seguridad pública], porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo [el orden económico y social], porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, capaz de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella.

De otro lado, la sentencia C – 491 de 2012 reiteró que la penalización del consumo de sustancias estupefacientes era contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues el Congreso expidió un tipo penal del que razonablemente se podía inferir la criminalización de dicha conducta³⁶. La importancia de esta providencia está, por un lado, en que hubo una reforma constitucional que prohibió la conducta penalizada, y, por otro, en la relevancia que tuvo la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para restringir el alcance de la despenalización del consumo de la dosis mínima, como pasará a explicarse.

En este fallo, la Corte reiteró la interpretación que hizo en la sentencia C – 574 de 2011, al desestimar una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el Acto Legislativo 02 de 2009, que prohibió el consumo de estupefacientes en Colombia, en el sentido de que esta reforma constitucional no ampara la penalización del porte ni del consumo de la dosis mínima porque el propósito de esta modificación fue proteger el derecho a la salud de las personas afectadas por consumos problemáticos de sustancias, de manera que una eventual decisión de someterse a un tratamiento sea informada. En consecuencia, el Tribunal consideró, en la providencia de 2012, que no es correcto creer que la norma demandada reintrodujo la penalización del consumo de la dosis personal, porque en la Constitución aún persisten las normas que justificaron la inconstitucionalidad del art. 51 de la Ley 30 de 1986, o sea, el derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

³⁶“Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes” modificado por el art. 11 de la Ley 1453 de 2011. (Se subraya la expresión demandada)

Del mismo modo, al hacer un recuento de las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema, expedidas en ejercicio del control concreto de constitucionalidad, la Corte Constitucional reiteró que cuando se trata de cantidades comprendidas dentro del concepto de dosis personas, la conducta es penalmente relevante cuando no están destinadas al propio consumo sino a la comercialización o, incluso, a su distribución gratuita; en este caso, “la conducta será penalizada toda vez que tiene la potencialidad de afectar, entre otros bienes jurídicos, el de la salud pública”.

Después de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, la Sala Penal consideró que “es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes” (Corte Suprema de Justicia, 2011). Lo anterior se deduce, según el máximo tribunal de la justicia ordinaria, por el respeto al libre desarrollo de la personalidad y debido a la ausencia de lesividad de conductas de porte dirigidas al consumo del adicto, dentro del marco fijado en las cantidades de la dosis personal.³⁷

El Derecho penal y el libre desarrollo de la personalidad: un balance claramente problemático

Si bien la sentencia C-636 de 2009 documenta la problemática social que suscita la explotación sexual cuando esta es consecuencia del engaño y de la fuerza a que son sometidas muchas mujeres, pues sin duda alguna la prestación forzada de servicios sexuales es un atentado contra la autonomía y la libertad sexual, la Corte no concreta el daño o el peligro específico que puede producir inducir a otra persona a prostituirse, ni siquiera cuando la víctima ha dado su consentimiento y con este se ha facilitado su entrada a una red de trata de personas, pues en este segundo caso sin duda se tipifica el delito de trata de personas o explotación sexual, conducta punible que sin duda es de mayor gravedad y supera con creces el principio de lesividad constitucional.

De otro lado, las sentencias en relación con la constitucionalidad del delito de incesto, tanto la C - 404 de 1998 y la C - 241 de 2012, tienen el particular mérito de recopilar estudios técnicos y especialmente conceptos psicológicos que pretenden demostrar la realidad que podría ser lesionable por

³⁷Aunque esta postura tuvo importantes variaciones posteriores, en la sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicación 42617, y en la providencia del 9 de marzo de 2016, radicación 41760, en el sentido de que únicamente el porte de sustancias con propósitos de comercialización es punible.

esa conducta punible. Sin embargo, el uso de dichos instrumentos no es suficiente para justificar que el tipo penal se orienta a proteger un bien jurídico. En efecto, como se enunció en el apartado anterior, los expertos mencionan que el incesto produce la pérdida de roles familiares, el desarrollo de ansiedad, la aparición de la depresión, entre otras consecuencias. Aunque estos efectos no son despreciables para la salud de ningún ser humano, se trata de consecuencias que no escapan el ámbito propio de la esfera individual de quien realiza la conducta de incesto, pues aquellas recaen sobre las personas que practican las relaciones previstas en el tipo de incesto. Es imprescindible dejar claro que las anteriores consideraciones son aplicables para supuestos en donde los practicantes de la relación sexual tienen la capacidad para consentirla; en sentido contrario, no se tipifica el incesto, sino un tipo penal de carácter abusivo, previsto en los arts. 208 y 209 del Código Penal.

De otro lado, desde los puntos de partida desde asumidos en ese trabajo la declaración de inexequibilidad del delito de consumo de sustancias estupefacientes, contenida en la sentencia C – 221 de 1994, parece razonable: la Corte logró argumentar que dicha conducta punible carecía de sustento constitucional, pues de hecho el tipo penal puede entenderse o como una conducta que solo parece afectar a quien la realiza o como un recurso de tipo paternalista que no sería coherente con el respeto de la autonomía individual. Lo mismo podría decirse de la sentencia C – 491 de 2012, no solo porque reafirmó el carácter inane del consumo de sustancias estupefacientes en relación con los presupuestos de legitimación que específicamente exige el principio de lesividad, también porque con ello facilitó que la jurisprudencia posterior de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia despenalizara por vía del recurso de casación conductas que pueden estar asociadas a la ingesta de dichas sustancias.

Quizás el punto más discutido son los argumentos con que se convalidaron los tipos penales que sancionan la cadena productiva del narcotráfico, en las sentencias C – 420 de 2002 y C–689 de 2002. En estas providencias, se omite cualquier prueba de orden empírico que demuestre la realidad lesionable por dichos tipos penales, pues, aunque la Corte acude al bien jurídico de la salud pública no enuncia en qué consiste, cómo se pondría en peligro, ni enuncia las pruebas que fundamentarían estas afirmaciones.

El hecho de que la comercialización de sustancias estupefacientes sea una manera de financiar “grupos de delincuencia organizada, armada y jerarquizada” tampoco parece justificar el daño social de estos tipos penales porque el hecho de que estos grupos se financien de esta manera requiere de una prueba empírica que no está en la sentencia. Además, la sentencia parece establecer una correlación entre el tráfico de estupefacientes y los “grupos de delincuencia organizada, armada y jerarquizada”, lo que

podría implicar un desconocimiento de actividades de comercialización de sustancias estupefacientes que no estén asociadas con los mencionados grupos. Por lo tanto, las alusiones a la seguridad pública, como bien jurídico protegido por estos tipos penales, no parecen estar exentas de problemas ni la carga argumentativa puede estimarse razonablemente completa.

Con todo, si bien la Corte asume que el Congreso de la República debe fundar los tipos penales en bienes jurídicos, la carga argumentativa que le exige dista de ser suficiente en las líneas jurisprudenciales que se han tratado en este texto. Es necesario aclarar que elevar el listón de fundamentación no representaría un cambio jurisprudencial o un “giro de timón” decisonal que pueda calificarse como arbitrario, porque con ello sólo se está pidiendo al tribunal constitucional que haga valer, mediante la carga argumentativa correspondiente, las garantías que la Constitución establece.

Que se eleve la carga justificatoria al Congreso no es disminuir su libertad de configuración ni la intromisión de los jueces constitucionales en asuntos que deberían ser decididos en democracia. Esto solo es una reafirmación de los -ya viejos, pero siempre necesarios- principios liberales del Derecho penal- y una manera muy sutil de resistirse a los embates que está sufriendo el Estado de Derecho a manos de líderes carismáticos que, con innegable apoyo mayoritario, pretenden incubar un nuevo huevo de la serpiente.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alonso Álamo, M. (2009). Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXIX), (pp.65-105). Sin DOI.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de derecho penal*. Parte general. Ariel, Barcelona.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (1994). Sentencia C – 176. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-176-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (1994). Sentencia C – 221. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-221-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (1996). Sentencia C – 070. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-070-96.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (1998). Sentencia C – 404. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-404-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2002). Sentencia C – 420. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-420-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2002) Sentencia C – 689. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-689-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2002) Sentencia C – 939. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-939-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2006). Sentencia C – 355. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2008). Sentencia C – 115. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-115-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2009). Sentencia C – 636. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-636-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2011). Sentencia C – 574. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2012). Sentencia C – 241. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-241-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2012). Sentencia C – 491. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-491-12.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011). Sentencia 17 de agosto. Rad. 35978. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2014). Sentencia 12 de noviembre. Rad. 42617. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2016). Sentencia 9 de marzo. Rad. 41760. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), (pp. 15–53) <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L. (2013). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 8 (79), (pp. 100–114). <https://doi.org/10.17230/nfp.8.79.4>
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gallego García, G. M. (1997). Bien jurídico y Constitución. Los derechos fundamentales como fundamento y límite del ius puniendi estatal. *En Nueva interpretación constitucional*. Díké.
- Hormazábal Malarée, H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile, Chile: Conosur.
- Huerta Ochoa, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 36(108), (pp. 927-950).
- Lopera Mesa, G. P. (2023). *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Palestra.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Trotta.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 443-458). Marcial Pons Jurídicas y Sociales.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político- criminales del Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- _____. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15), 1-27. Sin DOI
- Scalcon, R. (2017). Breves reflexiones sobre la racionalidad del proceso legislativo y su impacto en la presunción y en el control de constitucionalidad de la ley penal. *Nuevo Foro Penal*, 13(89). <https://doi.org/10.17230/nfp13.89.2>
- Sotomayor Acosta, J.O. & Gómez Gómez, D. (2020). *Fundamento constitucional del principio de lesividad: Consecuencias para el legislador y el juez*. En: Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario (pp. 431-441). Editorial Reus.

CAPÍTULO II:

LA VIGENCIA DEL
PENSAMIENTO DE CLAUS
ROXIN EN LA DOGMÁTICA
PENAL CONTEMPORÁNEA

TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA Y LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

THEORY OF INDIRECT AUTHORSHIP AND CORRUPTION CRIMES

Autora:

Dra. Patricia A. Cozzo Villafañe³⁸

RESUMEN

La figura de la autoría mediata surge, en principio, por la necesidad de llenar vacíos en el Derecho penal alemán como consecuencia de una visión restrictiva del concepto de autor, por lo que esta figura fue desarrollándose de forma paulatina; más allá de los derroteros conceptuales y doctrinales, se evidenció como una construcción jurídicamente viable para determinar la responsabilidad penal de los mandos en el régimen nazi, a través de la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. En este sentido, la referencia que de ella se hace dentro del ordenamiento jurídico argentino se evidencia en el artículo 45 del actual Código Penal, que recoge la teoría clásica de la responsabilidad penal, mientras que Roxin sostiene que es autor quien realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento. Con ello, esta teoría, planteada en principio por Claus Roxin, se aplica ante la necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de las diversas cadenas de mando de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de crímenes.

Palabras clave: autoría mediata; aparato organizado de poder; corrupción.

³⁸Patricia A. Cozzo Villafañe. Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas con tesis en Derecho Penal Tributario. Especialista en Tributación Local por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Diplomada en Gestión de Políticas Públicas Provinciales. Secretaria del Instituto de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de Morón. Miembro del Observatorio de Derecho Penal Tributario de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Coordinadora editorial de la Revista Argentina de Derecho Público (Editorial IJ International Legal Group). Autora de libros en autoría, coautoría y tratados colectivos (Editorial Olejnik). ORCID: 0000-0002-2558-0051.

ABSTRACT

The figure of indirect authorship arose, in principle, from the need to fill gaps in German criminal law as a result of a restrictive view of the concept of author. Therefore, this figure was gradually developed, since beyond the conceptual and doctrinal paths, it was evidenced as a legally viable construction to determine the criminal responsibility of mediators in the Nazi regime, through the theory of indirect authorship in organized power apparatuses. In this sense, the reference made to it within the provisions of the Argentine legal system is evidenced in Article 45 of the current Penal Code, which speaks about the classical theory of criminal responsibility, while Roxin states that an author is someone who carries out the punishable conduct using another as an instrument. With this, this theory, initially proposed by Claus Roxin, is applied as a need to address problems such as determining the criminal responsibility of the various chains of management command in a hierarchical and organized structure for the commission of crimes.

Keywords: *indirect authorship; organized power apparatus; corruption.*

INTRODUCCIÓN

La teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder fue esbozada por Claus Roxin (2016) en un artículo de comienzos de la década de 1960, a propósito del proceso penal seguido contra Adolf Eichmann. En un primer momento, la propuesta tuvo escasa acogida, pues la Alemania de la posguerra procuraba dejar atrás su pasado nacionalsocialista y mostraba reticencia a revisar judicialmente las responsabilidades de quienes habían dirigido el aparato estatal del Tercer Reich.

Esa recepción cambió con el paso del tiempo. Tras la caída del Muro de Berlín (1989) y la reunificación alemana (1990), la doctrina encontró un nuevo terreno de aplicación. En 1994, el Tribunal Supremo Federal alemán recurrió a ella para condenar a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por la muerte de quienes intentaron cruzar el Muro durante la Guerra Fría, pese a que los disparos provenían materialmente de los guardias fronterizos, que se limitaban a obedecer las órdenes de sus superiores. El caso mostró con claridad la utilidad de una categoría capaz de alcanzar al hombre de atrás, esto es, a quien controla el aparato de poder sin ejecutar el hecho de propia mano.

En América Latina, esta doctrina resultó decisiva para juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos por las dictaduras militares que ocuparon la región y coordinaron sus aparatos represivos a

través del Plan Cóndor. Sobre ella edificó su alegato el fiscal Julio César Strassera (1985) en el juicio a las juntas militares argentinas, y a ella recurrió la justicia federal de La Plata al momento de juzgar tales crímenes, en una línea jurisprudencial que se prolonga hasta el presente.

Ahora bien, la potencia explicativa de la autoría mediata no se agota en la criminalidad de Estado. En las últimas décadas, la categoría ha desbordado ese ámbito originario para proyectarse sobre la criminalidad organizada y, de manera particular, sobre los delitos de corrupción cometidos desde estructuras estatales o empresariales jerárquicamente organizadas. En estos contextos, el dirigente que diseña y ordena la maniobra delictiva rara vez interviene de propia mano en su ejecución, lo que vuelve insuficientes las categorías clásicas de autoría y participación y reclama herramientas dogmáticas como las que ofrece Roxin (2006).

El presente capítulo se propone examinar esa proyección. Para ello, describe los fundamentos y requisitos de la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, la distingue de la responsabilidad de carácter objetivo, con la que no debe confundirse, y analiza su aplicación a los delitos de corrupción, con especial atención al modo en que permite atribuir responsabilidad penal a quienes dirigen la organización sin ejecutar materialmente el hecho. Conviene, pues, comenzar por precisar qué sostiene la teoría de la autoría mediata y en qué se diferencia de la responsabilidad de carácter objetivo.

I. Esbozo de la teoría mediata de Claus Roxin

Esta teoría fue esbozada por el profesor Claus Roxin (2016) a propósito del proceso penal que se seguía contra Adolf Eichmann, quien fue secuestrado en Argentina por un grupo comando y trasladado al Estado de Israel, donde fue juzgado y condenado en Jerusalén en 1961. Roxin siguió defendiendo su postura, a la que se alinearon Juan Bustos Ramírez y Enrique Bacigalupo (Ambos, 2008).

De acuerdo con esta postura, la autoría mediata se produce cuando, sobre la base de órdenes emanadas del Estado, agentes estatales cometen delitos como, por ejemplo, diversos crímenes de lesa humanidad: desaparición forzada de personas, secuestros y torturas. Serán igualmente autores, en calidad de autores mediatos, quienes dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso tanta responsabilidad como los ejecutores directos o materiales.

De acuerdo con el esbozo del profesor Roxin (2016), y al tratarse de una organización criminal de estas características, la realización del delito en modo alguno depende de los ejecutores materiales o directos. Estos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás (el “autor de escritorio”, como lo llaman en Alemania) alcance el resultado, ya que es este quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados (Velázquez, 2009).

Es decir, el hombre de atrás mantiene el dominio del hecho. Si el encargado de la ejecución del delito se resistiera a llevarla a cabo, ello no conlleva el fracaso de la actividad delictiva, y esto la diferencia de la instigación, porque de inmediato otro ocuparía su lugar y ejecutaría el delito, sin que necesariamente el hombre de atrás conozca que hubo un cambio del autor o ejecutor inmediato. El hombre de atrás controla el resultado típico a través del aparato organizado de poder, sin tener en consideración a la persona que, como ejecutor, entra en escena más o menos casualmente.

El hombre del escritorio tiene el “dominio” propiamente dicho y, por lo tanto, es autor mediato. El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos constituye, entonces, una tercera forma de autoría mediata: la del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, formulada por Roxin (2016). Al fundarse en el poder organizacional del Estado, los autores son fungibles y pueden ser sustituidos.

Quien se encuentra en esas organizaciones y tiene la potestad de impartir órdenes a personal subalterno puede llegar a ser autor mediato, sea que lo haga a instancias de un superior jerárquico o por propia iniciativa.

II. Requisitos de la autoría mediata

Son dos los requisitos que se exigen para la existencia de autoría mediata en este tipo de delitos:

- a) la existencia de un aparato organizado de poder con estructura vertical, por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical); y
- b) la fungibilidad del ejecutor.

En la autoría mediata es necesario que el autor cuente con poder dentro de la organización para hacer descender su orden y lograr que esta sea cumplida. Ello puede suceder no solo dentro del ámbito

estatal, como ocurrió en la Alemania nazi o en las dictaduras latinoamericanas, sino en cualquier organización no necesariamente estatal, como, por ejemplo, dentro de una organización mafiosa.

Esta teoría fue muy importante en Alemania: sobre su base, el Tribunal Supremo Federal alemán logró condenar a tres miembros del Consejo Nacional de Defensa. También lo fue en Argentina, ya que el fiscal Julio César Strassera (1985) fundó en ella su alegato contra las Juntas Militares ante la Cámara Federal de Buenos Aires, y fue la que utilizó el Tribunal Oral Federal Nro. 1 de La Plata en los juicios de lesa humanidad. En la sentencia de la Causa 13/84, la Cámara Federal (1985) tuvo por probado lo siguiente:

Se demostró en el juicio que los imputados construyeron un aparato de poder paralelo al formal, basado sobre la estructura militar ya montada de antemano, y ordenaron a través de la cadena de mandos tanto de las fuerzas militares como de seguridad del Estado, pasar a actuar en la ilegalidad sirviéndose de ese aparato clandestino; no sólo eso, garantizaron a los cuadros no interferir en su accionar, y lo más importante, les aseguraron la impunidad de su actuación por todos los medios a su alcance (propaganda, distracción, negación a brindar información, montajes, etc.).

No obstante, el tribunal se encontraba dividido, ya que había quienes propugnaban la calificación de cómplices necesarios. En Perú, al presidente Fujimori le fue aplicada la teoría de Claus Roxin (2006), recurriendo a la figura del terrorismo de Estado o terrorismo común, con referencia al crimen organizado desde el aparato estatal.

III. Elaboración dogmática de la autoría y la responsabilidad

Se trataba de una nueva postura de carácter dogmático en lo que hace a la autoría y la responsabilidad, ya que permite exigir responsabilidades a los dictadores y criminales de lesa humanidad del pasado.

La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así en un instrumento jurídico idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según el cual autor solo es quien realiza o interviene directamente en la ejecución del delito. Con este concepto, no cabe duda de que

quedan fuera del ámbito de la autoría quienes preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa, para esta concepción de la autoría, que estos sujetos queden impunes o se beneficien de una menor punibilidad, pues, como en muchos otros códigos penales, también en el artículo 45 del Código Penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor (al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual) y al cooperador necesario, es decir, a quienes cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que, finalmente, tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias (Ambos, 1998).

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena tanto el inductor como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que quien ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención en la realización de un delito que tienen distinta naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesorio, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, quien incluso puede cometer un delito distinto, de mayor o menor gravedad que aquel al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo.

Por otra parte, muchos de los casos llamados de “inducción” no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables (generalmente inimputables, niños o enfermos mentales), pero también de personas que actúan correctamente sin saber que están cometiendo un delito (Márquez, 2009). Es evidente que en estos casos hay más que inducción, y que quien verdaderamente controla la realización del delito, pese a que su intervención es indirecta, es el verdadero autor del hecho reprochable.

Algo bastante parecido sucede con la cooperación necesaria, porque, si bien en cierta manera depende de la voluntad del ejecutor, debe tenerse en cuenta que sin esa cooperación el delito no hubiera podido llevarse adelante. Sin embargo, existen juristas que han realizado críticas a la teoría del autor mediato, como por ejemplo Zaffaroni (1988), quien al respecto formuló la siguiente manifestación:

Suelen derivarse de su mismo nombre. En efecto: pareciera ser que el autor mediato supone la existencia de un autor inmediato, lo que no es cierto, puesto que hay casos en que el determinado actúa sin dolo. Tal es el caso de la enfermera que aplica una inyección mortal que

el médico le suministra dolosamente. En ese caso es evidente que no hay ningún autor inmediato o directo que complemente al autor mediato. Debe quedar en claro, pues, que la autoría mediata no supone ninguna autoría directa o inmediata, no siendo ese ningún rasgo distintivo, sino una simple característica accidental o eventual. (p. 320)

Ahora bien, la tesis de Roxin ha sido aplicada por los tribunales de justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los jefes militares y altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (comandantes y jefes militares en la dictadura argentina, o el presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a quienes, cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta “selección” de los acusados, limitando la acusación solo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del jefe o jefes y de sus principales colaboradores una especie de “chivo expiatorio” que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos (grados intermedios), que fue lo que sucedió en Argentina con las leyes de obediencia debida y punto final.

IV. Aparatos de poder organizados

Los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder son crímenes, en expresión de Carlos Nino (1997), de “múltiples manos”, y es muy difícil, por no decir imposible, depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en el macroproceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero, a cambio de seleccionar y acusar solo a uno o a unos pocos como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente.

Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y, desde luego, no se atiene estrictamente a lo propugnado por Roxin (2016), quien, como ya hemos visto, califica de “autores mediatos” no solo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros

intermedios que, como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica, aunque solo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de dónde poner el límite y de si, entre los distintos miembros del aparato de poder, cabe diferenciar distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los campos de concentración y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí ocurría; pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y, si se les exige, ¿habría que considerarlos también autores mediatos, sobre la base de que eran miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho? ¿Y los conductores de los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los campos de concentración? ¿Y los vigilantes de estos?

Debemos tener presente que los pilares de la teoría se basan en el instrumento que usa el hombre de atrás para lograr sus fines y en la certeza de que, mediante su utilización, alcanzará el resultado que persigue; es decir, tiene certeza en cuanto a los resultados, ya que, en caso de que la persona intermedia no quiera actuar, sabe que es fungible y que puede utilizar a otras personas para lograr su cometido.

Existe otra forma básica de autoría mediata: la que ocurre en presencia de hechos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos semejantes. En este caso, dichas organizaciones deben caracterizarse no solo por tener un carácter independiente del cambio de los miembros concretos (como la fungibilidad), sino que, además, han de estar encaminadas a la realización de los fines del aparato en su conjunto, de manera contraria al ordenamiento jurídico estatal. Según Roxin (2016), debe tratarse de un “Estado dentro de un Estado”.

No obstante, deberá hacerse un análisis del caso concreto que evidencie si realmente existe una organización estructurada de poder con todos los rasgos estudiados, poniendo especialmente de manifiesto que la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. Se habla, así, de una organización paraestatal que actúa de espaldas al principio de legalidad.

V. Criminalidad organizada

Estas cuestiones tuvieron una rápida acogida dentro de la Unión Europea, principalmente en Italia, donde se hablaba de los crímenes de la mafia o cosa nostra. En Portugal, en cambio, se entiende que se trata de delincuencia financiera, motivo por el cual tuvo excelente recepción la figura del compliance y la evaluación de riesgos. En Alemania se asocia al lavado de dinero y la corrupción, mientras que en España al terrorismo.

Pero lo cierto es que se comienza a hablar de estos grupos organizados cuando, en 1970, se sanciona en los Estados Unidos la Ley RICO, que apunta al poder de corrupción de ese dinero. Es decir, podemos afirmar que esta ley se refiere al crimen empresarial ligado a maniobras extorsivas. Por ese motivo, el nombre de “criminalidad organizada” comenzó a usarse en la legislación y en la jurisprudencia.

Ahora bien, tomando en cuenta los métodos que se utilizan, no es lo mismo el crimen organizado ligado a la extorsión, que pretende mantener el secreto respecto de sus actividades, que el terrorismo de izquierda que ganó el escenario durante la Guerra Fría, el cual buscaba que sus acciones fueran públicas a fin de infundir terror en la población.

Podemos afirmar, además, que este discurso no es nuevo, ya que hace alrededor de treinta años se suscribieron tratados internacionales como el de Ámsterdam, en el ámbito de la Unión Europea, y, posteriormente, las convenciones de Viena y de Palermo.

Estos convenios buscan la armonización de las legislaciones penales a efectos de evitar los problemas o lagunas que pueden surgir al momento de tramitar un incidente de extradición, ya que, en el marco de los convenios de cooperación, debe lograrse la incriminación en ambos Estados.

A efectos de establecer una mejor política criminal, se hace necesario distinguir la criminalidad organizada de la criminalidad empresarial, la corrupción de funcionarios y el terrorismo. Partiendo de estas premisas, es posible tener una visión de cómo actúa cada una de ellas, de modo que desde el Estado pueda delinearse una política pública que conciba la política criminal como política de Estado.

Entonces, se debe acudir precisamente a las definiciones internacionales, con el objeto de ir armonizando los ordenamientos y de entendernos en materia de cooperación, habida cuenta de que la caída del Muro de Berlín dio por finalizada la Guerra Fría y colocó a los Estados Unidos al frente del escenario internacional, a la vez que comenzó a haber un gran flujo de capitales, en atención a que la globalización transformó el escenario mundial.

Dentro de la delincuencia organizada, en Europa se busca, a través del Tratado de la Unión Europea, fortalecer la cooperación (el llamado tercer pilar), así como combatir las maniobras que tienden a erosionar las bases imponibles (BEPS): delitos de evasión impositiva, entre otros. En lo que hace al tráfico de drogas, se busca armonizar las legislaciones de los distintos países para lograr una mejor cooperación internacional.

La Unión Europea mostró una gran preocupación por el terrorismo y por otros acontecimientos sucedidos durante la Guerra Fría (atentados de organizaciones de izquierda o de grupos fundamentalistas religiosos) en un nuevo escenario de batallas culturales.

Por otro lado, la Unión Europea, concretamente en el ámbito de Europol, ha elaborado once criterios para determinar la existencia de criminalidad organizada. Son los siguientes:

1. Colaboración de dos o más personas.
2. Distribución de tareas entre ellas.
3. Permanencia.
4. Control interno.
5. Sospecha de la comisión de un delito grave.
6. Actividad internacional.
7. Violencia.
8. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
9. Blanqueo de dinero.
10. Presión sobre el poder público.
11. Ánimo de lucro.

Se considera que deben existir varias de estas características para que nos hallemos frente a un caso sospechoso, pero hoy en día se entrecruzan, porque las organizaciones políticas también persiguen fines de lucro, o el crimen organizado busca aliarse con la política a efectos de lograr su impunidad.

Para América Latina existe una especificidad con sus propios espacios, como el caso de las FARC y otras fuerzas irregulares colombianas, para muchos etiquetadas como terroristas, o la situación de Sendero Luminoso en el Perú. No es extraño señalar que, como forma de delincuencia organizada tras

un aparato organizado de poder, deben mirarse los casos resueltos por la justicia penal contra las llamadas Juntas Militares (dictadura militar argentina), el juzgamiento de Abimael Guzmán, ideólogo de Sendero Luminoso en el Perú, o el juicio al expresidente Alberto Fujimori.

VI. Imputación objetiva

En Argentina, la jurisprudencia avanzó, para ciertos delitos contra la administración pública, utilizando el criterio de la imputación objetiva, y sobre esta base pudo encarcelar a superiores jerárquicos que antes quedaban sin penalidad alguna, ya que muchas veces aprovechaban las lagunas existentes en el Derecho o las normas jurídicas poco claras para salir indemnes. En los casos en que nos hallamos frente a un funcionario o servidor público se invierte la carga de la prueba, ya que nos encontramos ante delitos de infracción de deber y se parte de la presunción de que se abusa del poder en beneficio propio o de un tercero.

En estos casos existen personas que deben garantizar el cumplimiento de un deber y pueden llegar a ser responsables en este tipo de imputaciones. Según Roxin (2016), se trata de delitos de infracción de deber en los que no todos los intervinientes resultan alcanzados, pero en los que pesa sobre el funcionario el deber de resguardar el bien jurídico (Pariona, 2009).

Esta responsabilidad penal fue la que se utilizó en la causa Lava Jato. Es decir, la responsabilidad se funda en el riesgo creado y en que el autor (el funcionario que tenía conocimiento de la corporación) debía saberlo o conocerlo, lo que nos conduce a la llamada responsabilidad de carácter objetivo.

Existen quienes estiman que en Argentina se apoyaron en la teoría de Jakobs (Jakobs & Cancio Meliá, 2003) para atribuir responsabilidad en la llamada causa Vialidad, donde el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N.º 2 (2022) empleó estas palabras:

Así, la identificación de deberes en cabeza de cada uno de los individuos condenados (además de la confirmación de la imputación objetiva del resultado típico a las conductas reprochadas, violatorias de esos deberes) ha sido determinante de nuestra decisión y su fundamentación jurídica. Entonces, la autoría atribuida a las personas condenadas no se explica en base al dominio del hecho a propósito de sus acciones, sino en función de la identificación de las conductas individuales de quienes reunían la calidad especial requerida por el tipo y que, con sus comportamientos violatorios de los deberes especiales a su cargo, crearon un riesgo no

permitido sirviendo a la causación acumulativa de la lesión al bien jurídico protegido, los fondos del tesoro nacional. Contrario sensu, aquellas conductas peligrosas y finalmente lesivas que fueron realizadas por un imputado no cualificado en particular (extraneus), identificadas y probadas en mérito del debate, acabaron siendo reprochadas al agente en función del instituto de la participación criminal. Concretamente, nos referimos a Lázaro Antonio Báez...

En el presente caso se debió forzar la doctrina, toda vez que la responsabilidad corresponde a quien ejecuta el presupuesto y no a la presidenta de la Nación, siendo aquel el jefe de Gabinete de Ministros, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Nacional (Del Carpio, 2009).

El intento de favorecer al empresario Lázaro Báez no es más que una conjetura, ya que en todas las provincias las obras públicas las realizan empresas del lugar, debido a los altos costos que implica el traslado de una empresa foránea con toda la maquinaria. Esa convicción íntima se basa en la libre discrecionalidad judicial, sin que exista medio de prueba que la sustente.

Esta responsabilidad objetiva no es suficiente, ya que debe establecerse la relación causal existente entre el dolo y la responsabilidad del agente.

La responsabilidad mediata en delitos de carácter complejo muchas veces termina siendo una cáscara vacía en el centro de estas construcciones teóricas, en las que, en numerosas ocasiones, como la presente, debe forzarse la dogmática a efectos de poder imputar a quienes estaban en la cúspide del poder; pero ello debe ir acompañado de otro tipo de pruebas.

VII. Derecho penal del enemigo

Debemos ser muy cuidadosos de no dejarnos llevar por el afán de perseguir a la delincuencia organizada y dar paso, de esta manera, al llamado “derecho penal del enemigo” o, en su defecto, al “derecho procesal del enemigo”.

La pena es una violencia más que se añade al delito; es el modo en que una comunidad organizada avanza contra un individuo (Gutman & Rieff, 2003).

Los ciudadanos deben contar con herramientas para protegerse del poder punitivo estatal, que se expande por todos los ámbitos como un “Leviatán”. Se trata de una situación muy difícil y compleja, habida cuenta de lo que vimos en los últimos tiempos a través de operativos como el del caso “Metástasis” en Ecuador, donde se evidenció cómo personas en cargos clave de la función pública tenían en sus

agendas telefónicas contactos con integrantes del crimen organizado o de alguna de las tantas pandillas existentes en esos países.

En el otro extremo nos encontramos con la consolidación de un discurso de la emergencia y la clara propuesta de un derecho penal del enemigo. Aunque ese derecho penal de la emergencia (que se traduce en una propuesta de derecho penal máximo, con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales) se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publicaciones del profesor de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs (Jakobs & Cancio Meliá, 2003), quien nos advierte que esta construcción de un derecho penal del enemigo es la negación de un derecho penal del ciudadano.

La sociedad de la posmodernidad ha ido creando la figura del enemigo como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho porque, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda de que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada transnacional), abandona el Derecho de manera irreversible, pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente, con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del ciudadano (sujeto normal) al enemigo (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad delictiva, hasta integrarse a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura pasa a formar parte.

Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad, debería surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado derecho penal del enemigo, pero que a lo largo de la historia hemos conocido como el derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos. El profesor Raúl Zaffaroni (2011) hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de peligrosidad como argumento legítimo de los Estados de policía antimodernos, y sobre las posiciones extremas del nacionalsocialismo alemán, más graves que las del fascismo, basadas en la “comunidad del pueblo”, fundada sobre la comunidad de sangre y suelo y sostenida por el mito de la raza: las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de elementos genéticos considerados inferiores (Cozzo Villafañe, s. f.).

Por ello, la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado un ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados a los jefes del partido y a los funcionarios; en 1936 se

penaron las relaciones sexuales y los matrimonios interraciales. Se diferenciaron, además, las penas de muerte: fusilamiento para los militares, decapitación con hacha para los delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos, que eran juzgados por tribunales especiales (el Tribunal del Pueblo, establecido en 1934).

En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2.º del StGB (Código Penal alemán), mediante el siguiente texto: es punible quien comete un acto declarado punible por la ley o que, conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merezca ser penado.

Con independencia de lo expuesto, en la actualidad vemos que existen mensajes de odio por redes sociales y que, sobre esa base, se construyen nuevas políticas criminales que apelan al miedo de las poblaciones frente a los nuevos formatos delictivos y a las nuevas tecnologías o TIC, las cuales, si bien aportan herramientas de lucha en el marco de las ciudades inteligentes, también generan datos abiertos que pueden ser utilizados por la delincuencia organizada, lo que nos obliga a pensar en herramientas innovadoras.

Cabe señalar que el derecho penal del enemigo no constituye una ideología, sino un modo de llevar adelante la “política”: marca una dirección de acciones políticas y un modo de establecer distintas estrategias, careciendo en sí mismo de un matiz ideológico definido.

Estas tendencias son muy peligrosas porque se alejan de lo institucional y, muchas veces, ante la falta de respuesta del Estado, buscan una justicia paralela. Esto se moldea a través de las comunicaciones, que explotan lo simbólico en todo lo referente a las penas y los castigos (Cigüela Sola, 2020). Se forja, además, mediante el uso de los medios digitales, y puede afirmarse que estos discursos desconocen la historia de la criminalidad y que pretenden, a su vez, erradicarla en su totalidad. Es decir, colocan al crimen en el centro de la escena y buscan la polarización.

Puede observarse incluso que existen programas en los que personas con opiniones diversas debaten estas cuestiones y en los que, a propósito de un tema de actualidad, se origina un verdadero reality show. Por medio de estos métodos se logra una visión muy simple que apela a las emociones en lo que a la realidad cotidiana se refiere, y se coloca la voz del pueblo (o de la víctima) en el centro de la escena.

Se busca no solo combatir al delincuente, sino incluso al abogado que ejerce las defensas penales, presentado como el culpable de todos los males sociales, al punto de que muchas veces algunos abogados

que realizan defensas penales son maltratados en el ejercicio de su profesión en los medios de comunicación (Huertas & Torres, 2012).

El delincuente es mostrado como aquel que no puede ser reinserido en la sociedad ni en el sistema. Se busca establecer políticas de mano dura y, de este modo, aumentar las escalas penales para muchos delitos, presentando el encarcelamiento como la única solución.

Surge así la llamada “justicia paralela”, que se expresa a través de las redes sociales y la prensa digital, y por medio de la cual se busca el linchamiento y el hostigamiento de determinadas personas o colectivos sociales que son criminalizados.

Estas políticas no buscan el consenso, sino el antagonismo entre diferentes grupos sociales: el pueblo o ciudadanos de a pie frente a los antagonistas o “enemigos del pueblo”. Estos últimos son señalados como culpables del malestar social y, por lo tanto, se busca excluirlos y no incluirlos. Tales sistemas marginan a las instituciones, los procesos formales son calificados de elitistas y se promueve la manifestación social espontánea o de “autoconvocados”. La penalidad pasa a ser, así, un instrumento, y los antagonistas son considerados peligrosos (Alexander, 2014).

Muchas veces cabe preguntarse quiénes alientan estas discusiones: ¿los colectivos de víctimas, los grupos de activistas o los partidos políticos que explotan estos miedos para capitalizarlos electoralmente? Es difícil saber cuál es el origen de estas políticas, pues esta visión cambia en función de la sociedad y del tiempo en que sucede. Existen, por tanto, diferentes posturas, tanto en lo espacial como en lo temporal.

VIII. Gestión de la información y la criminología

Esta es una forma de gestionar la información que también se conoce como “criminología mediática”, concepto desarrollado por Zaffaroni (2011). Hoy en día existe un consenso social derivado de la ineficacia en el combate del crimen organizado, y este es un campo fértil para que ciertos grupos políticos lleven adelante sus propuestas: para ello toman en cuenta la tendencia social y formulan su oferta de acuerdo con lo que desea la mayoría de la ciudadanía.

De esta manera se explota el miedo social a efectos de obtener beneficios de carácter electoral. A través de estas herramientas se busca reunir consensos morales y ganar así la aprobación de los ciudadanos insatisfechos con los órganos del Estado que no logran darles una respuesta (Ferrajoli, 2011).

Poco a poco, los políticos buscan utilizar esta tendencia y construyen sus propuestas en materia de seguridad, al punto de que esta vía atraviesa las diferentes capas sociales y, debido a esa porosidad, termina por convertirse en una nueva política criminal.

La puerta de entrada fue la gran disconformidad con las democracias representativas, que no lograron la igualdad social y abrieron paso al populismo, debido al resentimiento que anida en la población de base, que siente que las políticas la olvidaron.

Es en este contexto donde nace el populismo mediático, ya que las masas se encuentran insatisfechas, y los antiguos populismos son desplazados por una nueva forma de populismo. Ello hace que desaparezcan los derechos humanos del discurso, aunque no por ello los Estados los desconozcan o dejen de salvaguardarlos. Es un populismo de consumo, huidizo y amorfo, levantado sobre razonamientos engañosos (Cigüela Sola, 2020).

Estas técnicas degradan el lenguaje hasta el punto de dotar de aparente solidez a determinados “juicios de valor”, que parecen verdad. Se trata de un lenguaje simbólico, basado en el miedo de las personas y de las sociedades, que entran en pánico colectivo; sobre esa base se construye un discurso sofisticado. Se tiende a crear un enemigo común: el enemigo del pueblo.

Existen grandes corporaciones que manejan medios masivos de comunicación y que, a partir de allí, instalan los discursos hegemónicos que hacen aumentar el rating y las audiencias de forma masiva; ello redundaría en oportunidades en un mundo globalizado y con excesiva información, manejada por grandes corporaciones que incluso buscan disputar el poder a los Estados y que muchas veces reúnen más información que numerosas agencias.

En este discurso existen los buenos y los malos. Para librarse de los males que acarrearán estos últimos, hay que eliminarlos o marginarlos (el “paria urbano” de Wacquant, 2001). Este nivel de miedo crea tal incertidumbre que colisiona con las libertades de los ciudadanos garantizadas por los derechos fundamentales: sienten miedo, sensación de caos, se sienten amenazados, al punto de optar por desconectarse tanto de los medios tradicionales como de las redes sociales, para ver si de esa forma dejan de recibir información caótica y recuperan la tranquilidad perdida.

IX. Polarización

Muchas veces estas posturas se muestran como irreconciliables. Esta polarización suele denominarse “la guerra cultural”: en ella existen concepciones de valores incompatibles entre sí, referidas a temas como la eutanasia o el aborto. Estas diferencias se plantean como antagonismos (por ejemplo, globalizadores contra nacionalistas, conservadores contra liberales, conservadores contra progresistas), como han señalado Ferré Olivé et al. (2010) y Garland (2005). Aquí no se busca alcanzar un consenso, sino imponer el propio punto de vista y, de este modo, se fomenta la enemistad.

Dentro de este contexto, el derecho penal queda inmerso en la contienda. Surgen así diferentes propuestas que se incluyen en las agendas. Los distintos movimientos populistas tildan al grupo antagónico de fascista, traidor, terrorista o franquista; por medio de esa descalificación se estigmatiza al adversario.

De esta manera, también se utiliza el nombre de las víctimas para identificar las normas penales, que pasan a ser “operacionales” y quedan conectadas a determinados eslóganes. Esto, en materia penal, puede apreciarse en el uso, por ejemplo, de atenuantes como la extrema pobreza o el tener hijos a cargo. Tales eslóganes apelan al sentido común de la población.

Dentro de estas construcciones colectivas, donde conviven las guerras culturales, el uso de eslóganes, la polarización y la explotación de pánicos morales, los populismos buscan obtener la soberanía punitiva dejando de lado al Estado, pues, según argumentan, este fue incapaz de brindar respuestas; ello es muy peligroso, ya que puede desembocar en situaciones de extrema violencia (Hassemer, 1990). Esta construcción es similar a otras que buscan un chivo expiatorio apelando a la culpa, como, por ejemplo, en el relato de Gabriel García Márquez *La increíble y triste historia de la cándida Eréndira y de su abuela desalmada* (García Márquez, 1972).

Es en este contexto en el que emerge una justicia paralela, como pueden ser los linchamientos populares. Esta justicia paralela no es lo mismo que un modo alternativo de resolución de conflictos, la justicia restaurativa o el juicio por jurados: son actos de justicia paralela que se presentan como necesarios y que incluso cuestionan al Estado por no atender a las necesidades reales de las personas.

CONCLUSIÓN

No caben dudas de que el legado de Roxin (2016) en materia de derechos humanos es muy importante, ya que, gracias a su esbozo y a su teoría, pudo llevarse adelante el juicio a las Juntas Militares y encarcelar a la cúpula, así como a los nazis que fueron capturados. Si bien es cierto que no todos los doctrinarios piensan de la misma forma (y en medio de los ambientes de confusión que se crean en la actualidad mediante las “guerras de jueces”, las denuncias de lawfare y los cuestionamientos al juicio por corrupción en la obra pública), debe tenerse presente que en nuestro país aún no se ha producido cambio legislativo alguno en cuestiones como el régimen de la prueba o la resolución, por los propios jueces, de su recusación.

Tampoco existieron cambios legislativos que permitan la aplicación de la responsabilidad objetiva, ya que nuestro sistema se funda en la culpa o el dolo y no en el riesgo creado; motivo por el cual sería conveniente emprender alguna reforma que permita perseguir a la criminalidad organizada transnacional y armonizar la legislación a fin de lograr la cooperación internacional.

REFERENCIAS

- Alexander, M. (2014). *El color de la justicia: la nueva segregación racial en EE. UU.* Capitán Swing.
- Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.* Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2008). *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?* Universidad Externado de Colombia.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. (1985). *Causa N.º 13/84 (“Juicio a las Juntas Militares”).* Sentencia del 9 de diciembre de 1985.
- Cigüela Sola, J. (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-12, 1-40.
- Cozzo Villafañe, P. (s. f.). Punitivismo mediático. *Revista Filocam.* Colegio de Abogados de Morón.
- Del Carpio, J. (2009). *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc.* Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional.* Trotta.

- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. Á. & Ramírez Barbosa, P. (2010). *Derecho penal colombiano: parte general*. Ibáñez.
- García Márquez, G. (1972). *La increíble y triste historia de la cándida Eréndira y de su abuela desalmada*. Editorial Sudamericana.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa.
- Gutman, R. & Rieff, D. (2003). *Crímenes de guerra: lo que debemos saber*. Random House Mondadori.
- Hassemer, W. (1990). *Fundamentos del derecho penal*. Bosch.
- Huertas, O. & Torres, H. (2012). *El principio de jurisdicción o justicia universal: instrumento jurídico para combatir la impunidad en delitos de extrema gravedad en el ámbito internacional*. Ibáñez.
- Jakobs, G. & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Márquez, Á. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal: formas de instrumentalización*. Gustavo Ibáñez.
- Nino, C. S. (1997). *Juicio al mal absoluto*. Emecé.
- Pariona, R. (2009). *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*. Grijley.
- Roxin, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), 11-22.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trans.). Marcial Pons.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N.º 2 de la Capital Federal. (2022). *Causa "Vialidad"*. Sentencia del 6 de diciembre de 2022.
- Velázquez, F. (2009). *Derecho penal: parte general*. Comlibros.
- Wacquant, L. (2001). *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Manantial.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Tratado de derecho penal*. Cárdenas.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Ediar.

Criminalidad económica, una mirada desde la vigencia de la obra de Claus Roxin

Economic crime, a look at the validity of Claus Roxin's work

Autora:

Mgs. Tania Muñoa Vidal³⁹

RESUMEN

El presente artículo de reflexión teórica analizó la vigencia del pensamiento del maestro alemán Claus Roxin, respecto a la construcción de un sistema jurídico penal enfocado en los problemas, especialmente en el fenómeno de la criminalidad económica. El objetivo general se determinó en el análisis sobre si las categorías del delito deben sistematizarse desde la perspectiva de la función político criminal. Con un enfoque cualitativo orientado por una estructura metodológica descriptiva, con métodos propios de la investigación jurídica dogmática, el estudio pretendió establecer un paralelismo entre los aportes dogmáticos del profesor y la realidad actual, focalizada sobre la criminalidad económica y los nuevos retos que supone la intervención penal legitimada en dichos conflictos. Los resultados destacan la necesidad de que la sistematización del Derecho penal se enfoque en criterios de política criminal como punto en común, a partir de una actividad jurídica científica. Lo que permitió concluir, que continúa siendo una necesidad para el Derecho penal, no renunciar a la dogmática, pero asumir de conjunto con ella, el problema político criminal, como consecuencia de una ciencia global suficiente para enfrentar y prevenir los nuevos desafíos de la criminalidad económica.

Palabras clave: Ciencia de la actividad jurídica, criminalidad económica, dogmática penal, política criminal.

³⁹ Profesora Titular, docente de grado y posgrado e investigadora de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador. Graduada de Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba (1993). Especialista de Posgrado en Derecho Penal (2007) por la Universidad de La Habana, Cuba; Magister en Derecho Penal (2022) por la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador. Máster en Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Fraude Fiscal y Compliance (2023) por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Doctorando de la Universidad de Santiago de Compostela, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4820-9666>. Email: taniamuoaavidal@yahoo.com y tmuoa@sangregorio.edu.ec.

ABSTRACT

This theoretical reflection article analyzed the validity of the thinking of German scholar Claus Roxin regarding the construction of a criminal law system focused on problems, especially the phenomenon of economic crime. The general objective was determined by analyzing whether the categories of crime should be systematized from the perspective of the criminal policy function. Using a qualitative approach guided by a descriptive methodological structure and using methods characteristic of dogmatic legal research, the study sought to establish a parallel between the professor's dogmatic contributions and current reality, focusing on economic crime and the new challenges posed by legitimate criminal intervention in such conflicts. The results highlight the need for the systematization of criminal law to focus on criminal policy criteria as a common point, based on a scientific legal activity. This led to the conclusion that it remains a necessity for criminal law not to renounce dogmatics, but to jointly address the criminal policy problem, as a consequence of a comprehensive science sufficient to confront and prevent the new challenges of economic crime.

Keywords: *Science of legal activity, economic crime, criminal dogmatics, criminal policy.*

INTRODUCCIÓN

El presente estudio en homenaje al maestro alemán Claus Roxin, tiene la finalidad de rescatar desde su obra, su idea de ciencia de la actividad jurídica, paradigmática para los estudiosos del Derecho penal, independientemente de las posiciones teóricas que se sostengan. La actividad jurídica como ciencia se ha vinculado en la medida del avance de la investigación a la criminalidad económica con una mirada específica en las conductas de blanqueo de dinero bajo la problemática definida en la interrogante: ¿Es necesario una unidad en el sistema de Derecho penal entre las categorías de la estructura de la teoría del delito y las finalidades político criminales para el enfrentamiento y prevención de la criminalidad económica? Se determinó como objetivo general para el diseño de la reflexión teórica, analizar si las categorías del delito deben sistematizarse desde la perspectiva de la función político criminal.

Para la consecución del objetivo se han consultado obras del profesor traducidas al castellano, resultando emblemático para el estudio, su pensamiento sobre la política criminal y el sistema de Derecho penal, contenido en la obra de igual nombre y que fuera traducida por su discípulo, el maestro español Muñoz Conde.

Por ello, bajo la línea temática de la convocatoria al IV Congreso de Derecho penal de la Red de Derecho de América Latina y el Caribe, en homenaje al Dr. Claus Roxin sobre “Corrupción, criminalidad económica y Derecho penal empresarial”, la presente contribución reflexiona desde la idea primaria y antecedente de la reflexión, en las funciones del Derecho penal, ancladas en un primer lugar a una posición de protección de bienes jurídicos, con un marcado carácter fragmentario.

En un segundo lugar, desde la idea previa de la función de motivación y de prevención, la primera más afiliada a la idea de la norma jurídico penal desde la concepción de un Derecho penal objetivo, y la segunda a la justificación de la pena como consecuencia jurídica penal, a través de sus fines, pero que de conjunto ubican dichas consideraciones previas, en el criterio de Roxin (2002), sobre una estructura preventiva general del tipo, fundada en el principio de legalidad y que expresan las reglas dirigidas a los ciudadanos.

Esta idea se refuerza desde las posiciones relativas a la relación entre dogmática y política criminal que son mencionadas por el propio maestro, en la que por una parte se estiman ambas de manera independiente, pues la dogmática, obedece al ser del Derecho y la política criminal al deber ser (Roxin, 1997). Sin embargo, ante esa posición, Roxin (2002), significa su criterio sobre que, sí existe una interrelación entre dogmática y política criminal, lo que justifica desde la necesidad de un sistema de Derecho penal, y en ese sentido Muñoz Conde, citando a Claus Roxin, manifiesta que dicha relación se establece hasta el punto de que las categorías de la teoría del delito “deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal” (Muñoz Conde, 2002, p.19).

Sobre ese pensamiento, la investigación desde valoraciones dogmáticas, enfocada en criterios de política criminal, es conectada con la criminalidad económica, específicamente con las conductas de blanqueo de dinero, como fenómeno que se desarrolla a nivel de urbe y que toma una dimensión macro, lo que también exige una atención prioritaria por partes de los estados, quienes otorgan relevancia a las conductas que implican una lesión a la economía nacional, con trascendencia a la economía mundial y con ello a la seguridad en su sentido más amplio.

METODOLOGÍA

La investigación jurídica dogmática con una perspectiva sistémica y teórica, se desarrolló desde un enfoque de tipo cualitativo, orientado por una estructura principalmente descriptiva, diseñada en la tipología de un artículo de reflexión teórica con interpretaciones críticas y conceptualizaciones epistemológicas que permitieron establecer un paralelismo entre los aportes dogmáticos del profesor Claus Roxin y la realidad actual, focalizada en la criminalidad económica, desde las conductas de blanqueo y los nuevos retos que supone la intervención penal legitimada en dichos conflictos.

Los métodos de investigación jurídica empleados se enuncian en el método de análisis teórico-jurídico, a partir del ámbito conceptual de toda la investigación; en el método analítico-jurídico, que permitió el análisis teórico del objeto de estudio perfilado a partir del carácter multidimensional y sistemático del Derecho penal y el método de análisis exegético-jurídico, que permitió el análisis deductivo de los textos normativos considerados.

La técnica de investigación sobresaliente fue la revisión bibliográfica, por la que se identificaron fuentes pertenecientes a la obra del maestro Claus Roxin, y que a su vez permitieron, bajo los criterios de selección e inclusión, el análisis de obras de otros autores que proporcionaron un contenido pertinente al objeto de estudio.

RESULTADOS

Hablar de una ciencia global, conlleva considerar un sistema de Derecho penal, Roxin es exponente de la necesidad de un sistema donde resulta imprescindible la vinculación jurídica y la finalidad político criminal, y para ello desde su obra realiza una crítica, que define como “objeción” (Roxin, 2002, p.36), al pensamiento de Von Liszt, relativo a que las cuestiones político-criminales no deben penetrar la dogmática (Roxin, 2002).

De ahí que se visualicen dos posiciones principales, que pueden estar matizadas desde el pensamiento filosófico y jurídico penal de muchos otros autores, uno relativo a que el pensamiento dogmático y político criminal pueden estar separados, donde se establece una relación entre el ser y el deberá ser, siendo el ser la dogmática jurídico penal y el deberá ser la política criminal por considerarse, es decir la “configuración deseable del Derecho como debía ser” (Roxin, 1997, p. 224), en esa relación,

la dogmática sería más un tema hermenéutico, mientras que la política criminal sería quien se ocuparía de “desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicos penales” (Roxin, 1997, p. 224).

Ante esa posición Roxin (1997), considera que es sumamente elevado el nivel en que se define dicha diferenciación, pues al tratarse de dogmática y política criminal, la aplicación del Derecho penal es mucho más que una aplicación lógica sobre la conclusión de lo normativamente definido por el tipo penal, sino que en ello está implícito las finalidades legislativas que se vinculan desde los procesos de desarrollo y sistematización de criterios políticos criminales y que luego se retoman en la interpretación para su aplicación.

Los criterios políticos criminales están presentes en todo el proceso de sistematización, desarrollo, interpretación y aplicación del Derecho penal. La política criminal se convierte en un puente entre los resultados de las investigaciones criminológicas y la dogmática jurídico penal, lo que define una sistematización bajo criterios políticos criminales para la luego interpretación y aplicación también argumentada sobre criterios políticos criminales. Pero lo anterior según Roxin (1997), no significa que la dogmática y la política criminal tengan una misma competencia, pues considera que ello sería concederle al juez función legislativa, y hasta infringiría el principio de legalidad.

El maestro alemán, defiende que la dogmática incluyendo la sistematización de la teoría del delito debe ejercer política criminal, pero en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación de la norma jurídica penal, la interpretación no es libérrima por tratarse de política criminal, sino que tendrá por límites el principio de legalidad, en cuanto a la interpretación literal del tipo y la finalidad del legislador.

La dogmática jurídico penal hace comprensible la exposición de sus postulados, por ejemplo, estructura los conocimientos que componen la teoría del delito (Roxin, 1997), en sus cuatro elementos comunes, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, cuyos elementos evolucionan a través de conceptos fundamentales, que fijan presupuestos básicos a través de diferentes etapas, principalmente definidas por los vínculos en el comportamiento entre sí, de la acción, del tipo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

El causalismo, con el primer esquema, propuesto por Von Liszt, entendió el delito partiendo de la acción, como causa directa o natural del daño producido, siendo relevante para la atribución de la responsabilidad, el nexo causal entre causa y resultado, considerando el delito como hecho de orden natural.

Es en este propio esquema se realiza por Beling la aportación de la teoría del tipo, en la que se destacan en la tipicidad dos elementos significativos, que es “objetivo” y “libre de valor (no valorativo)” (Roxin, 1997, p. 279), es decir el tipo objetivo carece de todo valor subjetivo, que en el esquema causalista quedan asignados a la culpabilidad.

El causalismo es la primera construcción sistemática del Derecho penal, que supera ideas que se inscriben en épocas de barbarie, muy primitivas para lo que luego sería el desarrollo del Derecho penal y aunque con críticas contundentes por su propio método de estudio sustentado en el silogismo lógico de ley como premisa mayor y hecho premisa menor para obtener ese daño proporcional causal y con ello justificar la intervención penal, la realidad es que le es atribuido de forma significativa el determinar al delito como ente jurídico descrito en una ley (Roxin, 1997).

Posteriormente contribuye a la decadencia de este esquema una nueva etapa denominada neoclásica y que somete a la duda que, la tipicidad solamente esté compuesta por elementos de tipo objetivo y que la culpabilidad se base solamente en elementos subjetivos.

El esquema finalista llega con un concepto de acción distinto, a través de la teoría final de la acción de Welzel, donde elementos volitivos y cognitivos toman parte del tipo, es decir la tipicidad se bifurca en objetiva y subjetiva, y la culpabilidad deja de subjetivarse y comienza a concebirse como normativa.

Es a partir de los anteriores rasgos generales, que principalmente se determina la evolución de la teoría del delito y con ella de las categorías dogmáticas que la componen, sobre las que Roxin (2002), concibe su sistematización y su desarrollo, bajo la función política-criminal, donde le asigna al tipo la realización del principio de legalidad, a la antijuridicidad se le asigna el espacio para las soluciones sociales, esas soluciones están enfocadas en la solución de la colisión entre “intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo” (p. 59), y la culpabilidad considera que debe incluir desde la dogmática “la función limitadora de la pena que representa el principio de culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial” (p.59).

La sistematización de la teoría del delito, bajo la asignación de fines políticos criminal e individualizado en la criminalidad económica, específicamente relativo a las conductas de blanqueo, partiendo del criterio de Abel Souto (2019), que estima sobre el blanqueo que es un “fenómeno en constante expansión, tanto en Iberoamérica como en el resto del mundo” (p. 237), trae varios puntos de discusión teórica, especialmente para el tipo.

El blanqueo de dinero parece ser uno de los fenómenos de mayor proliferación en la actualidad en tanto método cuya proyección internacional proporciona los medios y cauces necesarios para dotar de esa legalidad aparente que todo criminal busca para los frutos de sus ilícitas actividades y de esta forma poder aprovecharse de ellos consiguiendo ocultar su origen. La globalización, también en el ámbito delictivo, impulsa grandes tramas criminales que a su vez, crean complejos entramados dedicados exclusivamente al blanqueo o lavado de los activos derivados del delito. (Álvarez González, 2019, p. 483)

Empero el fenómeno ya macro que cala los sistemas financieros, las relaciones de mercado y en sentido general la economía mundial, realmente como fenómeno no es reciente, pues sus antecedentes son vinculados a la frase pecunia non olet, que se adjudica a los emperadores romanos Vespasiano y Tito (Abel Souto, 2011), sin embargo, en un momento más contemporáneo se vincula con la mafia norteamericana sobre la década del 20 del propio siglo XX, que creaban una red de lavandería destinadas a encubrir la procedencia del dinero obtenido de las actividades criminales y de donde se tiende a relacionar la denominación de lavado o blanqueo (Torres Dos Santos, 2019).

El precedente del delito de blanqueo en el marco jurídico internacional se ubica con el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 de Naciones Unidas, por el que se obliga a las partes a tipificar como delitos las operaciones financieras relacionadas con delitos de droga, obligación que luego se reitera en el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971. Sin embargo, ambos convenios lo que abarcan son los capitales destinados al tráfico de droga y no los procedentes de dicho tráfico. Es en la Convención de Naciones Unidas de 1988, que entró en vigor en 1990, donde se establece la obligación de los estados partes de castigar con sanciones penales el blanqueo proveniente del tráfico de droga como tipo penal (Abel Souto, 2002).

Las actividades de blanqueo, desde su tratamiento punitivo, por las codificaciones penales de los estados, no han denotado mucha autonomía legislativa, ni han sido guiadas por criterios de dogmática y político criminal propios, sino que la determinación de dichos tipos penales ha estado signada por políticas supranacionales.

Por lo anterior tanto dogmática como política criminal, han propiciado también a una expansión, no ya del fenómeno cada vez más necesario de prevenir y combatir, sino que siguiendo en este sentido la propia obra del profesor Abel Souto (2017), la expansión también se ha producido en el Derecho penal. Dicha expansión ha tenido como detonantes la formulación de tipos penales complejos, prohibitivos de

las conductas de blanqueo, caracterizados por una técnica legislativa sometida a crítica desde la academia, que en sentido general muestran una estructura como figuras mixtas alternativas, no excluyentes, sino equivalentes, con una multiplicidad de verbos, que recaban una especial atención en su interpretación como verbos rectores.

Otro aspecto, lo constituye el origen de los bienes susceptibles a las conductas de blanqueo, como actividad delictiva precedente, o como origen ilícito, ampliándose el análisis a supuestos en que un mismo sujeto realiza el acto previo del posterior blanqueo, y que da lugar al autoblanqueo, lo que deviene en un aspecto relevante de debate doctrinal actual, que traslada el estudio a sede de la participación, al tratarse de un hecho propio, no del ajeno, y se introduce la discusión en torno a las fases del desarrollo delictual, pues al tratarse de un actuar postdelictivo con el significado del agotamiento de un delito previo consumado por un mismo sujeto activo, puede no representar un injusto independiente, pues ello podría comprometer el principio *non bis in idem*.

El elemento subjetivo también desde esta perspectiva entra en análisis, pues resultando generalmente un delito de dolo directo, existe la determinación en la tipología subjetiva culposa de la imprudencia, como por ejemplo en España, respecto a la ocultación o encubrimiento de los bienes, donde se exige primero el conocimiento de la procedencia, pero después se agrega el actuar negligente de no asegurarse de esa procedencia y con ello el blanqueo imprudente, y esto último permite la probabilidad de trascender a la determinación de un delito común o especial, pues aun cuando no se restringe ni limita a un tipo de sujeto determinado, y el sujeto activo puede calificarse de indeterminado, genérico, la imprudencia grave introduce la posibilidad de un delito especial, pues el sujeto activo debe actuar por imprudencia grave, lo que indica que no es cualquier actuar negligente, sino que el sujeto está obligado a un especial deber de diligencia o cuidado, lo que permitiría atribuirle una especial condición como sujeto activo y con ello considerarse un delito especial.

El objeto material del tipo penal, aun cuando pueda llevarse a la discusión teórica y terminológica su definición como activos, capitales o dinero, también se complejiza y siguiendo en este sentido a Del Carpio Delgado (2024), la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2018, define como bienes:

activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con

independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos. (Del Carpio Delgado, 2024, p.324)

La propia autora determina que unas terminologías se corresponden con otros instrumentos internacionales y en el caso de algunos se trata de un rescate desde textos también de carácter internacional, sin embargo, concluye considerando que la definición doctrinal de bienes es válida para incluir todas las formas de objeto material del delito de blanqueo, incluidos aquellos que provienen de las nuevas tecnologías (Del Carpio Delgado, 2024).

Respecto a la expansión, Abel Souto (2019) lo compara con el “Big Bang” (p.239), y así analiza dicho efecto desde la ampliación de los hechos previos, de las conductas agravadas, y denomina a la figura, refiriéndose a la codificación penal española, como “desbordado tipo penal” (p. 244) trasmutado al “marco de una lógica ‘de emergencia’” (p.244), “incompatible con las exigencias de un ius puniendi democrático” (p. 244).

El bien jurídico protegido también presenta complejidad pues “Al examinar la relevancia de la conducta como cuestión previa, se presenta la difícil tarea de determinación del bien jurídico protegido” (Muñoa Vidal, 2024, p.161), y siguiendo a Abel Souto (2005), el tipo penal de blanqueo se considera pluriofensivo, pero ello no estriba en la imposibilidad de una ubicación sistémica, sino que realmente la conducta ataca múltiples bienes jurídicos, al respecto Muñoz Conde (2009) refiere que:

Evidentemente, estamos aquí ante un típico representante de lo que Hassemer denominó hace ya veinte años “moderno” Derecho penal; es decir, un modelo de Derecho penal que se caracteriza por su expansión (afortunada expresión con la que caracteriza Silva Sánchez las nuevas tendencias del Derecho penal), criminalizando comportamientos que antes no eran punibles, bien porque no se consideraban merecedores de pena (infracciones medioambientales, determinados ilícitos económicos), bien porque ni siquiera podían realizarse sin los avances técnicos que hoy existen (manipulación de energía nuclear, utilización de la informática). (p.157)

DISCUSIÓN

El panorama teórico penal suele dividirse en dos grandes tendencias, una criminológica y otra jurídico-dogmática, la orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno individual y colectivo, con un objeto de estudio determinado que abarca la conducta desviada, el infractor, la víctima y el control social, y que analiza las causas de la criminalidad pero que propone remedios para prevenirlo y controlarlo. La orientación jurídica estudia el delito y sus consecuencias como fenómeno jurídico regulado a través de la norma jurídico penal, que se interpreta y aplica.

Pero junto a estas dos orientaciones existe también la política criminal que en “un primer sentido, consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad” (Mir Puig, 2011, p.50).

Sin embargo, también en otro sentido el propio autor manifiesta que se considera como “una rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el Derecho penal o que éste debería expresar” (Mir Puig, 2011, p.50).

Lo cierto es que de ello surge una triada entre la criminología, la dogmática penal y política criminal, esta última sirve de enlace entre una y otra ciencia, que continuando con el criterio de Mir Puig (2011), se pudiera representar en una relación tridimensional entre hecho, norma y valor, donde la criminología se ocuparía del hecho, la dogmática de la norma y la política criminal del valor.

Sin embargo, ello parece demasiado estructural, por lo que se requiere una interrelación que proyecte una ciencia penal de carácter global, donde la dogmática no termine de ser inamovible, acrítica, que solo se limite a su interpretación, desde la barrera del principio de legalidad, sino que la dogmática debe abrirse a otras ciencias, con ello enfocarse en los problemas, en la realidad social, en los fines del sistema jurídico, teniendo en cuenta su enlace con la política criminal como actividad científica.

No se trata de prescindir de la dogmática pues ella constituye el pensamiento sistemático que permite establecer límites, define conceptos y en fin posibilita la aplicación más segura del Derecho penal, sin improvisaciones. Para Roxin el sistema no debe prescindir de la dogmática, pero debe construirse atendiendo a finalidades rectoras de tipo políticocriminal (Roxin, 1997). El maestro considera que lo contrario sería lo que llama un

sistema cerrado, concebido de esta manera, obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales, y, por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella. (Roxin, 2002, pp. 51-52)

La dogmática penal nacida con el positivismo jurídico, que se basa en el análisis del derecho positivo, y del precepto penal como dogma inamovible, que requiere de la interpretación y del respeto al principio de legalidad, desde ese punto de vista se somete a lo que la doctrina a denominado efecto de torre de marfil, de ahí la insistencia de Roxin en la necesidad de abrir la dogmática a otras ciencias, es decir no construir el sistema jurídico hacia adentro, no como torre de marfil, sino que debe construirse hacia el ciudadano, hacia afuera, abierto a los problemas, abierto a los fines sociales, sin renunciar a la dogmática como sistema de Derecho Penal, pero si abierto teniendo en cuenta el alcance de la política criminal como actividad del Estado y como actividad científica (García Arán y Muñoz Conde, 2019).

Cozzo Villafañe (2024), considera que la “Política criminal puede ser vista como una actividad realizada por el estado en relación con el crimen y otra visión es aquella que la concibe como un aporte de principios y argumentos teóricos que contribuyen a disminuir el delito” (p.133).

En cuanto al alcance de la política criminal como actividad del Estado, debe dedicarse a diseñar las normas y las medidas a adoptar para lograr el control social, que no se agota con la creación y modificación de normas, sino que engloba la organización del trabajo de los operadores jurídicos, es decir, se debe tener muy en cuenta factores no penales, factores puramente sociales y de carácter social, el Derecho penal no se sostiene por sí solo sino que necesita estar apoyado en otros sistemas de control social, ya sean formales o informales y el Derecho penal tiene que tener en cuenta los fines de la pena que quiera alcanzar por su eficacia.

Respecto al alcance de la política criminal como actividad científica, debe ser parte de esa ciencia global a la que se refiere Roxin y que tenga a su cargo el análisis crítico, la posibilidad de dotar de soluciones y recursos al Derecho penal, debe ser compatible con los principios democráticos, debe ser capaz de aportar a partir de los resultados de estudios empíricos, una realidad social, capaz de ofrecer posibilidades a la dogmática.

Por ello es beneficioso que la sistematización del Derecho penal se enfoque en criterios de política criminal como punto en común, a partir de una actividad jurídica científica, lo que continúa siendo una necesidad para el Derecho penal, no renunciar a la dogmática, pero asumir de conjunto con ella, el

problema político criminal, como consecuencia de una ciencia global suficiente para enfrentar y prevenir los nuevos desafíos de la criminalidad económica.

Como se comenta respecto a la obra de Tiedemann en Abel Souto (2017), el tratamiento punitivo de la criminalidad económica requiere de una norma jurídico penal como *lex certa*, como norma clara, simple, para prevenir, pero también limitar y restringir la intervención del Derecho penal, evitando discrepancias entre legislación preventiva y represiva, asegurando que ese binomio sea funcional, pues de lo contrario pondría en peligro la seguridad jurídica y significaría una vulneración al principio de mínima intervención penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Souto, M. (2002). El Blanqueo de dinero en la normativa internacional. Universidad de Santiago de Compostela.
- Abel Souto, M. (2005). El delito de blanqueo en el Código Penal español. Bosch.
- Abel Souto, M. (2011). “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): II Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 61-109.
- Abel Souto, M. (2017). La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Perú, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos y México. Revista Peruana de Ciencias Penales, 1(31), 11–99.
<https://rpcp.pe/index.php/RPCP/article/view/54>
- Abel Souto, M. (2019). “Jurisprudencia penal española hasta 2018 sobre el blanqueo de dinero y sus reformas recientes”, en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 238-307.
- Álvarez González, J. (2019). “Análisis comparado de la legislación de prevención del blanqueo de dinero en Ecuador y en España: sujetos obligados y deber universal de comunicación”, en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 483-486.
- Cozzo Villafañe, P.A. (2024). “Algunos conceptos trascendentes acerca del surgimiento de la política criminal”, en Legado y vanguardia: Explorando el pensamiento penal de Bustos Ramírez en el contexto contemporáneo de Latinoamérica. Universidad de Atacama, pp. 127-137.

- Del Carpio Delgado, J. (2024). “El objeto material del blanqueo de capitales en la Directiva 2018/1673: a la vez, sobre la necesidad o no de modificar el Código penal para dar cabida a las nuevas formas en las que puede representarse”, en Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J. M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): IX Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 323-362.
- García Arán, M. y Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2011). Derecho Penal Parte General. Reppertor.
- Muñoa Vidal, T. (2024). “El bien jurídico del blanqueo de dinero desde la vigencia del pensamiento penal de Bustos”, en Legado y vanguardia: Explorando el pensamiento penal de Bustos Ramírez en el contexto contemporáneo de Latinoamérica. Universidad de Atacama, pp. 154-165.
- Muñoz Conde, F. (2002). Introducción. En C. Roxin, Política criminal y sistema de Derecho penal (pp. 17-29). Hammurabi.
- Muñoz Conde, F. (2009). “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”, en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): I Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 157-174.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos La estructura de la Teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas.
- Roxin, C. (2002). Política criminal y sistema de Derecho penal. Introducción y Traducción de Francisco Muñoz Conde. Hammurabi.
- Torres Dos Santos, A. (2019). “Orígenes del Blanqueo de dinero” en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (coords.): VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, pp. 523-525.

Influencia de Claus Roxin en el Código Penal colombiano

The influence of Claus Roxin on the Colombian Penal Code

Autor:

Mgs. Luis Carlos Ramírez Gil⁴⁰

RESUMEN

El presente capítulo examina la influencia del jurista alemán Claus Roxin en la legislación penal colombiana y en la jurisprudencia de sus altas cortes. A partir de un recorrido por la evolución histórica del Código Penal colombiano, se analiza la recepción de las principales construcciones roxinianas: la teoría de la imputación objetiva, la estructura tripartita del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), la teoría del dominio del hecho como criterio de autoría, la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder y la concepción funcional de los fines de la pena. Se muestra cómo estas categorías han sido incorporadas tanto en el articulado de la Ley 599 de 2000 como en pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, y se ilustra su aplicación práctica, en particular en el juzgamiento de crímenes cometidos en el marco del conflicto armado colombiano. El trabajo concluye que la obra de Roxin constituye uno de los pilares dogmáticos del derecho penal colombiano contemporáneo.

Palabras clave: Claus Roxin, imputación objetiva, dominio del hecho, autoría mediata, función de la pena, Código Penal colombiano.

ABSTRACT

This chapter examines the influence of the German jurist Claus Roxin on Colombian criminal legislation and on the case law of its highest courts. Through a historical overview of the Colombian Penal Code, it analyzes the reception of Roxin's main contributions: the theory of objective imputation, the tripartite structure of the offense (typicity, unlawfulness, and culpability), the theory of control over the act as a criterion of perpetration, mediated perpetration through organized power structures, and the functional conception of the purposes of punishment. It shows how these categories have been incorporated both into the text of Law 599 of 2000 and into rulings of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, and

⁴⁰Abogado litigante. Magíster en Derecho. Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe (IEALC). ORCID: 0009-0006-7444-8192. Correo: [por completar].

it illustrates their practical application, particularly in the prosecution of crimes committed during the Colombian armed conflict. The study concludes that Roxin's work constitutes one of the dogmatic pillars of contemporary Colombian criminal law.

Keywords: *Claus Roxin, objective imputation, control over the act, mediated perpetration, purpose of punishment, Colombian Penal Code.*

I. Historia del Código Penal colombiano

La desaparición de la Gran Colombia y el surgimiento de la República como Estado independiente hicieron necesario establecer normas que dieran un orden social justo, tanto en materia civil como penal, en sustitución del ordenamiento impuesto durante la dominación española. En ese contexto se erigió el primer Código Penal de Colombia, influido por el Código Penal bávaro de 1813, obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach, y por el espíritu de la codificación napoleónica, que, aun siendo de raíz civil, irradió sobre la elaboración de los códigos penales su fundamento en derechos como la igualdad y la libertad.

Ese primer Código fue presentado en 1836 a consideración del mandatario de turno, el general Francisco de Paula Santander; sin embargo, su sanción se produjo un año después, en 1837, bajo el gobierno de José Ignacio de Márquez. La demora obedeció al deseo del anterior mandatario de perfeccionar el texto. Pese a la separación de España, el Código se fundó en una combinación de reglas españolas y francesas.

La codificación penal colombiana atravesó luego sucesivas etapas, en consonancia con las transformaciones constitucionales del país, que pasó de la Confederación Granadina a los Estados Unidos de Colombia bajo un sistema federal. Así, al Código de 1837 (de orientación represiva) siguieron el Código de 1890, el Código de 1936 (Ley 95 de 1936), centrado en la retribución y en consideraciones de peligrosidad y moralidad, y el Código de 1980 (Decreto-Ley 100 de 1980), que incorporó criterios de criminología moderna y consagró con mayor claridad los principios de legalidad e irretroactividad.

El Código Penal vigente es la Ley 599 de 2000, promulgada el 24 de julio de ese año. Se trata de un cuerpo normativo que recoge mandatos constitucionales y tratados internacionales y se erige sobre los principios de un Estado social de derecho. En él se advierte con nitidez la influencia de Claus Roxin: su compilación no persigue únicamente la sanción o el castigo, sino también la protección de bienes jurídicos y la tutela de los derechos de las personas, en particular de la dignidad humana.

II. La estructura tripartita del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

El Código Penal colombiano adopta la estructura tripartita del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), categorías que define en sus primeros artículos. Respecto de la tipicidad, el artículo 10 dispone que la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal, y que en los tipos de omisión el deber habrá de estar consagrado y delimitado en la Constitución Política o en la ley (Arboleda Vallejo, 2025, p. 5).

En cuanto a la antijuridicidad, el artículo 11 prescribe que, para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (Arboleda Vallejo, 2025, p. 6). Sobre este punto, Roxin (2014) relaciona los elementos especiales de la antijuridicidad y discute el criterio de Welzel; su elaboración constituye la base sobre la que el Código distingue entre una antijuridicidad formal, entendida como mera transgresión de la norma, y una antijuridicidad material, referida a la efectiva afectación del bien jurídico y de la convivencia social.

Finalmente, en materia de culpabilidad, el artículo 12 establece que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad y que queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva (Arboleda Vallejo, 2025, p. 6). Esta estructura tripartita se encuentra plenamente vigente y opera como garantía de los derechos del procesado. A ella se suma la teoría del dominio del hecho, que permite identificar al autor y precisar su calidad en la comisión del delito, según se desprende del artículo 29 del Código Penal.

III. Influencia de Claus Roxin en los fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema

Antes de examinar su aporte, conviene recordar la figura del autor. Claus Roxin nació en Hamburgo el 15 de mayo de 1931 y falleció el 18 de febrero de 2025, cerca de Múnich (Baviera). Fue uno de los penalistas de mayor influencia en la discusión contemporánea del derecho penal de tradición romano-germánica, distinción que le valió cerca de una veintena de doctorados honoris causa y numerosos reconocimientos académicos (Ambos, 2025).

La obra de Roxin no solo gravitó sobre el Código Penal, sino que la Corte Constitucional de Colombia la ha invocado de manera reiterada en sus pronunciamientos para delimitar derechos y

precisar el alcance de las normas. Un ejemplo relevante es la Sentencia C-646 de 2001, en la que se discutió si la competencia para el diseño de la política criminal del Estado correspondía con exclusividad a la Fiscalía General de la Nación. La Corte dirimió el conflicto al sostener que dicha competencia no es exclusiva de la Fiscalía, pues la política criminal compromete también al ejecutivo; reconoció que el Fiscal General está habilitado para contribuir a su diseño, aunque sin exclusividad, y reafirmó el principio de separación de poderes.

Para fundamentar su posición, la Corte se apoyó en los postulados de Roxin (2006), para quien la política criminal es un instrumento de control y prevención del delito que el Estado debe ejercer con respeto de la justicia y la legalidad. En palabras del tribunal:

La vinculación jurídica y la finalidad político-criminal deben reducirse a una unidad, de tal manera que, como lo pregonaba Roxin, los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito. De esta manera, la estructura del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) debe sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal. (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Esta línea se prolonga en pronunciamientos posteriores. En la Sentencia T-459 de 2024 vuelve a advertirse la presencia del autor, lo que confirma que su influencia en el actuar judicial y constitucional colombiano no es reciente, sino que se remonta a la propia configuración del Código Penal. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha acudido a sus conceptos en fallos como la Sentencia SP3790-2022, atendiendo a los lineamientos de la imputación objetiva.

Particularmente ilustrativa es la Sentencia SP1205-2024, relativa a un caso en el que un alcalde municipal fue acusado por la Fiscalía del delito de homicidio culposo, tras la muerte de más de trescientas personas a causa del desbordamiento de un afluente que provocó una avalancha. Se le atribuía responsabilidad por haber conocido el riesgo y no haber adoptado medidas de prevención. La Corte Suprema concluyó en la exoneración del acusado, al considerar que la causalidad, por sí sola, no basta para atribuir responsabilidad penal, pues no era posible imputar jurídicamente el resultado en los términos solicitados, y existían dudas razonables a favor del procesado. Cobró así plena vigencia la tesis de Roxin (2000), según la cual la mera relación causal no es suficiente para imputar jurídicamente un resultado.

En la misma dirección, la jurisprudencia colombiana ha incorporado la teoría del dominio del hecho. Según Roxin (1998):

El dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría y, por ello, elemento del tipo objetivo y elemento del tipo subjetivo; así, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho.

IV. Baluartes de Claus Roxin en el Código Penal colombiano

Dado que Claus Roxin fue uno de los grandes conocedores del derecho contemporáneo y partícipe del desarrollo de la política criminal a escala global, sus construcciones no podían quedar al margen de la elaboración del Código Penal colombiano. Un primer baluarte es la teoría de la imputación objetiva, conforme a la cual un resultado solo es imputable al autor si este ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en aquel. Según Roxin (2000), no basta con la mera relación causal entre la conducta y el resultado: se requiere que el autor haya generado un riesgo no permitido por la norma y que ese riesgo se realice en el resultado típico. Por vía jurisprudencial, esta relación entre riesgo y resultado se ha adoptado en Colombia y resulta determinante en los fallos de los jueces y en la actuación de los fiscales.

En la actualidad, el ordenamiento colombiano asume esta tesis: aun cuando exista el nexo causal (relación de causa a efecto), para atribuir responsabilidad penal debe verificarse, además, que el autor haya generado un riesgo relevante para el bien jurídico y que dicho riesgo se haya concretado en el resultado. De este modo se evidencia el aporte de Roxin tanto al Código Penal como a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El enfoque funcional de Roxin se refleja también en la triada de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, expresamente recogida en el Código (artículo 10, tipicidad; artículo 11, antijuridicidad; y, en consecuencia, la culpabilidad). Esta estructura es, quizá, la herramienta más utilizada por jueces, fiscales y defensores en Colombia, hasta el punto de constituir el examen ordinario de imputación en la acusación, la defensa y la motivación de las sentencias.

Otro baluarte es la teoría de la autoría y la participación. De acuerdo con Roxin (1998), la autoría se define por el dominio del hecho y puede presentarse de dos maneras: la autoría directa, en la que el autor realiza el hecho por sí mismo, y la autoría mediata, en la que se sirve de otro como instrumento.

Roxin amplió la autoría mediata para comprender el dominio de la organización a través de aparatos organizados de poder, lo que permite responsabilizar penalmente a quienes dirigen organizaciones criminales aunque no ejecuten los actos de propia mano.

El Código Penal colombiano consagra esta construcción en su artículo 29, al señalar que es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, y desarrolla con mayor detalle figuras como la coautoría. El fundamento es, en lo esencial, el mismo que propone Roxin: la teoría del dominio de la voluntad sirve de presupuesto para atribuir responsabilidad penal por conductas tipificadas, de modo que, sin ella, difícilmente podría enjuiciarse a coautores o partícipes que no ejecutan materialmente el hecho.

Por su parte, el artículo 30 regula la participación. En cuanto a este punto, el Código dispone:

Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que, no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte. (Arboleda Vallejo, 2025, p. 17)

Roxin (1998) ya había sostenido que el partícipe es quien, con su actuar, contribuye a la consumación de un delito, aun cuando su intervención sea menos relevante, idea que quedó plasmada en el artículo 30 del Código Penal colombiano y reiterada en numerosas sentencias de los tribunales y de la Corte. El autor orienta, además, sobre categorías como las del cooperador necesario, el cómplice, el inductor y el autor, denominaciones que han variado en su formulación con el tiempo, pero cuyo contenido subsiste en las legislaciones actuales, no solo de Colombia, sino de numerosos países. En la práctica, la teoría de la imputación objetiva ofrece a la defensa y a la acusación una herramienta dogmática de primer orden; una aplicación rigurosa de estas categorías contribuiría a una justicia más eficiente y menos lesiva, con un ejercicio más mesurado del poder punitivo.

V. Influencia en la función de la pena

Roxin abordó también, desde su concepción funcional, los fines de la pena. En cuanto a la prevención especial, sostuvo que uno de los objetivos de la sanción es que el autor no vuelva a cometer delitos, finalidad que el Código Penal colombiano recoge en su artículo 4. Respecto de la prevención general, planteó que la sanción debe contribuir a afianzar la vigencia de la norma en la sociedad, en una dimensión de prevención general positiva orientada a fortalecer la confianza en el ordenamiento jurídico (Roxin, 2000). El legislador colombiano adoptó parte de esta integración y destacó la prevención general entre los elementos estructurales de la función de la pena.

En efecto, el artículo 4 del Código Penal colombiano dispone que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Arboleda Vallejo, 2025, p. 5). Una vez más, la influencia de Roxin se hace presente, no solo en el texto legal, sino en el horizonte de la política criminal del Estado. Con todo, conviene advertir que la realización efectiva de estos fines depende de factores institucionales: el uso meramente electoral de la política criminal, la inflación punitiva como respuesta automática a la reincidencia, el hacinamiento y las precarias condiciones de los centros penitenciarios, y la formulación de solicitudes de detención sin un adecuado juicio de imputación objetiva conspiran contra la prevención y la proporcionalidad que el propio Roxin reclamaba.

En esa misma línea, el artículo 3 del Código Penal establece que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y precisa que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan (Arboleda Vallejo, 2025, p. 5). Este precepto se inscribe, parcialmente, en la corriente roxiniana, atenta siempre a la proporcionalidad de la pena.

La dogmática de Roxin sobre el dominio de la voluntad encuentra aplicación, asimismo, en el conflicto armado colombiano. Los delitos ejecutados en ese marco por subalternos de las jefaturas guerrilleras tornaban casi imposible identificar al autor material, dada la magnitud de tales estructuras. Ante la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas, el Estado colombiano, a través de su Código Penal y conforme a lo planteado por Roxin (1998), adoptó esa construcción y atribuyó responsabilidad a quienes ejercían el dominio del hecho mediante la autoría mediata, esto es, a los jefes guerrilleros, algunos privados de la libertad y otros sometidos a los procesos ante la Jurisdicción Especial para la Paz

(JEP). Ello ha permitido una justicia, si bien incompleta, al menos reparadora en algunos aspectos para las víctimas, que aspiran a la verdad, al arrepentimiento y a la no repetición.

Los tribunales de justicia y paz emplean con frecuencia la categoría de la autoría mediata para atribuir responsabilidad penal a los actores del conflicto. Un caso emblemático es el de la masacre de Machuca, en el que se aplicó el artículo 29 del Código Penal: se acreditó la utilización de otras personas para cometer la infracción y se declaró responsables a quienes ejercían el dominio del hecho por ser cabecillas de los grupos insurgentes. Se trata, en buena medida, de una justicia simbólica, pero reparadora para muchas víctimas, cuya principal aspiración es la verdad y la no repetición.

Reflexión final

El recorrido propuesto evidencia que la obra de Claus Roxin permea, de manera transversal, el derecho penal colombiano. En la praxis profesional, abogados, fiscales y jueces apoyan sus tesis en su doctrina, valiéndose de un pensamiento expuesto con claridad y rigor. En la Ley 599 de 2000 esa influencia se reconoce en el concepto de culpabilidad (artículo 12), en la regulación de la acción y la omisión (artículo 25), en la autoría (artículo 29) y en la participación (artículo 30); y, más allá del Código, en el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política de Colombia, así como en las sentencias examinadas en este trabajo.

En definitiva, la influencia de Claus Roxin en el ordenamiento penal colombiano no se limita a aspectos puntuales, sino que alcanza los fundamentos mismos de la teoría del delito, de la autoría y de la función de la pena. Su legado constituye una herramienta imprescindible para una aplicación más garantista, racional y proporcional del derecho penal, y este capítulo aspira a rendir, desde la experiencia colombiana, un modesto homenaje a su memoria.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2025). In memoriam: Claus Roxin (1931-2025). *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- Arboleda Vallejo, M. (2025). *Código Penal y de Procedimiento Penal*. Leyer.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional n.º 116.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-646/01* (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. (2024). *Sentencia T-459/24*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022). *Sentencia SP3790-2022*.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2024). *Sentencia SP1205-2024*.

Decreto-Ley 100 de 1980. Por el cual se expide el Código Penal. Presidencia de la República de Colombia.

Ley 95 de 1936. Sobre Código Penal. Congreso de la República de Colombia.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. (24 de julio de 2000). Congreso de la República de Colombia.

Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (7.^a ed.; J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Trads.). Marcial Pons.

Roxin, C. (2000). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.^a ed.). Civitas.

Roxin, C. (2006). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2.^a ed.). Hammurabi.

Roxin, C. (2014). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.

CAPÍTULO III:

SISTEMA PENAL JUVENIL Y
CRIMINALIDAD EN AMÉRICA
LATINA

Sistema penal juvenil: fundamentos dogmáticos y desafíos contemporáneos en Latinoamérica

Juvenile criminal justice: dogmatic foundations and contemporary challenges in Latin America

Autora:

Dra. Paula Fabiana Romano⁴¹

“La violencia hiere el cuerpo y la mente del que la ejecuta, del que la sufre, de los que lloran, de toda la humanidad. Nos rebaja a todas las personas”. (Kathy Reichs)

RESUMEN

La violencia no es producida aleatoriamente, sino que deviene parte de una cultura de conflictos familiares, sociales en todos los órdenes, económicos en todos sus niveles y políticos. Se vuelca en un sistema globalizado que, a su vez, permea las diferentes formas de vida en la sociedad, donde los estilos de vida de los jóvenes son catalogados como formas de delincuencia. El objetivo de esos estilos de vida, sin embargo, solo consiste en distanciarse culturalmente, marginados de una sociedad que los mismos jóvenes no han fabricado. Víctimas de la discriminación social y laboral, y excluidos de las decisiones importantes, muchos jóvenes carecen de planes o proyectos de vida, se encuentran vacíos de esperanza y son considerados incapaces de adaptarse al medio social, por sentirse marginados y castigados por la sociedad, por lo cual toman la delincuencia como alternativa de supervivencia. El fácil acceso a las drogas, la falta de oportunidades de empleo, salud, educación y espacios para la cultura y el deporte, la desintegración familiar y la impunidad, entre otros factores, componen el contexto en el que nace y crece la juventud latinoamericana del siglo XXI.

Palabras clave: delincuencia juvenil, jóvenes, exclusión social, Latinoamérica.

⁴¹Abogada egresada de la Universidad de Morón. Doctora en Ciencias Jurídicas. Tesis doctoral “Incertidumbre jurídica en torno al estatuto y derechos del embrión humano crio- conservado, efectos y propuestas en términos de derechos humanos”. Especialista en Familia por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en discapacidad por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Familia y Sucesiones por la Universidad de Buenos Aires. Escribana Pública. Diplomada en Derecho Societario de la Universidad Notarial Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de Morón, autora de publicaciones digitales para Argentina. Publicaciones a nivel Nacional como Global. Ponencia en Red de Derecho América Latina y el Caribe. Publicaciones en la Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente. REVISTA de Cultura de Paz e Direitos Humanos. UNIOSASCO. Miembro del consejo de redacción de la revista de Derecho Público IJ Ediciones., “International Legal Group”; indexada a Latindex. Publicaciones académicas científicos en la revista LEXITUM, Venezuela. Autora de publicaciones digitales para Argentina, Latinoamérica y Europa. ORCID:0009- 0005-9448-6906.

ABSTRACT

Violence is not a random or isolated phenomenon; rather, it is rooted in a broader culture of conflict that originates within the family environment and extends to the social, economic, and political spheres. These manifestations of tension are embedded in a globalized system that shapes social relations and influences diverse ways of life. Within this framework, certain youth subcultures and lifestyles are frequently labeled as forms of delinquency, notwithstanding the fact that their primary purpose is often to establish cultural differentiation from a social order in whose construction young people have had little or no participation. Subjected to social and labor-market discrimination and largely excluded from significant decision-making processes, many young individuals lack meaningful life projects and viable opportunities for personal development. Consequently, they often experience feelings of hopelessness and social alienation and are perceived as incapable of integrating into their surrounding environment. Such circumstances reinforce their condition of marginalization and contribute to a sense of exclusion imposed by society itself. Under these conditions, criminal activity may emerge as a perceived means of survival or as an alternative avenue for obtaining resources otherwise beyond reach. The widespread availability of illicit substances, limited access to employment, deficiencies in healthcare and educational services, the scarcity of cultural and recreational opportunities, family disintegration, and persistent impunity, among other factors, constitute the social context in which many Latin American youths are born, develop, and come of age during the twenty-first century.

Keywords: *juvenile delinquency, youth, social exclusion, Latin America.*

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, América Latina ha experimentado un proceso de profunda transformación en materia de protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Dicho proceso estuvo marcado por la adecuación progresiva de los ordenamientos jurídicos nacionales a los principios y disposiciones establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Como ha señalado la doctrina especializada, estas reformas tuvieron como finalidad principal construir marcos normativos que permitieran el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente a la infancia y la adolescencia, constituyendo al mismo tiempo el objetivo y el límite de la transformación legislativa.

En este contexto, la experiencia brasileña resultó especialmente relevante. La sanción del Estatuto del Niño y del Adolescente representó una ruptura con el tradicional paradigma del denominado

“derecho de menores”, al haber sido concebida mediante un proceso participativo que involucró a diversos actores comprometidos con la promoción y protección de los derechos de la infancia. Integraron este proceso organizaciones sociales, profesionales de distintas disciplinas, trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales y otros sectores vinculados a la temática.

Asimismo, en consonancia con el principio de participación consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, niños, niñas y adolescentes también tuvieron intervención en los debates y procesos de construcción legislativa, particularmente a través de movimientos sociales como el Movimiento Nacional de Meninos e Meninas de Rua. Aunque este fenómeno aún requiere una mayor sistematización y estudio, puede afirmarse que constituyó una experiencia innovadora en la región, en tanto promovió formas más democráticas, inclusivas y participativas de elaboración normativa orientadas a la protección integral de la infancia y la adolescencia.

Como ha señalado Beloff (2002), estos procesos pueden reconducirse a una problemática central:

Esos problemas pueden sintetizarse en uno: la paulatina disminución de la protección especial a la infancia, entendida como un trato judicial diferenciado en relación con las normas del proceso penal de las personas adultas. En efecto, como consecuencia de las reformas acaecidas en los últimos veinte años en nuestro país, que incluyeron la sanción de nuevas legislaciones de protección de la infancia a nivel nacional y provincial, la actualización de los códigos procesales penales (federal y provinciales) hacia sistemas mixtos o acusatorios e importantes cambios jurisprudenciales que incorporaron normas internacionales convencionales y no convencionales al proceso penal juvenil, se produjo un lento y paulatino acercamiento entre el proceso penal juvenil y el de adultos. La dinámica señalada se ha acelerado en los últimos años, con el evidente riesgo de la pérdida de un proceso penal que debe reconocer los matices propios de la etapa de la vida que conforma la infancia, sentido central del principio de especialidad (art. 40.3, CDN).

Vale decir que estos procesos abarcan ciertas dificultades que, advertidas, pueden reconducirse a una problemática central: la progresiva erosión del régimen de tutela reforzada que históricamente ha caracterizado al sistema de justicia penal juvenil. Dicha tutela se traduce en la exigencia de un tratamiento procesal diferenciado respecto del previsto para las personas adultas, fundado en el reconocimiento de la condición particular de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en proceso de desarrollo.

En efecto, las transformaciones normativas e institucionales experimentadas durante las últimas décadas (entre las que cabe mencionar la sanción de nuevos marcos legislativos de protección integral de la infancia, tanto a nivel nacional como provincial, la reforma de los códigos procesales penales hacia modelos acusatorios o mixtos y la consolidación de una jurisprudencia receptiva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de la niñez) han generado un proceso gradual de convergencia entre el sistema penal juvenil y el régimen procesal aplicable a las personas adultas.

Si bien tales reformas han significado avances relevantes en términos de fortalecimiento de garantías procesales, también han producido, de manera indirecta, una progresiva atenuación de los rasgos distintivos que justifican la existencia de una jurisdicción especializada para adolescentes en conflicto con la ley penal. Como consecuencia, se observa una creciente tendencia a la homogeneización de ambos sistemas, fenómeno que amenaza con desdibujar las particularidades inherentes a la infancia y la adolescencia como etapas diferenciadas del desarrollo humano.

Esta aproximación entre los modelos procesales entraña el riesgo de desconocer que la especialidad no constituye una mera cuestión organizativa o competencial, sino un verdadero principio jurídico rector que impone la adecuación de las respuestas estatales a las condiciones evolutivas, psicológicas, sociales y jurídicas propias de las personas menores de edad. Desde esta perspectiva, la especialidad exige no solo órganos jurisdiccionales especializados, sino también procedimientos, criterios de intervención y finalidades diferenciadas que privilegien el interés superior del niño, la reintegración social y el fortalecimiento de su proyecto de vida.

En consecuencia, la progresiva asimilación del proceso penal juvenil al modelo destinado a los adultos puede comprometer la efectividad del principio de especialidad consagrado en el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debilitando el fundamento mismo que legitima la existencia de un sistema de responsabilidad penal juvenil autónomo y compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

La originalidad de este proceso radica en el contenido y la orientación de las nuevas legislaciones, concebidas con el propósito de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes por la Convención sobre los Derechos del Niño. Las reformas impulsadas en los distintos países de la región procuraron consolidar un marco jurídico compatible con los estándares internacionales de protección integral, promoviendo el reconocimiento de la infancia y la adolescencia como sujetos plenos de derechos.

En el caso argentino, este proceso adquirió particular relevancia a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Ello impone a los órganos del Estado el deber de asegurar la plena vigencia de tales instrumentos mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad. En consecuencia, la adecuación normativa a los principios de la Convención constituyó tanto el objetivo central como el límite jurídico de las reformas emprendidas en materia de infancia y adolescencia.

No se partió de esquemas teóricos prefabricados ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes. La academia jurídico-penal permaneció al margen de este proceso de reformas legales, del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”. Así, Latinoamérica fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años con modelos propios, que se fueron corrigiendo a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y recogían los aciertos y errores de quienes ya habían recorrido ese camino.

Probablemente ni los redactores de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ni los funcionarios nacionales encargados de su ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron, y continúan haciendo, todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana. La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria (aunque no suficiente) para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas.

En numerosos casos, la delincuencia juvenil se desarrolla en contextos caracterizados por la exclusión social, la desigualdad estructural y la ausencia de políticas públicas eficaces destinadas a promover la integración de los jóvenes, lo que limita sus oportunidades de desarrollo y participación plena en la vida social. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de este tratado continuaran con las prácticas asistencialistas y tutelares tradicionales. Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse del sistema.

En diez años, la mayoría de los países de América Latina (con excepción de Argentina, México y Chile) han abandonado, con mayor o menor claridad conceptual, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención sobre los Derechos del Niño, y han creado, también con mayor o menor acierto, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

Anclados en los principios del derecho penal mínimo, estos sistemas asumen que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, pero que también es a veces violento el delito, por lo que una respuesta estatal penal a la imputación de un delito a un menor de edad solo será admisible en aquellos casos en los que la puesta en marcha del sistema de justicia especial evite violencias mayores que las que ocurrirían en caso de no tener lugar la solución penal (expresada bajo la forma de un proceso y una consecuencia jurídica llamada pena, medida a secas o medida socioeducativa).

En palabras de Ferrajoli (1995):

Se trata de la fundamentación de los límites del Estado de derecho, que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder y, en particular, del derecho penal. Se afina en la idea ilustrada en filosofía y liberal en política, según la cual, frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana (a mayor libertad, menos poder, y viceversa), es buena y, por tanto, deseable y defendible la solución que amplía la libertad y restringe el poder; es decir, el poder debe ser limitado a fin de permitir a cada uno gozar de la máxima libertad compatible con la igual libertad de todos los demás.

Esta concepción constituye el fundamento teórico de los límites que el Estado constitucional de derecho impone al ejercicio del poder público, particularmente en materia penal. Su finalidad esencial radica en la protección de los derechos y garantías fundamentales de la persona frente a eventuales manifestaciones arbitrarias del poder estatal, cuya expresión más intensa se verifica a través del ius puniendi.

Dicha construcción encuentra sustento en la tradición liberal y en el pensamiento ilustrado, que conciben la libertad individual como un valor jurídico primario y como presupuesto indispensable de la convivencia democrática. Desde esta perspectiva, la relación entre libertad y poder se presenta como una tensión permanente: la expansión desmedida del poder estatal supone una correlativa restricción de los ámbitos de autonomía personal, mientras que la ampliación de las libertades exige la sujeción del poder a límites normativos estrictos.

Así, la legitimidad de la intervención estatal depende de su sometimiento a principios y garantías que impidan el ejercicio arbitrario de la coerción pública. El derecho penal, en tanto manifestación extrema del poder estatal, solo resulta compatible con un Estado de derecho cuando opera dentro de márgenes claramente delimitados por los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad,

culpabilidad y respeto irrestricto de la dignidad humana. El orden jurídico debe procurar un equilibrio que asegure a cada persona el máximo ámbito posible de libertad compatible con el goce de los mismos derechos por parte de los demás integrantes de la comunidad, evitando toda forma de exceso o abuso en el ejercicio del poder público.

En definitiva, la razón de ser del Estado constitucional de derecho no consiste en maximizar el poder punitivo, sino en someterlo a límites materiales y formales que garanticen la protección efectiva de los derechos fundamentales. La libertad constituye la regla, y la restricción estatal, la excepción; por ello, toda intervención penal solo puede considerarse legítima cuando resulta estrictamente necesaria, proporcional y respetuosa de las garantías individuales. Desde esta óptica, el derecho penal no debe concebirse como un instrumento de expansión del poder estatal, sino como un sistema de contención de este, orientado a preservar la autonomía personal y la dignidad humana frente a cualquier manifestación arbitraria del poder.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación que parece inspirar a los nuevos sistemas de justicia juvenil refleja aquella de los instrumentos internacionales, en particular la de las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices).

En efecto, en las primeras se abandona la idea de que el comportamiento desviado tiene estatus ontológico. Para estas Directrices, como para la criminología moderna en general, la desviación es una categoría socialmente construida; por lo que solo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se trata de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales, sobre la base de una rigurosa responsabilidad del Estado como ente protector de las garantías constitucionales de los individuos.

I. El régimen aplicable en la Argentina

Tanto en la práctica como en la mera letra de las leyes sobre las que se monta este dispositivo penal-tutelar, estas se encuentran reñidas con la Constitución Nacional, que incluye desde 1994 la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22).

Así, la Ley n.º 22.278/22.803 establece que las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad al momento de cometer un ilícito no son punibles. Tampoco lo son quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (art. 1). Nótese que la ley no establece que los menores de edad sean “inimputables”, sino “no punibles”, lo que, sin forzar el texto legal, puede ser interpretado en el sentido de que al menor que se encuentre en esa situación no se le aplicará una pena, pero no necesariamente que sea penalmente irresponsable (aunque este sea el presupuesto teórico para la exclusión de pena). En la práctica generalizada, los menores de dieciséis años son declarados inimputables y sobreseídos.

Ahora bien, si esos menores no punibles (menores de dieciséis años) se encuentran en alguno de los supuestos contemplados por la ley, como abandono, falta de asistencia, peligro moral o material, o problemas de conducta, el juez puede “disponer” definitivamente de ellos, disposición que en muchos casos de niños o jóvenes sin familia o pertenecientes a los sectores sociales más desaventajados puede implicar una privación de libertad.

Por otro lado, entre los dieciséis y los dieciocho años existe un sistema especial según el cual, si un joven comprendido en esas edades comete un delito, es punible (o sea, se le aplicará una pena) siempre que haya sido declarada su responsabilidad penal conforme a las normas procesales, haya cumplido dieciocho años de edad y haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aplicar la pena, de reducirla según las reglas previstas para la tentativa de los delitos o bien de no aplicarla del todo, según los resultados del tratamiento tutelar y de su propia impresión.

Como sostiene Beloff (2002), este dispositivo combina lo peor de dos tradiciones:

El sistema que se aplica en la Argentina combina lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal. En otras palabras: no protege, sino que castiga sin garantías ni

derechos, porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal.

Más allá de las críticas a este modelo, las dificultades se acrecientan si se considera el principio de especialidad, derivado a su vez del de protección especial a la niñez. Sobre este punto, Beloff et al. (2017) sostienen:

Más allá de las conocidas críticas a la aplicación extendida de esta institución a la justicia penal general, las dificultades se acrecientan si se considera el mencionado principio de especialidad, derivado a su vez del de protección especial a la niñez. Este principio, que surge del derecho internacional de los derechos humanos, demanda un tratamiento diferenciado para el niño, y su alcance comprende a la justicia penal. Se manifiesta en el proceso que se le aplica, en los órganos encargados de intervenir, en las leyes sobre las que se basa la responsabilidad penal, así como en sus consecuencias y, finalmente, en la interpretación que de esas normas jurídicas debe hacerse. Sobre la base del mencionado principio, todo instituto del derecho penal general que pretenda ser aplicado debe ser analizado sin perder de vista las necesidades particulares y las características del niño.

Si bien es posible, dentro de ciertos límites, realizar una interpretación garantista de estas leyes que respete los derechos fundamentales de los menores de edad sometidos a estos procesos penales tutelares, la necesidad de reformarlas es evidente y urgente. Esta problemática obliga a reflexionar sobre el fenómeno de la violencia y su relación con la juventud.

II. Presupuestos para la construcción del nuevo sistema

La construcción de la respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por adolescentes que aquí se analiza ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas.

Desde una perspectiva empírica, resulta innegable que existen personas menores de dieciocho años que cometen hechos delictivos. Aunque estos casos no constituyen la regla ni representan a la mayoría de los adolescentes, su existencia es un dato de la realidad que no pasa inadvertido para la sociedad. En ocasiones excepcionales, además, algunos de estos jóvenes incurrir en delitos de especial gravedad. No obstante, diversos estudios han puesto reiteradamente de manifiesto la ausencia de estadísticas rigurosas que respalden la percepción social alarmista acerca de la denominada delincuencia juvenil. A pesar de

ello, cuando se producen hechos de gran impacto, la reacción social suele intensificarse, desplazando cualquier posible indiferencia y dando lugar a reclamos de mayor severidad punitiva respecto de los autores adolescentes. Tales demandas se traducen, casi invariablemente, en la pretensión de que estos sean juzgados y sancionados conforme a los parámetros del derecho penal aplicable a los adultos.

Frente a esa circunstancia fáctica, las normas internacionales proporcionan el piso mínimo sobre el que se debe montar la respuesta estatal en relación con este tema. Así, la respuesta surge del mandato obligatorio emanado de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en general, de todas las normas internacionales relacionadas con la justicia juvenil. Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención, a la que se debe complementar con todas las normas internacionales convencionales y no convencionales, regionales y universales, que provean elementos para configurar estos nuevos sistemas, sobre todo porque la Convención se caracteriza por un alto grado de ambigüedad en muchos temas.

Las personas menores de dieciocho años de edad (los niños, según el tratado que se comenta) son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas; la CDN incluye tanto los derechos civiles y políticos cuanto los derechos económicos, sociales y culturales. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones. Si se considera a la juventud como una etapa del desarrollo individual que mira hacia adelante, etapa en la cual los individuos construyen una identidad personal, se sabrá que esa actividad generará a su alrededor elementos simbólicos que permiten el reconocimiento de su individualidad, pero también su pertenencia a un género.

En relación con las transformaciones de la familia y su impacto en la condición de la infancia, Pilotti (2001), al recoger el análisis de Giddens (1998), advierte:

Los cambios señalados remecan los fundamentos sociales, morales y legales sobre los que descansan los ideales de la familia nuclear: la unión matrimonial de una pareja heterosexual, cuya convivencia en una residencia común conforma el marco afectivo y material para la reproducción y crianza de los hijos. El intenso proceso de cambio que afecta tanto a la estructura como al ciclo familiar ha generado reacciones de resistencia de grupos conservadores que se han alzado en defensa de la idealizada familia nuclear y en rechazo de los denominados “estilos de vida alternativos”. A menudo invocando fundamentos religiosos, exigen regulación estatal para defender los “valores familiares” tradicionales, amenazados por factores tales como el divorcio, el aborto, la homosexualidad y la falta de disciplina de niños privados de una vida familiar “normal”. Por ello, en opinión de Giddens,

el neoliberalismo contemporáneo se encuentra atravesado por una contradicción ideológica de fondo: por un lado, adherencia incondicional al libre mercado y al Estado minimalista y, por el otro, rechazo vehemente a los cambios familiares desencadenados por el liberalismo económico y por la expansión de las libertades individuales promovidas por la vertiente libertaria del pensamiento liberal.

En este contexto, la juventud puede ser entendida como una etapa de formación y construcción de la personalidad, en la que los individuos buscan referentes y modelos propios de la vida adulta. Sin embargo, las oportunidades y limitaciones derivadas de su entorno familiar y social influyen decisivamente en dicho proceso. Pese a esta progresiva autonomía, el derecho los reconoce como sujetos en desarrollo, merecedores de una tutela especial y de las garantías previstas en los instrumentos nacionales e internacionales de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.

De aquí se ha construido la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de responsabilidad penal juvenil”. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente de la tutelar, esa es responsabilidad: en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y, en segundo lugar, de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención, un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados.

El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias, y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres, marginalizados y con familias problemáticas. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido (o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina); pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o tutelares.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas

eficaces para la garantía de los derechos y, si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

La construcción dogmática desarrollada por Roxin (2016) se inscribe dentro de una concepción funcionalista orientada por criterios político-criminales, según la cual el derecho penal constituye un instrumento de protección de bienes jurídicos y de regulación social. No obstante, dicha función solo puede ejercerse legítimamente dentro de los límites impuestos por el Estado de derecho y el respeto de las garantías fundamentales.

Desde esta perspectiva, Roxin (2016) estructura la teoría del delito sobre las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, teniendo como punto de partida la acción humana. La teoría de la imputación objetiva permite determinar si el autor creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado lesivo, mientras que la culpabilidad exige verificar si el sujeto tenía la posibilidad concreta de actuar conforme a derecho.

De este modo, su propuesta se identifica claramente con un derecho penal de acto, en el que la responsabilidad penal se fundamenta en el hecho efectivamente cometido y en las circunstancias que rodean su realización, excluyendo cualquier forma de reproche basada exclusivamente en las características personales, la personalidad o la peligrosidad del autor.

Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes (jurídicos y no jurídicos) que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

Sobre la naturaleza de la acción socioeducativa, Gomes da Costa (2006) afirma:

A natureza essencial da ação socioeducativa é a preparação do jovem para o convívio social. A escolarização formal, a educação profissional, as atividades artístico-culturais, a abordagem social e psicológica de cada caso, as práticas esportivas, a assistência religiosa e todas as demais atividades dirigidas ao socioeducando devem estar subordinadas a um propósito superior e comum: desenvolver seu potencial para ser e conviver, isto é, prepará-lo

para relacionar-se consigo mesmo e com os outros, sem quebrar as normas de convívio social tipificadas na Lei Penal como crime ou contravenção. Se esse propósito nobre, superior e comum não for atingido, todas as demais aquisições utilitárias resultarão inúteis para o jovem e para a sociedade.

Desde una mirada objetiva, la legitimidad del sistema de responsabilidad penal juvenil no puede medirse exclusivamente por su capacidad para imponer restricciones o sanciones frente a la infracción de la ley penal, sino principalmente por su aptitud para promover procesos efectivos de inclusión social y desarrollo integral de la persona adolescente. La finalidad última de las medidas socioeducativas trasciende la mera reacción estatal ante el hecho ilícito y se orienta a la formación de capacidades personales, sociales y comunitarias que permitan al joven construir un proyecto de vida compatible con el respeto de los derechos ajenos y las normas de convivencia democrática.

Desde esta perspectiva, la educación formal, la capacitación laboral, la asistencia psicológica, las actividades culturales, deportivas y recreativas, así como las restantes intervenciones institucionales, constituyen instrumentos al servicio de un objetivo superior: favorecer la autonomía progresiva del adolescente y fortalecer su integración plena en la comunidad. Tales acciones solo adquieren sentido en la medida en que contribuyan al desarrollo de habilidades para la convivencia social responsable y al ejercicio efectivo de una ciudadanía respetuosa de la legalidad y los derechos humanos.

En consecuencia, un sistema socioeducativo acorde con los estándares internacionales de protección de la infancia debe priorizar estrategias orientadas a la inclusión, la responsabilidad y la reintegración social, por sobre enfoques meramente retributivos o de control. De lo contrario, aun cuando se alcancen determinados logros instrumentales o formativos, se frustrará la finalidad esencial que justifica la intervención estatal respecto de los adolescentes en conflicto con la ley penal: su desarrollo integral como sujetos de derechos y su incorporación efectiva a una convivencia social pacífica y respetuosa del orden jurídico.

Estos nuevos sistemas de respuesta estatal creados en América Latina para los delitos imputados a personas menores de dieciocho años, consecuencia del mandato normativo internacional al que se hizo referencia, son diferentes de los sistemas de justicia penal de adultos.

Es importante insistir en este punto: a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en Estados Unidos a fines de la década de 1960 y comienzos de la de 1970, en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño no puede justificar un simulacro,

por utilizar la frase final del juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1967), como en el sistema tutelar, pero tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que, desde la reforma, ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense.

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los artículos 12, 37 y 40.

El artículo 12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído (luego retomado por el art. 40), que no solo integra la garantía de defensa en juicio (o *due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia.

Sobre la dimensión democrática de la protección de la infancia, Baratta (1998) distingue:

El contexto democrático de las políticas públicas de protección de los derechos de los niños adquiere un sentido y una relevancia diferente, por un lado, si los niños son o no son considerados parte integrante en las relaciones de democracia y, por el otro, según cómo sean entendidas las relaciones entre los niños y los adultos. El concepto de democracia puede ser articulado en una doble dimensión. Desde el punto de vista de las relaciones entre sujetos, podemos distinguir una dimensión social y una dimensión institucional de la democracia, según se consideren las instituciones de la sociedad civil (familia, escuela, asociaciones) o las instituciones del Estado o del orden jurídico internacional (Estado o entidades territoriales públicas e instituciones de la comunidad internacional). Desde el punto de vista de la extensión territorial, podemos distinguir un nivel local, un nivel central (nacional) y un nivel global (internacional) de la democracia.

La dimensión democrática de las políticas públicas destinadas a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes adquiere particular trascendencia en función del reconocimiento que el ordenamiento jurídico les otorgue como sujetos activos dentro de los procesos de participación democrática. Asimismo, su alcance depende de la concepción que se adopte respecto de las relaciones jurídicas y sociales entre las personas menores de edad y el mundo adulto, especialmente en lo relativo al ejercicio progresivo de derechos y a los mecanismos de participación en los asuntos que les conciernen.

En este marco, la efectiva vigencia de los derechos de la infancia exige la consolidación de espacios democráticos de participación en todos estos niveles, reconociendo a niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos y como actores legítimos en los procesos de deliberación y adopción de decisiones que incidan en su desarrollo y bienestar. La protección integral de la infancia en un Estado democrático de derecho no puede limitarse a la mera tutela asistencial o representativa por parte de los adultos. Por el contrario, exige reconocer a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos dotados de capacidad progresiva para participar en los asuntos que afectan su vida.

El artículo 37, articulado con la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), regula la privación de la libertad en sentido material y se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la CDN en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar. Finalmente, el artículo 40 establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de dieciocho años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos, y del corpus iuris constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia, se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina. En relación con la situación argentina, Beloff (2005) describe el modo en que se plantea esta discusión:

Llama la atención la manera en la que la discusión sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en la Argentina reproduce el antiguo autismo tutelar, en el sentido de que solo se consideran parte de ese proceso los proyectos vinculados con el régimen penal de menores o bien con una ley de protección de derechos del niño, pero no todos los otros proyectos y leyes que, al igual que en las provincias, no versan explícitamente sobre “protección de derechos del niño” o “régimen penal de menores”, pero tienen consecuencias sobre la condición jurídica de la infancia. Si la discusión se plantea en términos tradicionales, como derecho sustantivo y adjetivo, el Congreso parece estar más limitado que si se la plantea en términos de garantías de derechos fundamentales.

La superación definitiva del paradigma tutelar no se alcanza únicamente mediante la derogación de normas históricamente incompatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño, sino a través de una transformación estructural del ordenamiento jurídico que reconozca a niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. En consecuencia, toda reforma legislativa debe ser evaluada no por su denominación formal, sino por su capacidad real para fortalecer las garantías,

promover la igualdad de oportunidades y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de la infancia dentro de un Estado constitucional y convencional de derecho.

Estos nuevos sistemas, legales e institucionales, de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de dieciocho años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la década de 1990, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil, pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón y que fue tomada por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing, 1985).

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores incluye no solo los procedimientos referidos a los menores infractores, sino también los que se siguen a menores de edad por realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño. Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América Latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones.

Cabe destacar que, por primera vez en América Latina, se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, estrictamente, tratar con los casos de personas menores de dieciocho años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. La “justicia de menores” (esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de filantropía ejecutada a través del órgano judicial) no constituía un sistema de justicia ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional, ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba muchas veces en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente.

De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas “sistemas de justicia juvenil”. El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas, esto es, la persona involucrada en un conflicto jurídico-penal como autor o partícipe, cuya edad se encuentra comprendida entre los dieciocho años no cumplidos y los doce, trece o catorce años, según el país de que se trate. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo

aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas, no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales. Las nuevas leyes latinoamericanas no utilizan un lenguaje uniforme al abordar este tema.

No obstante, la categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los dieciocho años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene, no obstante, la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos sistemas comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito. El fundamento normativo es el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, en el art. 40, inc. 2.a, de la Convención, cuando prescribe que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron. En consecuencia, las faltas y contravenciones no deberían ser incluidas en estos sistemas.

Asimismo, se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario. El fundamento normativo se encuentra en el art. 40, inc. 3.b, de la Convención, cuando prescribe la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Surge también de las Directrices de Riad (1990), en particular de las Directrices 5 y 6, según la cual solo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social. Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal fundamentalmente a través de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión.

La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de doce, trece o catorce años). El art. 40, inc. 3.a, manda el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Unos años antes, las Reglas de Beijing (1985) había prescripto, en su Regla 4.1, que, en todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad

penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.

El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección. Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir (y no coactivamente) es un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad, que define en los nuevos sistemas quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas), es útil recordar un comentario formulado por Roxin (1981) en relación con la ley alemana:

En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB (parágrafo diecinueve del Código Penal alemán): “No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años”, se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Incluso, sería absurdo suponer que en una persona, al cumplir catorce años, ingresa de repente una capacidad de culpabilidad de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente. Está claro que la capacidad para dirigirse y, a menudo, también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando todavía se encuentra en edad infantil. Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no solo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a los niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación. (p. 491)

Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin (1981) resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen

del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad (en este caso, los niños) por su incapacidad relativa y por razones de prevención especial y general. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena con cárcel o multa y derivar de allí la innecesariedad de una “sanción criminal”. Asume, sin problematizarlo, que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los menores de catorce años.

La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad?

Por su parte, Jakobs (1997) aborda el mismo problema del siguiente modo:

En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido.

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere definir qué se va a entender, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como la de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de dieciocho años, con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas (los niños) cometan delitos, en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de dieciocho años fuera del sistema de justicia penal de adultos. Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político-criminal. En estos sistemas, las personas menores de dieciocho años de edad son inimputables en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlas a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos (esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional).

Por otro lado, son imputables como sujetos de derecho, tal como lo prevé la CDN (Cillero, 2000). Esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona, sin importar su edad, frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo; cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales (Bustos Ramírez, 1989).

Finalmente, los sujetos de este sistema pueden o no ser inimputables en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme a esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada inimputable y, por lo tanto, incapaz de ser objeto de un reproche jurídico-penal.

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, los derechos y garantías fundamentales contenidos en la Convención y en otros tratados de aplicación en el tema. En nuestro país, el derecho de defensa está normado en la Constitución Nacional, en su artículo 18. Estas garantías procesales básicas (la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogarlos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior) deben respetarse en todas las etapas del proceso, tal como lo establecen las Reglas de Beijing (1985).

En consecuencia, en estos sistemas de justicia juvenil se establecen, como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente, sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada. En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la

centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad, la cual debe organizarse, por lo menos, en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, los informes realizados por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán integrar los juzgados penales juveniles. Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas, la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado. En algunos casos, las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboren informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando” (Beloff, s. f.).

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal es algo más que un modelo procesal o de administración de protección o justicia. Se trata de modelos que han determinado, por casi un siglo, la manera de percibir y aprehender la realidad de la infancia pobre, por un lado, y de la cuestión criminal, por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda remover automáticamente patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Para superar la cultura tutelar es necesario asumir que la nueva justicia juvenil es parte del sistema penal del Estado y que, como parte de este, las consecuencias jurídicas de la atribución de responsabilidad al adolescente implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se los descontextualizaría, como se hacía en el modelo tutelar, en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor.

El adolescente declarado penalmente responsable solo puede ser restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial, en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena.

La reforma integral de las leyes que regulan la condición jurídica de la infancia en la Argentina, federales y locales, se impone por un triple orden de razones: por un lado, por razones vinculadas con los compromisos internacionales asumidos por el país, ya que gran parte de las leyes vigentes los desconoce; por otro lado, por razones vinculadas con el humanismo más elemental, ya que no se puede seguir admitiendo la aplicación automática de leyes que desconocen derechos fundamentales de niños y adolescentes; finalmente, por razones pragmáticas, ya que el sistema tutelar es una fábrica de delincuencia juvenil, por aquello de la profecía autocumplida (Platt, 1982).

CONCLUSIÓN

La especialidad que debe caracterizar a la justicia juvenil no constituye un privilegio ni una concesión excepcional, sino una exigencia jurídica derivada del reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y personas en proceso de desarrollo. En consecuencia, toda respuesta estatal frente a la infracción de la ley penal debe encontrarse orientada por los principios de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención, interés superior del niño, autonomía progresiva y reintegración social, evitando cualquier forma de discriminación fundada en condiciones de vulnerabilidad económica, familiar o social.

Resulta imprescindible superar definitivamente los resabios del modelo tutelar que históricamente legitimó intervenciones paternalistas y discrecionales bajo una aparente finalidad protectora. La protección integral no puede traducirse en una ampliación de las facultades de control estatal ni en restricciones de derechos desprovistas de las garantías propias del debido proceso. Por el contrario, exige la construcción de un sistema especializado que combine responsabilidad, educación, inclusión social y respeto irrestricto de la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, la finalidad de la justicia penal juvenil no debe reducirse a la imposición de sanciones ni a la neutralización del conflicto social mediante mecanismos de control. Su verdadero fundamento radica en promover la formación integral de los adolescentes, fortalecer sus capacidades para el ejercicio responsable de la ciudadanía y generar condiciones efectivas para su inclusión social.

La delincuencia, en tanto fenómeno social, no reconoce fronteras de clase ni de territorio: se manifiesta en todas las capas sociales y constituye una forma de inadaptación que desafía a la sociedad y a sus normas de convivencia. Sin embargo, los caminos que conducen a ella son múltiples y diversos. Por ello, la violencia y la delincuencia juvenil no pueden analizarse aisladamente de los contextos de

desigualdad, exclusión y vulneración de derechos que afectan a amplios sectores de la infancia y la adolescencia. Comprender esa trama estructural es condición para que la respuesta estatal, antes que reproducir la exclusión, contribuya efectivamente a revertirla.

REFERENCIAS

- Baratta, A. (1998). Infancia y democracia. En E. García Méndez y M. Beloff (Comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Temis/Depalma.
- Beloff, M. (2002). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), 97-114.
- Beloff, M. (2005). *Constitución y derechos del niño*. Editores del Puerto.
- Beloff, M. (s. f.). El rol de los equipos multidisciplinares en la nueva justicia juvenil. *Nueva Doctrina Penal*.
- Beloff, M., Freedman, D., Kierszenbaum, M. y Terragni, M. (2017). *La justicia juvenil y el juicio abreviado*. Ad Hoc.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ariel.
- Cillero Bruñol, M. (2000). Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, (2), 101-138.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Convención Nacional Constituyente.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Naciones Unidas, Resolución 44/25 de la Asamblea General.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. (1967). *In re Gault*, 387 U.S. 1.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). (1990). Naciones Unidas, Resolución 45/112 de la Asamblea General.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Gomes da Costa, A. C. (2006). *Natureza e essência da ação socioeducativa*. Belo Horizonte.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Trads.; 2.ª ed.). Marcial Pons.
- Ley 22.278. (1980). Régimen Penal de la Minoridad (modificada por la Ley 22.803). Boletín Oficial de la República Argentina.
- Ley 26.061. (2005). Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Boletín Oficial de la República Argentina.

Pilotti, F. (2001). *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño*. CEPAL.

Platt, A. (1982). *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Siglo XXI.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. (1990). Naciones Unidas, Resolución 45/113 de la Asamblea General.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). (1985). Naciones Unidas, Resolución 40/33 de la Asamblea General.

Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en el derecho penal* (F. Muñoz Conde, Trad.). Reus.

Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Trads.). Marcial Pons.

La instrumentalización de adolescentes por estructuras criminales como fenómeno creciente en América Latina: caso Miguel Uribe Turbay

The Instrumentalization of Adolescents by Criminal Structures as a Growing Phenomenon in Latin America: The Miguel Uribe Turbay Case

Dra. Gyomar Pérez Cobo⁴²

Dr. Pedro Luis Bracho-Fuenmayor⁴³

Dra. Marcela Verónica Chávez Hernández⁴⁴

RESUMEN

Se analiza la creciente instrumentalización de adolescentes por parte de organizaciones criminales en América Latina, tomando como punto de partida el atentado contra el congresista colombiano Miguel

⁴²Coordinadora del grupo de investigadores de Derecho Penal de la Red de Derecho América Latina y el Caribe (REDALC). Docente del Programa de Maestrías en Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo. Cursante del Postdoctorado Internacional en Derechos Humanos por la Universidad del Zulia (2024-2025). Doctora en Derecho por la Universidad del Zulia (LUZ). Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santa María (USM). Especialista en Metodología de la Investigación por la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Diplomada en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Diplomada en Estudios Avanzados de Derecho de Familia y del Niño, mención Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (1999-2018). Profesora Titular de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador (2018-2023). Defensora Pública para el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente (2000-2016). Miembro fundadora del Sistema Autónomo de la Defensa Pública en Venezuela. Email: gyomarp@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6037-4253>.

⁴³ Profesor Titular Escuela de Derecho y Gobierno de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile (UCHile). Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile. Abogado por la Universidad del Zulia (LUZ). Especialista en Metodología de la Investigación por la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Magíster en Derecho por la Universidad de Chile (UCHile). Máster Internacional en Derecho y Gestión Deportiva por el Instituto Superior de Derecho y Economía de Madrid (ISDE). Doctor en Ciencia Política por la Universidad del Zulia (LUZ). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Zulia (LUZ). Postdoctorado en Docencia e Investigación por la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). Postdoctorado en Gerencia de la Educación Superior por la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). Investigador del Instituto Interuniversitario de Investigación Educativa (IESED-Chile) en el área de Equidad y Calidad en Educación Superior. Socio activo del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Miembro oficial del Círculo Telemático de Derecho Penal. Ganador del XIII Premio Jurídico Internacional ISDE (Europa) año 2022. Email: pbracho@utem.cl. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3899-8163>.

⁴⁴ Doctora en Derecho con mención Cum laude por la Universidad de Guanajuato; maestra en derecho procesal constitucional por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; maestra en juicios orales por la Universidad Nova Spainia; docente de la Universidad Vizcaya de las Américas, campus Morelia, Michoacán, México, licmvchavez@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4056-1506>.

Uribe Turbay, presuntamente ejecutado con participación de un menor de edad. Desde un enfoque jurídico dogmático y garantista, se examina la categoría de la imputabilidad penal en adolescentes, contrastando los postulados clásicos del derecho penal con los principios de la doctrina de la protección integral. Asimismo, se introduce una reflexión crítica sobre la inexigibilidad de otra conducta como posible excluyente de culpabilidad en casos donde los adolescentes actúan bajo presión estructural ejercida por grupos delictivos organizados. El análisis también aborda las propuestas legislativas que pretenden elevar las penas a adolescentes o permitir que sean juzgados como adultos, particularmente ante delitos graves de alto impacto mediático. Se comparan modelos normativos de América Latina y otras regiones, destacando el contraste entre respuestas regresivas y sistemas garantistas centrados en la resocialización. El estudio concluye que tales propuestas resultan regresivas, ineficaces y contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, y reafirma la necesidad de consolidar sistemas de responsabilidad penal juvenil coherentes con la condición evolutiva de los adolescentes, priorizando su reintegración y no su castigo. En definitiva, la facultad punitiva del Estado no debe ser desplazada hacia los adolescentes como si fuesen autores plenamente libres en contextos de criminalidad organizada, sino que debe dirigirse con especial rigor hacia las organizaciones criminales que los instrumentalizan. Castigar al adolescente sin desarticular las estructuras que lo instrumentalizan constituye no solo una injusticia, sino una omisión estratégica del poder punitivo estatal frente a los verdaderos centros de criminalidad que corroen el tejido social en América Latina.

Palabras clave: criminalidad organizada; derechos del niño; imputabilidad; justicia juvenil; protección integral; responsabilidad penal adolescente.

ABSTRACT

This article analyzes the growing instrumentalization of adolescents by criminal organizations in Latin America, taking as its starting point the attack against Colombian congressman Miguel Uribe Turbay, allegedly carried out with the participation of a minor. From a dogmatic and rights-based legal approach, the category of criminal imputability in adolescents is examined, contrasting the classical tenets of criminal law with the principles of the doctrine of comprehensive protection. It also introduces a critical reflection on the non-exigibility of alternative conduct as a possible ground for excluding culpability in cases where adolescents act under structural pressure exerted by organized criminal groups. The analysis further addresses legislative proposals seeking to increase penalties for adolescents or to allow them to be tried as adults, particularly for serious, high-profile offenses. Normative models from Latin America and other regions are compared, highlighting the contrast between regressive responses and rights-based systems centered on social reintegration. The study concludes that such proposals are regressive, ineffective and

contrary to international human rights law, and reaffirms the need to consolidate juvenile criminal responsibility systems consistent with the evolving condition of adolescents, prioritizing their reintegration rather than their punishment. Punishing the adolescent without dismantling the structures that instrumentalize them constitutes not only an injustice, but also a strategic omission of the State's punitive power in the face of the true centers of criminality that erode the social fabric in Latin America.

Keywords: *child rights; comprehensive protection; criminal imputability; juvenile criminal responsibility; juvenile justice; organized crime.*

INTRODUCCIÓN

El 7 de junio de 2025, durante un acto político en la localidad de Fontibón, en Bogotá, el senador y precandidato presidencial colombiano Miguel Uribe Turbay fue víctima de un atentado armado que le ocasionó heridas de extrema gravedad, incluyendo impactos de bala en la cabeza. Las autoridades capturaron en el lugar de los hechos a un adolescente de 14 años, sindicado como autor material del ataque, y posteriormente vincularon a un segundo implicado, Carlos Eduardo Mora González, señalado como responsable logístico de la operación: entrega del arma, coordinación y manipulación del menor. Para la Fiscalía General de la Nación, el hecho no se trata de un caso aislado, sino de un ejemplo paradigmático de la instrumentalización de adolescentes por parte de estructuras criminales, una práctica cada vez más frecuente en América Latina.

Este episodio no solo conmocionó a la opinión pública, sino que reactivó un debate profundo sobre los límites del sistema penal juvenil frente a hechos de extrema violencia protagonizados por menores de edad. A nivel regional, son cada vez más evidentes los patrones sistemáticos mediante los cuales niños, niñas y adolescentes son reclutados, adoctrinados o coaccionados por redes delictivas, aprovechando su condición etaria, la menor respuesta punitiva del Estado y las vulnerabilidades sociales que los rodean.

Desde el prisma del Derecho Penal sustantivo, este fenómeno interpela nociones fundamentales como la imputabilidad, la culpabilidad y las condiciones bajo las cuales puede afirmarse o atenuarse la responsabilidad penal del adolescente. En particular, plantea una tensión evidente entre los postulados clásicos de la culpabilidad —centrados en la autodeterminación del individuo— y los principios propios de la doctrina de la protección integral, que obliga a considerar el entorno estructural, emocional y social en el que se forma y actúa el menor de edad.

Desde una perspectiva complementaria, el artículo también examina el fenómeno desde la criminología crítica, a fin de problematizar las respuestas punitivas tradicionales y visibilizar los procesos de exclusión, selectividad y construcción simbólica del adolescente infractor como enemigo social. Se retoman los aportes de autores como Zaffaroni, Baratta y Garland para evidenciar cómo el tratamiento penal de adolescentes en contextos de criminalidad organizada se ha desplazado hacia formas de control social anticipado, muchas veces desconectadas de una evaluación real de culpabilidad. Este enfoque permite entender que la instrumentalización no solo afecta la capacidad de autodeterminación del menor, sino que revela fallas estructurales del Estado en sus funciones de protección, inclusión y garantía de derechos.

En este contexto, el presente artículo se propone realizar una revisión crítica y técnico-jurídica sobre la responsabilidad penal adolescente en escenarios de instrumentalización criminal. A partir del análisis de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, se examinan tres ejes fundamentales: los límites dogmáticos de la imputabilidad en menores, la viabilidad constitucional y ética de aplicar regímenes sancionatorios excepcionales en casos extremos, y la creciente tendencia legislativa en la región a endurecer las penas como respuesta frente a la criminalidad juvenil organizada.

La pregunta de fondo es: ¿cómo deben responder los sistemas penales juveniles ante hechos atroces cometidos por adolescentes que han sido manipulados, entrenados o instrumentalizados por organizaciones criminales? Este interrogante no solo apunta al plano normativo, sino que nos confronta con un dilema ético y político de gran calado: proteger a los adolescentes como sujetos de derechos, aun cuando su conducta ponga en jaque la seguridad pública, y definir cómo se debe actuar frente a la instrumentalización delictiva de menores, que constituye una fractura profunda de los postulados de la protección integral.

Esta fisura no puede ser leída únicamente como una falla individual, sino como el síntoma de una exclusión estructural más amplia, donde el crimen organizado llena vacíos que deberían ser ocupados por políticas de inclusión, cuidado y acompañamiento. Frente a ello, el Derecho Penal Juvenil debe asumir el desafío de ofrecer respuestas proporcionales, pedagógicas y transformadoras, sin claudicar ante el populismo punitivo ni negar el deber estatal de actuar ante hechos especialmente graves.

Así, este estudio se orienta a discutir —desde una perspectiva dogmática, garantista y humanamente situada— la forma en que los sistemas penales de América Latina pueden o deben responder cuando la niñez y la adolescencia son utilizadas como herramientas del crimen. Al hacerlo, se

plantea también una crítica a la expansión del discurso legislativo que promueve el aumento de penas, desconectado de las causas estructurales del fenómeno y de los límites propios del Derecho Penal Juvenil en sociedades democráticas.

METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolló bajo una perspectiva cualitativa, con enfoque documental y hermenéutico-jurídico, orientado al análisis crítico e interpretativo de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales. El método hermenéutico resulta especialmente pertinente en el ámbito jurídico, ya que permite desentrañar los sentidos implícitos de las normas, interpretar los fundamentos dogmáticos del Derecho Penal sustantivo y reconstruir las tensiones axiológicas entre las categorías clásicas de imputabilidad y los principios del sistema penal juvenil.

Tal como lo plantean Gadarme (2020) y Sierra (1988), el método hermenéutico jurídico no se limita a una lectura literal de los textos normativos, sino que exige una comprensión profunda de su racionalidad interna y de los contextos sociales en los que opera el Derecho. En esa línea, Atienza (2003) y Cueva et al. (2023) destacan que este enfoque permite identificar la dimensión argumentativa del derecho, especialmente útil para abordar conflictos normativos complejos, como el que plantea la instrumentalización de adolescentes por organizaciones criminales.

El corpus de análisis estuvo compuesto por instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Observación General N.º 10 del Comité de los Derechos del Niño (2007), y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como jurisprudencia nacional relevante (como la Sentencia C-203/2005 de la Corte Constitucional de Colombia y fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia). Del mismo modo se abordó la doctrina penal clásica y contemporánea, representada por Binding, Mezger, Von Liszt, Roxin, Zaffaroni y Beloff, así como aportes de la criminología crítica latinoamericana.

También se analizaron artículos científicos y estudios interdisciplinarios recientes sobre justicia penal juvenil, vulnerabilidad estructural e instrumentalización delictiva. En efecto, el análisis se articuló en dos niveles: uno dogmático, para revisar la evolución de la categoría de imputabilidad en adolescentes, y otro garantista, para interpretar las implicaciones jurídicas del principio de protección integral en relación con las reacciones estatales frente a delitos atroces cometidos por menores de edad. Este enfoque

permitió cuestionar las tendencias legislativas orientadas al endurecimiento punitivo y reivindicar un modelo de justicia juvenil respetuoso de la condición evolutiva de los adolescentes.

I. La imputabilidad penal del adolescente: un análisis dogmático

1.1. Fundamentos clásicos de la imputabilidad penal

La imputabilidad penal ha constituido, desde los orígenes de la dogmática penal moderna, un elemento esencial para afirmar la culpabilidad y, con ello, la legitimidad de la respuesta punitiva del Estado. Esta categoría se refiere a la aptitud del individuo para comprender el carácter antijurídico de su conducta y comportarse conforme a esa comprensión. No se trata simplemente de un dato biológico o clínico, sino de una capacidad compleja, que ha sido objeto de desarrollo desde perspectivas naturalistas hasta enfoques normativos más integradores.

Entre los primeros desarrollos, Franz Von Liszt propuso una visión que articulaba lo biológico con lo racional, concibiendo la imputabilidad como la capacidad del sujeto para entender el injusto y actuar conforme a ese entendimiento. El inimputable, para Von Liszt, no es simplemente quien padece una alteración mental, sino quien carece del mínimo de comprensión y autodeterminación exigido para responder penalmente.

Desde otro ángulo, Karl Binding estructuró el concepto como un requisito lógico previo al juicio de culpabilidad. En su doctrina, la imputabilidad no forma parte de la culpabilidad misma, sino que actúa como un filtro inicial que permite determinar si el sujeto es susceptible de reproche jurídico. De este modo, incluso si la conducta es típica y antijurídica, no puede afirmarse la culpabilidad si no se constata antes la imputabilidad del autor. Esta visión introdujo una claridad conceptual que, aunque formulada desde un paradigma rígido, permitió distinguir con nitidez los momentos del juicio penal.

Más adelante, Edmund Mezger, al desarrollar su teoría de la culpabilidad psicológica, propuso una mirada más empírica y centrada en los procesos mentales del autor. Para Mezger, imputabilidad significa capacidad de comprensión y de voluntad, siendo la culpabilidad el vínculo psicológico entre el sujeto y su conducta. Esta postura permitió introducir una mayor individualización en el juicio penal, especialmente útil para valorar la responsabilidad de personas con desarrollo evolutivo incompleto, como los adolescentes, cuyo discernimiento y voluntad pueden estar modulados por condiciones madurativas o ambientales.

Sin embargo, es en la doctrina contemporánea de Claus Roxin donde se encuentra una reformulación más coherente con los valores del Estado democrático de derecho. En su enfoque, la imputabilidad no debe reducirse a elementos psicológicos o biológicos, sino que debe entenderse como una capacidad normativa (Roxin, 2020). Esto implica que el sujeto ha de estar en condiciones de comprender y asumir la norma como regla de orientación de su conducta, dentro del entramado social en que vive. La imputabilidad, por tanto, exige una integración mínima del individuo al sistema normativo, no solo en términos cognitivos, sino también sociales y axiológicos.

En el caso de los adolescentes, esta perspectiva resulta especialmente significativa. Roxin advierte que no basta con evaluar abstracciones como la “capacidad de entender”; es preciso valorar el contexto de socialización, el entorno familiar y comunitario, la exposición a entornos criminales o desestructurados, y el grado real de internalización de las expectativas normativas. Un adolescente que ha crecido en un ambiente de criminalidad, pobreza extrema o abandono institucional puede no haber tenido jamás una oportunidad real de apropiarse de los valores jurídicos que sustentan la norma.

Así planteado, el concepto de imputabilidad deja de ser un dato técnico cerrado para abrirse a la consideración de las condiciones estructurales de vulnerabilidad. En escenarios como el del caso colombiano que da origen a este estudio —donde un adolescente de 14 años fue instrumentalizado para cometer un atentado contra un senador—, el juicio sobre su responsabilidad penal no puede desentenderse del contexto de coacción, adoctrinamiento o presión estructural al que pudo haber estado sometido.

Es fácil colegir que la doctrina clásica proporciona herramientas valiosas para entender la lógica de la imputabilidad, pero es desde enfoques actuales como el de Roxin donde se habilita un análisis más flexible, humanizado y ajustado a la realidad latinoamericana, donde la exclusión social, la violencia estructural y la presencia de redes delictivas son factores que inciden directamente sobre la autonomía del adolescente. En estos casos, la imputabilidad debe ser reconstruida como una categoría jurídico-normativa contextualizada, que permita diferenciar con precisión entre el menor que actúa con plena autodeterminación y aquel que ha sido utilizado como instrumento de la criminalidad organizada.

1.2. El desarrollo psicosocial del adolescente y los aportes de la neurociencia

Ahora bien, el análisis jurídico de la imputabilidad en adolescentes no puede limitarse a las categorías dogmáticas tradicionales. La complejidad del sujeto adolescente exige integrar, como parámetro interpretativo, los avances provenientes de disciplinas como la psicología del desarrollo y la neurociencia, cuya contribución ha sido decisiva para comprender la especificidad de la maduración cognitiva y emocional en esta etapa vital, reconociendo que estos aportes no solo complementan la visión penal sustantiva, sino que reconfiguran el modo en que deben aplicarse los principios de culpabilidad y responsabilidad en el marco del sistema penal juvenil.

Numerosos estudios científicos han demostrado que el cerebro humano no alcanza su madurez completa durante la adolescencia. En particular, la corteza prefrontal —área encargada de funciones ejecutivas como la planificación, la toma de decisiones racionales, el control de impulsos y la anticipación de consecuencias— continúa en desarrollo hasta bien entrada la tercera década de vida. Por el contrario, estructuras como el sistema límbico, asociadas a la reactividad emocional, presentan una maduración temprana, lo que genera un desequilibrio funcional entre el control racional y la impulsividad emocional (Steinberg, 2009; Luna et al., 2015).

Esta configuración neurocognitiva propia de la adolescencia tiene implicaciones directas sobre la capacidad de autodeterminación. Los adolescentes son más propensos a asumir riesgos, a ceder ante presiones de grupo, a experimentar lealtades afectivas intensas con referentes externos (como pandillas o redes delictivas) y a tomar decisiones sin una evaluación integral de sus consecuencias jurídicas o morales. Su vulnerabilidad, por tanto, no es solo social o económica, sino también estructural desde el punto de vista biológico y emocional.

Este reconocimiento ha trascendido el ámbito académico para instalarse en decisiones judiciales de alto impacto. En *Roper v. Simmons* (2005), la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la pena de muerte en menores de 18 años, argumentando que su menor madurez, su alta sugestionabilidad y su falta de una identidad plenamente formada disminuyen su culpabilidad moral frente a la de un adulto.

Esta línea jurisprudencial fue ampliada en *Graham v. Florida* (2010) y *Miller v. Alabama* (2012), que proscribieron la imposición automática de la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional para adolescentes, reconociendo el potencial de reintegración y la transitoriedad del desarrollo moral en esta etapa.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), reafirmó que el tratamiento penal hacia los adolescentes debe responder a una lógica diferenciada, en razón de su etapa de desarrollo. El Tribunal insistió en que las penas impuestas deben ser esencialmente distintas en naturaleza, finalidad y duración respecto a las aplicadas a los adultos, privilegiando siempre la finalidad rehabilitadora y educativa por encima del castigo.

La doctrina de la protección integral, consagrada en instrumentos como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y desarrollada por organismos como el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N.º 10 (2007), también ha recogido estos hallazgos científicos para exigir una mirada garantista. Desde esta perspectiva, la imputabilidad no puede ser entendida como una categoría estática, sino como un juicio jurídico complejo y evolutivo, que debe considerar el grado de desarrollo moral, social y emocional del adolescente.

En consecuencia, cuando un adolescente es instrumentalizado por una organización criminal para cometer un delito —como en el caso reciente del atentado contra el senador Miguel Uribe Turbay en Colombia— el análisis sobre su responsabilidad penal no puede prescindir del contexto de coacción estructural, adoctrinamiento o manipulación afectiva al que estuvo expuesto. No se trata de eximir de responsabilidad por principio, sino de reconocer que en tales escenarios la imputabilidad se ve condicionada por factores que erosionan seriamente la autodeterminación.

Esta instrumentalización debe leerse no solo como una sofisticación de la estrategia criminal, sino también como el síntoma de un fracaso institucional, incapaz de prevenir el reclutamiento de adolescentes, proteger sus trayectorias vitales o brindar alternativas que fortalezcan su agencia jurídica.

El Derecho Penal Juvenil, por tanto, no puede aplicar mecánicamente categorías propias del sistema adulto, sino que debe reconstruirse desde un enfoque interdisciplinario y contextual, que articule saberes científicos, principios normativos y consideraciones éticas propias del constitucionalismo contemporáneo.

1.3. La imputabilidad penal en el Derecho Penal Juvenil

A partir de lo expuesto, la imputabilidad en el Derecho Penal Juvenil debe ser entendida como una categoría jurídica autónoma, distinta en su configuración y aplicación respecto del Derecho Penal de adultos. Esta diferenciación encuentra fundamento en el principio de especialidad, según el cual las

normas, procedimientos y sanciones aplicables a adolescentes en conflicto con la ley deben adecuarse a su condición de personas en desarrollo. Desde esta perspectiva, el subsistema penal juvenil responde a criterios garantistas, pedagógicos y psicosociales, que privilegian la finalidad educativa y de reintegración por encima de una lógica retributiva.

En América Latina, la mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen una edad mínima para la responsabilidad penal juvenil que oscila entre los 12 y los 14 años, en concordancia con los estándares internacionales. No obstante, el cumplimiento del umbral etario no supone por sí mismo la existencia de imputabilidad en términos penales sustantivos. La edad cronológica, si bien es un requisito habilitante, debe complementarse con un análisis contextual y personalizado que permita valorar si el adolescente contaba efectivamente con la capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho y actuar conforme a dicha comprensión en el momento de su realización.

En esta línea, Eugenio Raúl Zaffaroni ha sostenido que el Derecho Penal Juvenil constituye una “rama diferenciada del derecho penal sustantivo”, cuyo objetivo central no es castigar, sino intervenir pedagógicamente frente a situaciones de vulnerabilidad que se manifiestan a través del conflicto con la ley (Zaffaroni, 2011). La infracción penal, en muchos casos, debe interpretarse como un síntoma de exclusión, subordinación o abandono, más que como una expresión de voluntad criminal autónoma. Desde esta óptica, la culpabilidad del adolescente no puede desvincularse de las condiciones estructurales que inciden sobre su comportamiento, tales como la pobreza, la violencia intrafamiliar o el adoctrinamiento ejercido por terceros.

A su vez, Mary Beloff (2001) advierte que la imputabilidad juvenil no puede ser asimilada a una capacidad abstracta o puramente biológica. Por el contrario, requiere de una valoración compleja e interdisciplinaria, que combine criterios jurídicos con elementos provenientes de la psicología evolutiva, el trabajo social y la neurociencia. Esta autora insiste en que muchos adolescentes actúan condicionados por dinámicas coercitivas o lealtades afectivas que limitan su autonomía real, por lo que resulta imperativo evaluar en cada caso si el contexto social y emocional del menor le permitió actuar con libertad y plena comprensión del injusto.

El marco normativo internacional respalda este enfoque. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en sus artículos 37 y 40, establece que los adolescentes privados de libertad deben ser tratados con humanidad, respeto por su dignidad y en condiciones adecuadas a su edad. Por su parte, la Observación General N.º 10 del Comité de los Derechos del Niño (2007) desarrolla estos principios y

establece que la imputabilidad debe analizarse desde una perspectiva evolutiva, en coherencia con el principio del interés superior del niño y con un enfoque de justicia restaurativa, proporcional y diferenciada.

Este marco jurídico y doctrinal exige una reconstrucción del concepto de imputabilidad penal juvenil, entendida ya no como una mera constatación de madurez cognitiva, sino como un juicio normativo complejo y contextualizado, en el que deben ponderarse múltiples factores: el desarrollo psicosocial del adolescente, las circunstancias específicas del hecho, la posible existencia de coacción o manipulación por parte de adultos, y el grado de inserción o desarraigo del menor respecto del entorno normativo y social.

Esta perspectiva resulta indispensable para analizar casos de instrumentalización criminal de adolescentes, donde la conducta infractora no necesariamente responde a una elección autónoma, sino a una lógica de subordinación, adoctrinamiento o presión estructural ejercida por redes delictivas organizadas. En tales contextos, afirmar la existencia de culpabilidad plena sin una evaluación diferencial y garantista constituye una desviación del derecho penal juvenil hacia formas simbólicas, punitivistas y contrarias a la protección integral.

Por ello, más que adaptar mecánicamente los criterios del Derecho Penal común, se impone una relectura de la imputabilidad juvenil como una categoría modulada por el contexto, los vínculos sociales del adolescente, sus condiciones materiales de existencia y las posibilidades reales de autodeterminación al momento de los hechos. Solo así se garantiza una respuesta jurídica coherente con los principios de humanidad y proporcionalidad, y con la finalidad última del sistema penal juvenil: la reintegración social del adolescente como sujeto de derechos.

Así, la teoría de Claus Roxin sobre la imputabilidad como capacidad normativa representa un punto de quiebre en la evolución de la dogmática penal contemporánea, al desplazar visiones reduccionistas centradas únicamente en la madurez biológica o el funcionamiento cognitivo del sujeto. Para Roxin (2020), la imputabilidad no es meramente una categoría psicológica, sino un juicio normativo que presupone que el individuo tiene la capacidad mínima para comprender las exigencias del ordenamiento jurídico y actuar conforme a ellas en condiciones de normalidad social. En esta concepción, la capacidad para ser destinatario de normas penales se construye desde una perspectiva integradora, en la que confluyen el desarrollo psíquico, el contexto social y la expectativa razonable de autodeterminación conforme al Derecho.

Esta propuesta adquiere especial relevancia cuando se analiza la participación de adolescentes en estructuras criminales organizadas, donde las condiciones materiales, sociales y simbólicas del entorno pueden erosionar severamente la autonomía del sujeto. En estos escenarios, el juicio de imputabilidad requiere algo más que constatar un nivel cognitivo funcional: exige valorar si el menor de edad tuvo efectivamente la posibilidad de elegir conforme al Derecho en un contexto de subordinación, adoctrinamiento, violencia estructural o coacción indirecta.

Tomando como ejemplo el caso del adolescente de 14 años involucrado en el atentado contra el senador colombiano Miguel Uribe Turbay, la cuestión no se agota en determinar su autoría material, sino en interrogarse sobre la existencia de una culpabilidad penal plena. La teoría de Roxin invita a examinar si el menor contaba con condiciones reales para orientar su conducta conforme a los valores jurídicos, o si se encontraba inmerso en una estructura de dominación criminal que anulaba o distorsionaba su capacidad normativa.

Roxin sostiene que, en contextos donde el individuo ha sido socializado dentro de un sistema de valores paralelo al Derecho —como ocurre en bandas criminales, pandillas o estructuras de narcotráfico—, puede fallar el presupuesto de exigibilidad de otra conducta, no por ausencia de discernimiento biológico, sino por la influencia de mecanismos de fidelización, naturalización de la violencia o lealtades afectivas profundamente arraigadas. Esta visión encuentra afinidad con el enfoque de culpabilidad por la estructura, que considera las formas de condicionamiento social como elementos jurídicamente relevantes para atenuar o excluir la responsabilidad.

En consecuencia, en casos de instrumentalización criminal de adolescentes, la imputabilidad debe ser valorada con un enfoque diferencial, que incorpore criterios psicosociales, criminológicos y jurídicos. No basta con aplicar fórmulas objetivas basadas en la edad o la presencia de capacidad abstracta de comprensión; es indispensable reconstruir el contexto en el que se produjo la conducta y evaluar el grado de autodeterminación real del adolescente. Este análisis no anula el juicio de autoría, pero puede modular significativamente el juicio de culpabilidad, en atención al principio de humanidad y al mandato de proporcionalidad subjetiva.

Asimismo, el enfoque de Roxin plantea límites a la reacción penal punitivista que impulsa reformas legislativas orientadas al aumento de penas en función de la gravedad objetiva del delito.

En definitiva, la concepción de imputabilidad como capacidad normativa, en clave roxiniana, obliga a los operadores jurídicos a abandonar enfoques mecanicistas del juicio de responsabilidad penal

juvenil y a adoptar un paradigma que atienda la complejidad de los factores sociales, afectivos y simbólicos que inciden en la conducta del adolescente. Esto resulta indispensable para evitar la confusión entre peligrosidad y culpabilidad, entre autoría material y responsabilidad plena, especialmente en aquellos casos donde el adolescente ha sido reducido a un instrumento al servicio de organizaciones criminales.

La utilización sistemática de adolescentes por parte de organizaciones criminales para la ejecución de delitos graves constituye una de las manifestaciones más alarmantes del entrecruzamiento entre vulnerabilidad social y criminalidad estructurada. Este fenómeno, además de representar un fracaso institucional en la garantía de los derechos de la niñez, plantea serias interrogantes dogmáticas respecto del juicio de culpabilidad penal.

1.4. Entre la coacción y la determinación estructural: delimitando la inculpabilidad

La dogmática penal tradicional ha desarrollado categorías como la coacción moral irresistible (vis compulsiva) y el estado de necesidad disculpante, a través de las cuales se puede excluir la culpabilidad en situaciones donde la autodeterminación del sujeto ha sido severamente afectada por presiones externas. En estos casos, el individuo actúa bajo la influencia de factores que neutralizan su capacidad de elección, haciendo imposible o extremadamente difícil exigirle un comportamiento conforme al Derecho. Sin embargo, los esquemas de subordinación estructural presentes en las organizaciones criminales juveniles exceden las lógicas tradicionales de coacción puntual o directa, y requieren una reinterpretación de estas figuras exculpantes a la luz de la criminología crítica y el enfoque garantista del Derecho Penal Juvenil.

Desde esta perspectiva, Claus Roxin ha advertido que el juicio de culpabilidad debe ceder cuando el sujeto —especialmente un adolescente— actúa en un entorno de control social denso, prolongado y simbólicamente determinante. Cuando la conducta se enmarca en un contexto donde el grupo criminal define los marcos de pertenencia, protección, castigo, identidad y subsistencia, puede fallar el presupuesto de exigibilidad de otra conducta. No se trata de una coacción directa, sino de una forma más sofisticada de dominación estructural, que sustituye la racionalidad jurídica del menor por una lógica de lealtad, miedo o necesidad impuesta por la organización.

Este fenómeno resulta aún más crítico si se considera que muchos adolescentes reclutados por redes delictivas han sido expuestos a estas dinámicas desde edades tempranas, antes de consolidar un

esquema de valores propio o una identidad autónoma respecto del grupo. La exposición prolongada a contextos violentos, el adoctrinamiento sistemático, la promesa de beneficios inmediatos y las amenazas implícitas o explícitas ante la desobediencia conforman un ecosistema que distorsiona profundamente la percepción del injusto y limita de manera significativa la posibilidad de autodeterminación jurídica.

En este marco, la imputabilidad penal debe ser reinterpretada a la luz del principio de humanidad y del principio de exigibilidad concreta. No se trata de negar la autoría del hecho, sino de reconocer que la culpabilidad puede estar sustancialmente disminuida cuando la acción del menor responde a una lógica de subordinación estructural. En este sentido, la instrumentalización criminal de adolescentes no puede ser abordada con criterios meramente objetivos o retributivos, sino mediante un análisis profundo del contexto psicosocial, emocional y simbólico en el que se produce la conducta.

Este enfoque obliga a repensar el rol de las instituciones del sistema penal juvenil, no como operadores de castigo, sino como agentes de reconstrucción subjetiva y social. La ausencia de esta mirada crítica conduce a la aplicación de un Derecho Penal simbólico y punitivista, que castiga al ejecutor más débil del engranaje criminal y omite la responsabilidad de los verdaderos organizadores del delito.

Desde el plano normativo y axiológico, la doctrina de la protección integral constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal Juvenil contemporáneo, cuyo eje central es el reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto pleno de derechos, con garantías reforzadas frente al poder punitivo del Estado. Esta doctrina, consolidada con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y recogida en los marcos constitucionales y legislativos de diversos países latinoamericanos, obliga a diseñar e interpretar las respuestas penales en función de las particularidades del desarrollo psicosocial y de las condiciones estructurales de vida de los adolescentes.

En ese sentido, la doctrina de la protección integral no puede ser comprendida como una simple cláusula de benevolencia penal o como un recurso retórico para justificar indulgencia punitiva, sino como un mandato sustantivo de contextualización normativa y de garantía de trato diferenciado. Implica, por tanto, no solo adaptar el régimen sancionatorio, sino también repensar la imputabilidad y la culpabilidad desde una lógica situada, que incorpore la realidad concreta del adolescente, su entorno social, y las eventuales condiciones de manipulación, subordinación o coacción estructural.

Autores como Mary Beloff (2001) y Cecilia Grosman (1999) han sostenido que el principio de protección integral impone al juez penal juvenil la obligación de valorar las condiciones estructurales del adolescente como elementos normativos relevantes del juicio de responsabilidad, no como simples

atenuantes. Desde esta mirada, no se trata de negar el principio de culpabilidad, sino de reconfigurarlo conforme al principio de humanidad, ponderando si el adolescente actuó libre y conscientemente o si, por el contrario, su conducta fue el resultado de un proceso de determinación sociodelictiva que lo excede como individuo.

Esta interpretación se alinea con lo sostenido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N.º 10 (2007), donde se establece que el enfoque penal juvenil debe ser eminentemente pedagógico, restaurativo y garantista, evitando la equiparación con el sistema penal de adultos y tomando en cuenta las causas sociales que condicionan la conducta infractora. Así, la doctrina de la protección integral funciona no como un límite a la exigencia de responsabilidad, sino como un marco hermenéutico que permite calibrar el grado real de autodeterminación del adolescente y, en consecuencia, su reprochabilidad penal.

En contextos de instrumentalización criminal, esta doctrina adquiere una función aún más relevante. Lejos de ser un obstáculo para la determinación de responsabilidad, opera como criterio orientador para delimitar la culpabilidad de manera justa, ponderando si el menor actuó bajo esquemas de coacción simbólica, fidelización delictiva o dependencia emocional.

Desde esta perspectiva, no se trata de presumir una inculpabilidad automática, sino de aplicar un análisis individualizado, casuístico y cualificado, que permita determinar si el adolescente comprendía el carácter delictivo de la conducta, si tenía posibilidades reales de resistir la orden criminal, y si contaba con algún margen efectivo para apartarse del entorno coercitivo que lo determinaba. En otras palabras, el juicio de culpabilidad debe ponderar no solo la acción, sino también el grado de libertad moral y la exigibilidad normativa del comportamiento alternativo.

Esta postura encuentra respaldo en la jurisprudencia interamericana, especialmente en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (Corte IDH, 2013), donde el Tribunal sostuvo que la responsabilidad penal de los adolescentes no puede desvincularse del contexto estructural de exclusión, abandono o violencia que caracteriza sus trayectorias de vida. En palabras de la Corte:

La respuesta penal estatal no puede prescindir del análisis del contexto en que se desenvuelven los adolescentes, ni desconocer las condiciones que afectaron su formación moral y social.

Este criterio impone al juez penal juvenil una obligación de contextualización reforzada, que exige atender a factores como el reclutamiento por parte de grupos armados o pandillas y la ausencia de redes

estatales de protección, como elementos jurídicamente relevantes al momento de valorar la culpabilidad. Se consolida así una concepción evolutiva y situacional de la responsabilidad penal, que impide aplicar de forma automática categorías del Derecho Penal general a adolescentes sometidos a condiciones de subordinación estructural.

En definitiva, afirmar la culpabilidad sin atender a estos factores implicaría incurrir en una forma de derecho penal simbólico, que sacrifica la justicia individual en nombre de la severidad general. Por el contrario, una respuesta penal legítima exige reconstruir la culpabilidad desde una perspectiva compleja, interdisciplinaria y garantista, especialmente cuando se trata de adolescentes cuya autonomía ha sido erosionada por estructuras de poder criminal.

II. La reforma del Sistema Penal Juvenil ante los delitos graves

La implicación de adolescentes en hechos delictivos de extrema gravedad —como homicidios por encargo, atentados terroristas o actividades propias del crimen organizado— ha reactivado discursos políticos y mediáticos que proponen una reforma punitiva del Sistema Penal Juvenil en América Latina. Entre estas propuestas, destaca la posibilidad de juzgar a adolescentes como adultos, bajo el argumento de que ciertos delitos ameritan un tratamiento sancionatorio equivalente al del régimen penal ordinario. Este planteamiento suele justificarse en la lógica de la proporcionalidad del castigo, especialmente en contextos de alta percepción de inseguridad o conmoción pública, como el atentado contra el senador colombiano Miguel Uribe Turbay.

No obstante, esta alternativa debe ser analizada con rigor desde las exigencias del derecho constitucional, el derecho internacional de los derechos humanos y los criterios de política criminal diferenciada que rigen el tratamiento penal de personas menores de edad. Su implementación supondría una regresión normativa inadmisibles en materia de garantías, vulneraría el principio de especialidad y erosionaría los pilares pedagógicos y restaurativos del sistema penal juvenil.

2.1. Modelos jurídicos comparados: entre la excepción estadounidense y la especialidad latinoamericana

En algunos ordenamientos, como el de los Estados Unidos, existen mecanismos conocidos como transfer laws, que permiten transferir a menores infractores a la jurisdicción penal de adultos bajo tres vías: a) judicial waiver, en la que un juez autoriza el traslado; b) statutory exclusion, donde la ley excluye automáticamente a ciertos delitos del fuero juvenil; y c) prosecutorial discretion, que otorga facultad al fiscal para decidir sobre la jurisdicción aplicable. Si bien estas figuras buscan responder a la gravedad del hecho y a la supuesta madurez del infractor, han sido duramente cuestionadas por organismos internacionales, como el Comité de los Derechos del Niño, y por cortes nacionales, por su impacto desproporcionado y su efecto criminógeno.

Las investigaciones demuestran que los adolescentes juzgados como adultos presentan mayores tasas de reincidencia, son sometidos a tratos penitenciarios inadecuados y ven truncadas sus oportunidades de reintegración social. Lejos de mejorar la seguridad, este enfoque intensifica la vulnerabilidad del menor y contradice los postulados de una justicia penal especializada y garantista.

Por el contrario, en América Latina, la tendencia dominante ha sido consolidar sistemas de responsabilidad penal diferenciada, orientados por los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Así, legislaciones como la Ley 1098 de 2006 en Colombia, el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil en Argentina, o la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) en Venezuela, prohíben expresamente la aplicación de sanciones del régimen ordinario a personas menores de 18 años, e incorporan principios como la proporcionalidad subjetiva, la finalidad socioeducativa de las medidas y el interés superior del adolescente infractor.

La jurisprudencia constitucional colombiana, en la Sentencia C-203 de 2005, ha reiterado que juzgar a un adolescente como adulto lesiona el principio de especialidad, al ignorar su etapa de desarrollo y las obligaciones reforzadas del Estado en su proceso formativo. De igual modo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el caso Maldonado (2005), declaró inconstitucional la pena perpetua para adolescentes, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Mendoza y otros vs. Argentina (2013), reafirmó que las sanciones penales impuestas a adolescentes deben diferenciarse cualitativa y cuantitativamente de las aplicadas a adultos, respondiendo a finalidades educativas, no retributivas.

Estas decisiones consolidan un principio rector en el ámbito penal juvenil: la gravedad del hecho no puede justificar la equiparación del adolescente con el adulto, pues ello implicaría desconocer tanto

su menor desarrollo como su potencial de reintegración. Pretender lo contrario equivale a desplazar la doctrina de la protección integral por una lógica de excepción punitiva, incompatible con un Estado constitucional de derecho.

2.2. La proporcionalidad como principio subjetivo en el Derecho Penal Juvenil

Uno de los argumentos más recurrentes para justificar el tratamiento penal ordinario de adolescentes que cometen delitos graves es la invocación del principio de proporcionalidad en su dimensión retributiva. Bajo esta lógica, la gravedad del hecho delictivo justificaría la imposición de sanciones equivalentes a las aplicadas en el sistema penal de adultos. No obstante, esta interpretación desconoce que la proporcionalidad en el marco del Derecho Penal Juvenil no puede entenderse en términos absolutos, sino que debe articularse desde una perspectiva subjetiva y evolutiva, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos y al principio de especialidad que rige este subsistema.

La proporcionalidad subjetiva implica que la respuesta punitiva del Estado no debe atender exclusivamente a la entidad del daño causado, sino también a las condiciones personales del infractor: su edad, grado de madurez psicosocial, contexto de vida, nivel de autonomía y posibilidades reales de autodeterminación. En palabras del Comité de los Derechos del Niño, “el niño no debe ser tratado como un adulto en miniatura” (Observación General N.º 10, 2007), sino como un sujeto en desarrollo, cuyo proceso de formación exige respuestas diferenciadas, educativas y no meramente sancionatorias.

Este enfoque ha sido reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), al establecer que la sanción impuesta a una persona menor de edad debe responder a su situación concreta, considerando su grado de desarrollo físico y psicológico, así como su capacidad de reintegración social. En consecuencia, la proporcionalidad en el sistema penal juvenil no se mide exclusivamente por la gravedad del hecho, sino por la congruencia entre la medida aplicada y la condición evolutiva del sujeto, de modo que se evite cualquier forma de castigo desproporcionado, estigmatizante o excluyente.

Desde una perspectiva dogmática, la proporcionalidad subjetiva garantiza la legitimidad sustantiva del ius puniendi estatal, al evitar que el castigo se convierta en un instrumento de venganza social o de populismo punitivo. Además, constituye una salvaguarda frente a la tendencia regresiva de aplicar

criterios de peligrosidad objetiva o de alarma social como fundamentos para agravar las sanciones penales. En el caso de los adolescentes, ello reviste especial relevancia, dado que su culpabilidad es necesariamente disminuida, evolutiva y condicionada por factores estructurales, como se ha expuesto en apartados anteriores.

Así, cualquier tentativa de equiparar la respuesta penal juvenil a la de los adultos, bajo la excusa de una proporcionalidad “objetiva”, vulnera el principio de humanidad de las penas y contraviene la obligación estatal de adoptar medidas diferenciadas para garantizar el desarrollo integral del adolescente. En lugar de ello, la proporcionalidad debe operar como un principio modulador, que permita adecuar la intervención penal a las características personales del menor infractor, evitando que la respuesta estatal resulte más lesiva que el propio delito cometido.

2.3. Peligros y consecuencias de una justicia penal de excepción aplicada a adolescentes

La habilitación normativa o jurisprudencial para juzgar a adolescentes bajo las reglas del sistema penal ordinario configura una forma de derecho penal de excepción, incompatible con los fundamentos del Estado democrático de derecho y con los estándares internacionales que consagran una protección especial para personas en desarrollo. Esta excepción no solo vulnera principios estructurales como la legalidad, la proporcionalidad subjetiva y el principio de especialidad, sino que erosiona la arquitectura garantista sobre la cual se ha construido el subsistema de responsabilidad penal juvenil en América Latina.

En efecto, la creación de regímenes penales diferenciados por razones de edad, pero con criterios de punición equiparables a los adultos, constituye una regresión jurídica que desnaturaliza la función pedagógica y resocializadora del sistema penal juvenil, reemplazándola por una lógica de contención, exclusión y ejemplaridad. Esta deriva punitiva responde más a exigencias de reacción política o mediática frente a delitos de alto impacto, que a una evaluación técnica y ética sobre la legitimidad de la respuesta penal estatal.

Desde la criminología crítica, autores como Alessandro Baratta (2004) y Eugenio Raúl Zaffaroni (2011) han advertido sobre los peligros de construir categorías penales desde un enfoque reactivo, basado en el temor colectivo, la estigmatización selectiva y el simbolismo represivo, en lugar de una política criminal racional, humanista y eficaz. En este marco, la excepcionalidad punitiva aplicada a

adolescentes termina alimentando un modelo de derecho penal del enemigo, en el que los jóvenes de sectores populares —particularmente aquellos instrumentalizados por estructuras criminales— dejan de ser sujetos de derechos para convertirse en objetos de control y segregación.

Como ha señalado la Corte en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), los adolescentes deben ser tratados en función de su condición especial de persona en desarrollo, y el Estado está obligado a adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales adecuadas para garantizar su reintegración, no su exclusión.

En definitiva, juzgar a un adolescente como adulto, incluso ante delitos especialmente graves, no solo es jurídicamente insostenible, sino también ética y socialmente reprochable, pues implica abandonar los principios de humanidad, dignidad y prevención que deben guiar la política criminal en sociedades democráticas. La respuesta penal, lejos de fundarse en la lógica del castigo ejemplar, debe orientarse por criterios restaurativos, de justicia educativa y de construcción de ciudadanía, especialmente cuando se trata de sujetos cuya capacidad de autodeterminación se ha visto condicionada por entornos de violencia estructural, coacción o abandono estatal.

III. ¿Es viable juzgar a un adolescente como adulto en América Latina desde la doctrina de la protección integral?

La participación de adolescentes en delitos graves —como homicidios por encargo, actos terroristas o crímenes cometidos en el marco de organizaciones delictivas complejas— ha motivado propuestas legislativas y discursos políticos orientados a reformular el sistema penal juvenil, permitiendo, en determinados casos, equiparar su tratamiento al del régimen penal ordinario. Tales iniciativas, alentadas por situaciones de alta conmoción social, como el reciente atentado contra el senador colombiano Miguel Uribe Turbay, han recurrido al principio de proporcionalidad como justificación para la transferencia procesal o sustantiva del adolescente al sistema penal de adultos.

Sin embargo, la viabilidad jurídica, política y ética de estas propuestas entra en abierta tensión con la doctrina de la protección integral, reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y constitucionalizada en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. Esta doctrina establece un paradigma de trato diferenciado y garantista para los niños, niñas y adolescentes, fundado en su condición peculiar de personas en desarrollo, lo cual exige respuestas penales con finalidad pedagógica,

restaurativa y no retributiva, sustentadas en los principios de especialidad, interés superior del niño y proporcionalidad subjetiva.

Desde esta perspectiva, la doctrina de la protección integral opera como un límite infranqueable frente a las pretensiones de endurecimiento penal o de expansión del castigo por equivalencia con adultos. Juzgar a un adolescente como adulto significaría ignorar su situación estructural de vulnerabilidad, su condición bio-psico-social en evolución, y la obligación estatal de garantizar condiciones que favorezcan su desarrollo integral y su reinserción, más que su estigmatización o neutralización.

3.1. Doctrina de la protección integral y límites a la excepción punitiva

La doctrina de la protección integral, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y constitucionalizada en la mayoría de los países latinoamericanos, proscribe de forma expresa toda equiparación entre adolescentes y adultos en materia penal. Esta doctrina se sustenta en un doble reconocimiento: por un lado, el adolescente es titular pleno de derechos fundamentales; por otro, posee una condición jurídica diferenciada derivada de su proceso evolutivo, lo cual impone al Estado la obligación de diseñar respuestas penales especializadas, pedagógicas y restaurativas, incluso frente a conductas de extrema gravedad.

Desde esta perspectiva, cualquier propuesta legislativa o jurisprudencial que pretenda instaurar mecanismos de excepción punitiva —ya sea mediante el traslado del adolescente al fuero penal ordinario o mediante la aplicación de sanciones equivalentes a las del régimen adulto— colisiona frontalmente con los postulados fundamentales de la doctrina de la protección integral. Esta no solo protege al adolescente por su vulnerabilidad estructural, sino que reconfigura el sistema jurídico penal en clave garantista y evolutiva, colocando en el centro la idea de progresividad, capacidad de cambio y necesidad de reintegración.

En este sentido, los intentos por endurecer el tratamiento penal de los adolescentes mediante figuras como la “imputación como adultos” constituyen una regresión inconstitucional e inconvencional, contraria al principio de especialidad, al interés superior del niño y al mandato internacional de adaptar las respuestas penales a las características del sujeto en desarrollo.

Por tanto, juzgar a un adolescente como adulto no resulta jurídicamente viable dentro del marco normativo vigente en América Latina. Su implementación implicaría una transgresión del principio de legalidad penal, una afectación del debido proceso reforzado que asiste a los menores de edad, y una renuncia por parte del Estado a su deber ineludible de orientar el sistema penal juvenil hacia la resocialización, no hacia la retribución.

IV. Crítica a la postura legislativa sobre el aumento de penas a adolescentes

Ante el incremento de la participación de adolescentes en delitos graves, diversos sectores legislativos en América Latina han promovido reformas orientadas al endurecimiento del régimen sancionatorio juvenil, proponiendo medidas tales como el aumento de los años máximos de privación de libertad, la eliminación de beneficios procesales o la equiparación de sanciones con las previstas para adultos. Estas iniciativas, impulsadas frecuentemente en contextos de alta percepción de inseguridad y presión mediática, apelan al discurso de los “castigos ejemplares” como supuestos mecanismos de disuasión, pero carecen de fundamento empírico, vulneran principios fundamentales del derecho penal juvenil y representan un giro preocupante hacia el populismo punitivo.

4.1. El populismo punitivo como expresión de irracionalidad legislativa

La legislación impulsada tras hechos de alto impacto mediático —como el atentado contra el senador Miguel Uribe Turbay o los homicidios cometidos por adolescentes instrumentalizados por redes criminales— se configura como una respuesta simbólica y emocional, carente de anclaje en estudios criminológicos serios. Tal como lo advierte García-Pablos de Molina (2019), el populismo punitivo constituye una forma de política criminal reactiva y efectista, centrada en generar percepciones de control social y legitimar el sistema penal mediante sanciones severas, aunque su eficacia real sea nula o incluso contraproducente.

Este tipo de legislación olvida que el sistema penal juvenil debe estar guiado por finalidades pedagógicas y resocializadoras, conforme al principio de especialidad, el interés superior del adolescente y los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Las propuestas de incremento punitivo rompen el equilibrio garantista del subsistema juvenil, reduciéndolo a una copia atenuada del modelo penal ordinario, en abierta contradicción con la doctrina de la protección integral.

Estas propuestas legislativas desatienden por completo las causas estructurales que explican la inserción de adolescentes en dinámicas delictivas, entre las que destacan la exclusión social, la pobreza extrema, la deserción escolar, la violencia intrafamiliar y el reclutamiento sistemático por organizaciones criminales. Al enfocarse en el castigo, se desplaza la responsabilidad del Estado hacia el adolescente vulnerable, ocultando el fracaso de las políticas públicas de protección, educación, salud y seguridad.

La consecuencia directa de este desplazamiento es la profundización de la marginalidad juvenil, que deja de ser objeto de políticas sociales para convertirse en destinatario de políticas de control. En lugar de fortalecer estrategias preventivas integrales y sostenibles, el legislador opta por el ensanchamiento del poder punitivo, con efectos criminógenos y regresivos, tanto en términos normativos como en su impacto sobre la cohesión social.

4.2. Consecuencias regresivas y efectos criminógenos

Las propuestas legislativas orientadas a endurecer las penas en el sistema penal juvenil no solo resultan regresivas en términos de derechos humanos, sino que producen efectos criminógenos directos que agravan el fenómeno que pretenden combatir.

La evidencia empírica y la literatura criminológica especializada han demostrado que el encierro prolongado de adolescentes —especialmente cuando se realiza en centros que operan bajo lógicas punitivas y no bajo esquemas de intervención socioeducativa— incrementa significativamente los niveles de reincidencia y fortalece los procesos de fidelización criminal. Lejos de favorecer procesos de reintegración social, estos espacios se transforman en verdaderas escuelas del delito, donde los adolescentes son cooptados o reclutados por estructuras delictivas más complejas y jerarquizadas.

Además, este enfoque legislativo rompe con la coherencia interna del Sistema Penal Juvenil, cuyo diseño normativo se fundamenta en la pedagogía sancionatoria, la diferenciación de la culpabilidad por condiciones etarias y psicosociales, y el carácter prioritariamente restaurador de la respuesta estatal. Como señala Zaffaroni (2006), el intento de trasladar las lógicas del sistema penal adulto a la justicia juvenil no solo distorsiona la función del derecho penal, sino que profundiza la exclusión estructural de los sectores juveniles históricamente vulnerables.

En síntesis, las políticas de endurecimiento punitivo no constituyen soluciones sostenibles ni racionales, sino que refuerzan el círculo vicioso entre marginalidad, castigo y reincidencia, debilitando los fundamentos normativos y axiológicos de un sistema penal especializado.

Si bien la participación de adolescentes en crímenes de alto impacto genera comprensible alarma social, resulta fundamental no desviar el foco de la verdadera raíz del problema: las estructuras criminales que planifican, financian y ejecutan estas acciones utilizando menores como instrumentos desechables. Estas organizaciones no solo transgreden la legalidad, sino que cometen una forma agravada de violencia estructural al explotar la vulnerabilidad y la inmadurez de los adolescentes para maximizar su impunidad. Por ello, el aparato punitivo del Estado debe actuar con especial rigor y contundencia contra quienes reclutan, adoctrinan y utilizan a menores de edad con fines delictivos.

En este sentido, la respuesta penal más severa debe recaer prioritariamente sobre los líderes, miembros y redes de estas organizaciones, a quienes corresponde una responsabilidad agravada por la manipulación de sujetos en formación. Esta línea de acción no implica absolver a los adolescentes de sus actos, sino establecer una jerarquía de culpabilidad coherente con el principio de justicia material. Mientras el adolescente debe ser juzgado bajo un modelo especializado que contemple su capacidad de cambio y su condición evolutiva, los adultos que lo instrumentalizan deben enfrentar todo el peso del derecho penal ordinario, con agravantes específicas por la utilización de personas menores de edad como medios para delinquir.

CONCLUSIONES

El análisis de la responsabilidad penal de los adolescentes instrumentalizados por organizaciones criminales pone en evidencia la complejidad estructural y normativa del fenómeno, que impide recurrir a soluciones simplificadas, punitivistas o regresivas. Casos paradigmáticos como el atentado contra el senador colombiano Miguel Uribe Turbay, perpetrado por un adolescente subordinado a una estructura criminal organizada, obligan a replantear las categorías tradicionales del Derecho Penal, especialmente las nociones de imputabilidad, culpabilidad y el tratamiento penal diferenciado para personas en desarrollo.

Desde la perspectiva de la dogmática penal clásica, la imputabilidad ha sido entendida como la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho y autodeterminarse conforme al Derecho. No obstante, los avances en neurociencia, psicología del desarrollo y las elaboraciones contemporáneas en

torno a la capacidad normativa limitada (Roxin, 2020) han evidenciado que dicha categoría requiere una interpretación contextualizada, especialmente cuando el sujeto se encuentra bajo condiciones de dominación estructural, manipulación simbólica o adoctrinamiento criminal.

En este contexto, el juicio de culpabilidad no puede formularse en abstracto, sino atendiendo a la exigibilidad concreta de una conducta conforme a derecho, lo que podría dar lugar a causas de exclusión o atenuación de responsabilidad penal, sin que ello implique impunidad. La doctrina de la protección integral constituye el fundamento axiológico y normativo para sostener este tratamiento diferenciado: reconoce al adolescente como sujeto pleno de derechos, pero también como persona en condición evolutiva, cuya vulnerabilidad frente a entornos violentos y desprotección estatal debe ser considerada jurídicamente relevante en la evaluación de su responsabilidad.

Desde esta perspectiva, las propuestas orientadas a juzgar a adolescentes como adultos ante la comisión de delitos graves resultan jurídicamente inviables y éticamente cuestionables, por cuanto vulneran principios estructurantes del sistema penal juvenil: el principio de especialidad, la proporcionalidad subjetiva, la finalidad educativa de la sanción y el interés superior del niño, consagrados tanto en el derecho interno latinoamericano como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, la corriente legislativa que impulsa el endurecimiento de las penas para adolescentes refleja una respuesta populista y emocional, ajena a la racionalidad penal garantista. Este tipo de reformas no atiende las causas estructurales del delito juvenil —como la pobreza, la exclusión, la desprotección institucional o el reclutamiento forzado—, y termina reproduciendo mecanismos de exclusión, selectividad punitiva y estigmatización, que erosionan la función pedagógica y resocializadora del sistema especializado.

En contraposición, lo que se requiere es la reafirmación del paradigma garantista del Derecho Penal Juvenil, fundado en la responsabilidad diferenciada, la intervención socioeducativa y la posibilidad real de reintegración. Frente a la instrumentalización criminal de adolescentes, la respuesta estatal no puede limitarse al castigo, sino que debe consistir en mayores garantías, políticas públicas integrales y una justicia estructuralmente protectora, capaz de abordar las causas profundas de la infracción y garantizar el desarrollo pleno de los adolescentes como sujetos de derechos.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2003). *El derecho como argumentación*. Lima: Palestra.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídica penal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – ILSA.
- Beloff, M. (2001). *Niños y adolescentes: sujetos de derechos*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*. Leipzig: Duncker & Humblot.
- Comité de los Derechos del Niño. (2007). Observación General N.º 10: Los derechos del niño en la justicia de menores (CRC/C/GC/10). Naciones Unidas.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). (2005). *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado* (Fallos 328:4343). Sentencia de 7 de diciembre de 2005.
- Cueva, A., Zambrano, R. y Espinoza, K. (2023). Fundamentos epistemológicos de la investigación cualitativa. *Revista Ciencia Latina*.
- Gadarme, M. (2020). Investigación jurídica y método hermenéutico. *Revista Ius Et Praxis*.
- García-Pablos de Molina, A. (2019). *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos y a la criminalidad contemporánea* (9.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010).
- Grosman, C. (1999). Derechos del niño y justicia penal. En E. García Méndez y M. Beloff (Eds.), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (pp. 127–160). Buenos Aires: Del Puerto.
- Liszt, F. v. (1910). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Luna, B., Marek, S., Larsen, B., Tervo-Clemmens, B. y Chahal, R. (2015). An integrative model of the maturation of cognitive control. *Annual Review of Neuroscience*, 38, 151–170.
- Mezger, E. (1956). *Derecho penal alemán. Parte general*. Barcelona: Bosch.
- Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012).
- Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
- Roxin, C. (2020). *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (7.ª ed.). Madrid: Civitas.

Sentencia C-203/2005. Corte Constitucional de Colombia. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, Colombia.

Sierra, F. (1988). Investigación cualitativa en ciencias sociales. Madrid: CIS.

Steinberg, L. (2009). Adolescent development and juvenile justice. *Annual Review of Clinical Psychology*, 5, 459–485. <https://doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.032408.153603>

Zaffaroni, E. R. (2006). La palabra de los muertos: Conferencias latinoamericanas. Bogotá: Temis.

Zaffaroni, E. R. (2011). Derecho penal juvenil. Buenos Aires: Ediar.