

Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia.


*In memoriam de Bernardo Gaitán Mahecha*¹

Criminal dogmatics' validity in criminal prosecution systems in Colombia
In memoriam of Bernardo Gaitán Mahecha

Norberto Hernández-Jiménez²

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia


norberthernandezj@javeriana.edu.co

 <http://orcid.org/0000-0002-5074-5049>

José Fernando Mestre-Ordoñez³

Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia

j.mestre@javeriana.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-2004-3660>

-
- ¹ Documento derivado del proyecto de investigación “*La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y procesal*” (00009197). Una versión preliminar de este artículo fue discutida en el seminario workshop “Bernardo Gaitán Mahecha y la dogmática del derecho penal en Colombia”, realizado el día 8 de Julio del 2022 en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano - CEDPAL de la Georg-August Universität de Göttingen). Agradecemos a los participantes del seminario sus aportes para mejorar este documento.
 - ² Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.
 - ³ Director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado y doctor *cum laude* en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en instituciones jurídico procesales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Penalistas. Director del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante y asesor, en asuntos de derecho penal y disciplinario. Socio de Mestre & Mendieta Penalistas.

“No puede negarse el valor preponderante que tiene el estudio del proceso penal, como elemento de protección social; todo hombre puede en un momento dado ser sometido al juicio público, con o sin justicia. Pero teniendo la seguridad de ser juzgado conforme a las leyes previas, estará tranquilo por su suerte; y la sociedad discurrirá sin preocupaciones ni sobresaltos”⁴

RESUMEN: En este artículo se analizan algunas situaciones evidenciadas en la tramitación del rito procesal colombiano, como (i) las implicaciones del juzgamiento en ausencia del procesado, (ii) la afectación de la congruencia entre acusación y sentencia, (iii) la contabilización de los términos de prescripción, (iv) la diferenciación del archivo y la preclusión y (v) la adecuada relación de hechos jurídicamente relevantes. Con base en lo anterior, se cuestiona si ¿la solución procesal de los diferentes asuntos criminales puede concretarse sin necesidad de abordar las cuestiones sustanciales y la aplicación de la dogmática penal? Recurriendo a una dinámica inductiva y tras agotar una revisión bibliográfica, que incluye el análisis de jurisprudencia colombiana, se concluye que aunque las normas sustanciales y las procesales tienen su propio ámbito de regulación y aplicación, entre ambas debe existir una fusión inevitable, como lo pregonaba Bernardo Gaitán Mahecha.

PALABRAS CLAVE: Independencia normativa; fusión sustancial y procesal; solución adecuada de casos penales.

ABSTRACT: *In this article we analyze some situations evidenced in the Colombian criminal process, such as (i) the implications of the trial in the absence of the accused, (ii) the affectation of the congruence between accusation and sentence, (iii) the accounting of the prescription terms, (iv) the differentiation of the archive and the estoppel and (v) the adequate relation of legally relevant facts. Based on them, we questioned if the procedural solution about the different criminal cases, could be avoid the substantial issues and the criminal dogmatic. Using an inductive dynamic and after a bibliographic review, which includes the analysis of the Colombian*

⁴ GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958, p. 8.

jurisprudence, we concluded that although the substantive and procedural rules have their own scope of regulation and application, between them should be exist an inevitable fusion, as Bernardo Gaitán Mahecha proclaimed.

KEYWORDS: *Regulatory independence; substantial and procedural merger; adequate solution of criminal cases.*

SUMARIO: Introducción; Ausencia del procesado y atipicidad del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en casos de adicción; Principio de congruencia, variación de la calificación y adecuación del comportamiento como peculado por apropiación o estafa agravada; Preclusión de la investigación por prescripción y clasificación del tipo según la naturaleza de la acción; La tipicidad objetiva como elemento diferenciador de la preclusión y el archivo de las diligencias; Coautoría y hechos jurídicamente relevantes; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El maestro Bernardo Gaitán Mahecha (Q.E.P.D.) es considerado como el *padre de la dogmática penal* en Colombia⁵. Este rótulo no debe dejar de lado sus reflexiones sobre el derecho procesal penal, que él consideraba como un todo indivisible con el derecho penal sustantivo⁶, comoquiera

⁵ Restrepo lo denomina como el “precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia”. RESTREPO, Jorge. *Bernardo Gaitán Mahecha*. Precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019. En el mismo sentido, el profesor Andrés Ramírez lo reconoce como el “padre de la dogmática jurídico penal”, en virtud de la publicación de su manual en el año 1963 “que introdujo en Colombia los cimientos que permitieron construir un sistema de responsabilidad penal por el acto, único compatible con un Estado democrático”. RAMÍREZ, Andres. Prólogo. In: *Así pensaba Bernardo Gaitán Mahecha*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 19-29, 2019, 19.

⁶ GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.7, p. 45 – 51, 1954, p. 46; GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 2 y GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*. Bogotá: Ediciones Lerner, 1963, p. 11.

que el uno se vacía de contenido sin el otro⁷. No es cierto entonces que un sistema de enjuiciamiento penal pueda subsistir sin los criterios de la dogmática penal⁸, aun cuando aquél tenga una dinámica acusatoria⁹, ni tampoco basta con demostrar suficiencia en materia sustancial, sin poder concretar procedimentalmente esos conceptos, ya que estos últimos quedan reducidos a la abstracción del aula de clase u otros ambientes netamente académicos¹⁰.

⁷ “En efecto, de nada sirve un código penal, sin un código de procedimiento penal y viceversa” GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal, p. 46 y GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 11. Al respecto, advierte Ferrajoli: “tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ, Alfonso y BAYÓN, Juan (Trad.). Madrid: Trotta, 1995, p. 537.

⁸ “(...) la dogmática es una ciencia, y como tal tiene un método de estudio del Derecho Penal” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p.5. “La Dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. LUZON, Diego, DIAZ Y GARCIA, Miguel y DE VICENTE, Javier [Trad. y notas]. Madrid: Thomson Civitas, 1997, p. 192.

⁹ “2.2. ¿Desaparece la dogmática gracias a la adopción de un sistema acusatorio? Algunas voces se han alzado para señalar el fin de los días de la dogmática penal (¡), garantía fruto de siglos de pensamiento, gracias al advenimiento del sistema penal acusatorio. Quienes sostienen esta tesis entienden que, en el nuevo proceso penal, lo que importa es la prueba y las capacidades histriónicas de los intervinientes” BERNATE, Francisco. El principio de oralidad. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, p. 61- 83, 2005, p. 69. En este contexto, importante la reflexión del maestro Gaitán, en cuanto a las críticas erigidas en contra de la dogmática, por las exageraciones conceptuales en las que ha incurrido el sistema, encontrando un desarrollo extenso de algunos temas, que degeneran oscuros y confusos y, por ende, el pretendido abandono de la dogmática penal por parte de los operadores de justicia. GAITÁN, Bernardo. El derecho penal conforme a las concepciones modernas. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 1-13, 2005, p. 11.

¹⁰ “No es infrecuente encontrarse con la opinión de que éstos son problemas de carácter puramente académico, que el práctico del Derecho puede tranquilamente dejar de lado” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, p. 206.

Indiscutiblemente, los sujetos procesales¹¹ deben conocer la regulación adjetiva; las partes¹² deben contar con un acervo probatorio sólido que permita acreditar su pretensión (condena o absolución) y conocer las oportunidades y técnicas propias del proceso penal, que actualmente tiene una tendencia acusatoria¹³. No obstante, el

¹¹ “Los sujetos procesales se clasifican entonces en: *titulares del poder jurisdiccional y partes*” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 75. Empero, Gaitán diferenciaba sujetos procesales [personas que deben sufrir las consecuencias del proceso (procesado), personas que tienen derechos vinculados a las resultas del proceso, desde el punto de vista del daño causado (víctimas) y personas que están obligadas a tutelar esos derechos (Juez)] de sujetos de los actos procesales [intervienen transitoriamente dentro del proceso en el desarrollo de determinados actos procesales (peritos y testigos)]. GAITÁN, Bernardo. “Sujetos procesales, procedibilidad, condiciones de la acción, presupuestos procesales y acción penal.”, en: *Vniversitas*, V.10, 167 – 182, 1956, p. 170-171

Actualmente se habla de partes e intervinientes. “(...) en lo que concierne a los actores que integran la relación jurídico-procesal, el nuevo esquema procesal prevé expresamente las intervenciones (i) de las víctimas; (ii) del imputado; (iii) del fiscal; (iv) del juez de conocimiento; (v) del Ministerio Público; (vi) del juez de control de garantías y (vii) de los jurados, encargados de administrar justicia en forma transitoria, en los términos que señale la ley” Sentencia C-425 de 2006 de la Corte Constitucional Colombiana.

¹² GAITÁN, Bernardo. Las partes en el proceso penal. *Vniversitas*, V.13, p. 243 – 250, 1957 y GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 235-243.

¹³ “El sistema acusatorio en Colombia apareció por primera vez en el Decreto 0050 de 1987 y esa fue la fuente que sirvió para hacer las consagraciones que hoy figuran en la Constitución, relacionadas con el ejercicio de funciones por parte de la Fiscalía General. En realidad, no se trata sino de un remedo del proceso acusatorio, porque este no admite en su naturaleza, que quien ejerza la función acusatoria pueda ser al mismo tiempo juzgador. En Colombia tenemos el singular fenómeno consistente en que la misma persona puede ser juez y parte” GAITÁN, Bernardo. El sistema acusatorio en Colombia. In: CANCINO, Antonio (Comp.), *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 263-277, 2003, p. 266; GAITÁN, Bernardo. La dualidad de sistemas procesales en Colombia y las modernas tendencias. In: RAMÍREZ, Andres y COTE, Gustavo (Eds.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Derecho Penal, Tomo II, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, p. 539 – 549, 2010, p. 540. Sobre los antecedentes y el tránsito de un sistema mixto inquisitivo hacia uno con tendencia acusatoria en el contexto nacional, ver GRANADOS, Jaime. Antecedentes y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, V.54, No. 109, p. 11 – 71, 2005 y Sintura, Francisco. Evolución

desconocimiento de las normas sustanciales y de la dogmática penal imposibilita una construcción acertada de la demanda de justicia penal, conllevando a situaciones irregulares e injustas¹⁴.

Piénsese por ejemplo en un Juez que condena a un sujeto por el delito de receptación (artículo 447 del Código Penal Colombiano), tras considerar que su actuar fue imprudente, en la medida que las pruebas allegadas al proceso demuestran que no tuvo el cuidado necesario que demanda la compra de un rodante usado¹⁵. Dentro de un sistema de *numerus apertus*, esta solución dogmática no presenta inconvenientes, ya que todos los delitos contenidos en la parte especial del Código Penal son susceptibles de ser catalogados como dolosos o culposos. Ahora bien, si este juez tiene jurisdicción¹⁶ en Colombia, que en materia del tipo comisivo imprudente se rige por un sistema italo-suizo de *numerus clausus*¹⁷, atribuir una tipicidad subjetiva culposa frente al delito de receptación es un exabrupto jurídico.

Similar situación ocurre cuando (i) se adecua típicamente¹⁸ un comportamiento con explícito contenido sexual (cibersexo), que se

del sistema acusatorio en Colombia. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, 19- 34, 2005.

¹⁴ “Puede decirse entonces que el contenido del derecho procesal penal es la justicia” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal colombiano*, p. 10.

¹⁵ Ver HERNÁNDEZ, Norberto. Receptación y dogmática penal. Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano. *Revista Advocatus* No. 24, p. 189-214, 2015.

¹⁶ “La jurisdicción es la potestad de juzgar en nombre del Estado y de conformidad con la Constitución y las leyes, definiendo la manera como debe aplicarse una determinada norma de derecho o imponiendo las sanciones por violación de un precepto legal” GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 90.

¹⁷ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal, parte general*. Medellín: Comlibros, 2009, p. 678. En este sistema que es mixto y cerrado, se define en la parte general la culpa/imprudencia y en la parte especial se señala taxativamente los casos en los que procede.

¹⁸ Este juicio de tipicidad tiene implicaciones desde la fase de indagación, las cuales se extienden hasta la sentencia. Ahora bien, aunque la asignación del *nomen iuris* es una atribución de la Fiscalía, que según la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado [providencia del 21 de septiembre de 2021, Rad. 116004

realiza con violencia, acusando al sujeto activo como responsable del delito de extorsión (artículo 244 del Código Penal Colombiano) o de constreñimiento ilegal (artículo 182 Ib.)¹⁹, o (ii) se desconoce el traslado, derivado del fenómeno migratorio proveniente de Venezuela, bajo una promesa engañosa, que en realidad persigue la explotación sexual del sujeto pasivo y se considera por la Fiscalía General de la Nación que el delito correspondiente es inducción a la prostitución (artículo 213 Ib.)²⁰ o (iii) cuando se acredita configurada la flagrancia (artículo 301 del Código de Procedimiento Penal Colombiano)²¹ en un delito de mera conducta como la concusión (artículo 404 del Código Penal Colombiano), para evitar el descuento punitivo pleno por aceptación de cargos (parágrafo, artículo 301 del Código de Procedimiento Penal Colombiano), cuando la captura se realiza en la fase de agotamiento²². Así, categorías procedimentales como la imputación, acusación o la flagrancia, requieren examinar todas las categorías sustanciales para adecuar típicamente los comportamientos judicializados, incluyendo la identificación del bien jurídico tutelado (libertad, integridad y formación sexuales vs. patrimonio económico

(STP12631-2021)], si podría habilitarse un estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales [providencia del 5 de octubre de 2016, Rad. 45594 (SP14191-2016)].

- ¹⁹ HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia. Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas". *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 255-262, 2019; POSADA, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. In: POSADA, Ricardo, VELÁSQUEZ, Fernando y MOLINA, Ricardo (Coords.). *Estudios críticos 8: jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Uniandes y Grupo Editorial Ibañez, p. 431-478, 2021
- ²⁰ MORENO, Carolina y HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia T-236 de 2021. Trata de personas versus inducción a la prostitución. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 18, No. 98, p. 171-180, 2022.
- ²¹ Advertía Gaitán, que las situaciones de flagrancia fueron determinantes para implementar el sistema inquisitivo en el contexto nacional, GAITÁN, Bernardo. Fuentes del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.31, p. 110 – 126, 1966, p. 119.
- ²² HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 247-254, 2019.

/ autonomía personal) y, frente a la captura, será indispensable la clasificación del tipo penal según su desvalor²³ (mera conducta versus resultado), para legalizar el procedimiento, por la actualidad que exige la excepción a la captura mediante orden judicial y, para aplicar las consecuencias que devienen de dicha situación, como la rebaja de pena diferenciada cuando existe esta clase de captura, en virtud de la reforma introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Así, este texto pretende reivindicar la fusión del derecho penal sustancial y procesal - como lo pregona el maestro Gaitán Mahecha y luego de transcurrido casi un lustro desde su partida -, analizando casos en los cuales la ausencia de una construcción dogmática penal adecuada, conlleva a soluciones erradas, más allá del respeto al ritualismo procesal, que contraría el mandato del artículo 228 de nuestra Constitución Política, en caso de que las formas prevalezcan sobre el derecho sustancial y que por ende podrían constituir una nulidad²⁴ o subsidiariamente un defecto procedimental, como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁵.

De conformidad con lo anterior y recurriendo a una dinámica inductiva, los casos seleccionados para este trabajo son: (i) ausencia del procesado y atipicidad del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en casos de adicción, (ii) principio de congruencia y adecuación del comportamiento como peculado por apropiación o estafa agravada, (iii) preclusión de la investigación por prescripción y clasificación del tipo según la naturaleza de la acción, (iv) la tipicidad objetiva como elemento diferenciador de la preclusión y el archivo de las diligencias y (v) la relación de los hechos jurídicamente relevantes en

²³ POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015, p. 41.

²⁴ GAITÁN, Bernardo. “Fuentes del derecho procesal penal”, p. 117; BERNAL, Jaime & MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal*. Estructura y garantías procesales. 6º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 978

²⁵ *Cfr.* Sentencias T-264 de 2009, T-429 de 2011, T-950 de 2011, T-158 de 2012, T-213 de 2012, T-398 de 2017, SU-573 de 2017, T-025 de 2018, T-448 de 2018 y SU-215 de 2022 de la Corte Constitucional Colombiana, entre otras.

imputaciones y acusaciones por casos en coautoría²⁶. Con estos supuestos se busca responder a la siguiente pregunta: ¿la solución procesal de los diferentes asuntos criminales puede concretarse sin necesidad de abordar las cuestiones sustanciales y la aplicación de la dogmática penal? Nuestra hipótesis negativa y la consecuente estrategia metodológica, busca ilustrar con los diferentes casos seleccionados, la imperiosa necesidad de conjugar estos saberes, comoquiera que la adecuada comprensión y utilización de los mecanismos procesales está mediada por elementos de derecho sustancial que se vinculan entre sí, de manera inescindible²⁷.

1. AUSENCIA DEL PROCESADO Y ATIPICIDAD DEL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CASOS DE ADICCIÓN.

La declaratoria de persona ausente es un mecanismo extraordinario para vincular a la persona judicializada²⁸, cuando no ha podido ser localizada y se requiera para realizar la imputación jurídica provisional (artículo 344 de la Ley 600 de 2000), formularle imputación (artículo 127 de la Ley 906 de 2004), hacerle el traslado del escrito de acusación [procedimiento abreviado (numeral 3º, artículo 540 de la Ley 1826 de 2017)] y/o solicitar una medida de aseguramiento en su contra (artículo 307 de la Ley 906 de 2004).

²⁶ Dentro del análisis de otras situaciones, que desbordan la delimitación de nuestra investigación, en el ámbito brasilero encontramos importantes reflexiones sobre la fusión de las normas sustanciales y procesales en tratándose de la justicia premial. Ver DE-LORENZI, Felipe. Pode o estado exigir resultados na colaboraçãõ premiada? intersecções entre justiça penal negociada, princípio da culpabilidade e teoria do delito. *Revista de Estudos Criminais*. n. 82, p. 93-115, 2021; DE-LORENZI, Felipe. A determinaçãõ da pena na colaboraçãõ premiada: análise da fixaçãõ dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155. ano 27. p. 293-337, 2019.

²⁷ “Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho penal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, p. 538.

²⁸ De antaño se ha utilizado este sistema atípico, como lo expone GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 261-262.

En el actual sistema de enjuiciamiento penal colombiano, para obtener esta declaratoria es necesario agotar unos requisitos (artículo 127 de la Ley 906 de 2004): (i) demostrar la imposibilidad de ubicación, (ii) emplazamiento mediante edicto fijado en la secretaría por 5 días y (iii) publicación en medio radial y de prensa de cobertura local. Al cabo de esto, el Juez formalizará la declaratoria de persona ausente, nombrándole al procesado²⁹ un defensor público para que lo asista.

Ahora bien, también puede haber ausencia del procesado en etapas posteriores. Si el procesado (vinculado por la vía ordinaria) es consciente de este devenir procesal y decide no asistir, se entiende que delega en su abogado la estrategia de defensa y asume las consecuencias de su ausencia, pero ¿Qué pasa si la ausencia es consecuencia de la falta de comunicación por parte de la Judicatura de las diligencias judiciales programadas en su caso?

Esta situación fue tratada en la Sentencia T-612 de 2016 de la Corte Constitucional Colombiana, que tuteló el derecho al debido proceso de un soldado profesional que se encontraba prestando su servicio militar y que fue hallado en posesión de una cantidad de marihuana superior a la establecida como dosis personal, razón por la cual fue capturado e imputado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal Colombiano). En su contra no se impuso medida de aseguramiento.

Para surtir la audiencia de formulación de acusación, el Juzgado hizo varios intentos de comunicarse telefónicamente con el procesado e igualmente envió telegramas al batallón en el que aquel se encontraba adscrito para la diligencia de formulación de imputación, sin lograr la comunicación. Por lo anterior, las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral se realizaron con ausencia de aquel.

En el fallo de tutela referenciado, nuestro Tribunal Constitucional censuró el hecho de que el batallón obstaculizara las comunicaciones al

²⁹ “La denominación de procesado es sin duda la más correcta en el lenguaje jurídico moderno, sin que tenga que variarse por razón de las etapas del proceso, ni por circunstancias especiales, como la ausencia”. GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 260.

soldado y la no colaboración con la administración de justicia, tras no contestar los múltiples requerimientos que se realizaron.

Y es que en este caso en particular era imprescindible la presencia del procesado por la posible condición de drogadicto, lo que en virtud del precedente sentado en la sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 41760 (SP2940-2016)], proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, podría degenerar el comportamiento judicializado en atípico, situación que no pudo ser demostrada en la decisión atacada por la ausencia del procesado.

Empero, en tratándose del delito en cuestión, la superación del monto establecido como dosis personal³⁰ no implica *per se* la comisión del delito. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia³¹ ha manifestado que no solamente la dosis personal regulada en el literal j del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 genera atipicidad de la conducta, ya que esta es una presunción legal, que admite prueba en contrario. Así, puede aceptarse como dosis personal una cantidad mayor a la allí estipulada, cuando sea necesaria para el consumo del sujeto. Concluye nuestro Tribunal de Casación que en tratándose de consumidores y/o adictos³², la atipicidad

³⁰ Sobre la regulación de la dosis personal y sus fluctuaciones, ver HERNÁNDEZ, Norberto. La conducta de “llevar consigo” en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Reflexiones a propósito de la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599) del Tribunal Superior de Medellín. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 89, p. 239-248, 2017, p. 242-243.

³¹ Sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 41960 (SP2940-2016)]. El hecho de que esta situación, se analice en sede de tipicidad, revive la importancia de esta categoría defendida por Gaitán, en su debate con Pérez (PÉREZ, Luis. *Derecho penal colombiano*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1959, p. 242), quien señalaba la inutilidad de la teoría de la tipicidad. Así, el primero concluye que: “Una conducta puede ser antijurídica y culpable; faltándole la condición de ser típica, deja de ser delito. Por eso es que la tipicidad es elemento del delito, e importantísimo; no es inútil entonces su sistematización y su conocimiento” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 126.

³² Se excluye de este debate la situación de inimputabilidad que le impiden al agente comprender la ilicitud de su actuar y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, de conformidad con lo normado en el artículo 33 de la Ley 599 de 2000.

de la conducta dependerá de la finalidad de consumo personal, que debe encontrarse acreditada.

En consecuencia, una diligencia debida por parte de la administración de justicia para lograr el conocimiento y consecuente comparecencia del sujeto judicializado por este comportamiento, permite la eventual acreditación de la condición de drogadicto y el rompimiento de la conclusión axiomática entre superación de la cantidad de dosis personal con la adecuación típica de la conducta.

2. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y ADECUACIÓN DEL COMPORTAMIENTO COMO PECULADO POR APROPIACIÓN O ESTAFA AGRAVADA

En materia penal, las regulaciones procesales han consagrado el principio de congruencia, también denominado de coherencia o de correlación entre acusación o sentencia³³, como una garantía a favor del procesado, en armonía con su derecho de defensa³⁴, que blindará la posibilidad de ser sorprendido en la sentencia frente a hechos y delitos que no fueron endilgados en su contra por parte del ente acusador y por los cuales no se tuvo oportunidad efectiva de controversia.

Ahora bien, en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000 (artículo 404) es factible variar la calificación jurídica una vez concluida la práctica de pruebas e incluso se reconoce la posibilidad de que el juzgador degrade la adecuación típica en sede de sentencia, siempre y cuando se respete el núcleo central de la imputación fáctica³⁵. Similar razonamiento ha admitido la Corte Suprema de Justicia Colombiana³⁶ para procesos

³³ Sentencia T-655 de 2015 de la Corte Constitucional Colombiana.

³⁴ Sentencia C-025 de 2010 de la Corte Constitucional Colombiana.

³⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 14 de febrero de 2002 [Radicado 18457] y sentencias del 9 de julio de 2002 [Radicado 19590] y 18 de agosto de 2010 [Radicado 33509].

³⁶ Sentencia del 24 de agosto de 2018 [Radicado 46227 (SP3580-2018)].

regidos por la Ley 906 de 2004³⁷, permitiendo así la flexibilización del principio de congruencia³⁸.

Sobre el principio de congruencia, en la sentencia del 23 de febrero de 2010 [Radicado 32805], la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió:

“(...) En la sistemática de la Ley 600 de 2000, en cuyo imperio se adelantó el proceso, la Sala ha reiterado que la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación o el acta de formulación de cargos, en los aspectos personal, fáctico y jurídico. En el primero, debe haber identidad entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; en el segundo, identidad entre los hechos y circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos de la sentencia; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en el fallo... La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor”

Ahora bien, en la sentencia T-1038 de 2012 de la Corte Constitucional Colombiana, se analizó la posible vulneración al principio de congruencia, atendiendo la variación de la calificación jurídica surtida durante el proceso (de peculado por apropiación a estafa agravada) y la condena del Juez de primera instancia con base en la misma; no obstante, el Tribunal en segunda instancia modificó la sentencia objeto del recurso de alzada, acogiendo la calificación jurídica expresada en la resolución de acusación (peculado por apropiación).

³⁷ Se establece en el artículo 448 que el acusado no podrá ser condenado por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena.

³⁸ Una mención al tránsito legislativo colombiano sobre este tema en FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 717-729, 2005, p. 721-722.

En materia sustancial, resulta necesario exponer algunas precisiones sobre los delitos en cuestión. Por ejemplo, en lo que atañe al bien jurídico³⁹, mientras que el delito de peculado por apropiación atenta contra la administración pública, la estafa agravada propugna por la protección del patrimonio económico. A continuación, otras particularidades de estos delitos:

Tabla No 1. Peculado por apropiación vs. estafa agravada

PECULADO POR APROPIACIÓN (artículo 397 del Código Penal Colombiano)	ESTAFA AGRAVADA (artículo 246 del Código Penal Colombiano)
<i>Exige un sujeto activo cualificado: Servidor público (artículos 123 Constitucional y 20 del Código Penal) *Un particular podría actuar como interviniente o extraneus⁴⁰ (artículo 30 del Código Penal)</i>	<i>El sujeto activo es indeterminado.</i>
<i>El servidor público debe tener disponibilidad jurídica administrativa (administración, tenencia o custodia) de los bienes del Estado.</i>	<i>Se agrava cuando el objeto material son bienes del Estado (artículo 267-2 del Código Penal).</i>
<i>El desplazamiento del patrimonio del Estado a favor del sujeto activo o de un tercero se da como consecuencia de la disponibilidad jurídica administrativa sobre el bien.</i>	<i>El desplazamiento del patrimonio del Estado a favor del sujeto activo o de un tercero se da como consecuencia del error inducido por aquel mediante el empleo de artificios o engaños.</i>

Fuente: Elaboración propia de los autores.

³⁹ “La variación de la calificación provisional entraña el quebrantamiento de derechos fundamentales, cuando comporta diversidad del bien jurídico protegido, y los delitos son de carácter heterogéneo” FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional, p. 728.

⁴⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de julio de 2022 [Radicado 61110 (SP2536-2022)].

Así, la estrategia de defensa frente a la imputación de alguno de estos delitos fluctúa entre las características del sujeto activo, la disponibilidad jurídica de los bienes estatales y la existencia o no de un error inducido. Entre tanto, la congruencia flexible obliga a generar una estrategia de defensa que abarque las particularidades de ambos delitos y en definitiva de todo el código penal.

Empero, conforme la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, los jueces pueden fallar con base en la adecuación fáctica y jurídica realizada en la resolución de acusación, la variación de la calificación jurídica, la hipótesis que el Juez haya formulado en la audiencia o una conducta atenuada, sin que exista límite en la ubicación del comportamiento dentro de la parte especial del Código Penal.

Para ejemplificar lo anterior, la Corte Constitucional (sentencia T-1038 de 2012) brinda los siguientes supuestos de fluctuación: (i) de peculado culposo a peculado por apropiación, (ii) de estafa o abuso de confianza calificado a peculado por apropiación (*supra*), (iii) de cómplice a autor, etc. Las preguntas que surgen al respecto son: ¿Será lo mismo defenderse de un tipo comisivo imprudente que de un tipo doloso? ¿Será lo mismo atacar las particularidades de un delito contra el patrimonio económico que las de un delito contra la administración pública? ¿Será lo mismo plantear una estrategia de defensa relacionada con la accesoriedad de la participación frente a la actuación principal del autor? Las respuestas negativas a estos interrogantes son fundamentadas en las siguientes premisas:

- En materia de imprudencia, la estrategia defensiva girará en torno a demostrar la inexistencia de la violación al deber objetivo de cuidado. La congruencia flexible demandará acreditar la inexistencia del dolo, la culpa y la preterintención, abarcando integralmente el examen de la tipicidad subjetiva.
- En materia de autoría y participación, la estrategia defensiva girará en torno a la accesoriedad si la persona es imputada como cómplice. La congruencia flexible demandará desacreditar la inexistencia del dominio del hecho y cualquier contribución al ilícito.

Al respecto resulta importante la aclaración de voto del Magistrado Mauricio González Cuervo a la sentencia T-1038 de 2012 de la Corte Constitucional:

“2. Desde el punto de vista de la regla de decisión de la sentencia T-1038 de 2012 es factible conocer los posibles encuadramientos de la conducta, pues la condena se dio dentro del espectro de conductas discutidas en el proceso. Sin embargo, en otros casos en donde las circunstancias no sean tan claras, adoptar el principio sin miramientos puede generar un desbalance en el equilibrio de armas en el proceso penal, pues *otorgar la facultad a los jueces de escoger uno u otro núcleo jurídico, sin necesariamente abrir un espacio de debate para el procesado antes de que el juez tome la opción, debilita esa garantía que constituye el conocer previamente a la sentencia los motivos por los que es acusado por el Estado*. Esto es así, entendiendo tal conocimiento como el que se da cuando hay un único núcleo jurídico de la acusación. Se conjeturan algunos escenarios que podrían llegar, en un determinado caso y con unas circunstancias bien particulares, a disminuir marcadamente el alcance de esa garantía, como aquel en el que el procesado deba defenderse frente a varios delitos mientras la Fiscalía encamina su caso frente a uno –claro desequilibrio entre las partes-, y especialmente el escenario en el que la defensa frente a una conducta pueda implicar una autoincriminación frente a otra desechada por, hipotéticamente, coincidir la defensa con el reconocimiento de la ejecución de la acción rectora de otra conducta.” (Resaltado fuera del texto).

En el caso objeto central del análisis (sentencia T-1038 de 2012), los procesados no fueron sorprendidos, comoquiera que durante toda la fase de juzgamiento conocieron la imputación jurídica por la cual resultaron condenados en definitiva y de esa manera pudieron ejercer a cabalidad con su derecho de defensa⁴¹. Esto es diferente al supuesto en el cual la

⁴¹ Para Fernández, el acusado debería contar con la posibilidad de rendir una diligencia de indagatoria, frente a la variación de la calificación que hace más gravosa su situación, ya que las finalidades de ese medio de defensa no se satisfacen con el interrogatorio consagrado en el artículo 403 de la Ley 600 de 2000. FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional, p. 727. “En la indagatoria que se hace sin juramento y bajo la idea de que es una oportunidad que se brinda para que el sindicado confiese,

persona resulta condenada por un delito que no fue objeto del debate procesal, que en todo caso podría ser adoptado en la sentencia con base en las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia y avaladas por la Corte Constitucional, que a nuestro parecer atentan contra el derecho de defensa.

3. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR PRESCRIPCIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL TIPO SEGÚN LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN.

Señala el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia que no existen penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.

En materia penal la prescripción puede ser respecto de la acción o de la sanción. Mientras que la prescripción de la acción penal es un reproche en contra del Estado, por la inactividad para concluir la tramitación del rito procesal, la prescripción de la sanción penal recrimina la imposibilidad de captura, a pesar de la existencia de una pena privativa de la libertad, contenida en una sentencia condenatoria.

Al respecto, Gaitán⁴² señalaba:

“El fenómeno de la prescripción tiene fundamento en que no es posible mantener latente la prosecución de un juicio, cuando ha transcurrido cierto tiempo, sin que por negligencia o dificultades de diverso orden haya podido la sociedad hacer efectiva esa acción, contra el delincuente; de la misma manera en el caso de la pena, cuando ésta no ha podido hacerse efectiva”

“Los términos de la prescripción son arbitrarios por parte del legislador, y ellos se basan en una aproximación del tiempo en que las distintas circunstancias que rodean el hecho y su naturaleza, hacen presumible que el motivo social para la acción ha desaparecido; lo propio ocurre tratándose del cumplimiento de la pena”⁴³

con rebaja de pena incluida, se parte de ciertos hechos que han permitido al instructor suponer fundadamente que el sindicado es autor o partícipe del hecho que se investiga. Por eso se le llama a rendir indagatoria”. GAITÁN, Bernardo. La presunción de inocencia. Comentarios a la ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuellar. *Revista ICDP*, Vol. 20, No. 20, p. 213-220, 1996, p. 215.

⁴² GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, p. 185.

⁴³ En sentido similar lo expresa en GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 270 y 305.

En este sentido, establece el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) que “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley”, sin que pueda ser inferior a 5 ni superior a 20 años, salvo algunas excepciones que no serán desarrolladas por no hacer parte del objetivo de este trabajo”⁴⁴. A su vez, el artículo 86 del mismo compendio punitivo establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe, en los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, con la resolución acusatoria debidamente ejecutoriada o, con la formulación de imputación, en los procesos regulados por la Ley 906 de 2004), comenzando a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 (*supra*), sin que sea inferior a 5 años ni superior a 10. Por su parte, de conformidad con el artículo 89 del mismo Código Penal, la pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado en la sentencia (con algunas excepciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia), sin que este pueda ser inferior a 5 años y se interrumpe con la aprehensión del sentenciado.

Ahora bien, para analizar el término de prescripción y la eventual configuración de la causal consagrada en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 (preclusión de la investigación por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal) es necesario tener en cuenta la clasificación de los tipos penales según la naturaleza de la acción⁴⁵, algunos de ejecución permanente o de tracto sucesivo (la acción

⁴⁴ Sobre esas particularidades ver SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA y SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE. Inconstitucionalidad de la Ley 2081 de 2021. *Universitas Estudiantes*, No. 23, p. 95-114, 2021, p.101-103. Estas disposiciones legales son aplicables a todos los delitos en particular, dentro de una función de paréntesis de la parte general, en relación con la parte especial. Al respecto ver DE LA VEGA, Orlando. La relación entre la parte especial y la general del derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, No. 2, p. 313-332, 2021, p. 324-326.

⁴⁵ POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015, p. 42. “5. Instantáneos y permanentes. Son delitos instantáneos aquellos en que la acción se extingue en un solo momento, como en el hurto; el delito es permanente cuando la acción no se agota en un solo momento: esta permanencia puede ser necesaria o eventual; es necesaria cuando se exige como condición para la existencia del delito, como en la asociación para delinquir (artículo 208 del Código penal), y es eventual cuando su permanencia depende de la voluntad del agente, como en el secuestro, en

se prolonga en el tiempo) y otros de ejecución instantánea (se agota en un solo momento). A su vez se debe tener en cuenta la unidad y pluralidad de acciones, en especial frente a la figura del delito continuado (varios actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia⁴⁶)⁴⁷.

Así, mientras que el abuso de confianza y el peculado por apropiación son de ejecución instantánea⁴⁸, delitos como el secuestro extorsivo y la desaparición forzada son de ejecución permanente⁴⁹. En estos últimos, el lapso prescriptivo comienza con el último acto de su ejecución.

Ahora bien, el hecho que la conducta se materialice a través de varios actos, con unidad de designio criminal⁵⁰, no muta la calidad del delito de ejecución instantánea a ejecución permanente. Así, en la sentencia del 9 de marzo de 2016 [Radicado 39464 (SP2933-2016)] - se advirtió que el delito de daño a los recursos naturales es de ejecución instantánea y los diferentes actos desplegados por el agente con un único objetivo, que afectaron el ecosistema, los recursos asociados a ella o

la usurpación de funciones públicas, etc". GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, 111.

⁴⁶ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 991. Sobre el tema ver POSADA, Ricardo. *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

⁴⁷ Como elementos del delito continuado, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha señalado los siguientes: "(i) Un componente subjetivo constituido por el plan preconcebido por el autor, identificable por la finalidad", "(ii) El despliegue de pluralidad de comportamientos de acción u omisión" y "(iii) La identidad del tipo penal afectado con los tales comportamientos." Sentencia del 14 de febrero de 2018 [Radicado 51233 (SP194-2018)].

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de octubre de 2013 [Radicado 38433] - sobre abuso de confianza- y auto del 2 de diciembre de 2015 [Radicado 46176 (AP7147-2015)] - sobre peculado por apropiación-.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de julio de 2015 [Radicado 45795 (SP9145-2015)] - sobre secuestro- y sentencia del 16 de febrero de 2015 [Radicado 45143 (SP17548-2015)] - sobre desaparición forzada-.

⁵⁰ "Hay delito continuado cuando con varias acciones se viola la misma disposición penal, siempre y cuando que ellas se realicen con unidad de propósito o designio criminoso". GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 232.

áreas especialmente protegidas se enmarcan dentro de la figura de delito continuado⁵¹. El término de prescripción en estos eventos se empieza a contabilizar desde la consumación del delito, que coincide con el último acto realizado - como ocurre con los delitos de ejecución permanente -.

Si en el transcurso del proceso se identifica el cumplimiento del término de prescripción, se deberá solicitar la preclusión de la investigación ante el Juez de Conocimiento, salvo que las diligencias se encuentren en fase de indagación, evento en el cual la Fiscalía puede archivar las mismas⁵². En todo caso, de no hacerse dicha solicitud, el Juez de conocimiento deberá declararla de oficio en su sentencia, o incluso en sede de casación.

4. LA TIPICIDAD OBJETIVA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DE LA PRECLUSIÓN Y EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS⁵³.

Establece el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 que “Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación”. Por su parte, el artículo 332 de la misma codificación procesal dispone la procedencia de la preclusión en siete eventos, siendo importante resaltar, para efectos de la controversia atinente al presente apartado (tipicidad objetiva), la exclusión de responsabilidad penal y la atipicidad del hecho investigado. En estos casos, entre otras situaciones dispuestas en el artículo 32 del Código Penal Colombiano, puede decirse

⁵¹ En el mismo sentido la sentencia de la misma Corporación datada 1º de junio de 2016 [Radicado 47504 (SP7436-2016)] - sobre la contaminación ambiental como delito continuado.

⁵² Lo mismo ocurre en los supuestos de caducidad de la querrela. Ver auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fechado 5 de julio de 2007 [Radicado 11001-02-30-015-2007-0019] - sobre diferencias entre archivo de las diligencias y preclusión de la investigación. A continuación, se abordará este tema.

⁵³ Este tema había sido trabajado preliminarmente en MESTRE, José Fernando. La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal. In: PARRA, Jairo (Pdte.). *Derecho Procesal #Nuevas Tendencias*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020, p. 787-803.

que estamos, coincidentemente, ante circunstancias que impiden la caracterización de la conducta como delito.

La diferenciación de la procedencia material de la preclusión y del archivo no ofrece de entrada claras conclusiones⁵⁴. Como se dijo, originalmente, la diferencia era básicamente de orden temporal, lo que se mantuvo hasta la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional Colombiana. Desde ese momento en adelante, como la preclusión comenzó a proceder también antes de la formulación de la imputación, se hizo necesaria la generación de una diferenciación material.

Empero, con base en la sentencia del año 2005, nuestro Tribunal Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 331 de la Ley 906 de 2004. Dicha norma disponía que la preclusión, como mecanismo de terminación anticipada de la actuación penal (sin condena), procedía únicamente después de la formulación de la imputación. De esa forma, quedaba clara y completamente diferenciada la preclusión de la investigación del archivo de las diligencias (el cual solamente procede antes de la imputación). Ante la incompatibilidad temporal, poco importaba que la procedencia sustancial de ambos mecanismos pudiera interpretarse como coincidente.

Por otra parte, en la sentencia C-1154 de 2005, la misma Corte Constitucional Colombiana declaró que el artículo 79 de la Ley 906 de 2004 era condicionalmente executable (constitucionalidad condicionada), “en el entendido de que la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”. En consecuencia, el archivo procede únicamente por atipicidad objetiva, mientras que cualquier otra circunstancia que implique desde la perspectiva sustancial que los hechos investigados no constituyen delito debe ser tramitada por la vía de la preclusión. Se procuró así aludir a un concepto del derecho penal material para dirimir una cuestión procesal.

⁵⁴ Frente a los efectos de estas figuras, importante destacar que en virtud del artículo 334 de la Ley 906 de 2004, la sentencia que decreta la preclusión hace tránsito a cosa juzgada, a diferencia del archivo de las diligencias.

Lo anterior, lejos de clarificar y simplificar el asunto, reveló la ausencia de univocidad en la comprensión de lo que es la “tipicidad objetiva” en la dogmática penal contemporánea. La Corte Suprema de Justicia, en su momento, consideró imperioso participar en el debate y dar luces sobre el particular, produciendo finalmente el auto del 5 de julio de 2007, dentro del radicado 11001023001520070019. En este pronunciamiento se criticó la cita de Roxin, que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005⁵⁵ y se concluyó:

“Se desprende de lo expuesto que lo dicho por la Corte Constitucional sobre los elementos objetivos del tipo penal apenas si corresponde a una perspectiva, entre las muchas opciones interpretativas que nos presenta la dogmática jurídica contemporánea y la misma jurisprudencia especializada, por lo que, en consecuencia, le resulta perentorio a esta Sala proceder a introducir los correctivos que la realidad nacional y el plexo normativo demandan”.

Con ese preludeo, se esperaba un correcto abordaje teórico de la situación, reconociendo la equívocidad por la pluralidad de teorías y aproximaciones, pero precisando los criterios para resolver el asunto. Sin embargo; según la Corte Suprema de Justicia, el archivo procede en algunos supuestos bastante controversiales, varios de los cuales claramente no se relacionan con la atipicidad objetiva⁵⁶.

⁵⁵ Para tratar de explicar la tipicidad objetiva, la Corte Constitucional dijo: “Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que ‘al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado’ (ROXIN, Claus. 1999. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid: Civitas)”. Complementando esa alusión doctrinal (extranjera) a la tipicidad objetiva, también dijo la Corte que “No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad”.

⁵⁶ En esta misma línea la crítica que hace Peláez frente a la interpretación dogmáticamente errada y contraria al precedente de la Corte Constitucional, que hace la Corte Suprema de Justicia, para hacer precedente el archivo de las diligencias en casos de ausencia de lesividad y la negación, en consecuencia, de la atribución subjetiva del comportamiento como elemento de la tipicidad objetiva. PELÁEZ, José. Ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de

Por ejemplo, dice nuestro Tribunal de Casación, que la Fiscalía General de la Nación puede archivar (por ausencia de tipicidad objetiva) “cuando luego de adelantadas las averiguaciones, resulta imposible encontrar o establecer quién es el sujeto activo o pasivo de la acción”. Así, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, las deficiencias de índole investigativas en que puede incurrir el ente investigador, afectan la tipicidad de la conducta desplegada por el agente, con independencia de su afectación al bien jurídico tutelado y la imperiosa necesidad de proteger a las víctimas, siendo esta una obligación constitucionalmente asignada al mismo ente fiscal (numeral 7°, artículo 250 de la Constitución Política de Colombia).

Por el contrario, en el mencionado auto se afirma que:

“cualquier discusión que desborde los anteriores parámetros, como por ejemplo las que se refieran a la calidad del sujeto activo del punible, impide que las diligencias puedan ser archivadas directamente por parte de la Fiscalía”.

Con base en lo anterior, en tratándose de un delito que exige un sujeto activo calificado⁵⁷, no se encuentran satisfechas las características o condiciones dispuestas en el tipo objetivo para cualificar al sujeto investigado, se debe acudir a la preclusión y no el archivo. En los delitos especiales⁵⁸, la cualificación del sujeto activo corresponde a una cuestión de tipicidad objetiva⁵⁹, *contrario sensu* a lo interpretado por nuestra Corte Suprema de Justicia.

la conducta” en la teoría del delito. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 17 No. 97, 2021, p. 13–67, 59.

⁵⁷ “5. Suele tenerse en cuenta la condición jurídica de la persona cuando es indispensable cierta relación calificada”. GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 117.

⁵⁸ “Todas las normas penales se refieren siempre a alguien, porque la conducta como fenómeno jurídico supone un quehacer humano. Pero esa referencia se hace de modo diferencial, según el alcance de la incriminación: así, puede ser en sentido singular, o en sentido plural, o teniendo en cuenta las condiciones generales, naturales, jurídicas, o sociales de la persona” GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 115.

⁵⁹ “Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado

Por otra parte, dentro de los “otros elementos” que dan lugar al archivo, la providencia en comento hace referencia a varios temas de manera contradictoria, como por ejemplo, respecto de la (i) posición de garante⁶⁰ y la (ii) imputación objetiva⁶¹. Así, la atipicidad de la conducta dependería de lo evidente que se muestre la posición de garante o su eventual controversia en cada caso y de la discusión en torno a la relación de causalidad, respectivamente.

También señala nuestro Tribunal de Casación que no es procedente el archivo de las diligencias “Cuando el hecho se considere ejecutado bajo causal excluyente de la responsabilidad ... (por ejemplo, fuerza mayor o caso fortuito)”, es decir, en eventos que son considerados como de ausencia de acción⁶². Esto contraría la doctrina que ubica la acción dentro del aspecto objetivo del tipo comisivo doloso⁶³. En esta misma línea es discutible el supuesto en el que la Fiscalía no puede archivar las diligencias, en cuanto al resultado: “Cuando en los delitos culposos se discute la infracción al deber objetivo de cuidado, el principio de confianza o el

penado” ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, p. 304. En la misma línea, el profesor Velásquez analiza dentro del aspecto objetivo del tipo comisivo doloso, el sujeto y sus calidades especiales. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 571-572.

⁶⁰ Se señala en el Fundamento jurídico V, 4 (d) [auto del 5 de julio de 2007 (Rad. 11001023001520070019)] “Cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante”. Ahora bien, en el Fundamento jurídico VI, 4 (e) se indica que no procede el archivo “Cuando la controversia gira alrededor de la existencia o no de una posición de garante en los delitos de omisión impropia o comisión por omisión”

⁶¹ Se señala que procede el archivo “En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta imposible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado” Fundamento jurídico V, 4 (a) [auto del 5 de julio de 2007 (Rad. 11001023001520070019)]. Más adelante, en el Fundamento jurídico VI, 4 (b) se indica que no procede el archivo “En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta discutible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado”.

⁶² “Hay acción cuando existe una conducta humana voluntaria, constituida por un hacer o no hacer y que produce una mutación externa” Gaitán, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 99.

⁶³ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 574.

criterio del hombre medio”, que hace parte del aspecto objetivo del tipo comisivo imprudente⁶⁴.

Finalmente y limitando su explicación a la enunciación de un ejemplo, se señala que no es viable archivar las diligencias “en los delitos de mera conducta o actividad”, lo que invita a pensar que respecto de esos delitos no existen cuestiones relacionadas con la tipicidad objetiva, lo que resulta inconcebible.

Así, de conformidad con el precedente constitucional, aparejado a la interpretación de la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia, resulta fundamental establecer los alcances del concepto material de tipicidad objetiva, con miras a optar entre los mecanismos procesales del archivo de las diligencias y la preclusión de la investigación.

5. COAUTORÍA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES⁶⁵.

Desde el año 2017, la Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo una línea jurisprudencial que tiende a desarrollar el concepto de “hechos jurídicamente relevantes”⁶⁶, el cual es mencionado en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, para regular el contenido de la formulación de la imputación y del escrito de acusación. Esencialmente, la Sala de Casación Penal ha concluido que “los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales”⁶⁷. En consecuencia, la formulación de la imputación y el escrito de acusación, como actos procesales de iniciación del proceso penal, deben contener una relación completa de los datos fácticos pertinentes

⁶⁴ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal*, p. 683-687.

⁶⁵ Este tema había sido trabajado preliminarmente en MESTRE, José Fernando. “Los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la pretensión penal”, en: *Memorias XI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Medellín, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2019, 17-40.

⁶⁶ Sobre el tema ver SARAY, Nelson & PELÁEZ, Jose. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*. Construcción y aplicación práctica, Bogotá: Leyer, 2022.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 8 de marzo de 2017, Rad. 44599 (SP3168-2017)]

para construir una serie de silogismos en los que los tipos penales, sus normas derivadas o modificatorias y las normas de la parte general del Código Penal que resulten aplicables, constituyen las premisas mayores y estos datos las premisas menores.

Si el apartado de hechos jurídicamente relevantes en estos actos no contiene todos los datos que conforman el supuesto de hecho de las normas jurídicas que se pretenden hacer valer en el juicio por el ente fiscal, se generan una serie de efectos procesales de gran trascendencia. Por una parte, el derecho de defensa del procesado puede resultar trasgredido si no conoce los cargos que le son endilgados, lo cuales debieron ser explicados en un lenguaje comprensible para aquel, debiendo indicarse expresamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció el comportamiento⁶⁸. Por otra parte, se trastorna la estructura básica del juicio, pues en virtud de la congruencia (*supra* 2.), no sería posible para el Juez aplicar en la sentencia la norma pretendida, ya que “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación”⁶⁹.

Dadas estas situaciones, consistentes en defectos esencialmente procesales provenientes de cuestiones sustanciales, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha tenido que decretar nulidades (*supra* introducción) o proferir absoluciones, sin perjuicio de instar a los jueces a ejercer sus funciones de dirección de audiencia y a la Fiscalía a perfeccionar su técnica acusatoria, para evitar estas soluciones.

Uno de los temas en los que más frecuentemente se han visto yerros dogmáticos con incidencia procesal en las imputaciones y acusaciones de la Fiscalía es en la coautoría⁷⁰.

De antaño, Gaitán⁷¹, señalaba que:

“Se denominan coautores a aquellos copartícipes que colaboran, con acuerdo de voluntad, en el desarrollo de la acción criminosa interviniendo en cualquiera de las etapas de la fase objetiva del *iter criminis*”.

⁶⁸ Literal h, artículo 8 de la Ley 906 de 2004

⁶⁹ Artículo 448 de la Ley 906 de 2004

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311 (SP5660-2018)].

⁷¹ GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 205.

Ahora bien, con base en lo normado en el artículo 29 del Código Penal Colombiano, los elementos de la coautoría son tres: i) el acuerdo común entre los coautores, ii) la división del trabajo criminal fruto de ese acuerdo y iii) la importancia del aporte de cada coautor, de manera que pueda diferenciarse su intervención principal de la accesoria de un simple cómplice.

Más allá de estos elementos que se desprenden directamente de la norma aplicable, la doctrina y la jurisprudencia han enriquecido el análisis con una serie de cuestiones que permiten diferenciar la coautoría de otras instituciones⁷².

Así por ejemplo, se ha comprendido que el último aparte de la norma citada implica la adopción de la teoría del dominio del hecho, pues la llamada importancia del aporte da cuenta de un codominio funcional, alejándose de teorías extensivas o subjetivas para la diferenciación de los cómplices y los coautores⁷³.

Igualmente, se han presentado interesantes discusiones sobre el particular al plantear la posible aplicación de la doctrina de los delitos de infracción de deber, propuesta por el maestro Roxin para la definición de la autoría en cierta clase de delitos⁷⁴.

Adicionalmente, se ha desarrollado un concepto diferenciado de la coautoría, denominado autoría accesoria o paralela⁷⁵, para casos en los que no hay un acuerdo entre quienes intervienen en los hechos y producen los resultados típicos sin vínculo subjetivo alguno. En este caso, no aplicaría la imputación recíproca de conductas, que es la principal consecuencia práctica de la coautoría para efectos penales.

En desarrollo de lo anterior, para los casos de coautoría, con independencia de las dificultades concretas de los casos puntuales, la

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 2 de septiembre de 2019, Rad. 29221.

⁷³ HERNÁNDEZ, Alberto. Autoría y Participación. In: URBANO, Jose Joaquín [et al.]. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 267-305, 2011.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia del 4 de mayo de 2011, Rad. 33551.

Corte Suprema de Justicia ha planteado que para ser dogmáticamente correcta, la acusación debe contener los siguientes elementos dentro de la relación de hechos jurídicamente relevantes: “i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; iv) la conducta realizada por cada persona en particular y v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito, etc”⁷⁶. Esta termina convirtiéndose en la herramienta idónea para afrontar situaciones particulares, como por ejemplo aquellas relacionadas con el delito de concierto para delinquir o las figuras de autoría y participación que se concretan en la imputación a título de coautores o cómplices.

Aquí, importante nuevamente las enseñanzas del maestro Gaitán sobre el tema, que con el paso del tiempo se mantienen vigentes, especificando que los cómplices cooperan en la ejecución del delito pero no intervienen directamente en la realización de los actos propios de la causalidad física⁷⁷ y ofreciendo criterios diferenciadores entre coautoría y la entonces asociación para delinquir (hoy concierto para delinquir), demandando esta última un propósito de permanencia para cometer delitos⁷⁸. Esto es complementado en el capítulo undécimo (sección V) al analizar las formas especiales de coparticipación penadas como delitos autónomos en el Código Penal Colombiano⁷⁹, reiterando que la asociación para delinquir supone un pacto para cometer delitos, mediando el acuerdo común y la ayuda recíproca.

En fin, más allá de las múltiples construcciones dogmáticas alrededor de la coautoría, lo cierto es que, si el acusador pretende la

⁷⁶ Cfr., entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias del 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311 (SP5660-2018), 20 de enero de 2021, Rad. 48154 (SP021-2021), 10 de marzo de 2021 Rad. 54658 (SP741-2021) y 2 de enero de 2022, Rad. 59100 (SP566-2022).

⁷⁷ GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 205

⁷⁸ GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 209

⁷⁹ GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, p. 211-212.

condena del acusado en calidad de coautor, requiere incorporar como hechos jurídicamente relevantes todos los sustratos fácticos que den cuenta de los elementos que la ley y la doctrina requieren para la configuración de la coautoría. La Sala de Casación Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia ha hecho alusión al tema en múltiples oportunidades, revelando una vez más la estrecha vinculación entre el derecho penal sustancial y la aplicación correcta de los instrumentos procesales.

CONSIDERACIONES FINALES

Como advertía el maestro Gaitán Mahecha, la separación nominativa entre derecho penal sustantivo (función normativa) y adjetivo (efectividad de los derechos), solo es admisible teóricamente, pero no en la práctica. Así, su conjunción es imprescindible para pregonar justicia en cada caso concreto.

Aunque las normas sustanciales y las procesales tienen su propio ámbito de regulación y aplicación, los vínculos, puntos de contacto e imbricaciones recíprocas son cada vez más evidentes en diferentes aspectos. La solución procesal de diferentes asuntos como las implicaciones probatorias de la ausencia del procesado, la afectación de la congruencia, la contabilización de los términos de prescripción, la diferenciación del archivo y la preclusión o la adecuada relación de hechos jurídicamente relevantes, entre muchas otras situaciones, no puede concretarse sin un correcto abordaje de las cuestiones sustanciales y dogmáticas propias de la parte general del derecho penal.

Razones pedagógicas y metodológicas han propiciado que en las Universidades existan asignaturas diferentes para la enseñanza del derecho penal sustancial y del derecho procesal penal. Incluso los legisladores han optado habitualmente por expedir separadamente el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, el estudio de las ciencias penales revela la inescindibilidad de estos dos saberes que realmente conforman una unidad práctica, pues los operadores jurídicos en general, que carezcan de la formación adecuada en uno de ellos, tendrán dificultades para su ejercicio.

Igualmente, hacen parte de una unidad político criminal con fines comunes (como la denominaba Maier), lo que hace que los promotores, gestores, evaluadores y decisores de políticas públicas realicen su actividad teniendo en cuenta todos los escenarios que interactúan en lo procesal y lo sustancial para una mayor efectividad.

Por último, los respectivos profesores, aunque en algunos casos han logrado ocultar o matizar sus eventuales deficiencias en alguna de las áreas, deben reconocer la inescindibilidad de las dinámicas procesales y sustanciales y complementar sus escritos y reflexiones con estos aspectos. Así lo hizo Bernardo Gaitán Mahecha y lo reveló con sus textos y sus clases, al igual que en su actividad como actor político y como profesional del Derecho.

Hoy, transcurrido casi un lustro de su partida, le rendimos un sentido homenaje a este tratadista, evidenciando la actualidad de sus enseñanzas a través del análisis de casos contemporáneos, con la pretensión de tener una mejor aplicación del derecho penal, en la tramitación del rito procesal.

REFERENCIAS

BERNAL, Jaime, MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal*. Estructura y garantías procesales. 6° Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

BERNATE, Francisco. El principio de oralidad. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, 2005. p. 61- 83, 2005. DE LA VEGA, Orlando. La relación entre la parte especial y la general del derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, No. 2, 313-332, 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200313>

DE-LORENZI, Felipe. Pode o estado exigir resultados na colaboraçã premiada? intersecções entre justiça penal negociada, princípio da culpabilidade e teoria do delito. *Revista de Estudos Criminais*. n. 82, p. 93-115, 2021.

DE-LORENZI, Felipe. A determinação da pena na colaboraçã premiada: análise da fixaçã dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 155. ano 27. p. 293-337, 2019.

FERNÁNDEZ, Whanda. Reflexiones sobre la variación de la calificación provisional. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo

Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 717-729, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ, Alfonso y BAYÓN, Juan (Trad.), Madrid: Trotta, 1995.

GAITÁN, Bernardo. Notas previas para el estudio del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.7, p. 45 – 51, 1954.

GAITÁN, Bernardo. Sujetos procesales, procedibilidad, condiciones de la acción, presupuestos procesales y acción penal. *Vniversitas*, V.10, p. 167 – 182, 1956.

GAITÁN, Bernardo. Las partes en el proceso penal. *Vniversitas*, V.13, p. 243 – 250, 1957.

GAITÁN, Bernardo. *Esquema de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Temis, 1958.

GAITÁN, Bernardo. *Curso de derecho penal general*, Bogotá: Ediciones Lerner, 1963.

GAITÁN, Bernardo. Fuentes del derecho procesal penal. *Vniversitas*, V.31, p. 110 – 126, 1966.

GAITÁN, Bernardo. La presunción de inocencia. Comentarios a la ponencia del Doctor Jaime Bernal Cuellar. *Revista ICDP*, Vol. 20, No. 20, 1996, p. 213-220. <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v20.n20.1996.231>

GAITÁN, Bernardo. El sistema acusatorio en Colombia. In: CANCINO, Antonio (comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 263-277, 2003.

GAITÁN, Bernardo. El derecho penal conforme a las concepciones modernas. In: GAITÁN, Bernardo [et al.]. *Estudios penales*. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Legis, p. 1-13, 2005.

GAITÁN, Bernardo. La dualidad de sistemas procesales en Colombia y las modernas tendencias. In: RAMÍREZ, Andres y COTE, Gustavo (Eds.). *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Penal, Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, p. 539 – 549, 2010.

GRANADOS, Jaime. Antecedentes y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, V.54, No. 109, p. 11 – 71, 2005. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14698>

HERNÁNDEZ, Alberto. Autoría y Participación. In: URBANO, Jose Joaquín [et al.]. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, 2º Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 267-305, 2011.

HERNÁNDEZ, Norberto. Receptación y dogmática penal. Estudio de caso en el contexto del sistema penal acusatorio colombiano. *Revista Advocatus* No. 24, p. 189-214, 2015. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.988>

HERNÁNDEZ, Norberto. La conducta de “llevar consigo” en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Reflexiones a propósito de la sentencia del 11 de julio de 2017 (SP9916-2017, Radicado 44997), proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 11 de agosto de 2017 (Radicado 05-001-60-00206-2014-06599) del Tribunal Superior de Medellín. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 13, No. 89, p. 239-248, 2017. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4976>

HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia. Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 255-262, 2019. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6169>

HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia del 23 de septiembre de 2019 (11001-60-00-000-2018-00024-02) del Tribunal Superior de Cundinamarca. Flagrancia en el delito de concusión. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 15, No. 93, p. 247-254, 2019. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6168>

MESTRE, José Fernando. Los hechos jurídicamente relevantes en la formulación de la pretensión penal. In: Memorias XI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2019, p. 17-40.

MESTRE, José Fernando La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal. In: PARRA, Jairo (Pdte.). *Derecho Procesal #Nuevas Tendencias*. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020, p. 787-803.

MORENO, Carolina y HERNÁNDEZ, Norberto. Comentario a la sentencia T-236 de 2021. Trata de personas versus inducción a la prostitución. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 18, No. 98, p. 171-180, 2022. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7348>

PELÁEZ, José. Ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de la conducta” en la teoría del delito. *Nuevo Foro Penal*, Vol. 17 No. 97, 2021, 13–67. <https://doi.org/10.17230/nfp17.97.1>

PÉREZ, Luis. *Derecho penal colombiano*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1959.

POSADA, Ricardo. *Delito continuado y concurso de delitos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

POSADA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2015.

POSADA, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. In: POSADA, Ricardo, VELÁSQUEZ, Fernando y MOLINA, Ricardo (Coords.). *Estudios críticos 8: jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Uniandes y Grupo Editorial Ibañez, p. 431-478, 2021.

RAMÍREZ, Andres. Prólogo. In: *Así pensaba Bernardo Gaitán Mahecha*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 19-29, 2019, 19.

RESTREPO, Jorge. *Bernardo Gaitán Mahecha*. Precursor de la dogmática jurídico penal en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. LUZON, Diego, DIAZ Y GARCIA, Miguel y DE VICENTE, Javier, (Trads. y notas). Madrid: Thomson Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA y SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE. Inconstitucionalidad de la Ley 2081 de 2021. *Universitas Estudiantes*, No. 23, p. 95-114, 2021.

SARAY, Nelson y PELÁEZ, Jose. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*. Construcción y aplicación práctica. Bogotá: Leyer, 2022.

SINTURA, Francisco. Evolución del sistema acusatorio en Colombia. In: BERNATE, Francisco [et al.]. *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad del Rosario y Dike, p 19- 34, 2005.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho penal, parte general*. Medellín: Comlibros, 2009.

Authorship information

Norberto Hernández Jiménez. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. norberthernandezj@javeriana.edu.co

José Fernando Mestre Ordoñez. Director del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado y doctor *cum laude* en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en instituciones jurídico procesales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Colegio de Abogados Penalistas. Director del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado litigante y asesor, en asuntos de derecho penal y disciplinario. Socio de Mestre & Mendieta Penalistas. j.mestre@javeriana.edu.co

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Norberto Hernández Jiménez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Jose Fernando Mestre Ordoñez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 14/07/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2022
- Review 1: 27/08/2022
- Review 2: 30/08/2022
- Preliminary editorial decision: 07/09/2022
- Correction round return: 21/09/2022
- Final editorial decision: 08/10/2022

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (FDL)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, Norberto; MESTRE-ORDOÑEZ, Jose Fernando. Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 3, p. 1263-1298, set./dez. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.