

Principia Iuris | 42



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



CIS
CENTRO DE
INVESTIGACIONES
SOCIO-JURÍDICAS
USTA / TUNJA



Acreditación de
Alta Calidad
Resolución MEN. No. 3337
del 25 de abril de 2011

Principia IURIS	Tunja, 1650 Colombia	Vól. 20	No. 42	pp. 170	Enero Junio	2023 – I	ISSN:2463-2007 (En línea) ISSN:0124-2067 (Impreso)
-----------------	-------------------------	---------	--------	---------	----------------	----------	---



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

42

Tunja, 2023 - I



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 20</i>	<i>No. 42</i>	<i>pp. 170</i>	<i>Enero Junio</i>	<i>2023 - I</i>	<i>ISSN:2463-2007 (En línea) ISSN:0124-2067 (Impreso)</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	----------------	------------------------	-----------------	---

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Mg. Sergio Andrés López-Zamora

Coeditor

Mg. (c) Farid S. Parra Caro

Número de la revista

Cuarenta y dos (42)
Primer semestre de 2023

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

2463-2007 (En línea)
0124-2067 (Impreso)

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: 608 744 0404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistaprincipia@ustatunja.edu.co
sergio.lopezz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Diseñador Portada:

Departamento de comunicaciones, Universidad Santo Tomás

Corrección de Estilo:

Yessica Andrea Chiquillo Vilardi

Revisión del inglés:

Departamento de idiomas Universidad Santo Tomás


Revisión del francés:

Departamento de idiomas Universidad Santo Tomás

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho en depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA, FACULTAD DE
DERECHO**

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

 *Principia Iuris* es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultado definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista *Principia Iuris* se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

DIRECTIVOS

Fr. José Fernando MANCIPE, O.P.
Rector

Fr. José Gregorio HENÁNDEZ TARAZONA, O.P.
Vicerrector Académico

Fr. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.
Vicerrector Administrativo-Financiero

Fray Juan Pablo ROMERO CORREA, O.P
Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Diana Mireya AYALA VALDERRAMA
Directora de la Unidad de Investigación en Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos Para el Aprendizaje y la Investigación

EDITOR

Ph.D. (c) Sergio A. López Zamora

COEDITOR

Mg. (c) Farid S. Parra Caro



COMITÉ EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD

Ph.D. Eduardo Rozo Acuña

Universidad de Urbino Italia
rozo.acuna@teletur.it

Gille Guglielmi

Universidad de París II, Francia
gilles@guglielmi.fr

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO DE LA REVISTA

Ph.D. Carlos María Romeo Casabona

Universidad del País Vasco, España

Ph.D. Carlo Casonato

Universidad de Trento, Italia

Ph.D. Ingrid Brena Sesma

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México

Ph.D. Andrés Bobenrieth Miserda

Universidad de Chile, Chile

Ph.D. Jaime Rodríguez Arana Muñoz

Universidad de La Coruña, España

Ph.D. Pablo Guadarrama

Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur

Universidad de Medellín, Colombia

Ph.D. Cristian Wolffhugel Gutiérrez

Universidad Sergio Arboleda, Colombia



EDITORIAL

Estamos en un momento de coyuntura política e inestabilidad económica generalizada donde el derecho no puede apartarse del debate en pro de la construcción y el mantenimiento de las instituciones. Una vertiginosa inestabilidad en las relaciones internacionales en el marco de un futuro inestable asociado al cambio climático genera un contexto propicio para el debate, el desarrollo de nuevas ideas y la proposición científica y tecnológica.

La razón de ser de la Revista Principia Iuris es dar a conocer a la comunidad jurídica estas nuevas tendencias y enfoques en el derecho que en esta oportunidad se reúnen en su número 42 (2023-I) con la finalidad de coadyuvar en la continua evolución las ciencias jurídicas mientras se es parte de este contexto contemporáneo en el que siempre debe permanecer la academia.

La Revista Principia Iuris se encuentra indexada en Latindex, Publindex y Google Scholar y permanece en convocatoria permanente siempre en pro de mantener encendida la luz de la eterna búsqueda del conocimiento y la verdad. Agradezco a los articulistas, al equipo editorial y a ustedes, respetados lectores, a quienes dejo en sus manos 8 artículos que abonan al desarrollo de las ciencias jurídicas; todos estos trabajos reflejan la investigación seria y dinámica del derecho.

PhD (c) Sergio Andrés López-Zamora
Editor

EDITORIAL

A moment of political situation and generalized economic instability where the law cannot separate itself from the debate in favor of the construction and maintenance of institutions; and, dizzying instability in international relations within the framework of an unstable future associated with climate change generates a favorable context for debate, the development of new ideas and scientific and technological proposals.

The reason for being the Principia Iuris Magazine is to make the legal community aware of these new trends and approaches in law that on this occasion are gathered in its number 42 (2023-I) with the purpose of contributing to the continuous evolution of the legal sciences while being part of this contemporary context in which academia must always remain.

The Principia Iuris Magazine is indexed in Latindex, Publindex and Google Scholar and remains in permanent call always in favor of keeping the light of the eternal search for knowledge and truth on. Thanking the columnists, the editorial team and you, respected reader, 8 articles remain in your hands that contribute to the development of legal sciences; all works that reflect serious and dynamic research into the law.

PhD (c) Sergio Andrés López-Zamora
Editor

CONTENIDO

**AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA
DURANTE LA PANDEMIA: UNA MIRADA AL RECONOCIMIENTO Y
GARANTÍA DE SUS DERECHOS TERRITORIALES.12**

Angie Natalia González Rodríguez

Paula Lucia Arévalo Mutiz

Yesit Leonardo Silva Medina

**PAPEL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA FILOSOFÍA
POLÍTICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN.....35**

Carlos F. Forero Hernández

Paula Yulieth Arana Guaraca

**RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR
PÚBLICO: ANÁLISIS Y RETOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA47**

Ana María Pérez Barrera

**ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO BAJO EL
INFLUJO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE CESARE BECCARIA Y
EL PRINCIPIO REFORMATARIO PENITENCIARIO DE JOHN HOWARD62**

Diego Alexander Ramírez Flórez

EL SUICIDIO COMO RIESGO ASEGURABLE EN COLOMBIA82

Helmuth Fabian Vargas Acero

**LA MÚSICA HEAVY METAL: UNA REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA.
ACERCAMIENTOS VS DISTANCIAMIENTOS CON EL DERECHO PENAL..... 101**

Juan Sebastián Rois Buitrago

Juan Carlos Contreras Garibello

**TOWARDS THE HUMAN RIGHTS OF THE ENVIRONMENTAL
SUBJECT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE NEW
ENVIRONMENTAL PARADIGML PARADIGM..... 129**

Sergio Andrés López Zamora

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO
REALIDADE NO PROCESSO PENAL..... 136**

Stephanie Carolyn Pérez

AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA DURANTE LA PANDEMIA: UNA MIRADA AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DE SUS DERECHOS TERRITORIALES.¹

Recibido: 24 de abril de 2023

Aceptado: 27 de junio de 2023

Angie Natalia González Rodríguez²

Paula Lucia Arévalo Mutiz³

Yesit Leonardo Silva Medina⁴

1 Artículo resultado de investigación del proyecto DER- 02-2022. Financiado por la Fundación Universitaria Los Libertadores y titulado: “Las voces de los indígenas: percepciones acerca del proceso de reparación integral y colectiva durante la pandemia” adscrito al Grupo Derecho y Política de esta misma institución (Período 2022). Bogotá (Colombia).

Esta investigación fue financiada por la Fundación Universitaria los Libertadores, el artículo que presentamos no presenta conflicto de interés con la revista, surge del proyecto de investigación mencionado.

2 Abogada de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Joven Investigadora dentro del proyecto: Las voces de los indígenas: percepciones acerca del proceso de reparación integral y colectiva durante la pandemia. Fundación Universitaria Los Libertadores. Colombia. Correo electrónico: angonzalezr@libertadores.edu.co ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4033-1333>

3 Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora Asociada Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigadora adscrita al Grupo de Investigación Derecho y Política. Fundación Universitaria Los Libertadores. Colombia. Correo electrónico: paula.arevalo@libertadores.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0820-7829>

4 Maestría en Historia Universidad Nacional de Colombia. Profesor Asociado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigado adscrita al Grupo de Investigación Derecho y Política. Fundación Universitaria Los Libertadores. Colombia. Correo electrónico: ylsilvam@libertadores.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2443-9555>

Resumen

Las profundas brechas y desigualdades que dejó al descubierto la pandemia del Covid-19 en América Latina demostraron la vulnerabilidad de los pueblos indígenas para el goce efectivo de sus derechos durante el confinamiento. En el caso colombiano, los pueblos y comunidades indígenas vieron afectada su posibilidad de acceder a servicios básicos y de saneamiento, educación, trabajo, seguridad alimentaria, como también al goce de sus derechos territoriales que vieron ralentizados varios procesos relacionados con la restitución de tierras y la reparación colectiva. Esta investigación, se desarrolló desde un enfoque cualitativo, de corte documental, que permitió identificar las principales afectaciones sociales y territoriales dejadas por la pandemia a los pueblos indígenas, de igual manera, se identificaron las principales dificultades, estado y avance en las distintas fases de los procesos de restitución de tierras y reparación dentro de las cuales se destacan: Suspensión de términos de las actuaciones administrativas de inscripción en el registro de tierras, dificultades para visitas en los territorios, consulta previa virtual, dificultades para el avance y monitoreo de los planes integrales de reparación colectiva, sin dejar de lado, las graves amenazas a la seguridad de las comunidades por distintos actores y estructuras armadas organizadas en Colombia presentes en los territorios étnicos.

Palabras clave: Desigualdad social, derechos humanos colectivos, pandemia, población indígena y reclamación de tierras

Abstract

The deep gaps and inequalities that the Covid-19 pandemic exposed in Latin America demonstrated the vulnerability of indigenous peoples to the effective enjoyment of their rights during confinement. In the Colombian case, the indigenous peoples and communities saw their possibility of accessing basic services and sanitation, education, work, food security, as well as the enjoyment of their territorial rights being affected, which slowed down various processes related to land restitution and collective reparation. This research was developed from a qualitative, documentary approach, which allowed the identification of the main social and territorial effects left by the pandemic on indigenous peoples, in the same way, the main difficulties, status and progress in the different phases of the land restitution and reparation processes were identified, among which the following stand out: Suspension of terms of the administrative actions of registration in the land registry, difficulties for visits in the territories, virtual prior consultation, difficulties for the progress and monitoring of comprehensive collective reparation plans, without leaving aside, the serious threats to the security of the communities by different actors and organized armed structures in Colombia present in the ethnic territories.

Keywords: Social inequality, collective human rights, pandemics, indigenous populations and land reclamation.

Introducción

La pandemia acaecida por el Covid-19, un hecho inesperado y de magnas proporciones afectó de forma sustancial las actividades a nivel global. Todo el mundo sintió sus efectos, desde el alto número de enfermos y personas fallecidas hasta las medidas draconianas pero necesarias para detener su avance. Es posible catalogar como una crisis lo sucedido y las reacciones de las sociedades organizadas no se hizo esperar. Se tomaron medidas de carácter urgente que confinaron a las personas y cambiaron la cotidianidad de los grupos sociales (Diamond, 2019). El mismo miedo y desconocimiento inicial conllevó a que por meses estas medidas se prologaran generando no solo una crisis sanitaria sino social, que demostró las desigualdades y brechas estructurales que afectan principalmente a las poblaciones minoritarias como los pueblos y comunidades indígenas. Para América Latina o Abya Yala, denominación propia de los pueblos indígenas para esta parte del mundo, la pandemia del coronavirus puso al descubierto las dificultades y barreras que padecen sus gentes y que los dejó en una posición de vulnerabilidad manifiesta respecto a otros grupos y frente a la sociedad mayoritaria.

Dentro de esta lógica, Colombia como uno de los países con mayores cifras de pobreza y desigualdad, situación que también afecta a sus comunidades étnicas, tuvo una dificultad no solo en el contexto de la pandemia, sino dentro de la apuesta por la solución del conflicto armado: las dificultades para implementar el Acuerdo de Paz, la inseguridad al interior de los territorios, la presencia de grupos armados y actores ilegales que amenazan la garantía de los Derechos Humanos y colectivos, y, principalmente las vulneraciones relacionadas con los territorios, esto es, la falta de acceso a los mismos por causa del despojo, desplazamiento o la ausencia de títulos, pero también las afectaciones que han dejado cicatrices del conflicto en la tierra de la cual dependen las comunidades y pueblos indígenas. De esta manera, se aspira a responder la pregunta: ¿Cuáles son las afectaciones a los derechos territoriales de los pueblos y comunidades indígenas vistos a partir de los procesos de restitución de tierras y de reparación colectiva durante la pandemia ocasionada por el Covid-19?

El cuestionamiento nace de la preocupación por el destino de las comunidades y pueblos dentro de la pandemia y su relación con los territorios. En este sentido, el impulso que se tenía en la lógica de la solución al conflicto armado, en especial en lo referente a las víctimas, tuvo unos efectos que ralentizaron los procesos de reparación que llevaban cerca de una década de planificación y ejecución. Así, desde el año 2011 se dio comienzo a un nuevo enfoque para la solución del conflicto armado en Colombia. En efecto, con la Ley 1448 de 2011 y el Decreto Ley 4633 de 2011 se abrieron puertas para el reconocimiento y restablecimiento de derechos de los pueblos indígenas incluyendo el derecho colectivo al territorio. De este modo, ya en reiterados fallos de la Corte Constitucional unificados en la Sentencia SU-092-21, se ha mencionado esa relación poderosa de los pueblos y comunidades con sus territorios, su autonomía y la

pervivencia física, económica, social y cultural, pero en especial, la necesidad de que el Estado proteja y reconozca esta relación vital.

El texto presenta cuatro secciones interrelacionadas. Con esta división se pretende realizar una aproximación a las afectaciones de los derechos territoriales y los procesos de restitución de tierras de los pueblos indígenas colombianos durante el Covid-19. En primer lugar, se acomete una breve contextualización de las afectaciones de la pandemia del Covid-19 en los pueblos indígenas de América Latina y Colombia, principalmente en aspectos como el acceso a bienes esenciales para enfrentar la crisis sanitaria, al igual que, las afectaciones a nivel territorial; en segundo lugar, se identifican las afectaciones a la garantía de derechos territoriales de los pueblos indígenas de Colombia, en el tercer lugar, se realiza un rastreo frente avance de los procesos de restitución de tierras y el respeto por el mecanismo de la consulta previa, por último, se identifica el estado de los procesos de restitución de tierras y reparación colectiva, dado la importancia de estos procesos en el escenario del posacuerdo.

Metodología

La presente investigación se desarrolló bajo una metodología cualitativa de revisión documental, mediante la cual, en la fase preparatoria se realizó una búsqueda de información y fuentes académicas, científicas, oficiales y de organizaciones sociales que permitieron identificar los efectos a nivel social, económico y cultural de los pueblos indígenas de América Latina y Colombia. Durante la fase descriptiva, se realizó la construcción de una matriz de fuentes que permitió analizar y sintetizar la información, para finalmente, en la fase interpretativa, se procediera a identificar y contrastar con las fuentes oficiales el estado y el avance de los procesos de restitución de tierras y reparación colectiva durante la pandemia.

Resultados

El anuncio de la Organización Mundial de Salud (OMS) frente a la declaración del Coronavirus como pandemia, implicó a nivel mundial la adopción de una serie de medidas que transformaron las dinámicas sociales, económicas y culturales. La llegada de la pandemia a América Latina exigió a los gobiernos la toma de diferentes medidas de prevención y mitigación del Covid-19, en particular confinamientos en casa que generaron una profunda crisis con ocasión de la desaceleración económica junto con afectaciones a nivel sanitario y social.

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020), “La pandemia del COVID-19 se ha desarrollado en América Latina y el Caribe en un contexto marcado por la matriz de desigualdad social” (p.18) donde factores como el género, la edad, el territorio, la pertenencia étnica o la capacidad de ingresos evidencia que la pandemia afecta principalmente a determinados grupos sociales, dejando al descubierto

las profundas brechas estructurales de los Estados y aún más las desigualdades que padece gran parte de la población, como es el caso de los pueblos indígenas de América Latina, que se enfrentaron a nuevos desafíos para combatir un virus que amenazó la vida de cientos de sus miembros y que afectó su territorio, el acceso a la salud, educación, seguridad alimentaria y en múltiples escenarios, el goce efectivo de sus derechos y que para el caso colombiano en particular, estuvo además atravesada por el conflicto armado, las amenazas de diversos actores ilegales que no solo amenazaron la vida de las comunidades, sino también su seguridad, generando así mayores dificultades a los procesos de restitución de tierras y reparación colectiva para derechos territoriales, sin dejar de lado los ostensibles desafíos para la implementación del Acuerdo Final de Paz (2016).

1. Las afectaciones de los pueblos indígenas en América Latina ante el escenario del Covid-19

La población indígena en América Latina corresponde al 10% de la población, según cifras del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe y el Foro Indígena del Abya Yala (2020), “Se registran 826 Pueblos Indígenas distintos, de los cuales, unos 100 tienen carácter transfronterizo, es decir, que residen en al menos dos países de la región” (p.10), de esta manera, los países con mayor presencia de comunidades indígenas son Brasil, Colombia, Perú y México, los cuales residen principalmente en zonas rurales donde según los datos de la Organización Panamericana de Salud (2020), las poblaciones indígenas además de ser vulnerables a enfermedades como la malaria o la fiebre amarilla “la falta de agua y saneamiento, y la inseguridad alimentaria, que afecta a 85% de la población, hacen más crítica su situación” (p. 5).

Las condiciones de salubridad, la falta de acceso al agua potable y las dinámicas sociales y culturales de convivencia de los pueblos indígenas de América Latina, fueron factores determinantes en los números de casos de población indígena contagiada de Covid-19, el impacto de la pandemia no solo se mide en los números de contagios y fallecimientos, sino que, las dinámicas y los contextos sociales de América Latina reflejan las profundas brechas estructurales en el acceso y la garantía de los derechos fundamentales, por lo tanto, para los Pueblos Indígenas la llegada de una pandemia implicó la amenaza de perder a miembros de su comunidad y la adopción de una serie de medidas enfocadas en contener la propagación del contagio mediante la limitación de la movilidad o el confinamiento, que implicaron nuevos desafíos para un acceso efectivo a la salud, la seguridad alimentaria o el acceso a servicios básicos.

Los servicios de salud en América Latina, se caracterizaron por un modelo de atención alejado de las necesidades de la población indígena, como lo muestra la Organización Panamericana de Salud (2020), los pueblos indígenas, se encuentran con barreras para acceder a tratamientos, medicamentos, hospitales o atenciones médicas debido a que los centros de salud, se encuentran a grandes distancias de las zonas donde residen estas

comunidades, es por esto que, ante el escenario de la pandemia dichas poblaciones se encontraban en mayor riesgo de contagio debiendo fortalecer las prácticas y medicinas tradicionales indígenas.

Una de las respuestas para enfrentar la crisis sanitaria del Covid-19, fue la implementación de medidas de bioseguridad, las cuales se centraban en el uso obligatorio de mascarillas y el lavado frecuente de manos, medidas que implicaban un acceso a servicios básicos como el agua potable, que al interior de los resguardos indígenas y la lenta implementación de políticas públicas no han permitido un fácil acceso a este recurso, como lo menciona Aljanati et ál. (2020) en Argentina, los pueblos indígenas al no contar con un acceso amplio y suficiente al agua, las circunstancias de salubridad, saneamiento e higiene personal, se consideran las condiciones menos favorables para mitigar la propagación del coronavirus al interior de las comunidades y resguardos indígenas.

Estas dificultades de acceso a servicios básicos como el agua potable, electricidad o los elementos básicos del saneamiento hicieron que los pueblos indígenas de América Latina debieran enfrentar la pandemia del Covid-19 con mayor dificultad, a diferencia del resto de la población que cuenta con las condiciones necesarias para prevenir el contagio, por lo que, el hecho de no contar con un acceso a estos servicios básicos se ve aún más agravado cuando no se cuenta con una estabilidad laboral y económica suficiente para acatar a las medidas de confinamiento y aislamiento.

Por estas razones, las consecuencias y efectos de la pandemia del Covid-19 en los Pueblos Indígenas generó que los derechos fundamentales de estas poblaciones se vieran afectadas en escenarios como el acceso a los servicios de salud, al agua potable, a bienes y servicios básicos para el saneamiento, la estabilidad laboral y la seguridad alimentaria, implicando nuevos retos y desafíos para enfrentar la propagación de la pandemia.

Afectaciones del Covid-19 en los pueblos indígenas de Colombia

En Colombia, la llegada de la pandemia del Covid-19 para los pueblos indígenas implicó que los derechos fundamentales, colectivos y territoriales, se vieran afectados ante las medidas establecidas por el gobierno nacional para prevenir los contagios del Covid-19, como lo menciona la Organización Nacional Indígena de Colombia (2020), desde el decreto de las medidas de aislamiento obligatorio, se ha hecho necesario suspender actividades colectivas como ceremonias, fiestas, clases e integraciones que afectan las dinámicas habituales de las poblaciones, de igual manera, a nivel cultural, las medidas de aislamiento obligatorio no han permitido la transmisión de conocimientos y prácticas por parte de los mayores y sabedores a las nuevas generaciones.

El acceso a los servicios de salud en los pueblos indígenas de Colombia demuestra las falencias estructurales del sistema, la zona amazónica del país es un claro ejemplo de ello, para Hurtado, González y Licht (2020), se resalta que los principales centros

de salud se encuentran en el municipio de Leticia, donde los hospitales cuentan con un número reducido de camas de hospitalización y para el manejo de casos de Covid-19 grave, es necesario el traslado por vías aéreas, donde según Ballesteros (2022), la gestión de las entidades promotoras de salud no cuentan con los recursos para atender aquellas comunidades que se encuentran más alejadas de esta región. Ahora bien, frente a la implementación del uso obligatorio del tapabocas, no fue posible en algunas comunidades del Amazonas, debido a que dicha práctica no hace parte de su cotidianidad, al igual que, para la Organización Nacional Indígena de Colombia (2020) la medida de bioseguridad divulgada por el gobierno nacional acerca del lavado frecuente de manos, se hizo imposible de cumplir en los territorios de las comunidades indígenas de la Guajira, donde el acceso al agua potable es nulo, sumado a las amenazas recibidas por miembros de las comunidades indígenas por parte de grupos armados ante la presencia de un caso positivo de Covid-19.

Por consiguiente, para los pueblos indígenas la llegada de la pandemia a sus territorios, implicó una serie de cambios a nivel político, social y cultural, los cuales generaron que las desigualdades en torno a la falta de acceso a los servicios básicos y el cumplimiento de las medidas de prevención fueran una imposibilidad para enfrentar la crisis sanitaria, sumado a esto, los escenarios de violencia, los daños ambientales y la inseguridad al interior de los territorios han sido elementos que han afectado uno de los elementos centrales para la pervivencia de estas comunidades.

Afectaciones a los derechos territoriales de los pueblos indígenas de Colombia

Además de las afectaciones en la garantía de los servicios básicos para enfrentar la crisis sanitaria, para los pueblos indígenas de Colombia el Covid-19 trajo consigo nuevos retos y desafíos para la garantía del derecho al territorio, es decir, los procesos de restitución y redistribución efectiva de la tierra, se vieron afectados ante el decreto de las medidas de aislamiento que cambiaron las dinámicas de trabajo de la Agencia Nacional de Tierras, y no solo eso, como lo menciona el Consejo Regional del Cauca (2020), los pueblos indígenas durante el año 2020, se vieron amenazados por la pandemia y la agudización del conflicto armado que ha generado que sus territorios se encuentren en riesgo, ante el ingreso de grupos armados ilegales que buscan el control territorial y económico de estas zonas.

El coronavirus y las medidas de aislamiento obligatorio, no fueron suficientes para contener el incremento de la violencia en los territorios indígenas, las amenazas, homicidios, ataques y masacres vividas durante la pandemia reflejan que, la implementación de los acuerdos de paz y las medidas de reparación colectiva se enfrentaron a nuevos desafíos para cumplir el objetivo de un país en paz, para Montero de la Rosa y Bolaños (2020), en el transcurso del 2020 los pueblos indígenas están sobreviviendo a la pandemia del Covid-19 y a la pandemia de la violencia que no está en cuarentena, esto se refleja en las cifras de asesinatos de líderes sociales indígenas, los desplazamientos, confinamientos

y combates que se presentan en los territorios indígenas, demuestran que más allá de la preocupación por casos positivos de coronavirus, se encuentra el riesgo de perder la vida en medio del conflicto.

Los daños ambientales a los territorios indígenas, permanecieron durante la pandemia, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020) “han comenzado a duplicarse los daños ambientales en las zonas de especial importancia ecológica y las zonas naturales protegidas durante el aislamiento obligatorio decretado por la pandemia” (p. 62), esto demuestra que las afectaciones al ambiente, tienen una relación intrínseca con la garantía a los derechos territoriales, debido a que las zonas donde se registran un mayor número de daños ambientales se encuentran cercanos a los territorios y resguardos indígenas.

En definitiva, la llegada de la pandemia generó una serie de efectos y cambios para los Pueblos Indígenas de América Latina, los cuales vieron mayores afectaciones a sus derechos fundamentales, debido a las barreras estructurales que se presentan en los Estados de América Latina en torno a la atención de poblaciones vulnerables, un ejemplo de ello es Colombia, un país que alberga cerca de 115 Pueblos Indígenas, los cuales se enfrentaron no solo a la falta de acceso y garantía de los servicios básicos, sino que, las medidas adoptadas para evitar los contagios, como el aislamiento obligatorio o la virtualidad, ocasionaron que el avance de los procesos de restitución de tierras y de reparación colectiva, se vieran afectados ante la imposibilidad de continuar con el trabajo en los territorios y con las comunidades, de manera que, estos escenarios agravaron el acceso y la garantía a los derechos territoriales.

II. Los derechos territoriales de los pueblos indígenas de Colombia

En consonancia con lo anterior, los pueblos indígenas de Colombia se han caracterizado por buscar la reivindicación de sus derechos, sus tradiciones, sus identidades y sus territorios, este último ha sido una de las causas de los movimientos indígenas de los últimos tiempos, para Jaramillo y el Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2011) la noción del territorio para los indígenas implica no solo el reconocimiento de una porción de tierra, sino que, representa el arraigo a esos territorios que les brindaron los medios de subsistencia económica, social y cultural, es decir, para los indígenas el territorio es un factor determinante para preservar la existencia de sus formas de vida colectiva y sus comunidades.

La lucha de los pueblos indígenas por la protección y reivindicación de sus territorios, víctimas del despojo, desplazamiento, confinamiento entre otros, llevo al Estado Colombiano a promover una serie de reformas y regulaciones con la finalidad de garantizar el acceso a la propiedad colectiva, como también a la restitución efectiva de las tierras ancestrales y con ello lograr el avance para la redistribución equitativa de la tierra, garantizando así la materialización de sus derechos colectivos. Para lograr

estos fines, se adoptó la Ley 1448 de 2011 la cual contempla las directrices para la reparación colectiva y la restitución de aquellas tierras que fueron despojadas a causa de la violencia, para ello, mediante el Decreto ley 4633 de 2011 se establecen las medidas de atención, protección y reparación integral a los pueblos indígenas y se reconoce que fueron víctimas a nivel individual y colectivo.

Los avances han sido importantes pero no han sido suficientes, pues si bien, han permitido que en el texto constitucional se reconozcan los derechos colectivos y territoriales de las poblaciones étnicas y su tratamiento bajo un enfoque étnico diferencial, existen aún varios obstáculos por superar, como lo es la seguridad de los líderes sociales, la ocupación de actores ilegales, el narcotráfico y la minería ilegal, además de las dificultades administrativas, presupuestales, de coordinación interinstitucional y el respeto a la consulta previa al interior de los procesos de restitución y reparación colectiva, impiden la efectiva materialización de sus derechos, por lo que, a estas dificultades se le sumó la crisis sanitaria producto de la pandemia del Covid-19 que terminó por profundizar la problemática social que ya atravesaban.

III. Estado del proceso de restitución de tierras durante la pandemia Covid-19

Las dificultades que se han presentado durante la implementación y el avance en los procesos de restitución de tierras para los pueblos indígenas, permiten observar que, la garantía de los derechos territoriales de estas comunidades aún no es efectivo, por consiguiente, la pandemia del Covid-19 implicó que el mecanismo de la consulta previa debió realizarse de manera digital, sin tener en cuenta la falta de conectividad que aún persiste en estas comunidades o para la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD) y la Agencia Nacional de Tierras (ANT), entidades encargadas de avanzar en los procesos de restitución de tierras, las medidas de aislamiento obligatorio, el uso de medios tecnológicos y el teletrabajo implicaron una ralentización de los procesos, actividades y objetivos de la restitución.

La gestión de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y la Agencia Nacional de Tierras.

Durante la pandemia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras despojadas tomó algunas acciones para mitigar la contingencia sanitaria, dentro de estas medidas se destaca la Resolución 418 de 2020 la cual establece:

- La suspensión de términos de las actuaciones administrativas de inscripción en el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente

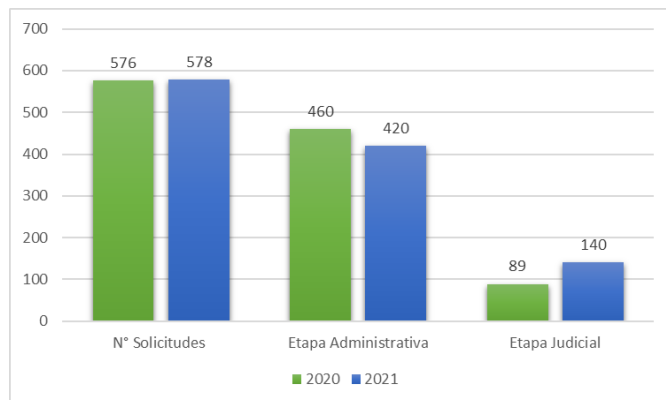
- Se exceptúan de la suspensión la gestión de pruebas documentales que puedan recolectarse a través de medios tecnológicos siempre que se garantice el debido proceso.
- Los directores territoriales y de asuntos étnicos deberán velar por la garantía del derecho al debido proceso durante las actuaciones que se adelanten en las excepciones establecidas en la resolución.
- Dentro de las excepciones establecidas no se podrán decretar desistimientos tácitos en el marco de las actuaciones o solicitudes del registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente.

Una de las consecuencias que trajo consigo la suspensión de las actuaciones administrativas, de inscripción de tierras despojadas y abandonadas forzosamente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), fue la vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas ante la protección del derecho al territorio, desde el Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2020) mencionan que, ante el recrudecimiento del conflicto armado y los hechos de desplazamiento que persisten en los territorios indígenas, aún durante las medidas de aislamiento obligatorio, la adopción de esta resolución implicó un riesgo para que se llevaran a cabo despojos y abandono de tierras, teniendo en cuenta que, diversas actividades administrativas de la unidad permanecieron de manera virtual, por lo que, el decreto de esta resolución significaba un riesgo para los territorios de estas comunidades.

Además de las funciones de registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente, la UAEGRTD está vinculada a la mayor parte de los procesos de restitución de tierras establecidos en la Ley 1448 de 2011, de esta manera, ante el contexto de la pandemia del Covid-19 es importante mencionar que para el Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2021) la adopción de medidas cautelares aumentó durante el 2020, teniendo en cuenta que, la finalidad de este mecanismo, es prevenir el aumento de las afectaciones territoriales ante las amenazas derivadas de la violencia o los actores armados, se resalta que, a pesar de las medidas de aislamiento, la violencia que padecieron los pueblos indígenas y sus territorios, desde la unidad se gestionaron cerca de 115 solicitudes de protección de reclamantes de tierras.

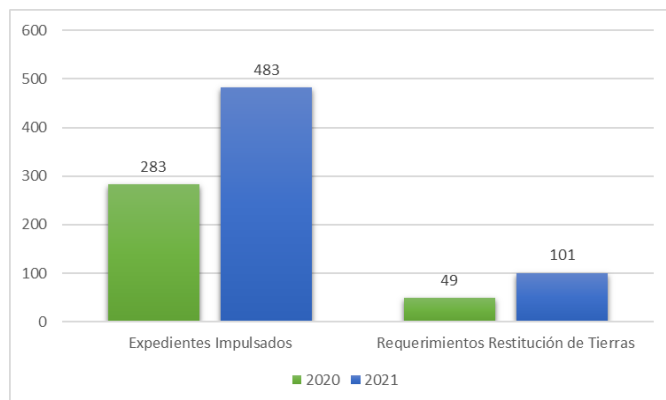
Para la Agencia Nacional de Tierras entidad encargada de materializar la política pública en materia del ordenamiento de la propiedad rural, es decir, es la encargada de otorgar y redistribuir las tierras para que cumplan su finalidad productiva y social. La declaratoria de emergencia del Covid-19 implicó que las dinámicas de trabajo cambiaran, por lo que, muchos procesos administrativos y de gestión tendieron a un avance paulatino, conforme al Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2022) los procesos de restitución de tierras dentro del periodo 2020 – 2021 presentaron cambios sustanciales en sus diferentes etapas, en las figuras 4 y 5 se presentan las siguientes cifras de gestión de la UAEGRTD y la ANT:

Figura 1. Cifras de número de solicitudes y número de procesos de restitución de tierras en etapa administrativa y judicial



Fuente: Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas. Balance de la implementación decreto ley 4633 durante el 2021. Elaboración propia. https://cntindigena.org/documents/Informes/Informe_Decreto_4633_2011_2022_julio.pdf

Figura 2. Cifras de número de expedientes impulsados y los requerimientos gestionados en los procesos de restitución de tierras



Fuente: Informes de gestión de la Agencia Nacional de Tierras vigencia 2020 y 2021. Elaboración propia. <https://www.ant.gov.co/wp-content/uploads/2022/01/informe-gestion-2021-ANT.pdf>

De las anteriores cifras, es importante mencionar que los procesos de restitución de tierras, participan la UAEGRTD durante las fases iniciales y la ANT se encarga de la materialización de las sentencias emitidas por los jueces de tierras, desde el Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2022) se analiza la implementación de Decreto Ley 4633 de 2011 durante el 2021 y se identifican el número de solicitudes de restitución de tierras y los avances al interior de cada etapa

del proceso, es importante resaltar que, el número de procesos que se encuentran en la etapa judicial es desproporcional al número de solicitudes que anualmente llegan a la unidad, por otra parte, se resalta que a diez años de la implementación del decreto solo se han emitido hasta el año 2021 18 sentencias judiciales donde cabe destacar que, de estas sentencias se derivan 85 órdenes de formalización de las cuales en un 97.64% se encuentran en proceso, generando una afectación a los derechos territoriales.

Frente a la gestión de la Agencia Nacional de Tierras durante el periodo 2020-2021, se resalta que, las gestiones adelantadas para impulsar los procesos de restitución de tierras tuvieron un aumento para el año 2021 duplicando el número de actuaciones, al igual que, los requerimientos solicitados por los jueces de la república o de la UAEGRTD para las solicitudes de restitución de tierras. De conformidad con lo establecido por la Agencia Nacional de Tierras (2021) la dirección de asuntos étnicos menciona que dentro de las dificultades presentadas durante el 2020 y 2021 con ocasión de la pandemia del Covid-19, fue la dificultad de realizar las visitas a los territorios, las cuales son uno de los elementos determinantes para adquirir los predios para las comunidades, ejecutar el presupuesto y cumplir con las fases de los procesos de restitución y titulación de tierras, pero dentro del contexto de la pandemia la consulta previa virtual, demostró el desconocimiento por parte del Estado de las condiciones de conectividad que persiste al interior de las comunidades indígenas.

La consulta previa virtual

Para los pueblos indígenas el territorio no solo es aquel espacio físico y geográfico donde se han acentuado sus comunidades históricamente, sino que, implica una relación profunda con los significados, las tradiciones y la identidad que cada comunidad indígena construye con ese territorio, es por esto que, la protección de los recursos naturales ha sido una de las causas de los movimientos indígenas han exigido al Estado para su efectiva protección, gracias a esto, el artículo 330 de la Constitución Política reconoce la importancia de proteger los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas, para ello desde la Corte Constitucional siguiendo los parámetros del Convenio 169 de la OIT se reconoce el derecho fundamental a la consulta previa como mecanismo de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

La pandemia del Covid-19 no solo trajo cambios y desafíos en el acceso a servicios básicos como el agua, la salud, la seguridad alimentaria o la educación de los pueblos indígenas, en el ámbito territorial las comunidades étnicas debieron adoptar una serie de medidas de contención del coronavirus, entre ellas el hecho de modificar la manera como se llevaría a cabo el mecanismo de la consulta previa, es decir, debido a los aislamientos obligatorios decretados por el gobierno nacional, desde el Ministerio del Interior se propuso suspender las visitas de verificación y los procedimientos de la consulta previa se realizarían mediante herramientas tecnológicas.

El Ministerio del Interior mediante la circular CIR2020-29-DMI-1000 establece que, en virtud de las disposiciones establecidas por el gobierno nacional para evitar la propagación del Covid-19, se recomienda el uso de herramientas tecnológicas para adelantar las consultas previas de actividades, proyectos, obras y medidas administrativas y legislativas que requieran de dicho mecanismo mientras persista la emergencia sanitaria. Para los pueblos indígenas, esta circular significó una barrera para la garantía de este derecho fundamental, desde la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2020) manifestaron que frente al pronunciamiento del Ministerio del Interior de implementar la consulta previa virtual, esta postura olvida el alcance y desarrollo jurisprudencial de este derecho que implica permitir escenarios de diálogo, participación y comunicación efectiva a las comunidades, ante esto y la falta de conectividad en los territorios indígenas este derecho fue vulnerado.

Un claro ejemplo de los riesgos que conlleva la consulta previa virtual, fue la iniciativa de reactivar las aspersiones aéreas de glifosato en zonas donde residen comunidades indígenas, desde el Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas (2020) resaltan que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales realizó audiencias informativas y ambientales de manera virtual, con la finalidad reanudar las aspersiones aéreas con glifosato en 104 municipios, de los cuales se mencionaba que no era necesario cumplir con el requisito de la consulta previa, ya que desde el Ministerio del Interior no se reportaban presencia de comunidades étnicas, por lo anterior, es claro que la importancia de la garantía al derecho de la consulta previa es tan importante para la protección de los territorios colectivos ante amenazas de iniciativas y proyectos que aún en medio de una emergencia sanitaria no ceden a sus intereses.

En síntesis, los pueblos indígenas de Colombia han buscado el reconocimiento y la reivindicación de sus territorios que fueron afectados durante los procesos de conquista, colonia, independencia, el conflicto armado interno, los intentos de una reforma agraria y la gestión de las entidades estatales encargadas de los procesos de restitución y formalización de la tierra, con ocasión de la pandemia del Covid-19 estos intentos y luchas por lograr un verdadero acceso a la tierra implicaron que las medidas de contención generaran mayores retrasos en la gestión de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y de la Agencia Nacional de Tierras, al igual que, las medidas de reactivación económica demostraron que el Estado priorizó las actividades industriales frente a una garantía efectiva del derecho a la consulta previa y al territorio.

IV. El estado de los procesos de reparación colectiva y sus efectos en el cumplimiento del post acuerdo.

Los avances frente al reconocimiento de los derechos de las víctimas y la reparación individual y colectiva en Colombia se ven reflejados en la adopción de un marco normativo que establece una serie de objetivos, parámetros e indicadores, centrados en el restablecimiento de los derechos vulnerados durante el conflicto armado interno.

Para los pueblos indígenas de Colombia, estas disposiciones tienen un desafío mayor frente al cumplimiento de la reparación colectiva, la cual debe responder a los criterios de una reparación acorde a las necesidades y percepciones de las comunidades étnicas, como lo menciona Gómez (2020) “La reparación colectiva procura una evolución de los entornos de victimización de los pueblos y comunidades indígenas, reconociendo en la restauración de los elementos esenciales de la interacción social el centro mismo de todos los esfuerzos institucionales” (p. 186), por lo cual, con la llegada de la firma del acuerdo final de paz según la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado (2022) se esperaba que estos sistemas de reparación fueran complementados y permitieran un mayor avance, especialmente, en cada una de las etapas de los procesos de restitución tierras como medida de reparación colectiva.

Los procesos de reparación colectiva para los pueblos indígenas, contienen una ruta con una serie de medidas que buscan el restablecimiento de los derechos, conforme al Decreto Ley 4633 de 2011, dentro de las medidas se establece la indemnización, rehabilitación, satisfacción, acompañamiento jurídico y garantía de no repetición, para esto, la normativa establece que la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a Víctimas deberá concertar con las poblaciones indígenas los planes integrales de reparación colectiva, donde se establecerán las acciones y objetivos para el restablecimiento de derechos, donde se incluye la caracterización de los daños y afectaciones, este último aspecto se resalta debido a que, la llegada de la pandemia del Covid-19 implicó que una de las partes centrales de los procesos de reparación colectiva se vieran afectados ante las medidas de aislamiento obligatorio.

Avance de los Planes Integrales de Reparación Colectiva (PIRC)

La ruta del programa de reparación colectiva establecida por el Decreto Ley 4433 de 2011 incluye diferentes etapas que tienen como finalidad lograr un restablecimiento de derechos que cumpla con las expectativas de las comunidades indígenas, para ello se debe primeramente incluir una fase de identificación, aislamiento y caracterización del daño para formular los planes integrales de reparación colectiva, dentro de estas etapas es importante la participación de las comunidades indígenas y las visitas a los territorios, dado las dinámicas de la pandemia del Covid-19 estas actividades fueron suspendidas o se trasladaron a medios virtuales, los cuales se caracterizaron por no suplir los pilares de la reparación colectiva.

Una de las áreas que durante la pandemia del Covid-19 se ha visto principalmente más afectada, ha sido la etapa de diagnóstico o caracterización del daño, dado que, para estos procesos se necesitan las visitas presenciales al territorio, por lo que, las medidas de aislamiento obligatorio han incidido en estas fases, desde el Centro de Investigación y Educación Popular (2021) se ha identificado que estas etapas de los procesos de reparación han tenido una tendencia al estancamiento, implicando que los avances en la formulación e implementación de los planes integrales de reparación colectiva se acumulen y reflejen un número de cifras alarmantes frente al cumplimiento

a las comunidades étnicas de los puntos del acuerdo de paz y las disposiciones frente a la reparación.

La reparación colectiva comprende etapas administrativas y judiciales, las cuales van de la mano para lograr una finalización de los planes y acciones de reparación, ante esto, en la Figura 3 se establece que para el periodo 2020 – 2022 se ha reportado avances paulatinos en los procesos de reparación colectiva a nivel administrativo, planes integrales de reparación colectiva fortalecidos y en el número de sujetos de reparación con diagnóstico o caracterización de daños.

Figura 3. Número de avances en las etapas de los Planes Integrales de Reparación Colectiva y las Reparaciones Administrativas

ETAPA	Avances	
	2020	2021
Reparación Administrativa.	12	22
Plan de Reparación Colectiva Implementado.	12	0
Planes de Reparación Fortalecido.	2	4
Diagnóstico de daño.	257	324

Fuente: Octavo y Noveno informe de seguimiento al congreso de la república de la comisión de seguimiento y monitoreo a la implementación de la Ley 1448 de 2011.

Las anteriores cifras reflejan los avances en las reparaciones administrativas, las realizadas durante el periodo 2020-2021, las cuales comprenden acciones como la rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición, frente al avance de las reparaciones administrativas es claro que para el año 2020 fueron inferiores a las cifras del 2021, de igual manera, es importante mencionar que anualmente se establecen unas metas de cumplimiento, de las cuales para el 2020 se fijó un cumplimiento de 37 sujetos colectivos de los cuales solo 12 fueron reparados.

Por otra parte, para la comisión de seguimiento y monitoreo a la implementación de la Ley 1448 de 2011, se analizan los avances el fortalecimiento e implementación de los planes integrales de reparación, frente a este último aspecto es claro que frente al periodo 2020 y 2021 las avances son inferiores a las metas establecidas anualmente, de igual manera, dentro del escenario del posconflicto se registran datos del 2018 donde en total solo se ha dado un avance del 27%, por lo cual, dado el contexto de la pandemia del Covid-19 estos avances se retrasaran aún más y las metas anuales no puedan cumplirse en totalidad, significando que las comunidades étnicas sean las más afectadas.

Frente al segmento de diagnóstico de daño, se analizan el diseño y formulación de los planes integrales de reparación colectiva, la implementación y el número de bienes y

servicios ejecutados, ante esto se puede mencionar que para el 2021 se incrementaron las cifras de estos procesos, pero según el Centro de Investigación y Educación Popular (2021) las zonas priorizadas para implementar los planes integrales de reparación “De acuerdo con información de la UARIV, la mayoría de estos SRCE (14) se encuentran en la fase de diagnóstico o caracterización del daño, y sólo 2 en fase de implementación” (p. 73).

En definitiva durante la etapa del posconflicto, la reparación colectiva para las poblaciones étnicas no ha podido cumplir con las metas y objetivos fijados anualmente, además con la llegada de la pandemia durante los periodos 2020 y 2021, se presentaron avances en los procesos de caracterización y diagnóstico de daños, pero los planes integrales de reparación en el 2021 no han sido implementados, es por esto que, el estado de los procesos de reparación colectiva se encuentra en fases preliminares que no reflejan un compromiso por parte del Estado hacia el cumplimiento y restablecimiento de los derechos de las comunidades étnicas.

Conclusiones

Para los pueblos indígenas de América Latina y Colombia, la llegada de la pandemia del Covid-19 reveló las brechas y desigualdades que se presentan en estos territorios, la falta de acceso al agua potable, la inseguridad alimentaria, la falta de conectividad y los índices de desempleo que confirman como la situación de las comunidades indígenas previos a la pandemia no eran favorables, circunstancias que se agudizaron con la pandemia, profundizando en la precariedad de sus condiciones y en las afectaciones a varios de sus derechos. Para el caso colombiano, la pandemia además se conjuga con el conflicto armado y la exacerbación de la violencia, que deja inermes a los pueblos indígenas en sus territorios, presa de distintos actores armados y nuevas estructuras ilegales organizadas, que ponen en riesgo su integridad, sumado a las dificultades en términos de seguridad alimentaria, acceso al trabajo, entre otras. Las anteriores, conjugadas con conflictos para el goce de sus los derechos territoriales, y la continuidad de los procesos de restitución de tierras, reparación colectiva y con ello, el cumplimiento de varios puntos establecidos en el Acuerdo Final para la Paz.

A continuación, se identifican algunas de las siguientes dificultades frente al goce de los derechos territoriales, el avance de los procesos de restitución de tierras y la reparación colectiva para los pueblos y comunidades indígenas en Colombia durante la pandemia:

Suspensión de términos de las actuaciones administrativas de inscripción en el registro de tierras: supuso la oportunidad para la configuración de despojos y abandono de tierras, lo que aumento también la solicitud de medidas cautelares como una forma de contener las amenazas a los derechos territoriales.

Dificultades para realizar visitas a los territorios que sin lugar a duda dificulta la concertación y diálogo con las comunidades.

Consulta previa que, pese a llevarse a cabo virtualmente, destaca dificultades y acceso a la conectividad, circunstancia que afecta a las comunidades y su efectiva participación en escenarios efectivos y directos de diálogo y toma de decisiones abiertas e informadas y con ello la afectación a la toma legítima de decisiones que pudieran afectar los territorios étnicos por ausencia efectiva de participación.

Dificultades para el avance y monitoreo de los Planes Integrales de Reparación Colectiva (PIRC): no pudo lograr con las metas y objetivos fijados.

Seguridad para los miembros de los pueblos indígenas se ve afectada de manera sensible con la pandemia, dado el aumento de amenazas a la integridad personal de los habitantes proveniente de distintos actores armados y estructuras ilegales organizadas.

En conclusión, la pandemia del Covid-19 dejó consecuencias, no solo en el escenario sanitario y económico, para los pueblos indígenas de Colombia, también afectó la garantía de los derechos al territorio, a la reparación colectiva y ralentizó el proceso de restitución de tierras. Por consiguiente la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y la Agencia Nacional de Tierras, se enfrenta a varios retos respecto al avance de los procesos de restitución de tierras, en las etapas administrativas, judicial y las posteriores a los fallos emitidos por los jueces de la República, los cuales se vieron lentificados, con las medidas de aislamiento obligatorio, la suspensión de la inscripción en los registros de tierras despojadas o abandonadas forzosamente y el uso de medios digitales que influyó en el retraso del número de caracterizaciones y visitas al territorio, ante esto, el Estado debe afrontar no solo las deudas históricas frente a la redistribución de los territorios de los pueblos indígenas, sino los desafíos que surgieron con ocasión de la pandemia.

Referencias

- Agencia Nacional de Tierras (2021) *Informe de gestión de la Agencia Nacional de Tierras vigencia 2020*. Agencia Nacional de tierras [ANT]. https://www.ant.gov.co/wp-content/uploads/2020/09/INFORME_DE_GESTION_ANT_2do_TRIMESTRE_2020_.pdf
- Agencia Nacional de Tierras (2022) *Informe de gestión de la Agencia Nacional de Tierras vigencia 2021*. Agencia Nacional de tierras [ANT]. <https://www.ant.gov.co/wp-content/uploads/2022/01/informe-gestion-2021-ANT.pdf>
- Aljanati, Lucia., Barbosa, J., Bompadre, J., Brown, A., Castelnuovo, N., Chernavsky, C., Colla, J., Engelman, J., Golé, C., Gerrard, A., Herrera V., Maidana, C., Rocío M., Palacio, M., Morey, E., Quispe, L., Radovich, J., Reinoso, P., Rodríguez, S., Schmidt, M., Tamagno, L., Tolosa, S., Valverde, S., Varisco, S. (2020). *Pueblos indígenas y COVID-19 en Argentina: Principales lineamientos de un informe colaborativo*. Universidad de Buenos Aires. Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras Colección Puentes. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/156717>
- Ballesteros Y. K. (2022). *Perspectiva de la gestión epidemiológica del Covid 19 en dos Resguardos de la Amazonía Colombiana*. [Trabajo de grado, pregrado en Ingeniería Geográfica y Ambiental]. Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales <https://repository.udca.edu.co/bitstream/handle/11158/4691/Investigacion%20Covid%20B..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Centro de Investigación y Educación Popular (2021). *Segundo informe de verificación de la implementación del enfoque étnico en el Acuerdo Final de Paz en Colombia*. Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP). <https://www.cinep.org.co/wp-content/uploads/2022/04/2do-informe-etnico-CINEP-CERAC.pdf>
- Circular Externa CIR2020-29-DMI-1000. Uso de medios virtuales para la realización de consulta previa de medidas legislativas y administrativas, para la prevención de contagios de Covid-19. Marzo 27 de 2020. [Ministerio del Interior]. https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/12851/261_MININTERIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado (2022). *Un futuro para las víctimas del conflicto armado en Colombia. Recomendaciones de Política Pública*. Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre el Desplazamiento Forzado (CODHES). https://issuu.com/codhes/docs/3079_20220509_wb_

Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación de la Ley 1448 de 2011 “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” (2021). *Octavo Informe de Seguimiento al Congreso De La República 2020 - 2021*. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/docs/COMPILADO%20OCTAVO%20INFORME%20CSMLV%20%282%29%20conAMMG.pdf>

Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación de la Ley 1448 de 2011 “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” (2022). *Noveno Informe de Seguimiento al Congreso De La República 2021- 2022*. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2022-08/Informe%20-%20Victimas.pdf>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2020). *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46543/S2000817_es.pdf

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2020). *Comunicado Público Rechazo a Mecanismos Virtuales de Consulta Previa*. https://opiac.org.co/images/pdf/Documentacion/VF_COMUNICADO_Circular-Mintinterior_consulta-previa_CNTI_14042020-2.pdf

Consejo Regional Indígena del Cauca (2020). *Entre la pandemia y la guerra. Informe semestral de DDHH, reporte anual 2020*. Consejo Regional Indígena del Cauca [CRIC] http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2021/03/20210305_Boletin-DDHH-01-2021.pdf

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 330 [Titulo XI]. Diario Oficial N° 522004. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de abril de 2021) Sentencia SU-092-21. [MP Alberto Rojas Ríos].

Decreto 4633 de 2011. Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. Diciembre 9 de 2011. [Ministerio del Interior]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html

Diamond, Jared. (2019). *Crisis. Cómo reaccionan los países en momentos decisivos*. Barcelona: Debate.

Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe y el Foro Indígena del ABAY YALA (2020). *Comunidades en Riesgo y Buenas Prácticas*. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe y el Foro Indígena del ABAY YALA [FILAC Y FIAY]. https://www.filac.org/wp-content/uploads/2021/02/FILAC_FIAY_segundo-informe-PI_COVID19.pdf

Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe y el Foro Indígena del ABAY YALA (2020) *Los Pueblos Indígenas ante la Pandemia del COVID-19. Primer Informe Regional*. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe y el Foro Indígena del ABAY YALA [FILAC Y FIAY]. https://indigenascovid19.red/wp-content/uploads/2020/05/FILAC_FIAY_primer-informe-PI_COVID19.pdf?fbclid=IwAR3NC4m0PewH0oag19dwX2705vcI-p3f7jCKILZAmwhKrEOEhHSmuTs5GU

Gómez, J. P. (2020). Los programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET): una exploración de sus aportes y concepción como medida de reparación colectiva diferencial en Colombia, a través de la coordinación con los planes integrales de reparación colectiva (PIRC) para pueblos y comunidades indígenas (PCI). En D. A. Martínez (Coord.), *Reparación integral y diferencial de pueblos indígenas en Colombia Avances y propuestas* (pp. 177-203). Fundación Universitaria Los Libertadores.

Grupo de Apoyo Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas. (2020). *Pueblos Indígenas y la COVID-19: Nota de orientación para el sistema de la ONU*. Grupo de Apoyo Interinstitucional [IASG]. https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2020/04/IASG-Declaracion-IPs-and-COVID-19.SP_23.04.2020_FINAL-ES.pdf

Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas (2021). *El Mundo Indígena 2021: El Navegador Indígena: desarrollo autodeterminado*. Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas [IWGIA]. https://iwgia.org/doclink/iwgia-libro-el-mundo-indigena-2021-esp/eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJzdWIiOiJpd2dpYS1saWJyby1lbC1tdW5kby1pbmRpZ2VuYS0yMDIxLWVzcCIiOiJmImlhdCI6MTYyODgzOTcwNiwiZXhwIjoxNjI4OTI2MTA2fQ.LkgebQC_HjY4zBp8RO9Q2gNi8b2PyjLEDtiPTREy4dE

Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas y Organización Internacional del Trabajo (2020). *Efectos de la COVID-19 en las comunidades indígenas: una mirada desde el Navegador Indígena*. Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas y Organización Internacional del Trabajo [IWGIA y OIT] https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_757582.pdf

Hurtado, A., González, E., y Licht, M. (2020). *Impacto de la pandemia por covid-19 en el Amazonas, Colombia*. *Revista de la Universidad Industrial de Santander*. Salud, 52(2), 187-189. <https://www.redalyc.org/journal/3438/343864478022/343864478022.pdf>

Jaramillo, E y Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas. (2011) *Los indígenas colombianos y el Estado Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*. Editorial Códice Ltda. https://www.iwgia.org/images/publications/0558_libro_los_indigenas_y_el_estado_2011_COMPLETO.pdf

Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio de 2011. Diario Oficial No. 48.096. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43043>

Montero, O., y Bolaños, Y. (2020). *Pueblos indígenas en Colombia entre pandemias: Covid-19 y la violencia estructural*. Vukápanavo: Revista Terena, N° 03. <https://ds.saudeindigena.icict.fiocruz.br/bitstream/bvs/4198/1/De%20la%20Rosa%20e%20D%3%ADaz%20-%202020%20-%20Pueblos%20ind%3%ADgenas%20en%20Colombia%20entre%20pandemias%20Cov.pdf>

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas y Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2020). *Impactos del COVID-19 en los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas [CNTI] https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/SR/COVID-19/IndigenousCSOs/COLOMBIA_Observator_de_Derechos_Humanoa_y_Secretar%C3%ADa_T%C3%A9cnica_Ind%C3%ADgena.pdf

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas y Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2021). *Informe: Panorama del proceso de restitución de derechos territoriales de los pueblos indígenas a 9 años de su implementación, nudos centrales y aportes para su impulso*. Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas [CNTI]. <https://cntindigena.org/documents/Informes/Informe-Proceso-de-Restitucio%CC%81n-de-derechos-territoriales-de-los-PI-ODTPI-7072021.pdf>

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas y Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2021). *Retrocesos en los Tiempos del Covid-19 “Evaluación de los cambios en las salvaguardas territoriales y ambientales en Colombia y las consecuencias para los pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos*. Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas [CNTI]. https://cntindigena.org/documents/Informes/Colombia_Rollback_Report_ES.pdf

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas y Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2020). “Sin territorio no somos” *Disputas de los territorios indígenas en contexto de pandemia*. Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas [CNTI]. https://cntindigena.org/documents/Informes/COM_SIN-TERRITORIO-NO-SOMOS-INCERTIDUMBRE-TERRITORIAL_-RIESGO-DESPORCIONADO-PARA-LOS-PUEBLOS-INDIGENAS-EN-CONTEXTO-DE-PANDEMIA-21102020.pdf

Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas y Comisión Nacional de Territorios Indígenas. (2022) *Balance de la implementación Decreto Ley 4633 de 2011*. Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas [CNTI]. https://cntindigena.org/documents/Informes/Informe_Decreto_4633_2011_2022_julio.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: *OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe*, 2014. 130 p. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Organización Nacional Indígena de Colombia (2020). *Informe especial Situación de los Pueblos Indígenas frente a la pandemia en Colombia: Aprendizajes y Desafíos*. Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC]. https://www.onic.org.co/images/comunicados/covid19/ONIC_Informe_Situacio%CC%81n_de_los_Pueblos_Indi%CC%81genas_frente_a_la_pandemia_100_di%CC%81as_FINAL.pdf

Organización Panamericana de Salud (2020). *El impacto de la COVID-19 en los pueblos indígenas de la Región de las Américas: Perspectivas y oportunidades. Informe de la reunión regional de alto nivel, 30 de octubre del 2020*. Organización Panamericana de Salud [OPS]. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53361/OPSEGCCOVID-19210001_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Parlamento Andino (2022). *Principales medidas adoptadas por el gobierno colombiano frente a la emergencia provocada por la COVID-19*. Parlamento Andino. <https://www.parlamentoandino.org/images/actualidad/informes-covid/Colombia/Principales-medidas-adoptadas-por-el-gobierno-colombiano.pdf>

Presidencia de la República. (22 de marzo de 2020). *Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del*

Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público. [Decreto 475 de 2020]. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110674#:~:text=Ordenar%20el%20aislamiento%20preventivo%20obligatorio,causa%20de%20Coronavirus%20COVID%2D19>

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (11 de junio de 2020). *Por medio de la cual se mantiene la suspensión de términos en las actuaciones administrativas de inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, de que trata la Ley 1448 de 2011 y los Decretos-ley 4633 y 4635 de 2011, así como de los trámites administrativos del Registro Único de Predios y Tierras Abandonadas, ordenada mediante la Resolución número 307 del 27 de marzo de 2020 y se establecen unas excepciones.* [Resolución 418 de 2020]. Recuperado de: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/resolucion_uaegrt_d_0418_2020.htm#INICIO

PAPEL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Recibido: 24 de abril de 2023

Aceptado: 09 de mayo de 2023

Carlos F. Forero Hernández¹

Paula Yulieth Arana Guaraca²

1 Abogado y contador público. Magíster y especialista en derecho administrativo. Candidato a doctor en derecho público. Investigador Junior (I) reconocido por Minciencias. Coordinador del Semillero de Investigación de Derecho Administrativo "Jaime Vidal Perdomo", Universidad de Ibagué, Colombia. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico GEDPE, Universidad de Ibagué, Colombia. ORCID: 0000-0002-9108-2413. Correo electrónico: carlos.hernandez@unibague.edu.co

2 Politóloga, egresada de la Universidad del Tolima. Integrante del Semillero de Investigación de Derecho Administrativo Jaime Vidal Perdomo, Universidad de Ibagué, Colombia. ORCID: 0000-0002-5716-452X. Correo electrónico: aranapaula0827@gmail.com

Resumen

El texto analiza el papel del derecho penal económico frente a la corrupción. La principal conclusión de este análisis es que el derecho penal económico debe ser estudiado en conjunto con la filosofía política en términos de difusión y aplicación de la ética en miras de combatir los actos de corrupción, además de la prevención de delitos económicos que es una de las funciones del derecho penal. La filosofía política puede coadyuvar al derecho penal económico en la lucha contra la criminalidad económica.

Introducción

Se afirma que el derecho en general es visto como uno de los controles sociales para la lucha contra los actos de corrupción, tanto en el ámbito público como el privado. Desde una noción amplia, en este texto un acto contrario al derecho con el fin de obtener un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, es considerado un acto de corrupción.

Empero, la doctrina ha identificado que en gran medida el derecho se está quedando corto para combatir el fenómeno de la corrupción y, por extensión, el derecho penal económico no es la excepción en cuanto a la sanción de delitos económicos, conductas punibles que también hacen parte del campo de estudio de los actos de corrupción. Hasta el punto de que muchos estudiosos han identificado que en el derecho penal económico se están presentando grandes dificultades para proteger el bien jurídico orden económico social.

En este orden, ante las dificultades que se presentan en el derecho penal económico para combatir los delitos económicos, vistos igualmente como modalidades de actos de corrupción, el presente texto posee la pretensión de analizar la conveniencia de estudiar en armonía, y con frecuencia, el derecho penal económico con la filosofía política para la lucha contra la corrupción a través de la difusión y aplicación de la ética. Sostenemos que la ética es un arma idónea para combatir la corrupción. Así, el problema de investigación a desarrollar en este texto es el siguiente: ¿cómo puede contribuir la filosofía política en la lucha contra la corrupción y delitos económicos?

No menos importante es indicar que esta contribución corresponde a una investigación del proyecto “Retos del derecho penal económico en el siglo XXI: especial referencia al caso colombiano” adscrito al Grupo Zoon Politikon con código 20-031-SINT de la Universidad de Ibagué.

Noción de delito desde el Código Penal colombiano

Es frecuente afirmar que un delito es un acto ilícito y este último se identifica como una conducta contraria al derecho. Empero, no es viable sostener que todos los ilícitos son conductas punibles por cuanto pueden existir ilicitudes estudiadas como, entre otros, infracciones administrativas las cuales hacen parte del campo de estudio del derecho administrativo sancionatorio.

De acuerdo con la anterior reflexión, una cosa es un delito y otra cosa una infracción administrativa, a pesar de que ambos son actos ilícitos. Los delitos son del mundo del derecho penal, en cambio, las infracciones son del derecho administrativo sancionatorio. Es el legislador en razones de política criminal (en nuestro sentir, es adecuado decir: política anticriminal) quien decide elevar a un acto ilícito como delito o infracción administrativa.

De hecho, perfectamente un ilícito puede ser sancionado al mismo tiempo como delito e infracción administrativa sin que ello implique hablar de la presunta vulneración del axioma de prohibición de doble juzgamiento (del derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho), previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto la naturaleza jurídica de la investigación y sanción de delitos es diferente a la de infracciones administrativas.

Ahora bien, desde el Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, el instituto de delito se identifica como conducta punible y, de acuerdo con el artículo 9, para que la conducta sea punible “se requiere que sea típica, antijurídica y culpable” y, de paso, esta disposición trae una importante precisión: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, es decir, nuestro derecho penal no se admite la responsabilidad objetiva (por ejemplo, responsabilidad sin el estudio aspectos subjetivos como el dolo o la culpa) y, de hecho, así lo indica igualmente el artículo 12 cuando señala que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Se tiene que el delito se caracteriza como una acción u omisión típica (descrita en la norma penal), antijurídica (contraria al ordenamiento jurídico y que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justificación, el bien jurídico tutelado) y culpable (cuando se comete con intención o negligencia, por ejemplo). Por supuesto, dicho acto ilícito amerita una sanción penal que es la consecuencia jurídica. Desde luego, de acuerdo con el artículo 4, tal sanción cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial (en el momento de la ejecución de la pena de prisión), reinserción social (también en el momento de la ejecución de la pena de prisión) y protección al condenado.

El bien jurídico protegido por el derecho penal

El estudio del bien jurídico protegido por el derecho penal se identifica a partir del artículo 12 del Código Penal cuando señala 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”. De esta explicación nos permite afirmar que nuestro derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos.

En cuanto a la noción de lo que se entiende por bien jurídico se trae a colación lo explicado por Molina Arrubla (2003) al señalar que se trata de un interés social merecedor de protección por vía del derecho penal, pero aquel que sea indispensable para el desarrollo de la persona, la protección de sus derechos fundamentales y el funcionamiento del sistema estatal, es decir no se trata de cualquier interés, y por supuesto debe contar con un fundamento constitucional.

Como se indicó en el texto de Forero-Hernández (2021), el estudio del bien jurídico protegido por el derecho penal cumple un papel trascendental por las siguientes razones:

- Se le asigna una función limitadora del poder sancionadora del Estado (restringe la capacidad sancionadora del Estado a las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido);
- Se le asigna una función clasificadora al ordenar los delitos conforme a su relación con otros bienes jurídicos lo que se puede apreciar en la forma en que está estructurado el Código Penal; y
- Se le asigna una función jerarquizadora, pues dependiendo de la mayor o menor relevancia de los bienes jurídicos protegidos, se fijarán las penas por imponerse cuando se infrinja una norma penal y más severas serán las penas cuando se trate de bienes jurídicos importantes.

Cabe destacar que hay muchos juristas que niegan al bien jurídico su carácter estructural del tipo penal (desde la faceta de la antijuridicidad) y en tal virtud advierten que el bien jurídico subyace al tipo pero no hace parte de él (Prias Bernal, 2021). Es decir, todo delito es una ofensa al bien jurídico y no hay tipo penal de delito sin que presuponga un bien contra el cual va dirigida la acción delictiva, pero no se puede confundirse ese interés jurídico con el tipo penal porque este es la fijación legal de los elementos que componen la acción mediante la cual se ofende ese bien, de ahí que una cosa es lo que ofende y otra lo ofendido.

1. Noción de derecho penal económico

Siguiendo a Hernández Quintero (2015), ante el desarrollo económico y de las variadas intervenciones del Estado en la economía para corregir las distorsiones o disfuncionalidades del mercado, en las últimas décadas han tenido un gran desarrollo

los denominados delitos económicos vistos como ilícitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico orden económico social. Dicho bien jurídico (orden económico social) se identifica como el objeto de protección del derecho penal económico.

Bajo Fernández (citado por Hernández Quintero, 2015) ha explicado que la noción de orden económico social debe ser analizada desde estas perspectivas: estricto y amplio. Desde la perspectiva amplia, el orden económico se identifica con la regulación jurídica de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Mientras que el orden económico en sentido estricto alude a la regulación jurídica de intervención del Estado en la economía.

Corresponde advertir que el derecho penal económico constituye una de las vertientes de la parte especial del derecho penal en que la utilización de la noción de bien jurídico es más compleja por cuanto se ha identificado que los objetos merecedores de tutela en esta especialidad del derecho penal son más difíciles de delimitar. Por su complejidad, se ha encontrado que el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y antagonismo: intereses particulares e intereses colectivos (Penilla Rodríguez, 2018).

De las anteriores explicaciones podemos señalar dos conclusiones. Por un lado, el derecho penal económico es visto como la rama del derecho penal que se encarga de proteger el bien jurídico orden económico social y, de hecho, este interés jurídico cuenta con un fundamento constitucional a partir del Título XII de la Constitución Política con el rótulo “del régimen económico y de la hacienda pública”. Por el otro, el derecho penal económico debe ser estudiado en dos sentidos: a) estricto, que se encarga de proteger la regulación jurídica de intervención del Estado en la economía y b) amplio, que se encarga de proteger la regulación jurídica de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

La Corte Constitucional, por su parte, desde la Sentencia C-224 de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, es partidaria de la explicación según la cual el derecho penal económico está ideado para la protección del bien jurídico orden económico social: “El derecho penal económico ha sido definido por la doctrina especializada como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico social, siendo su finalidad la protección del orden económico social del Estado sobre el comportamiento delictivo” (p.9)

2. Delito económico como delito de cuello blanco

A partir de la noción de orden económico según Bajo Fernández citado por Hernández Quintero (2015) podemos afirmar que el delito económico es estudiado igualmente a partir de estas perspectivas: estricto y amplio. Un ejemplo de delito económico en sentido amplio el ilícito de utilización ilegítima de patentes (artículo 307). Y un ejemplo de delito económico en sentido estricto: el punible de lavado de activos (artículo 323).

Desde la criminología (e incluso: la sociología jurídica) se ha afirmado que el delito económico pertenece al ámbito de los delitos de cuello blanco. Por extensión, el delito económico se identifica como un delito de cuello blanco. Siguiendo a Márquez Cárdenas (2006) fue el sociólogo norteamericano Edwin Sutherland quien acuñó el término de delito de cuello blanco y alude a aquel cometido por personas de alto nivel social o capacidad económica y especializada.

El criterio fundamental para determinar si un delito es de cuello blanco radica en que este ocurre como parte del rol ocupacional del infractor o como una desviación de dicho rol. Por regla general, los delincuentes de cuello blanco violan la confianza depositada en el ejercicio de sus cargos, a la vez que se fundamentan en una duplicidad de funciones o indebida representación en las actividades encomendadas y su alta posición social. Desde luego, dicha violación de confianza debe trascender al campo del derecho penal y no quedarse en la órbita empresarial (Feijoo, 2012).

Se ha identificado, además, que es frecuente encontrar que las personas vinculadas directamente con la comisión de delitos económicos, el punible de lavado de activos, por ejemplo, son egresadas por prestigiosas universidades y pertenecen a familiar de estatus social elevado lo cual dista mucho de una condición social marginal (Humar, 2013).

No menos importante es indicar que desde el punto de vista de la persecución y sanción de los delitos económicos se ha identificado que los delitos de cuello blanco son ilícitos de difícil prueba. Los delitos económicos como ilícitos de cuello blanco son punibles de difícil prueba para las autoridades de investigación y sanción de delitos. Así, ante el gran desarrollo de los delitos económicos el derecho procesal penal debe estar orientado a la eficacia y eficiencia de los procesos de investigación y sanción de delitos tradicionales y económicos (Forero Hernández, 2021).

De hecho, ante la difícil prueba de los delitos económicos, así como del alto índice de impunidad en dichos ilícitos, algunos juristas, entre ellos Fernández Teruelo (2013), han considerado que la principal razón indica en el ordenamiento jurídico, no solamente en el derecho penal. No es tanto en la normativa penal sino sobre todo en las legislaciones civiles y mercantiles que toleran ciertas conductas que a la postre derivan en la ilegalidad como ocurre, por ejemplo, con la simulación en los negocios jurídicos. Así, el legislador debe preocuparse de forma ardua por la lucha contra los delitos de cuello blanco, por medio de una adecuada política anticriminal, una reforma articulada y bien estructurada con el fin de evitar contradicciones legales, por ejemplo.

3. Delito económico como modalidad de actos de corrupción

No hay una noción exacta de lo que se entiende por acto de corrupción. Hay muchas nociones, algunas se pecan por ser amplias y otras por ser restringidas. La Corte Constitucional desde la Sentencia C-944 de 2012, con ponencia del magistrado Jorge

Ignacio Pretelt Chaljub, ha identificado el alcance y contenido de la corrupción y lo vamos a resumir de la siguiente manera:

- La corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado social de derecho, por cuanto “vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública” (p.11).
- Desde el punto de vista político, la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, “pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos, quienes se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas” (p. 11).
- Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad.
- Desde el punto de vista administrativo público, este fenómeno hace que los recursos públicos se desvíen hacia los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, “lo cual disminuye la cantidad gastada en fines públicos, especialmente en educación y salud” (p.12).
- Desde el punto de vista jurídico, la corrupción afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, esto es, “el funcionamiento del Estado de acuerdo con los principios de la función pública, en especial de la objetividad, la imparcialidad, la legalidad y la eficiencia” (p.12).

Debe señalarse que la corrupción se presenta también en el sector privado, no de manera exclusiva en el sector público. Para efectos de este texto, se considera que un acto contrario al derecho con el fin de obtener un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, equivale a un acto de corrupción. Se trata entonces de una noción amplia. Por tanto, el delito económico como uno de los ilícitos contrarios al derecho es también un acto de corrupción. El delito económico puede ser visto como una de las modalidades de actos de corrupción.

La corrupción y el delito económico siguen ganando terreno, y a pasos agigantados, en nuestros días, y como lo ha demostrado la experiencia o la historia, la administración de justicia ha enfrentado serias dificultades en la persecución y sanción de los actos de corrupción y de los ilícitos económicos. De hecho, se ha encontrado que la administración de justicia ha sido manejada en muchas ocasiones por corruptos, basta con revisar el caso del famoso cartel de la toga, y esa es la razón por la cual la sociedad no confía en la actual administración de justicia.

Debe añadirse que en el campo de estudio de los delitos económicos se estudia lo relacionado con el crimen organizado, como las denominadas *mafias* o *redes criminales*, y que igualmente hace parte del campo de estudio de los actos de corrupción. Según

Sánchez Herrera (2014) el crimen organizado se caracteriza por lo siguiente: a) está formado por varias personas, b) ha existido por un período determinado, c) actúa de manera premeditada para cometer un delito y d) persigue como finalidad la obtención de un beneficio económico. De paso, el delito más utilizado por el crimen organizado corresponde al ilícito económico de lavado de activos (por su gran contenido económico e impacto en la economía y sociedad), tal como lo advirtió Hernández Quintero (2020).

Se tiene entonces que el delito económico tiene estrecha relación con el ámbito de crimen organizado, más con el de criminalidad económica cuando se trata de la realización de delitos contra el orden económico social, de delitos de cuello blanco, y, por tanto, constituye como una de las modalidades de actos de corrupción. Es de indicar que la corrupción no solo se presenta en el sector público, también en el privado y, por tanto, el derecho penal económico debe sancionar tanto a los actos de corrupción pública como ocurre, por ejemplo, con el delito de fraude a subvenciones (artículo 403 A), como a los de corrupción privada, con el ilícito de administración desleal (artículo 250 B), por ejemplo.

4. Derecho penal económico frente a la corrupción

Corresponde indicar que la corrupción no solo es un fenómeno moral y que produce consecuencias económicas, sino que tiene un grave impacto social en la medida en que impide el desarrollo de la sociedad, hasta que la legitimidad del Estado se verá reducida. La legitimidad del Estado también está en juego (y en riesgo) ante la ocurrencia de actos de corrupción.

De paso, este fenómeno ha tenido una estrecha relación con la impunidad; entre mayor impunidad exista (ante la incapacidad del sistema judicial penal para investigar y sancionar delitos) mayor número de actos de corrupción va a generar. Por la impunidad de los delitos, los corruptos (o los delincuentes) han aprovechado en realizar más actividades delictuales.

Por su parte, se ha identificado en la literatura jurídica que para la lucha contra la corrupción se requiere de controles sociales y uno de ellos corresponde al derecho. Para algunos juristas, el derecho puede contribuir a la lucha contra la corrupción; es un medio, no un fin. Por tanto, el derecho reúne el carácter instrumental en cuanto a la lucha contra la corrupción.

Por las anteriores explicaciones, es común a afirmar que el derecho (en general) contribuye a la lucha contra la corrupción. Empero, desde el derecho punitivo, los penalistas han concluido que, en gran medida, el derecho penal se está quedando corto para combatir dicho fenómeno. De hecho, tal como lo anota Márquez Cárdenas (2006), en el derecho penal económico, una de las especialidades del derecho penal, se han presentado varias y serias dificultades para sancionar los delitos económicos. Esto implica que ahora en adelante, además de la cultura de prevención de delitos,

uno de los propósitos del derecho penal, debemos difundir y aplicar la ética como una de las armas de combate contra la corrupción. Dicha difusión es educación. Por extensión, en un Estado social de derecho como el nuestro se necesita más educación ética contribuyendo así la lucha contra la corrupción.

Consideramos conveniente y necesario que el derecho penal económico debe estudiarse en conjunto con la filosofía política en términos de la difusión y aplicación de la ética, que es la pretensión de este texto. Así, además de aplicar la cultura de prevención de delitos que es uno de los propósitos del derecho penal, se debe implementar las funciones de la filosofía política, las cuales fueron identificadas en otro texto (Forero Hernández y Arana Guaraca, 2020), como son:

- Orientadora, aporta insumos para la orientación del diario vivir (y) en comunidad;
- Ética, proporciona estrategias para la educación en valores;
- Pedagógica, relacionada con las dos funciones mencionadas (por eso algunos ubican a la función pedagógica en el primer eslabón) y se refiere a la formación de buenos ciudadanos;
- Crítica, elaborar críticas constructivas realizadas a las decisiones políticas;
- Social, aportando insumos para el adecuado cumplimiento del interés general; y
- Democrática, proporcionando justificaciones respecto de la participación en las decisiones políticas.

Con la aplicación de estas funciones de la filosofía política, las cuales están (o pueden estar) acompañadas con la difusión y aplicación de la ética, contribuye a combatir la corrupción (Badiou, 2014). Necesitamos más cultura de la ética como uno de los propósitos de la filosofía política y que debe ser estudiado en armonía con el derecho penal económico con su función preventiva de los delitos económicos.

En nuestro sentir, la filosofía política no puede ser la excepción en cuanto a la aplicación para la lucha contra la criminalidad económica, de hecho, puede coadyuvar al derecho penal económico en el combate de los delitos económicos y de los actos de corrupción, con la difusión y aplicación de la ética. La función preventiva de los delitos también es tema de la filosofía política, así no estén de acuerdo algunos estudiosos. Por ejemplo, si la política anticriminal apunta hacia: a) la prevención de delitos y b) fortalecimiento de la protección de bienes jurídicos, esto equivaldría a una de las aplicaciones de la filosofía política y, de hecho, por filosofía política la entendemos como “una filosofía práctica, es decir, hasta dónde podemos o no hacer algo y su propósito es ofrecer una reflexión crítica a partir de valores y fines” (Forero Hernández y Arana Guaraca, 2020, p.206).

En esa línea de pensamiento, somos partidarios, además, de la explicación ofrecida por Alcácer Guirao (1998) al indicar que la dimensión ética es la que apunta la filosofía

política en nuestros tiempos para la formación de hombres éticos con conciencia ética de la comunidad:

[...] por el hecho de que la comunidad ética es valorativamente más valiosa que la autonomía moral de los individuos, la internalización de los valores en los ciudadanos se verá también legitimada, ya que la persona solo es concebida como miembro de la comunidad, es decir, conformada su conciencia ética en armonía con la conciencia ética de la comunidad. (p.366)

Conclusiones

- El derecho penal económico se encarga de estudiar los delitos económicos, así como de la protección del bien jurídico orden económico social. Para algunos juristas, analizar de manera preferente la tutela del orden económico social.
- Los delitos económicos son vistos como actos de corrupción, además de reunir el carácter de delito de cuello blanco. Por extensión, los delitos de cuello blanco son también modalidades de actos de corrupción.
- La experiencia ha demostrado con suficiencia que los delitos de económicos son ilícitos de difícil prueba para las autoridades de investigación y sanción de delitos.
- Se ha identificado, además, que el derecho penal económico se ha enfrentado serias dificultades para proteger el bien jurídico orden económico.
- Ante la dificultad que se le presenta para el derecho penal económico frente a los actos de corrupción y los delitos económicos, así como de la protección del bien jurídico orden económico social, se recomienda analizar en conjunto este derecho punitivo y la filosofía política, contribuyendo la difusión y aplicación de la ética como arma idónea para la lucha contra la corrupción.
- Las funciones de la filosofía política que contribuyen a la lucha contra los actos de corrupción podemos mencionar las siguientes: orientadora (aporta insumos para la orientación del diario vivir (y) en comunidad); ética (proporciona estrategias para la educación en valores); pedagógica (se refiere a la formación de buenos ciudadanos); crítica (elaborar críticas constructivas realizadas a las decisiones políticas); social (aportando insumos para el adecuado cumplimiento del interés general); y democrática (proporcionando justificaciones respecto de la participación en las decisiones políticas).
- La protección del bien jurídico orden económico, así como la lucha contra los actos de corrupción (dentro de ellos se encuentran los delitos económicos), no puede lograrse de manera exclusiva mediante el derecho penal económico, o a través de imposición de sanciones, sino que se debe trabajar con frecuencia con estudiar de forma armónica entre el derecho penal económico y la filosofía política en términos de difusión y aplicación de la ética, una de las armas idóneas para combatir el fenómeno de la corrupción.

Referencias

Doctrina

- Aclácer Guirao, R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/234093.pdf>
- Badiou, A. (2014). Filosofía y política: una relación enigmática. Buenos Aires: Ediciones AMORRORTU
- Feijoo, B. (2012). Problemas de imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial. En *VVAA Derecho penal de la empresa*: Ediciones EDIAR
- Forero Hernández, C. F. (2021). *Estudios de derecho penal tributario*. Ibagué: Ediciones Unibagué
- Forero Hernández, C. F., y Arana Guaraca, P. Y. (2020). ¿La filosofía política se encuentra en crisis de extinción? *Indagare*, (8), 203-211. <https://doi.org/10.35707/indagare/818>
- Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ediciones Ibáñez
- Hernández Quintero, H. A. (2020). *El lavado de activos*. Bogotá: Ediciones Ibáñez
- Humar, F. (2013). Derecho penal económico: criminalización de las conductas del derecho de la competencia. En *Revista CEDEV* Vol. 9
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2004). *La delincuencia económica*. Bogotá: Ediciones Ibáñez
- Molina Arrubla, C. M. (2003). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Ediciones Leyer
- Penilla Rodríguez, A. (2018). *El bien jurídico en el derecho penal económico*. Bogotá: Ediciones IBdeF
- Prias Bernal, J. C. (2021). *Anotaciones sobre derecho penal económico*. Bogotá: Ediciones LEGIS
- Sánchez Herrera, E. M. (2014). *Derecho penal constitucional* (1.a Ed.). Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

Normativa

Ley 599 (2000). Por el cual se expide el Código Penal. Consultada desde: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Providencias

Sentencia C-224 (2009). Corte Constitucioonal de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Consultada desde: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-224-09.htm>

Sentencia C-944 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultada desde: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-944-12.htm>

RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO: ANÁLISIS Y RETOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Recibido: 08 de agosto de 2023

Aceptado: 15 de septiembre de 2023

Ana María Pérez Barrera³

3 Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá con especialización en Derecho Administrativo de la misma alma mater, estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y estudiante del Máster en Derechos Humanos y Sistemas de Protección de la Universidad de la Rioja (España). Abogada Sustanciadora de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz. anamaria9431@hotmail.com

Introducción

El presente estudio enmarca las reflexiones jurídicas de la acción administrativa con la responsabilidad disciplinaria que posee una persona natural con el Estado, ya sea por vinculación contractual laboral, en los de trabajadores oficiales, o mediante la base administrativa de nombramiento en servidores públicos. El análisis se centra en la nueva ley 1952 de 2019, por la cual se expide el Código General Disciplinario, que entró en vigor en marzo del año en curso (2022).

Este código tiene como principal reto lograr que el proceso disciplinario ejerza lo dispuesto en la nombrada norma jurídica como consecuencia de la falta a la ética en que incurran los investigados. Tal proceso debe ejecutarse sin dejar de lado la plena observancia de los derechos humanos y tomando en consideración la centralidad de la dignidad humana.

Se consideran, también, la cantidad de crítica o revisión legal realizada durante un largo período de tiempo en actividades administrativas para mejorar la eficiencia y eficacia del trabajo, utilizando leyes, reglamentos y reglas especiales existentes para identificar a los responsables. La facultad del funcionario público que incumple las funciones que le han sido asignadas por acción u omisión, o cuyo incumplimiento se considera ilícito o perjudicial para su primer empleo o el que le ha sido asignado. Por sus acciones existe un castigo en el que representan hechos que pueden ser considerados delictivos. Es por esto que la encuesta también preguntó sobre los departamentos que brindan servicios.

Por lo tanto, es importante tener un análisis global de los asuntos públicos, donde el comportamiento administrativo puede ser autoritario, pero también débil y flexible, por lo que, en cierto sentido, se acepta cierto grado de responsabilidad en la investigación, hecho y rehecho para pagar a los funcionarios por la destrucción del gobierno por crímenes cometidos por ellos mismos o por los castigados (López, 2012).

Es así, que toda persona natural que se encuentre vinculada a una entidad del Estado, por cualquiera de las modalidades en referencia, y que cometa alguna falta disciplinaria con el objetivo de alterar los deberes funcionales implementados por el ente gubernamental, afectando la mejora social mediante la calidad del servicio, enmarca un derecho a comprender el “por qué” de la sanción a que haya lugar o que le sea aplicada de acuerdo al principio de congruencia contemplado en el artículo 20 de la Ley 1952 de 2019, y su prevalencia de los principios rectores e integración normativa. Con la observancia de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

A continuación, se relaciona un fragmento del fallo 161474 de 2010, emitido por la Procuraduría General de la Nación, y que resulta ilustrativo en cuanto a este respecto:

[...] Con relación a la ilicitud sustancial se precisa que la misma está circunscrita a la afectación del deber funcional y por ello la estructuración de la ilicitud de la conducta se agota al establecer que el sujeto disciplinable desconoció en términos sustanciales la norma subjetiva que lo determinaba a comportarse conforme al ordenamiento jurídico.

La actuación del Secretario de Educación EIBER GUSTAVO NAVARRO PIEDRAHITA implicó un quebrantamiento sustancial del deber de abstenerse de utilizar el cargo, empleo o función como medio para participar en actividades políticas, o influir en procesos proselitistas, toda vez que como todo servidor público tiene derecho al sufragio, siendo esta la manera legalmente permitida de participar en procesos electorales, pero cuando se desborda este derecho y el accionar del funcionario involucra o implica la utilización de su cargo o empleo para dichos fines, se afectan los principios de transparencia e imparcialidad propios de la función administrativa. Comportamientos como los ejecutados por el doctor NAVARRO PIEDRAHITA, en su calidad de Secretario de Educación del Departamento del Valle, implican un desacato abierto de los deberes, funciones exigidas a quienes ejercen la función pública y en particular a quienes ostentan cargos de dirección tales como Gobernadores, Alcaldes o Secretarios de Departamentos o Municipios, es decir los principios como la transparencia, lealtad, igualdad e imparcialidad, entre otros son; los que cumplen la finalidad de la norma que no es otra distinta, de cumplir su deber como servidores públicos ejerciendo la función pública con lealtad frente al Estado, independencia y autonomía, sin valerse del cargo que se ostenta o de la autoridad propia del cargo directivo, para favorecer una determinada campaña política o un candidato.

En el país, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”. “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

De la información anterior también se puede entender que las actividades administrativas de establecimiento de buenas prácticas deben ser realizadas por una persona que labora en el gobierno para poder realizar su trabajo adecuadamente; aunque también se compromete a hacer mal uso de esta para fines personales o personales a fines, para incitar o sancionar el Abuso de servicios o servicios prestados por el gobierno.

Para lograr conocer el papel de cada servidor público, se debe saber el significado de responsabilidad, el cual se deriva del latín “respondere”, esta palabra se refiere a la destreza que posee un individuo a responder por criterios propios. Teniendo en cuenta la doctrina responsabilidad se conceptualiza la sujeción de un particular que no cumple con el manejo de interés de otro particular, el cual va dependiendo de la obligación,

asimismo, la Constitución Política en el art 6 también describe la definición de Estado de Derecho relacionado a la responsabilidad.

En este sentido, a veces “las acciones administrativas van encaminadas a buscar responsables directos de las ilegalidades u lesivos realizados en el cargo público, emitiendo sanciones disciplinarias, las cuales son las penas que se le imponen a quien ocupa un cargo estatal, ya sea por alguna relación contractual o designación con el Estado, e incurre en conductas como: el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la violación de prohibiciones o del régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos, o en un conflicto de intereses. La facultad para imponer este tipo de sanciones recae en la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales y municipales, y las oficinas de control interno disciplinario.

Por lo anterior, se puede inferir que la sanción disciplinaria va directamente a quien en ejercicio de sus funciones represente indirectamente o directamente al Estado, en esos incumplimientos o abusos de sus deberes o funciones; ya que en ocasiones las conductas que allí se relacionan, pueden ir exigidas por un superior o jefe que le exige u obliga al servidor público que cumpla con lo que él solicita, así no esté taxativo dentro de su contrato de trabajo o designación administrativa; recordemos que el Decreto ley 262 del 22 de febrero de 2000 desconoce el derecho a la defensa, derecho al debido proceso descrito en el Artículo 29 de la Constitución Política y la prohibición de establecer formas de responsabilidad objetiva.

Se aclara que la acción disciplinaria está adjunta a la función administrativa porque tiene el objetivo de satisfacer los fines del Estado, la función pública regula la relación del Estado con quien lo representa o realiza unas labores encomendadas, es decir; el proceso disciplinario hace parte de la acción administrativa es quien le da vida, pues es la relación con el Estado la que le da un trato especial con ocasión al deber ser del comportamiento de que quienes hacen parte de la administración por ser de naturaleza pública. La acción disciplinaria es el resultado del vínculo que tiene la persona jurídica que es el Estado con la persona natural que lo representa (quien trabaja para él) dentro del ejercicio de sus funciones. No son iguales, ya que la función administrativa es el género y la especie es la acción disciplinaria porque es el Estado (administración), quien ejerce la potestad sancionatoria con sus empleados o quienes lo representen en llevar a cabo sus fines.

Objetivos

1.1 Objetivo General

Analizar la acción administrativa, el grado de responsabilidad y sanción disciplinaria del servidor público, teniendo presente los límites del derecho disciplinario, la defensa y el debido proceso según el artículo 6 de la Constitución política de Colombia.

1.2 Objetivos Específicos

Analizar las condiciones de la función administrativa teniendo en cuenta los deberes y las obligaciones que deben cumplir los servidores públicos.

Objetar la sanción disciplinaria que se le impone a un servidor público, con la vigencia de la normatividad y otorgando una responsabilidad objetiva.

Determinar cuáles son los límites del derecho disciplinario y la condición de defensa que tiene el servidor público con respecto al debido proceso.

Las garantías fundamentales frente al proceso disciplinario en Colombia

En Colombia, existe un sistema disciplinario para los servidores públicos en donde, el marco normativo y procesal de la acción disciplinaria tienen garantías fundamentales como la dignidad humana, la igualdad, favorabilidad, debido proceso, investigación integral, presunción de inocencia, derecho a la defensa, cosa juzgada disciplinaria, gratuidad de la acción disciplinaria, motivación, congruencia, cláusula de exclusión, la prevalencia de los principios rectores y la integración normativa con el objetivo del desarrollo viable y correcto de la función pública, el cual constituye un elemento básico en las organizaciones estatales con fines especiales en el desarrollo de un Estado de Derecho. El Estado tiene la potestad de ejercer un control disciplinario sobre los servidores públicos, teniendo presente la especial sujeción de estos al Estado, a raíz, de la relación jurídica por la atribución de una función pública, la cual se materializa en la ley 1952 de 2019. Existen dos poderes sancionatorios del Estado, el penal y el administrativo; así, desde el punto punitivo se señala:

El llamado *ius puniendi* de la administración es similar al que ostentan los jueces, ya que este sistema sancionatorio está dirigida a reprimir aquellas conductas que trasgredan la normatividad propia de la administración y está sujeta a las limitaciones constitucionales y legales (Barón, 2011).

De la cita, se extrae que la definición que Barón (2011) trae respecto del denominado *ius puniendi* de la administración pública sostiene que el ejercicio sancionatorio de conductas reprochables para la administración se fundamenta en la trasgresión de la normativa vigente respecto a las limitaciones constitucionales y legales que rigen la materia. Postura que guarda consonancia con otros sectores de la doctrina dominante, donde se postula que el ejercicio de la función disciplinaria de la administración resulta una trascendental manifestación del *ius puniendi* estatal, así:

El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi* estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar

aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. En ese orden de ideas, es claro que la potestad disciplinaria del Estado es expresión de dicha naturaleza sancionadora. Así, entre la anterior ley 734 de 2002 derogada por la ley 1952 de 2019, cuya vigencia fue diferida hasta el 29 de marzo de 2022, a excepción de los Artículos 69 y 74 de la Ley 2094, que entraron a regir a partir del 30 de junio de 2021, y el Artículo 7 de la Ley 2094 de 2021 entrará a regir el 29 de diciembre del 2023, de acuerdo con el Artículo 73 de la Ley 2094 de 2021. Lo que demuestra notoriamente, la distinta normatividad al respecto, entre la que se destaca especialmente la Ley 1952 de 2019, porque trae nuevos conceptos jurídicos que se deben analizar al interior del proceso, como la ilicitud sustancial entre los temas más controversiales, es donde se acoge el dolo como elemento de la culpabilidad y no del tipo como si lo hace el código penal conllevando para algunos estudiosos de esta especialidad, impunidad y flexibilización a la hora de imponer la graduación de la falta. Así mismo, hay académicos que aseguran que no es así, porque no se puede juzgar cuando aún no se ha desarrollado y, por tanto, hasta ahora está en la implementación. Desde marzo de este año, se está a la espera si, este nuevo código tendrá demandas o si en verdad cumple con las expectativas de ser un avance para el derecho disciplinario. También se observa las diferencias en la graduación de la pena con la derogada ley 734 de 2002, ya que, la 1952 de 2019 sí hace una diferencia dando cumplimiento al principio de proporcionalidad con el propósito que sus sanciones sean más justas, considerando que el reproche no puede ser el mismo si se cometió una falta gravísima con dolo que con culpa gravísima. (Gálvez, 2022, p. 22).

¿Cuáles fueron las primeras decisiones de la Corte Constitucional frente a las transformaciones del nuevo Código General Disciplinario, ley 1952 de 2019?

La corte confirma nuevamente la facultad de adoptar la medida cautelar de suspensión provisional durante la investigación disciplinaria, decisión que es concordante con el artículo 29 de la Constitución Política y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así fue como se declaró la asequibilidad del artículo 217 de Nuevo Código General Disciplinario. Igualmente, la Corte definió la medida de suspensión provisional en el marco de la legislación disciplinaria, sus garantías y sus controles aplicables a la misma. Reitera que la Procuraduría General De La Nación es un órgano autónomo y de control por el cual se ejerce la potestad disciplinaria susceptible de control judicial y también por acción de tutela. Ya que el ministerio público no puede compararse a las actuaciones de la administración pública y en especial a los actos administrativos objeto de decisiones de la Corte de Derechos Humanos de otros países distintos a Colombia.

Sentencia C-570/19 Referencia: Expediente D-13210 Acción de Tutela, la Corte Constitucional rectifica que el Estado no puede imponer sanciones o correctivos sin tener presente lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia,

este derecho fundamental debe ser estudiado de manera integral, siempre que se ejerza el *ius puniendi* pues, el debido proceso y las garantías que lo componen, hacen parte del proceso y de la estructuración para la protección de quien ha sido sindicado de una conducta que amerite una sanción. Es por eso, que todas las autoridades respectivas, antes de imponer una sanción disciplinaria, deben proporcionar al servidor público o funcionario implicado los medios que constitucional y legalmente significan respeto y observancia del debido trámite procesal. (Corte Constitucional, 2019) La normatividad administrativa de naturaleza disciplinaria debe ser aplicada teniendo en cuenta el debido proceso y las garantías que establece la Constitución Política en su Artículo 29, además, se debe contemplar, que la potestad punitiva de Estado en función administrativa y disciplinaria no puede excluir los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, defensa y contradicción, ya que éstas establecen el respeto de las garantías del debido proceso el cual se exige en todas aquellas situaciones en donde la decisión judicial o administrativa da lugar a una afectación a los derechos fundamentales de una persona. La acción disciplinaria está sometida a la aplicación de las reglas constitucionales del debido proceso, es por esto, que se deben establecer los principios fundamentales constitucionales y materializarlos en el régimen disciplinario.

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que la Corte Constitucional como el Consejo de Estado alegan el debido proceso, ya que es una garantía constitucional instituida en favor de las partes en una acción administrativa o judicial; este consiste en que todo particular, sea persona natural o jurídica, debe juzgarse conforme a la ley y garantizándole todos los derechos, entre ellos el derecho a la defensa (Consejo de Estado, 2002).

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia 982 de 2002 afirma que:

La garantía del debido proceso y su observancia es imperativa para la totalidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y ella cobra mayor exigencia en los procesos disciplinarios que se adelantan ante la propia Procuraduría General de la Nación es claro que el Procurador puede dentro del trámite de la audiencia solicitar a la parte investigada que su intervención sea conducente, pertinente y atienda el objeto de la actuación disciplinaria, pero no podrá limitar su exposición en el tiempo, con el objeto de que sea el propio investigado o su defensor quien ejerza su derecho de defensa, siendo esta la única oportunidad procesal que tiene para exponer los argumentos que considere pertinentes para el esclarecimiento de la actuación investigada. (Corte Constitucional, 2002).

Es decir, que en todos los procedimientos cuyo objeto sea iniciar una acción disciplinaria, se debe respetar el debido proceso, tal como lo establece la Constitución Política de Colombia, por eso las autoridades competentes en este medio sancionador deben respetar y materializar el reconocimiento del derecho a la defensa al servidor público o trabajador oficial, antes de juzgarlo, judicializarlo o aplicarle una sanción disciplinaria.

Continuando en la misma línea argumentativa, la Procuraduría General de la Nación afirma que; el proceso disciplinario es obligatorio y reglamentario, ya que se encuentra sometido a unos parámetros que deben cumplirse al pie de la letra, y son estas las maneras previstas de corregir fallas procedimentales y conformar el proceso para que se adecue a las características que se persigue; además permite hacer pleno ejercicio de las garantías y los derechos que respaldan la normatividad, y así mismo, los intereses comprometidos, esos supuestos que imponen pueden impedir el avance un proceso el cual aún no ha sido determinado por la ley por lo cual puede generar violaciones al debido proceso por exceso de ritual manifiesto y por ende, se perjudique la nulidad de lo actuado (Procuraduría General de la Nación, 2004).

La función pública en el marco de la actividad administrativa disciplinaria

La función pública es un consenso de actividades aplicadas en las entidades gubernamentales dirigidas a los intereses de la población, “ha evolucionado como una estructura organizacional desarrollada por funcionarios o empleados estatales para garantizar el cumplimiento de servicios públicos”, “a un medio que le permite a los particulares, incluso a los mismos servidores públicos, entablar una relación de confianza con las entidades estatales de tal manera que pueda encontrar en ellas un respaldo o aval para acceder al goce pleno de sus intereses individuales enmarcados en Derechos subjetivos”, exigibles, mediante el ejercicio de acciones públicas que dan lugar al inicio de actuaciones administrativas o judiciales.

Por consiguiente, es necesario asegurar el funcionamiento óptimo de las entidades gubernamentales que están sometidas a los contenidos normativos y jurídicos. Ahora bien, la potestad disciplinaria que ostentan las entidades públicas, son para la ejecución efectiva y eficiente de las actividades reglamentadas. De esta forma, nace el Derecho Disciplinario en Colombia, como parte integral de la estructura pública e inherente en toda organización estatal; esta se crea con el fin de vigilar y controlar aquellas conductas de los servidores públicos que afectan sus labores, con el cumplimiento de los principios rectores de la normatividad legal vigente y también con la firme intención que se cumplan los fines e intereses del Estado.

En curso con este precedente:

se puede avizorar que la finalidad del derecho disciplinario, situado dentro del contexto de la función pública propiamente dicha, consagra dos propósitos: uno externo y otro interno. A nivel externo, la utilidad primordial de la actividad sancionadora, que consiste en una configuración reguladora de conducta de los servidores públicos, se dirige a la obtención de una correcta prestación del servicio público con relación a los individuos particulares que, conforme a la relación de sujeción especial que tienen con el Estado, pueden trabar una relación jurídica originada en la activación de aparatos administrativos o jurisdiccionales. (Mondragón, 2020)El desconocimiento

normativo en la función de sus actividades públicas o contractuales estatales es objeto para iniciar un proceso disciplinario, ya que se genera una perturbación de los fines estatales y un quebrantamiento funcional de los fines consagrados en el Artículo 29 de la Carta Política de 1991.

Ahora bien, el derecho disciplinario y la función pública van dirigidos en conjunto con el propósito, de identificar si existe la licitud de las conductas de los trabajadores estatales, ya que cuando este no cumple con lo pactado, se genera un conflicto de incompatibilidades, deberes, y prohibiciones, y de este modo, se presenta omisión y extralimitación de las acciones por el cual fueron contratados. De esto deviene la imposición de la sanción disciplinaria, como forma de; “reprimir las acciones u omisiones previstas en las infracciones” catalogadas como faltas disciplinarias, cuya finalidad principal, como se dijo previamente, es: “salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos”.

De acuerdo con el análisis anterior, se puede inferir que el derecho disciplinario en la actualidad es una especialidad de normas sustanciales y procesales cuya esencia es la verificación, y control al correcto funcionamiento del Estado encaminado a hacer cumplir las conductas éticas y morales del servidor público o trabajador oficial y sus actividades, las cuales están sujetas al ordenamiento jurídico impuesto por el Estado.

La naturaleza del Derecho Disciplinario

El derecho disciplinario es aquella doctrina independiente que constituye la potestad que posee el Estado de sancionar sus propias autoridades en el marco de la función pública, la Corte Constitucional en la Sentencia C – 341 de 1996 señala que:

Comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. (Corte Constitucional, 1996, p.)Con base a la anterior definición jurisprudencial constitucional, se encuentra el propósito del derecho disciplinario dentro de las actuaciones de los servidores públicos o particulares, en donde poseen el cumplimiento de sus funciones con base al marco legal, transparencia, eficacia y moral estatal.

En ese sentido, ha precisado que el derecho disciplinario en Colombia se ha erigido como una “ciencia autónoma e independiente” (Gómez Pavajeau, 2012). De esta forma, se destaca el dogma del derecho disciplinario y nace su conjunto estructural que integran el Derecho como las teorías *ius puniendi*, la ilicitud sustancial, entre otras, que lo diferencian del Derecho penal como del administrativo.

En consecuencia, se tiene que el ejercicio de la potestad disciplinaria encuentra su fundamento en el *ius puniendi* del Estado (Sentencia C-818, 2005), dado que cuando

se despliegan conductas que son contrarias a la ley, el Estado mismo debe encargarse, a través de entidades, órganos y autoridades, de investigar y sancionar a las personas que incurrieron en dichas faltas (Mondragón, 2020, p.).

Por tanto, a partir del concepto del *ius puniendi* del Estado se concibe el derecho disciplinario como:

El ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius puniendi*) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios. (Corte Constitucional, 2002, p.) Teniendo presente lo anterior, se puede inferir que la importancia del derecho disciplinario yace del deber de los servidores públicos como el de los particulares, que ejerzan funciones públicas, los cuales deben conocer y reconocer el régimen de sus derechos, deberes, obligaciones y respectivamente sus sanciones en caso de verse involucrados en investigaciones por el incumplimiento con los intereses del Estado.

[Ley 2094 del 2021 – Discusión Jurídica

El cambio de la Ley 1952 del año 2019, se genera a raíz de una Sentencia emitida el 08 de julio de 2020 de la Corte Interamericana, (caso Petro Urrego vs. Colombia) la cual obliga a revisar y modificar esta norma por diferentes críticas, con el fin de dar cumplimiento a los estándares convencionales del debido proceso, imparcialidad objetiva y el derecho a la defensa.

La Nueva reforma a la ley disciplinaria formuló varios cambios sustanciales a la ley anterior, como consecuencia a la improvisación de la ley disciplinaria en Colombia, en donde se modifica casi un 50% de la Ley 1952 de 2019, uno de los cambios que encontramos es que la indagación volverá a ser de 6 meses como lo establecía la Ley 734 de 2002, la investigación se deja también a 6 meses, teniendo en cuenta la cantidad de investigados.

Desde otra perspectiva, el artículo 12 de la Ley 2094 de 2021 afirma que:

Debido proceso. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por un funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal. En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento. Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación. En el evento en que

el primer fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad será resuelta en la forma indicada en esta ley. (Ley 2094, 2021, p.)Esta ley también modifica el rango de sanciones disciplinarias según el Artículo 48 de la Nueva Ley 2094 de 2021, las cuales son:

1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años por faltas gravísimas, dolosas.
2. Destitución e inhabilidad de ocho (8) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.
3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas.
4. Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas.
5. Multa de diez (10) a ciento ochenta (180) días del salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas
6. Amonestación escrita para las faltas leves culposas.

Entre otras modificaciones que alteran completamente el Código General Disciplinario, se encuentran las de aumentar las garantías de los servidores públicos de elección popular al momento de ser juzgados, todo esto se debe, y como se mencionó anteriormente, al cumplimiento de la exigencia impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 8 de julio del 2020, ya que condena al Estado colombiano por la sanción, destitución e inhabilidad a Gustavo Petro.

Esta norma comprende modificaciones en aspectos disciplinarios como la separación de roles y la doble conformidad, así como las fases de investigaciones que se realiza entre los procesos, además las decisiones sancionatorias serán susceptibles y revisadas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo describe la Nueva Ley.

La nueva ley 1952 de 2019, es clara en declarar que, sin perjuicios del poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación y personerías, corresponden a las oficinas de control disciplinario en representación de las entidades estatales que conozcan los asuntos de los servidores y sus dependencias. Así mismo, se afirma que la competencia del Ministerio Público es privativa de conocer los procesos disciplinarios que se lleven a cabo en contra de los servidores públicos elegidos por voto popular, a menos que, fuesen de un fuero especial o del régimen ético disciplinario en el ejercicio de su función, conforme al artículo 185 de la Carta Política.

Así se indica que a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las comisiones seccionales de Disciplina Judicial les corresponde ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la fiscalía general de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley y demás autoridades que administran justicia, de manera temporal o permanente (Ley 2094, 2021, p.): El jefe de Estado podrá realizar las modificaciones en el régimen de competencias internas, crear, fusionar dependencias y cargos. De manera excepcional, luego de hacer estudios sobre el funcionamiento de la entidad y de acuerdo con la disponibilidad fiscal y la existencia de recursos para tal propósito, podrán adicionarse nuevos cargos privilegiando el mérito y la paridad de género. Y atención, porque las disposiciones previstas en la ley y las contenidas en la Ley 1952 del 2019, que no son objeto de reforma, entrarán a regir nueve meses después de su promulgación. Durante este periodo conservará su vigencia plena la Ley 734 del 2002, con sus reformas.

También se deroga el artículo 248 de la Ley 1952 de 2019 y se deroga la referencia a las palabras; “y la consulta”, prevista en el numeral 1 del artículo 59 de la Ley 1123 del 2007” (Legis, Ámbito Jurídico, 2021).

Estrategia metodológica empleada

El estudio se enmarcó mediante un enfoque cualitativo, debido a que, se consideraron diversas investigaciones, libros, documentos, etc., para la concepción de este artículo.

La investigación cualitativa es el procedimiento metodológico que utiliza palabras, textos, discursos, dibujos, gráficos e imágenes para construir un conocimiento de la realidad social, en un proceso de conquista-construcción-comprobación teórica desde una perspectiva holística, pues se trata de comprender el conjunto de cualidades interrelacionadas que caracterizan a un determinado fenómeno. La perspectiva cualitativa de la investigación intenta acercarse a la realidad social a partir de la utilización de datos no cuantitativos. (Álvarez, et ál., 2019)

Tipo de investigación

Este estudio es de carácter descriptivo y documental, utilizándose inicialmente planteamientos de otros autores como base teórica práctica de la fundamentación teórica del estudio.

Por lo anterior, “la investigación documental es aquella que procura obtener, seleccionar, compilar, organizar, interpretar y analizar información sobre un objeto de estudio a partir de fuentes documentales, tales como libros, documentos de archivo, hemerografía, registros audiovisuales, entre otros” (Torres, et ál., 2011).

Este tipo de investigación se utiliza ampliamente en el trabajo social y es una característica de la investigación eficaz en la que se crean objetivos. Sin embargo, existe en todo tipo de investigación como un medio para descubrir la causa de un problema o conocer la causa a partir de la literatura.

Técnicas e Instrumentos

En este estudio las observaciones se tratan como información técnica mediante la recopilación de datos y el procesamiento de información sobre la muestra y la población para que el estudio sea significativo. Se eligió este método porque se consideraron como referencias otros autores, artículos y artículos relacionados con el tema de investigación.

Conclusiones

La acción disciplinaria es una forma de castigo para los servidores públicos que se extralimitan u omiten sus funciones , provocando así una afectación al cumplimiento de los fines e intereses estatales, pero como todo proceso o procedimiento protegido y enmarcado en la Constitución Política de 1991 es obligación del Estado cumplir con los requisitos mínimos de un debido proceso, en donde el servidor o empleado público tenga la potestad del derecho a la defensa, en donde de fe del porque se extralimito en sus funciones o del porque las omitió y de esta forma actuar de manera objetiva y compartir la responsabilidad en un mismo grado con todos los implicados.

Desde 1996 el Tribunal Constitucional protege a las víctimas antes de amonestar, suspender o castigar a funcionarios públicos y tomar medidas para proteger los contactos y que tengan la posibilidad de acceder a las garantías que el Estado ofrece, acatando las normas internacionales en materia de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad ajustándolas al ordenamiento interno para dar cumplimiento a los fines del Estado Social de Derecho con el objetivo de cumplir su facultad sancionatoria ejecutando juicios justos y sin arbitrariedades.

El Consejo de Estado hace relevancia en el Artículo 29 de la Constitución Política en donde:

se comprende el juzgamiento conforme a leyes preexistentes, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la publicidad del juicio, la proscripción de dilaciones injustificadas, la controversia probatoria , la posibilidad de impugnación del acto administrativo y es reiterativo en argumentar que la violación al debido proceso; se presenta cuando se dilatan términos legalmente establecidos, o no se decretan pruebas conducentes, es decir cuando se da una circunstancia que ignore las formas de juzgamiento, pero no, cuando el investigador se nutre de nuevas pruebas o al encontrar deficientes las que obran, considera necesario aclararlas u ordenar otras.

La nueva ley 2094 de 2021, realizó modificaciones en casi un 50 % a la ley anterior, dando cumplimiento al debido proceso, a la defensa, a la eficacia y eficiencia de los procesos, todo con el fin de otorgar beneficios a los actores públicos, especialmente a los elegidos por la sociedad mediante el voto, estas modificaciones hacen que cambie completamente el régimen del derecho disciplinario ya que la decisión ya no será concentrada en un mismo funcionario, pues la normativa indica que es uno el que investiga y otro es el que decide la sanción, desconcentrando la decisión para así evitar el tráfico de influencias y las malas prácticas que atenten contra la imparcialidad y transparencia que debe tener un juicio justo y objetivo sin sesgos personales, enfocado en las nuevas tendencias del futuro, generando cambios relevantes en los procesos de investigación y sanción y en poder ejecutar las debidas condiciones procesales antes de sancionar o castigar a un servidor público sin justificaciones previas, ya que de no atender lo anterior, las consecuencias serían fatales para el investigado y sancionado pues se mancharía su honor, su reputación y se atentaría con el propósito dignificante de su sustento haciendo realidad otros derechos humanos y dignidad, incluida la oportunidad de ganarse la vida en una ocupación designada o aprobada.

Referencias Bibliográficas

Boletín Oficial del Día. (2014). Código de Ética de la Función Pública Argentina. Buenos Aires, Argentina: El Cid Editor.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo-CLAD. (10 de octubre de 2013). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública. Obtenido de Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública

Congreso de la Republica. (2002). Ley 734 de 05 de febrero de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Congreso de la Republica. Bogotá, Colombia.

Congreso de la Republica. (2007). Ley 1123 del 22 de enero de 2007 por la cual se establece el código disciplinario del abogado. Congreso de la Republica. Bogotá, Colombia.

Congreso de la Republica. (2019). Ley 1952 del 28 de enero de 2019 Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Congreso de la Republica. Bogotá, Colombia.

- Congreso de la Republica. (2021). Ley 2094 del 29 de junio de 2021 por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones. Congreso de la Republica. Bogotá, Colombia
- Consejo de Estado. (2002). Fallo C-16144 del 05 de diciembre del 2002. Consejero Ponente: Alberto rango Mantilla. Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 185. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 29. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 74. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-482 del 26 de octubre de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Sala Quinta de Revisión.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-233 del 25 de mayo de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Sala Quinta de Revisión.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-069 del 10 de febrero de 1999. Magistrado Ponente: Martha Victoria SÁCHICA De Moncaleano.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-982 del 03 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C- 818 del 09 de agosto de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sala Plena
- Corte Constitucional. Sentencia T-097 del 07 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Legis. (2019). Primeras decisiones de la Corte sobre el nuevo Código General Disciplinario. *Ámbito jurídico*. Primeras decisiones de la Corte sobre el nuevo Código General Disciplinario | *Ámbito Jurídico* (ambitojuridico.com)
- Legis. (2022). Transformaciones del nuevo Código General Disciplinario. *Ámbito jurídico*. Transformaciones del nuevo Código General Disciplinario | *Ámbito Jurídico* (ambitojuridico.com)
- Procuraduría General de la Nación. (2004). Consulta 123 del 15 de marzo de 2004. Personero de Medellín, Jairo Hernán Vargas. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Procurador auxiliar para asuntos disciplinarios.

ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL
COLOMBIANO BAJO EL INFLUJO DEL PRINCIPIO
DE UTILIDAD DE CESARE BECCARIA Y EL
PRINCIPIO REFORMATARIO PENITENCIARIO DE
JOHN HOWARD

“COLOMBIAN LEGAL-CRIMINAL SYSTEM UNDER
THE INFLUENCE OF THE PRINCIPLE OF UTILITY
OF CESARE BECCARIA AND THE PRINCIPLE OF
JOHN HOWARD’S PRISON REFORM”

Recibido: 18 de mayo de 2023

Aceptado: 01 de junio de 2023

Diego Alexander Ramírez Flórez⁴

⁴ Abogado Egresado no graduado del programa de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.
Celular 3012350827. Correo electrónico diego.Ramirezf@usantoto.edu.co

Resumen

Cesare Beccar da un paso por alcanzar una nueva modificación al sistema penal de la época, enfocado en abolir la pena de muerte y minimizar o eliminar los castigos y tormentos físicos a los que están supeditados los sujetos acusados y aquellos agentes sentenciados; se estipuló una vital proporcionalidad racional entre el delito y su propio castigo, que resultó en un antecedente sólido de un sistema penal menos arbitrario en cuanto a la imposición de la pena. Se aborda un enfoque que tiene como propósito administrar una correcta impartición de la pena por medio de la técnica de la reclusión, vista como una instancia donde el sujeto se rehabilita en su totalidad a través de la penitencia y de la propia reflexión.

Las ideas estipuladas por Beccaria en un ámbito meramente penal disponen de un cambio fundamental en la manera de comprender las relaciones de poder cotidianas entre el individuo y las propias penas; entre lo determinado como acto o conducta punible y lo dispuesto para su castigo, y aquel análisis de la técnica jurídica entre el acto y su consecuencia; es en suma por medio de la adecuación de la realidad carcelaria que se vivía en la Europa del autor John Howard, y todos aquellos planteamientos reformativos para dicho sistema, que se observa con claridad una reconstrucción del ordenamiento penal y el penitenciario cuyo énfasis radicaba en la dignidad humana del reo, ocasionando de igual manera, el precepto de la rehabilitación del condenado.

El presente artículo tiene como finalidad ampliar la perspectiva del principio de utilidad, de las relaciones de poder cotidianas y las reformas penitenciarias en pro del reo dentro del marco jurídico penal colombiano, sujetos a los planteamientos, postulados e influencias impartidas por autores como Cesare Beccaria y John Howard, tratados que son aplicados al sistema normativo del Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

Palabras claves: Derecho Penal, Principio de Utilidad, Relaciones de Poder, Estado, Ordenamiento Jurídico Penal, Sistema Penitenciario, Principios Reformadores, Corrientes Filosóficas, Cesare Beccaria, John Howard.

Abstract

Cesare Beccar takes a step to achieve a new modification to the penal system of the time, focused on abolishing the death penalty and minimizing or eliminating the punishments and physical torments to which the accused subjects and those sentenced agents are subjected; A vital rational proportionality between the crime and its own punishment was stipulated, creating a solid precedent of a less arbitrary penal system in terms of the imposition of the penalty. It deals with an approach whose purpose is to administer a correct delivery of the sentence through the technique of confinement,

seen as an instance where the subject is rehabilitated in its entirety through penance and self-reflection.

The ideas stipulated by Beccaria in a merely criminal field, have a fundamental change in the way of understanding the daily power relations between the individual and the penalties themselves; between what is determined as a punishable act or conduct and what is provided for its punishment, and that analysis of the legal technique between the act and its consequence; it is in short through the adaptation of the prison reality that was lived in the Europe of the author John Howard, and all those reformatory proposals for said system, that a reconstruction of the criminal and penitentiary system is clearly observed, whose emphasis was on the human dignity of the prisoner, causing in the same way, the precept of the rehabilitation of the condemned.

The purpose of this article is to broaden the perspective of the principle of utility, of daily power relations and prison reforms in favor of the prisoner within the Colombian criminal legal framework, subject to the approaches, postulates and influences imparted by authors such as Cesare Beccaria and John Howard, treaties that are applied to the normative system of the Criminal Code (Law 599 of 2000), the Code of Criminal Procedure (Law 906 of 2004) and the Penitentiary and Prison Code (Law 65 of 1993).

Keywords: Criminal Law, Principle of Utility, Power Relations, State, Criminal Law System, Penitentiary System, Philosophical Currents, Reforming Principles, Cesare Beccaria, John Howard.

Riprendere

Cesare Beccaria compie un passo per realizzare una nuova modifica all'ordinamento penale dell'epoca, incentrata sull'abolizione della pena di morte e sulla minimizzazione o eliminazione delle pene e dei supplizi fisici a cui sono sottoposti i soggetti imputati e gli agenti condannati; Si sanciva una vitale proporzionalità razionale tra il delitto e la propria pena, creando un solido precedente di un sistema penale meno arbitrario in ordine all'irrogazione della pena. Viene affrontato un approccio il cui fine è quello di amministrare una corretta esecuzione della pena attraverso la tecnica del confinamento, visto come istanza in cui il soggetto viene riabilitato nella sua interezza attraverso la penitenza e la stessa riflessione.

Le idee formulate da Beccaria in ambito meramente criminale, hanno un cambiamento fondamentale nel modo di intendere i rapporti di forza quotidiani tra l'individuo e le stesse pene; tra ciò che è determinato come atto o condotta punibile e ciò che è previsto per la sua punizione, e quell'analisi della tecnica giuridica tra l'atto e la sua conseguenza; È insomma attraverso l'adattamento della realtà carceraria vissuta nell'Europa dell'autore John Howard, e tutte quelle proposte riformatrici di tale sistema, che si osserva chiaramente una ricostruzione del sistema penale e penitenziario, il cui

accento è stato posto sulla dignità umana del detenuto, provocando, allo stesso modo, il precetto della riabilitazione del condannato.

Lo scopo di questo artículo è quello di ampliare la prospettiva del principio di utilità, dei rapporti di potere quotidiani e delle riforme carcerarie a favore del detenuto all'interno del quadro giuridico penale colombiano, soggetto agli approcci, ai postulati e alle influenze impartite da autori come Cesare Beccaria e John Howard, trattati che trovano applicazione nel sistema normativo del codice penale (legge 599 del 2000), del codice di procedura penale (legge 906 del 2004) e del codice penitenziario e penitenziario (legge 65 del 1993).

Parole chiave: Diritto penale, Principio di utilità, Rapporti di potere, Stato, Sistema penale, Sistema penitenziario, Principi riformatori, Correnti filosofiche, Cesare Beccaria, John Howard.

Sumario

Suceso histórico del código penal colombiano 2. Corrientes filosóficas e influencias en el pensamiento de Cesare Becaria 3. Postulados y pensamientos de Cesare Beccaria y sus adaptaciones en el sistema penal colombiano 4. Principios de Cesare Beccaria vigentes en el ordenamiento penal colombiano 5. Influencias en el pensamiento de John Howard 6. Reformas dogmáticas de John Howard al sistema penitenziario 7. Adaptaciones del pensamiento de John Howard al estado de las prisiones del sistema colombiano en la actualidad 8. Conclusiones 9. Referencias bibliográficas.

Metodología

El presente artículo adopta como tipo de investigación la forma básico-jurídica, para abordar la congruencia entre el principio de utilidad respecto a la aplicación de los postulados de Cesare Beccaria en el sistema jurídico-penal colombiano y los planteamientos reformativos sobre el sistema penitenziario en Colombia de acuerdo con la adaptación de los fines de la pena de John Howard.

Este escrito asume un enfoque cualitativo, ya que estudia las características esenciales del principio de utilidad de Cesare Beccaria como fuente primordial del sistema jurídico penal colombiano, y la particularidad de las reglas del tratamiento penitenziario en que influyó John Howard.

El procedimiento será un método analítico-descriptivo que permita estudiar los lineamientos del principio de utilidad y el tratamiento penitenziario en el marco jurídico penal colombiano, bajo el análisis de sus fundamentos jurídicos más esenciales, y la

indagación sobre la congruencia entre estos dos ámbitos, de acuerdo con los postulados de Cesare Beccaria y John Howard.

De acuerdo con la metodología del artículo planteado, la investigación tendrá una técnica de datos basado en una fuente documental, utilizando herramientas primarias como la doctrina jurídico penal, las leyes, los códigos y como fuente secundaria los Tratados Internacionales.

Introducción

El sistema normativo es un aspecto inherente y primordial de un Estado al orientarse en principios y leyes, que generalmente son impartidas para producir todo un tipo de orden o coexistencia social, que regula las relaciones humanas inmersas en las conductas de cada individuo, por lo tanto, se hace necesario la constitución de un sistema jurídico penal que ha sido desarrollado desde tiempos inmemorables o desde civilizaciones primitivas, es menester, analizar los postulados y pensamientos de aquella reestructuración que obtiene el *Ius puniendi* o aquel marco jurídico penal de acuerdo con Cesare Beccaria y como las reformas penitenciarias impartidas por John Howard ayudan en la modificación del mismo.

De modo que, la utilidad del estudio de estos grandes autores radica en que antes de sus postulados, el Derecho Penal era considerado como una pura irracionalidad en aquella época, donde se consideró que aquel derecho era bárbaro, cruel e inhumano, generando un descontento total de la sociedad frente al mismo (Carrara, 1996). Cuestión no tan excluida e indiferente del contexto social y jurídico penal en Colombia.

Por lo tanto, en Colombia se implementó una serie de principios que fueron planteados en aquella época y que ahora son aplicados a la realidad jurídica de nuestro país, sin embargo, es ineficaz en algunos casos donde el legislador que crea y expide las normas, no tiene en cuenta para la constitución de las mismas, una adecuada política criminal orientada en todos sus aspectos al referente del delito y que contenga efectivas estrategias con finalidad de prevención, control, investigación y sanción de la criminalidad (encontrando en ellas, al derecho penal, a la política criminal y a la criminología) (Fontalbo, 2008).

Por ende, una afectación complementaria a esta ineficacia de los principios en la actualidad, son aquellas corrientes que inducen en el sistema penal colombiano, como la doctrina italiana dispuesta en el Código Penal de 1936 con postura positivista, la gran influencia germana del Código Penal de 1980 con aquel determinado neoclasicismo y el Código Penal del 2000 con un enorme dominio germánico-español (Ochoa, 2004). Son estas corrientes las que no permiten un adecuada aplicación y efectividad del

derecho penal en nuestro país, ya que no se ajustan al contexto social y, por ende, son obsoletas o son un ejercicio incompetente del *Ius puniendi*.

De manera que el interés dispuesto en esta investigación tiene como objetivo general el postular todas aquellas razones que permitan inferir o conocer el surgimiento o las motivaciones que permitieron la reconstrucción o la modificación de una tendencia del poder ostentado por el Soberano y la instauración de principios y reformas del derecho penal, y cuya influencia o vínculo se encuentra en el sistema normativo de Colombia. Entrando en materia, de forma específica se tiene como objetivo el análisis de los postulados de la época en la realidad jurídica colombiana y cuál es su eficacia aplicativa en la actualidad.

El desarrollo de la presente investigación se ha enfocado vitalmente al contexto histórico y a las influencias de pensamiento que permitieron que Cesar Beccaria construyera su gran obra titulada como *Dei delitti e delle pene* y el autor John Howard constituyera su principio reformativo en su obra denominada como *State of prisons*, entendidas como un cambio radical o como una revolución de la técnica de poder ejercida por el Estado y que generaron una evolución que se obtiene en el sistema jurídico penal y que caracterizan los sistemas normativos de la actualidad. Generando una herramienta fundamental a la política criminal, a la criminología y ante todo al sistema penitenciario enfocado en los fines de la pena, considerando a estas ideas como modernas (Estupiñán, 2015).

Por lo tanto, encontraremos diversas ideas, postulados y principios primordiales a manera de solución y respuesta a las grandes problemáticas del derecho penal y la manera en que la aplicación de la pena en las cárceles y penitenciarias son desiguales y crueles, pero se genera un cambio en la manera de ejecutar el poder en la cárcel y las circunstancias cotidianas del interno (Rincon, 2010). Estas ideas impartidas tanto por Cesare Beccaria como por John Howard.

A su vez, este apartado tiene como finalidad interrogar y conocer todas aquellas problemáticas recurrentes en la vida y en el contexto social de los autores, pero así mismo, las circunstancias que imperan y rodean el sistema penal de Colombia, que es influenciado por aquel contenido jurídico y dogmático de reconstrucción sobre el derecho penal colombiano del siglo XXI (Cáceres 2016).

Lo que incide en remitirnos al contexto histórico de nuestro país que permite indagar sobre todos aquellos procesos de evolución jurídica que ha tenido el derecho penal tanto en aspectos constitucionales, como en garantías procesales, y así mismo, tanto en principios jurídicos, como en reformas propuestas frente a las instituciones judiciales. Que serán abordados de una manera exhaustiva por medio de cada capítulo contenido en el presente artículo investigativo.

Por esta razón, se pretende demostrar de manera evidente como el derecho penal colombiano está gravemente debilitado y defectuoso (Cáceres, 2002). Pero como aquellos

postulados y pensamiento de Cesare Beccaria y John Howard puede contrarrestar dichas dificultades con la aplicación efectiva de los principios en el sistema penal y las reformas al sistema penitenciario con el fin de emplear de manera clara y precisa el denominado Estado Social de Derecho (Zamora, 2012).

Suceso histórico del código penal colombiano

La historia del marco jurídico penal tiene su auge constitutivo en el gobierno del General Francisco de Paula Santander, quien bajo su perspectiva quería unificar todo un conjunto de normas o conductas que se contraponían al derecho o las costumbres de la época en un Código Penal para la República colombiana, esto como manera de administrar no una justicia en materia penal, sino una técnica específica y adecuada de la administración de justicia frente a los delitos y sus penas (Ochoa, 2004).

Posteriormente, el congreso promulgo el proyecto de ley del Código Penal contando con el visto bueno del presidente del Senado, el señor Jose Joaquin Gori y el presidente de la Cámara de Representantes, el señor Judas Tadeo Landinez, sin embargo, fue tan solo hasta el 27 de junio de 1837 que el poder ejecutivo representado por José Ignacio de Márquez como presidente de la República y Lino de Pombo como secretario del Interior y Relaciones Exteriores, que se expide el primer Código Penal de la República de Colombia (Cáceres, 2016). Este hecho significativo del ordenamiento jurídico de la época derivo de un influjo del Código Penal francés de 1832, del Código Penal español y de igual manera, se priorizo la doctrina legal del jurista Márquez, teniendo en cuenta los lineamientos y las corrientes jurídicas del General Santander y el jurista Lino de Pombo (Ochoa, 2004).

De modo que la constitución de 1858 da un paso al progreso de la época modificando el nombre de la República, que póstumo se consideró como la Confederación Granadina, generando el tan anhelado modelo federal que se venía constituyendo en el sistema político en el anteceder de los años, volviendo a constituirse en la Constitución de 1863 o la llamada Constitución de Rionegro, la cual tomo la denotación de Estados Unidos de Colombia, producto de ello, se consolida el sistema federal (Rincon, 2010).

Dado este efecto en el sistema estructural estatal, cada Estado perteneciente a la Federación tenía la potestad plena para legislar y regular sus propias leyes penales, a colación podemos destacar el Código Penal del Estado Soberano de Cundinamarca del año de 1858, fue tan sólida y correcta la aplicación de esta ley penal, que dicho Código, el 26 de junio de 1873 se posesiono como el Código Penal para los Estados Unidos de Colombia. Años posteriores se consolido como un efectivo modelo económico para castigar, de acuerdo con la Ley 57 de 1887 lo adopto y le dio la calidad de Código Penal de la República de Colombia (Rincon, 2010).

Bajo este marco histórico, se estructuro el Código Penal como una manera de ejercer el poder de castigar por parte del Estado a través de su administración de justicia (Rincon,

2010). Por lo tanto, el poder entendido en términos de microfísica (de lo particular), es evidente en aquellas relaciones interpersonales que frecuenta la sociedad, pero también es observado en el momento en que el soberano ejerce su poder del *Iuspuniendi* y lo aplica en el condenado (Foucault, 1979).

Lo que incide en modificar la técnica del poder donde lo que menos importa es la humanización del derecho penal y prevalece la justificación o la reafirmación del poder del soberano “El derecho penal no tiene como finalidad ser vengativo o ser retributivo, sino evitar que la sociedad se rebele frente a la arbitrariedad del poder del soberano”, tal como lo expresa el filósofo, sociólogo e historiador Michael Foucault en su obra *Surveiller et punir: Naissance de la prison* publicado en 1975, donde se analizó exhaustivamente los mecanismos sociales y teóricos que hay detrás de los cambios masivos que se produjeron en los sistemas penales.

Corrientes filosóficas e influencias en el pensamiento de Cesare Beccaria

El contexto histórico-social en el cual se acentúa el pensamiento de Cesare Beccaria, se vio influenciado en gran medida por el modelo inquisitorial de Europa a mediados del siglo XVI, el cual encontraba su fundamento en el suplicio sobre el cuerpo, este caracterizado por una serie de lesiones corporales que derivarían o no en la muerte, ello, debido a su culpabilidad respecto de una acusación (Ramírez, 2011).

Así, el sistema inquisitorial de justicia de la época fue determinante en su pensamiento crítico, al tratarse de un modelo distinguido por el secreto dentro de sus actuaciones, la prolongación ilimitada de la detención preventiva, la tortura como medio de adquisición de la confesión (*Regina probatorum*); a su vez, modelos contemporáneos como el de Venecia, el cual hacía referencia al consejo de los diez, que no se desprendía del modelo eclesiástico y que se fundaba en la tortura y la pena de muerte en razón de los pecados/delitos cometidos (Ramírez, 2011).

De igual manera, el Enciclopedismo fue otra corriente que influyo en la obra de Beccaria, se conoce que tiene un mayor acercamiento a tendencias ilustradas y liberales que se encuentran en una inclinación a la libertad de expresión y por ende a la libertad de culto, lo cual se conoce como tolerancia religiosa (Ramírez, 2011).

Razón por la cual se observa una concepción del optimismo en relación con la razón humana, con la cual se buscaba poder dar una solución a las problemáticas visibles en esa época. También se debe tener en cuenta el poder económico que ostentaban las iglesias en esa época, encontrándose así en una acumulación de riquezas en la cual figuraba una oposición por parte de Beccaria a la conocida autoridad de la iglesia. La corriente del enciclopedismo fue liderada principalmente por Denis Diderot y D' Alembert, autores de gran relevancia para el pensamiento de Beccaria (Ramírez, 2011).

En relación con el utilitarismo expuesto por Cesare Beccaria se puede suscribir el pensamiento de Jeremy Bentham y Adrien Helvetius para el desarrollo del manifiesto de los delitos y las penas (Ramírez, 2011). En primer lugar, se denota la influencia de Bentham quien es reconocido como el padre del utilitarismo, puesto que consideraba la felicidad como la realización de acciones útiles con las cuales se busca “*el máximo bienestar para el mayor número de personas posibles*”, idea reflejada en el texto por Beccaria quien expone que, el hombre al estar constituido en la sociedad está sujeto a cumplir un pacto útil en beneficio propio y de los demás; es decir, que al incurrir en un delito estaría yendo en contra del pacto, afectando a la sociedad y no siendo útil para esta, para lo cual sería necesario imponer una pena (Beccaria, 2015).

En segundo lugar, de la misma manera Helvetius es influyente por su idea acerca del deseo de la felicidad y la evasión del dolor, cuando Beccaria expresa a partir de su razonamiento que los delitos pueden surgir de acuerdo con las penas establecidas por la ley, cuando no se esclarece la pena teniendo presente la gravedad del asunto y por ello enfatiza la relevancia de determinar qué tanta dureza debe tener la pena de acuerdo al delito para que así el hombre interesado en infringir las leyes sea separado de la intención de cometer el crimen (Ramírez, 2011).

Otro elemento, para interpretar de manera adecuada y eficaz la influencia tan profunda que tiene la teoría del contrato social en el pensamiento y el influjo de este en el escrito de los delitos y de las penas, debemos determinar la base del contractualismo; de la cual se infiere o se comprende como una doctrina filosófica-jurídica que sostiene que tanto la sociedad como el Estado nace netamente de un pacto. De modo tal, que, el pacto es establecido por los individuos que inician a forjar una sociedad, que va a hacer dirigida por el Estado. Así comienza el interesantísimo capítulo 1 del libro primero del *Du contrat social* en Wikisource del filósofo Jean-Jacques Rousseau. El fragmento completo dice así:

El hombre ha nacido libre, y en todas partes está encadenado. Hay quien se cree señor de los demás y es más esclavo que ellos. ¿Cómo se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué es lo que puede hacerlo legítimo? Creo que puedo resolver esta cuestión. Si sólo considerase la fuerza y el efecto que de ella se deriva, diría: mientras un pueblo se ve obligado a obedecer, y obedece, obra bien; tan pronto como puede sacudir el yugo, y lo sacude, obra mejor aún: pues, al recobrar su libertad por el mismo derecho con que le fue arrebatada, o tiene razón para reivindicarla, o no la tenían para quitársela. Pero el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. No obstante, este derecho no procede de la Naturaleza; luego se funda en convenciones. Se trata de saber cuáles son estas convenciones. Esta influencia del contrato social es pertinente aclarar y priorizar sobre la idea en la cual el hombre determina cierta parte de sus derechos considerados como naturales para entregarlos a la conformación de toda una soberanía estatal, lo que posteriormente permite que se reviertan dichos derechos al ciudadano convertidos en derechos sociales y políticos, estos últimos respaldados por la fuerza de la coacción Estatal (Rousseau, 2005). De esta manera se observa y se interpreta como Cesare Beccaria a lo largo del

manifiesto de los delitos y de las penas plantea como la ley natural comprende a raíz de la razón, y como el pacto es humano al ser constituido por la voluntad de cada ciudadano, dirigidas estas a la felicidad de esta vida normal, entiendo como felicidad a la orientación que da paso al principio de utilidad (Ramírez, 2011).

Postulados y pensamientos de Cesare Beccaria y sus adaptaciones en el sistema jurídico colombiano

Cesare Beccaria alrededor de sus 25 años, disponía de su obra más importante “*Dei delitti e delle pene*”, donde marca una pauta primordial de una reforma jurídica que en Italia da lugar a la abolición de la tortura en 1784 y de la pena de muerte en 1853 (Ramírez, 2011). Postulo ideas penales de gran magnitud al ser desplegadas en toda Europa y América, de modo tal, que en la actualidad dichos postulados son considerados como principios en algunos ordenamientos como en el sistema jurídico-penal colombiano (Estupiñán, 2015).

Por ende, la ley penal es necesaria debido a que la misma, es entendida como una herramienta de autorregulación, donde los hombres pierden parte de su libertad con el fin de que el Soberano o el Estado prevenga un primitivo estado de guerra (Difiere del estado primitivo ya que en esta época existía una desprotección plena de la sociedad, conllevando a que el sujeto entregue parte de su derecho fundamental de la libertad para contrarrestar a esa incertidumbre de la desprotección), en otras palabras, tendría un enfoque de regularización frente al orden social (Ramírez, 2011).

En este orden de ideas, las penas son dirigidas o aplicadas a los infractores de la norma penal, siendo condición justa y necesaria de otorgar el derecho a castigar al Soberano. Este derecho radica en aquella obligación de defender el depósito de la salud pública de todas aquellas usurpaciones; por lo tanto, entre más justas son las penas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y radica en una mayor libertad que el soberano les otorga a sus súbditos (Agudelo, 1994).

Por lo tanto, el Estado es el único que tiene la facultad de determinar o decretar que clase de actos son denominados y establecidos como delitos. Se hace necesario la imposición de normas claras y precisas donde en su aplicación se vea reflejado en silogismo perfecto (El silogismo perfecto se encuentra conformado por una premisa mayor entendida como la Ley Penal, por una premisa menor dispuesta con la conducta adecuada o no a la ley, y una consecuencia constituida en la aplicación de la pena), si este silogismo no es aplicado de acuerdo con los principios de las sanciones penales tal como lo estipula el artículo 3 del Código Penal (ley 599 de 2000) para Cesare Beccaria no se podría aplicar una pena a un delito en específico (Ramírez, 2011).

Por esta razón, los ciudadanos deben conocer la ley establecida por el Soberano, pero también la deben comprender, por lo tanto, bajo este precepto Beccaria infiere que cuando los ciudadanos no conocen la norma, se hablaría en términos generales de

la ignorancia, de la incertidumbre que traería como efecto-consecuencia la comisión de un delito. La sociedad debe tener la facilidad de tener un conocimiento previo y general de en qué eventos o circunstancias pueden derivar en una privación o en una vulneración de su propia libertad (Carrara, 1996).

Lo que incide en que el proceso penal debe contemplar un amplio y eficaz medio probatorio que permita una adecuada y correcta administración de justicia y evite a toda costa las sentencias condenatorias que privan a la libertad a personas que son totalmente inocentes (Estupiñán, 2015). Postulo así mismo, la separación entre procesados y condenados, teniendo esto, como objeto primordial la finalidad de no mezclar posibles inocentes con culpables, que ya fueron condenados por la decisión impuesta por un juez (Ramírez, 2011).

De igual manera, la limitación a la libertad debe ser la mínima posible, como justificación las penas que sobrepasen aquella necesidad de conservar en su totalidad el depósito de la salud pública, son por su naturaleza entendidos como penas injustas, se radica mediante este pensamiento la limitación a nivel de prohibición. Si el delito ya no es sinónimo de pecado, ni de vicio, la pena no tiene por función la expiación, sino al contrario, una específica retribución justa (Por lo tanto, la pena no purifica el delito, sino la pena es un precepto de la retribución equivalente a la conducta cometida por el sujeto), constituyendo un límite a nivel de la aplicación de la pena (Beccaria, 2015).

Por consiguiente, la pena debe constituir una finalidad preventiva dirigida a la sociedad para que se abstengan de cometer crímenes, pero también debe estar enfocado al sujeto-delincuente para que este elimine toda intención de volver a cometer más delitos, por ello, se aplican las funciones de la pena estipuladas en el artículo 4 del Código Penal (Ley 599 de 2000). La pena debe tener como requisito ser proporcional al propio delito, para que no se constituya en una pena cruel, inhumana y degradante (Beccaria, 2015). Por esta razón, se aplican los artículos 12, 28, 29, 30, 31 y 34 de la Constitución Política de Colombia de 1991, como límites y garantías de la imposición de la pena.

De modo que, la sociedad debe estar sujeta al precepto de asociar de manera eficiente el delito y la pena, con el fin de que toda la comunidad se aleje radicalmente de la tentación de hacer el mal, generando que se precise en las personas que delinquir conlleva inexorablemente a un castigo (Beccaria, 2015), lo que conlleva a que la pena sea pronta, cierta y que debe constituir una igualdad tanto para el primero como para el último de los ciudadanos, entiéndase por ello, que debe existir una plena equidad, pues todos somos iguales ante la ley, tal como lo dispone el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Principios de Cesare Beccaria vigentes en el ordenamiento penal colombiano

de acuerdo con los principios rectores de Cesare Beccaria dispuestos en su obra *De los delitos y las penas*, se extrae algunos de vital importancia en el sistema jurídico-penal colombiano: Primero, el principio de lesividad bajo el marco de los valores sociales deriva una función de limitar el derecho penal, entiéndase que es el daño hecho a la nación que perturba la tranquilidad de la sociedad, por lo tanto, el sistema normativo penal colombiano contempla con este principio, que la conducta que se cometa debe provocar un daño directo (Zaffaroni, 1992).

Segundo, el precepto de legalidad entendido como un principio, postula que debe existir una ley previa a la conducta cometida. El legislador es quien tiene aquella función de criminalización primaria donde se delimita el supuesto de hecho consagrado en la ley y se describe el marco de punibilidad. Por lo tanto, el legislador es una figura o un representante de la nación al momento en que crea la ley penal (Velasquez, 1987).

Tercero, la división de poderes bajo la influencia de Cesare Beccaria lo centra al precepto de encargar a un ente en específico la función de legislador y creador de la norma, y otro ente institucional que se encargue de aplicar la ley penal (Estupiñán, 2015). Aplicado a la legislación colombiana se enmarca en un principio político donde todos aquellos órganos del poder se estructuran mediante funciones separadas que son dirigidos a los fines primordiales del Estado.

Cuarto, la prohibición de la interpretación tiene el presupuesto de creación del derecho, el cual ha sido reiterado anteriormente, ya que es creado por el legislador, y en cuanto al presupuesto de la aplicación de la norma, encontramos a la figura de juez, el cual es boca de ley ya que este, conoce la norma, el caso concreto aplicar y tiene pleno conocimiento del castigo o la consecuencia que trae esta conducta (en palabras de Cesare Beccaria es el silogismo perfecto) (Beccaria, 2015). Se denotan diversos criterios de este principio, en primer lugar, el postulado democrático al contener como justificación que el legislador como representante de la sociedad es quien crea la ley penal; en segundo lugar, la captura en materia penal debe estar determinada por causales para llevar a cabo su realización, por lo tanto, tiene que ser tendiente a la norma; en tercer lugar, en términos de prescripción y de caducidad este postulado debe establecer los tiempos adecuados para aplicar la pena y determinar el delito (Zaffaroni, 1992).

Quinto, el principio del acto requiere propiamente dicho la existencia de un acto en el derecho penal para que se materialice el delito (Betancur, 1994). Entiéndase por acto aquella ejecución que se lleva a cabo para realizar una modificación en el mundo exterior del sujeto. Bajo el planteamiento de Beccaria, este principio se encuentra sometido a las pasiones que perturban el juicio (Beccaria, 2015).

Sexto, el principio de culpabilidad comprende el no atender a los criterios subjetivos, sin embargo, en colación al cómplice y a la tentativa se recae en que no se modifica o no se les otorga la misma pena; dado este principio, se debe poder imputar responsabilidad para determinar la conducta por medio de la razón, dicho en otras palabras, debe haber culpa para imponer sanción (Velasquez, 1987).

Séptimo, el principio de publicidad en la época de Beccaria no se aplicaba en su totalidad, se encontraban diversos ordenamientos jurídicos donde el procedimiento penal era secreto generando una grave afectación al sistema judicial al constituirse como arbitrarios (Ramírez, 2011). Por lo tanto, el procedimiento penal debe ser público para ser conocimiento de toda la sociedad, enmarcando criterios como la prevención (Hacer pública la ley ante la sociedad para que sea conocimiento general), el control popular (Donde se controla aquel agente que aplica la norma con la finalidad de evitar las arbitrariedades), y la claridad de la norma (fundamental para comprender la ley) (Carrara, 1996).

Octavo, al principio de proporcionalidad supone la existencia de un daño social, que genera una consecuencia jurídica entendida o denominada pena, esta última tiene que ser proporcional y tener en cuenta la culpabilidad (delimitar aquella responsabilidad de la conducta) (Velasquez, 1987). Por lo tanto, Beccaria postula que, si se destina una pena igual para 2 delitos desiguales que afectan a la sociedad, los hombres no encuentran un estorbo muy fuerte para cometer el delito mayor ya que encuentran una ventaja en esta (Beccaria, 2015).

Noveno, el principio de prohibición de la pena de muerte encuentra su fundamento principal en el contractualismo, ya que de este presupuesto se otorgan o se conceden ciertos derechos para que los mismo sean respetados y garantizados, por lo tanto, no sería garantía al derecho de vida la pena de muerte (Rousseau, 2005). En cuanto a la utilidad no es procedente la pena de muerte porque no es sinónimo útil para el sostenimiento de la sociedad (Beccaria, 2015). Por lo tanto, hay que recuperar como tal un orden ético como lo diría Kant fundamentado en los principios morales.

Décimo, el principio del debido proceso lleva consigo la existencia de un juez natural que ante proceda la comisión de la conducta punible. Se debe garantizar el derecho a probar la inocencia, entendiendo esto, como el lapso establecido y determinado para llegar a probar el precepto de inocencia frente a un caso en específico, observando allí, un derecho fundamental a la defensa (Estupiñán, 2015).

Influencias en el pensamiento de John Howard

John Howard hijo de un comerciante, nace en Enfield Middlesex, Inglaterra el día 02 de septiembre del año de 1726, aquel hombre fue un filántropo y uno de los pioneros considerados como reformadores de las prisiones inglesas. Se denota este apartado en

su obra más importante titulada como *State of Prisons in England and Wales* publicada en el año de 1777 (Ramírez, 2003).

Así encontró su gran vocación a los 48 años al otorgársele en cargo de alguacil de Bedfordshire, donde evidencio de manera clara y aterradora todas aquellas condiciones degradantes e infrahumanas del sistema carcelario, también observo el trato desigual e injusto del sistema de aportación de cuotas de pago de los prisioneros, el cual era una obligación sinónimo de salario adicional para los carceleros (Ramírez, 2003).

Desde entonces, dedicó su vida a visitar y hacer análisis exhaustivos y diagnósticos del estado en el que se constituyeron las cárceles y las dificultades padecidas por los reclusos tanto de Inglaterra, como en Gales. Generando cruciales reformas que defenderían una nueva forma de técnica penal o de correcta administración de justicia, dando los primeros pasos de la contienda por el trato humanitario y digno para los reclusos (P, 2013).

Por lo tanto, John Howard (2003) justifico su vocación de la siguiente manera:

Lo que me impulsó a trabajar a favor de ellos (de los presos) fue ver que algunos, a quienes el veredicto del jurado había declarado inocentes; que algunos en quienes el gran jurado no había encontrado indicios de culpabilidad que permitiera someterlos a juicio; que otros cuyos acusadores a fin de cuentas no se presentaron a declarar, tras permanecer detenidos durante meses, se les enviaba de nuevo a la cárcel, donde seguirían encerrados mientras no pagasen cuotas diversas al carcelero, al empleado del juzgado, etcétera. (p. 11)

Reformas dogmáticas de John Howard al sistema penitenciario

postula cambios de gran magnitud con la finalidad de contrarrestar aquella situación caótica y desmedida del marco jurídico penal de la Europa de los siglos XVII Y XVIII. En primer lugar, se planteó el aislamiento como método de espacio individual donde cada reo durmiera de manera separada con la finalidad de que el mismo reflexionara y se generara aquel sentimiento de arrepentimiento, evitando de esta manera, la manipulación o influencia de lo moral (Howard, 2003).

De igual manera, se planteó el trabajo como una salida viable para la debida aplicación de la pena, debido a que el ocio generado en un sistema carcelario e inducido por grandes injusticias no inspiran, no producen lo determinado como resocialización, por lo tanto, la instrucción moral y religiosa propicia el cambio de pensamiento del delincuente frente a la criminalidad, al ser utilizada como un medio potente de reforma moral y abogando por una adecuada educación religiosa (Howard, 2003).

Por lo tanto, la higiene y la alimentación debían ser un presupuesto garantista de los mínimos vitales a los que un reo tendría derecho pleno en el momento en que su

libertad fuera privada por parte del Iuspuniendi del Estado, este pensamiento género que en el año de 1778 se diera paso a la constitución real en Inglaterra de las primeras *Penitenciar Houses*. Esta reforma sujeta al precepto del derecho natural (Ramírez, 2003).

De modo que, la oposición total al denominado “carcelaje”, consistía en que cada reo debía negarse a pagar una cuota monetaria al carcelero por el concepto tanto de estancia como de alimentación, esto también evitaba conflictos y corrupción entre el reo y el carcelero (Howard, 2003). Así, la reforma penitenciaria también acobijó garantías respecto de la limpieza, el régimen alimenticio, la seguridad, la vestimenta, las celdas, la calefacción, las ocupaciones o los denominados trabajos, las recompensas, los castigos, el cuidado de los enfermos, los adecuados procedimientos en caso de muerte, el gobierno de la prisión y la divulgación de reglamentos (Ramírez, 2003).

Por consiguiente, John Howard estableció un principio de encarcelación sujeto a una especie de clasificación que imparte a tres clases de personas sometidas a la medida de encarcelamiento teniendo en cuenta las circunstancias de la época, en primer lugar, encontramos a los denominados como acusados, que tendrían que estar supedito a un régimen especial en el que la cárcel sea entendida como una medida de seguridad y no bajo el precepto de castigo; en segundo lugar, a aquellas personas determinadas como convictos, que estarían doblegados a castigos considerados o impartidos de acuerdo con la sentencia condenatoria pronunciada; en tercer lugar, personas indicadas como deudores, estos bajo el marco netamente de los delitos económicos (Howard, 2003).

Adaptaciones del pensamiento de John Howard al estado de las prisiones del sistema colombiano en la actualidad

El derecho denominado como material (sustancial) y el derecho formal (procesal) constituyen el surgimiento de lo conocido como aquel derecho penal ejecutivo (penitenciario o carcelario) (P, 2013). En Colombia aquel ordenamiento jurídico en materia penal-ejecutivo se consolidó por medio de la ley 65 de 1993 bajo la unificación del Código Penitenciario y Carcelario; sujeto a fundamentales principios como la legalidad, la igualdad, el enfoque diferencial, la dignidad humana, entre otros.

De modo que, si denotamos al Código Penitenciario colombiano como un método o un tratamiento que conlleva una sólida finalidad, se determinaría el concepto de resocialización tan profundamente inmerso en nuestro sistema judicial penal, entendido como una técnica de tratamiento que pretende transformar la conducta del interno, aprendiendo las expectativas sociales e interiorizando aquellas normas o preceptos sobre la conducta, tal como se especificó en el Art 10 de Código Penitenciario y Carcelario: “el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

Por ende, las garantías a los mínimos vitales del reo se determina de una manera clara en el artículo 10-A de la ley 1709 de 2014 donde el sistema penitenciario se encargará de velar por todos aquellos derechos y así mismo aquellas garantías de los internos, de modo tal, que dicho sistema, se sujeta a limitar y proteger ciertos derechos o garantías solamente por los parámetros establecidos tanto en la Constitución Política de 1991, como por los Tratados Internacionales y todas las disposiciones legales y jurídicas determinadas en el marco Penitenciario en Colombia .

Cabe resaltar en este punto, un particular derecho denominado como el patronímico, encuentra su fundamento legal en el artículo 66 del Código Penitenciario y Carcelario, que deriva una noción muy importante para nuestro sistema carcelario, esta noción radica primordialmente en que ninguna persona o ningún interno deberá ser distinguido o determinado por números, por apodos y tampoco por ninguna clase de alias. Siendo fundamento o prevaleciendo la dignidad humana del reo y aquel derecho de toda persona a tener nombre y apellido.

De manera que la clasificación existente en los centros de reclusión son establecidos mediante un artículo taxativo sobre dicha temática, el artículo 20 del Código Penitenciario y Carcelario determina que deben existir cárceles de detención preventiva, penitenciarias, casas cuyo enfoque es la detención y el cumplimiento de la pena por delitos culposos cometidos en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio, centros de arraigo transitorios, establecimientos para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente, cárceles y penitenciarias consideradas como de alta seguridad, cárceles y penitenciarias específicamente para mujeres, cárceles y penitenciarias para sujetos que hacen parte de la Fuerza Pública y colonias. Este contexto de clasificación planteado de manera asertiva por el legislador deja la siguiente interrogante, ¿Es aplicada en la realidad del sistema penitenciario en Colombia?, de ser así, ¿De una manera garantista y sujeta al marco legal y constitucional o bajo un marco de corrupción impartido por los miembros del INPEC?

Por ende, de acuerdo con lo determinado en el artículo 63 del Código Penitenciario y Carcelario, las clasificaciones dispuestas a los internos en los centros de reclusión van enfocadas en realizar una separación por categorías, esto sujeto a condiciones de sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y circunstancias de salud física y mental. Los sujetos considerados como detenidos serán separados de manera exhaustiva de los agentes determinados como condenados, de acuerdo con su fase de tratamiento o de procedimiento en el que se encuentre; otro enfoque, determina que la separación debe ser aplicada también para la clasificación de hombres y mujeres, de reos primarios y de los reincidentes, de las personas jóvenes y de los adultos, de los enfermos y de los que pueden ser doblegados por el régimen normal.

Esta clasificación dispuesta para los internos dentro de un mundo de categorías, lo llevará acabo o tendrá dicha facultad la junta de distribución de patios y de asignación de celdas;

no solo se van a considerar como pautas únicas las mencionadas anteriormente, sino que se dispondrá de una determinación más amplia, donde se analizará la personalidad del sujeto, sus antecedentes y su conducta (Zamora, 2012).

Por lo tanto, el tratamiento penitenciario en Colombia tiene como objetivo preparar al propio condenado mediante el proceso de resocialización para la vida en libertad coexistiendo con la sociedad, ello, de acuerdo con el principio legal del artículo 142 del Código Penitenciario y Carcelario, por tal motivo, se estipularon determinadas fases de tratamiento, en primer lugar, la observación, el diagnóstico y la clasificación del interno; en segundo lugar, la alta seguridad que comprende el periodo cerrado; en tercer lugar, la mediana seguridad que comprende el periodo considerado como semiabierto; en cuarto lugar, la mínima seguridad o periodo abierto; en quinto lugar, el periodo de confianza que coincide con la libertad condicional. Toda una técnica de la relación de poder ejercida por el estado mediante el Ius puniendi para la corrección del individuo.

CONCLUSIONES

El periodo en que Cesare Beccaria vivió y estructuró sus obras, representa una época que compagino con las transformaciones de Europa medieval, por tal motivo, este entorno de cambios marco las pautas para un nuevo desarrollo en la dogmática jurídica, conformada por ideales de la ilustración, que en materia penal se enfoca en la transformación del sistema inquisitorio hacia un sistema mixto acusatorio.

Por lo tanto, la obra de los Delitos y de las Penas es considerado como una base estructural del derecho penal actual, dado que en su debido momento cuestiono las maneras de sancionar, los fines de la pena, los excesos del poder autoritario y la gran necesidad de actualizar la norma penal vigente de la época para alcanzar un derecho más útil, más acorde a las necesidades de la sociedad, más garantista (Tanto para el ciudadano, como para el condenado), más efectivo y racional.

Por ende, varios principios rectores del pensamiento de Beccaria, permean el ordenamiento jurídico colombiano por medio de criterios de valor, principios rectores, derechos fundamentales y constitucionales, fines de la pena y objetivos del tratamiento penitenciario que deben ser brindados y garantizados por un Estado Social de Derecho, y que son plasmados en la Constitución Política de Colombia de 1991, el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

De modo que, prima en el sistema jurídico penal colombiano su respeto por la dignidad humana, su pauta de integrar todas aquellas normas y postulados sobre derechos humanos tanto Constitucionales como los derivados por Tratados y Convenios Internacionales, así como los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad para la imposición de una sanción penal, y su pilar primordial, que recae en la función

de la pena, la cual cumplirá funciones de prevenciones general, prevención especial, retribución justa, reinserción social y protección a la persona privada de la libertad, entre otros, plasmados a lo largo de esta investigación.

A su vez, John Howard llevó a cabo oposición y crítica bajo una perspectiva ética y filosófica sobre las condiciones carcelarias en la Europa de su tiempo, así mismo, postulo soluciones y transformaciones de impacto, especialmente, frente a la dignidad de las personas privadas de la libertad y, de igual manera, planteo los nuevos desarrollos sobre los mecanismos de vigilancia, infraestructura y organización de los establecimiento penitenciarios y carcelarios.

Lo que incide que en la actualidad se tenga valiosos progresos que consolidan los nuevos establecimientos de reclusión, donde el ordenamiento jurídico-penal colombiano ha empleado elementos sobre el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y todos aquellos derechos humanos universalmente reconocidos para que prevalezcan dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, de igual manera, aquellas restricciones que se imponen a una persona que se encuentre privada de la libertad estarán sometidos a unos límites de necesidad que deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que sean impuesto, a su vez, se empleara, como pilar fundamental de la función de la pena la resocialización, que para su materialización estará sujeta al tratamiento penitenciario expuesto por la Ley 65 de 1993 Código Penitenciario y Carcelario que se encuentra permeado tanto por la Constitución Política de Colombia de 1991, el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y el principio reformativo penitenciario de John Howard expuesto a lo largo de la investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEVEDO RINCON, ESPERANZA MARIA, (2010) Evolución histórica de los códigos y procedimiento penales. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11992/AcevedoRincon-Maria-2001.pdf?sequence=1>

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER (1994). Grandes corrientes del derecho penal. Escuela positivista, Bogotá D.C., Editorial Nuevo Foro.

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER (1994). Beccaria: de los delitos y de las penas edición latinoamericana estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur, Universidad Externado de Colombia.

BECCARIA, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

CARO FELIPE, (2013), John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII. <https://www.ehu.es/documents/1736829/3202683/10-Caro.pdf>

CONFILEGAL, (2020) Beccaria, el hombre cuyas ideas inspiraron nuestro mundo. <https://confilegal.com/20200809-beccaria-el-hombre-cuyas-sus-ideas-inspiraron-nuestro-mundo/>

FRANCESCO CARRARA (1996). Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica. El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara, Medellín, Ediciones Nuevo Foro Penal.

FOUCAULT MICHEL, (2009), Vigilar y Castigar, el nacimiento de la prisión, Editorial Siglo XXI editores.

FOUCAULT, M. (1979). *Microfísica del poder*. Las ediciones de la piqueta.

HOWARD, J. (2003). *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica.

Ley 599 de 2000 por la cual se expide el código penal julio 24 de 2000. Diario Oficial No. 44.097.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 127. Octubre 10 de 1991.

Ley 65 de 1993 por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario agosto 20 de 1993. Diario Oficial No. 40.999.

LEYVA ESTUPIÑÁN MANUEL ALBERTO (2015) La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno, Vol. 37, n.º 101, julio-diciembre de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 133-151. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4612/5320>

LÓPEZ AMORA, Sergio Andrés (2012) “EL PENSAMIENTO HUMANISTA; CESARE BECCARIA Y JOHN HOWARD RESPECTO DE LA REALIDAD JURÍDICO PENAL COLOMBIANA”, En Revista Iter Ad Veritatem 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.

OCHOA BERNATE FRANCISCO, (2004), El Código Penal Colombiano de 1890. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000200017#:~:text=La%20historia%20del%20C%C3%B3digo%20Penal,para%20la%20Rep%C3%ABlica%20de%20Colombia.

- PARADA GARCIA, GILBERTO ENRIQUE, (2009) Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico, Universidad Nacional de Colombia Bogotá, Colombia. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18357-Texto%20del%20art%C3%ADculo-59470-1-10-20110112.pdf
- RAMÍREZ, S. G. (2003). *John Howard: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Fondo de cultura Económica.
- RAMÍREZ, S. G. (2011). *Estudio introductorio: Beccaria: El hombre, la circunstancia, la obra*. Fondo de cultura económica.
- RESTREPO FONTALBO, J. (2008). Codificaciones penales y realidad criminológica en Colombia, Bogotá, Universidad Santo Tomás.
- ROUSSEAU, J.-J. (2005). *El Contrato Social*. Bogotá D.C: Gráficas Modernas.
- SALAZAR CÁCERES, C. G. (2016) Breve historia del derecho penal colombiano, Revista Principia Iuris, Vol. 13, No. 26, pp. 35-53, Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1135/1100>
- SALAZAR CÁCERES, C.G. (2002). Historia de los derechos humanos en las constituciones colombianas. Tunja: Academia Boyacense de Historia.
- VELASQUEZ VELASQUEZ FERNANDO: Consideraciones sobre los principios rectores del nuevo Código de Procedimiento Penal. Medellín, Señal Editora 1987.
- ZAFFARONI EUGENIO RAUL (1992) La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo, Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20052100552

EL SUICIDIO COMO RIESGO ASEGURABLE EN COLOMBIA

Recibido: 09 de agosto de 2023

Aceptado: 14 de agosto de 2023

Helmut Fabian Vargas Acero¹²

1 abogado universidad santo tomas, especialista en derecho de familia de la universidad libre, docente de la escuela superior de administración pública ESAP territorial Boyacá, estudiante de la maestría en derecho privado y de los negocios de la Universidad Libre seccional Bogotá.

2 Artículo de investigación e innovación el cual es una Producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación finalizado “ El suicidio como riesgo asegurable en Colombia”

Resumen

El presente artículo es producto de la necesidad de profundizar y actualizar las nociones existentes en el ordenamiento jurídico colombiano acerca del suicidio como riesgo asegurable en el contrato de seguro de vida, ya que las posturas vigentes en Colombia se encuentran desactualizadas respecto de otros ordenamientos a nivel internacional y por ende son limitantes de la autonomía de la voluntad de los tomadores, lo cual genera una afectación a los derechos máxime cuando en los contratos de seguro de vida, las aseguradoras toman el rol de parte dominante en impositora de las reglas de juego, situación que es notoria en el caso del seguro de vida principalmente con la figura del suicidio, en donde la normatividad vigente no lo considera asegurable, ya que según las aseguradoras esta figura podría tomarse como defraudatoria, por cuanto afirman que la intención del tomador con esta figura siempre esta orientada a defraudar, lo cual no es cierto en todos los casos, ya que pueden existir otras motivaciones para tomar la determinación de suicidarse.

Palabras clave: suicidio, riesgo asegurable, contrato de seguro, autonomía de la voluntad, derecho.

Abstract

This article is the result of the need to deepen and update the existing notions in the Colombian legal system about suicide as an insurable risk in the life insurance contract, since the current positions in Colombia are outdated with respect to other systems at the national level. international and therefore limit the autonomy of the policyholders' will, which generates an affectation to the rights especially when in life insurance contracts, insurers take the role of dominant party in imposing the rules of the game, situation that is notorious in the case of life insurance mainly with the figure of suicide, where the current regulations do not consider it insurable, since according to the insurers this figure could be taken as fraudulent, since they affirm that the intention of the policyholder with this figure is always aimed at defrauding, which is not true in all cases, since there may be another Rare motivations to make the determination to commit suicide.

Keywords: suicide, insurable risk, insurance contract, autonomy of will, law

Introducción

Este trabajo es el resultado de las inquietudes que surgen del ejercicio de la profesión y del análisis profundo realizado respecto al tema de la asegurabilidad del suicidio en Colombia, ya que la legislación vigente en la materia es muy precaria, y la doctrina jurisprudencial tiende a ser confusa, y la sociedad colombiana ha sufrido cambios muy importantes que han conllevado que el suicidio aumente (DANE,2021) sin que el contrato de seguro de vida pueda garantizar plenamente el derecho del beneficiario, a recibir el valor de la póliza cuando el tomador del mismo decide cometer suicidio, ya que solo por este hecho las compañías aseguradoras asumen que lo hacen con el fin de defraudarlas.

Es así que si analizamos la estructura normativa especialmente el Código de Comercio en el título de los contratos de seguros, vemos que nos habla de un contrato consensual entre otras características, sin embargo, esa consensualidad en la práctica no es visible, ya que las mismas aseguradoras asumen un rol dominante especialmente en los contratos de seguros de vida, por cuanto presumen que la decisión de disponer de la vida por parte del tomador asegurado, se fundamenta en el deseo de defraudar a la aseguradora para cobrar el valor de la póliza pactada, sin tener en cuenta que en la mayoría de los casos existen otras circunstancias, psicológicas, sociales, físicas y demás que conllevan a que se tome la decisión de acabar con la vida (DANE, 2021).

Por otra parte, es importante tener en cuenta que actualmente la sociedad no solo Colombiana sino mundial viene sufriendo un proceso de transformación, que tiene su origen en diversas causas de tipo social, económico, físico, etc.; que afectan directamente la parte psíquica y psicológica de los seres humanos, y que conllevan a tomar decisiones como acabar con su propia vida (DANE,2021), claro ejemplo es el efecto pandemia por COVID 19 que el mundo aún sigue viviendo, y más aún en el caso de un país como Colombia donde las circunstancias sociales, económicas, culturales y políticas generan graves afectaciones de tipo psíquico

Ahora bien si analizamos el ordenamiento jurídico en materia de seguro de vida, vemos que el Código de Comercio no hace ninguna mención específica frente al riesgo asegurable, solo las reglas generales que hablan de los actos no asegurables, los cuales al tratarse de una norma de hace más de 50 años no está actualizada a las necesidades de una sociedad y cultura como la actual, en donde las enfermedades de tipo mental, y las condiciones sociales de un país como Colombia pueden llevar a extremos a las personas para que atenten contra su propia vida.

Ejemplo de esto lo encontramos en la Nota estadística de salud mental elaborada por el DANE, en donde encontramos datos alarmantes frente a los suicidios ya que se observa también un aumento en el número total de casos presentados entre el primer

trimestre de 2020 y el primer trimestre de 2021, hecho que generó un aumento en la tasa de suicidio ampliado, la cual pasó de ser de 2,0 a 2,1, lo que en otras palabras se entiende como que dos de cada 100.000 habitantes se suicidaron en el primer trimestre de 2021. (2021, p. 39)

Por otra parte, de acuerdo con la estadística nacional de salud mental del DANE: “para el primer trimestre del año 2021 se registró una tasa de 709 casos de suicidio de los cuales 585 fueron hombres y 124 fueron mujeres” (p.39), estos casos corresponden al periodo de pandemia; así las cosas, vemos que como consecuencia de fenómenos como la pandemia el suicidio ha tenido un incremento exponencial

Es por esta razón que este trabajo buscará realizar un análisis de los diferentes postulados legales, doctrinales y jurisprudenciales existentes en materia de la asegurabilidad del suicidio, con el fin de realizar una propuesta que permita darle una solución a la problemática planteada frente a la asegurabilidad del suicidio.

Método de investigación

el presente artículo enmarcado en una metodología analítico-descriptiva con un enfoque propositivo, donde se realizará un estudio con base en la técnica de indagación documental de fuentes doctrinarias nacionales y extranjeras que con antelación han abordado la temática, aplicando un modelo de investigación hermenéutica, ya que se partirá de un análisis interpretativo de las fuentes documentales, con el fin de comprender el estado del problema en la actualidad.

Teórica, por cuanto se evaluarán las teorías existentes en la materia desde el punto de vista jurídico y psicológico, con el fin de evidencia el estado actual de la problemática y procede a responder la pregunta planteando una nueva teoría jurídica frente al suicidio como riesgo asegurable.

Así las cosas, empezaremos por realizar un análisis descriptivo de la normatividad vigente en materia de contrato de seguros de vida y de riesgo asegurable, esto es el Código de Comercio en sus artículos 1036, 1045, 1054, 1055 y 1151 a 1162; posteriormente estudiaremos la doctrina psicológica en materia de suicidio, así como las estadísticas de suicidio en el caso colombiano, esto para poder comprender las circunstancias que motivan a disponer de su vida y posteriormente un análisis de las teorías frente a la asegurabilidad del suicidio en Colombia, para finalmente haciendo uso del enfoque propositivo plantear una nueva visión frente a la asegurabilidad del suicidio.

1. Breve referencia al contrato de seguro de vida

el seguro es un contrato, por medio del cual una parte denominada asegurador, toma los riesgos, a través de una retribución pactada, obligándose a indemnizar el perjuicio

sufrido por el tomador, cuando ocurra el siniestro. De acuerdo con el artículo 1036 del Código de Comercio, el seguro se caracteriza por ser consensual, bilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva.

Al respecto, algunos autores sostienen:

[...] El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí en un determinado tiempo, todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados. (OSSA, J. 1988, como se cita en Segura, 2019, p. 76)

Así mismo, otro autor lo define como:

aquel por medio del cual una persona legalmente autorizada para ejercer esta actividad, [...] asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada anticipadamente; o, dicho en otras palabras, es aquel contrato por el cual [...] una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador. (Guette, 2015, p. 159)

Este contrato se clasifica en 2 tipos, seguro de personas y seguro de cosas; dentro del seguro de personas que es el que en este momento nos interesa, podemos asegurar la vida propia, la vida de terceros, es decir el seguro de vida.

Frente a este último los autores lo definen como

un contrato en virtud del cual una compañía de seguros, a cambio de una prima única o periódica, se obliga a pagar al contratante de la póliza, o a la persona que éste designe, un capital o una renta si el asegurado fallece, llega a determinada edad, sufre una enfermedad o un accidente que afecta su integridad física. (Ifiran, 2008, citado por Acosta y Cavanna, 2014)

Dentro de los elementos del contrato de seguro de vida según el artículo 1045 del Código de Comercio, tenemos el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

Frente al tema del interés asegurable en el contrato de seguro de vida, en virtud del artículo 1137 podemos concluir que es la vida; al respecto Díaz-Granados Prieto (2015) lo define como aquella preocupación que de buena fe una persona (tomador, asegurado o beneficiario) tiene en la protección, bienestar o conservación de otra (asegurado). La prima es el valor mensual que se va a cancelar en favor de la aseguradora, con el fin de que la primera ampare el riesgo asegurado e indemnice al beneficiario cuando ocurra

el siniestro; la obligación condicional es aquella que asume el asegurador en caso de que se dé la ocurrencia del siniestro. Por último, frente al tema del riesgo asegurable nos referiremos a continuación.

2. Riesgos en el contrato de seguros de vida

De acuerdo con el artículo 1054 del Código de Comercio (2021) este se define como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador” (p.264), la lectura de esta norma nos permite comprender que hay riesgos que son asegurables y riesgos que no son asegurables.

2.1 Riesgo asegurable

lacruz (2013), establece que “un contrato de seguro en el que el riesgo no existe, por ejemplo, porque ya se ha producido el siniestro, es un contrato sin causa” (p.78).

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia (2018) sostiene que los actos potestativos como el suicidio pueden ser asegurables, ya que no están encaminados a defraudar, por cuanto quien toma la decisión de disponer de su vida en muchos casos tiene otras motivaciones diferentes a la de defraudar.

2.2 Riesgos no asegurables

el Código de Comercio en su artículo 1055 nos refiere que no “serán asegurables el dolo, la culpa y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario” (Código de Comercio., 2021). Al realizar una lectura a esta norma podemos entender que no serán asegurables sucesos que dependan de la voluntad humana, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia nos trae una excepción en la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018 sostiene que los actos potestativos como el suicidio pueden ser asegurables, ya que sostiene que “afirmar que el suicidio es un riesgo inasegurables Significaría restringir la libertad contractual de las empresas aseguradoras e ir en contra de lo que ocurre en la realidad de este sector económico” (pp. 12 y13)

3. La psicología del suicidio y la influencia de los factores sociales

El suicidio es definido como el acto por medio del cual una persona dispone de forma voluntaria de su propia vida, al respecto Gutiérrez, Contreras y Orozco, 2006 sostienen “Suicidio es el acto de matarse en forma voluntaria y en él intervienen tanto los pensamientos suicidas (ideación suicida) como el acto suicida en sí.” (p.68, este posee unos efectos tanto internos como externos, frente a las consecuencias externas

que esto genera, Arenas, Gómez y Restrepo sostienen (2016) que “Según el CIE-10, el suicidio es un acto de violencia que genera graves consecuencias para los individuos, las familias, las comunidades y los países, tanto a corto como a largo plazo, pues tiene efectos perjudiciales en los servicios de atención de salud, debido a la cantidad de personas que presentan ideación suicida, aproximadamente 20 personas que lo intentan por cada suicidio consumado” (p. 69).

Frente a las causas que originan el suicidio estas pueden ser físicas, o mentales, para el caso colombiano, se han identificado como factores de riesgo de conducta suicida como lo resaltan algunos autores algunas son:

ser mayor de 45 años, la impulsividad, los eventos vitales adversos, el sexo masculino (excepto en algunos países como China), ser viudo, separado o divorciado, vivir solo, estar desempleado o jubilado, tener antecedentes familiares de suicidio o intentos previos, tener mala salud física, tener armas de fuego en casa o padecer una enfermedad mental. (Arenas, Gómez y Restrepo, 2015, p. 69)

Ahora bien, frente a los factores mentales los principales son las enfermedades mentales como la depresión, la ansiedad y los trastornos bipolares, al respecto (Castro-Díaz et ál. citado por Bedoya. E y Montaña. L, 2016): “Existe mayor riesgo de suicidio en los primeros meses después de ser diagnosticado con algún trastorno afectivo, depresión psicótica y trastorno bipolar”.

3.1 La postura de Durkheim

Durkheim realiza un estudio del suicidio partiendo de las circunstancias sociales en las cuales se desenvuelve el ser humano. En un estudio de la teoría de Émile Durkheim, Palacio (2010) determinó que el suicidio puede ser de tipo altruista, egoísta y anómico; siendo este último el de mayor ocurrencia por los cambios sociales. Por su parte,

Romero y Gonnet (2013) sostienen que “La fluctuación de suicidios de una sociedad a otra no se puede comprender si no es atendiendo a determinados factores regulares a los que se encuentran expuestos los individuos” (p.593).

En este orden de ideas, al analizar la postura de Emil Durkheim frente al tema que nos ocupa es necesario mencionar que el tipo de suicidio que aplica es el anómico, referido por De Castro, García, Galcerán y Trelles (2017):

Este tipo de suicidio que Durkheim discute en su obra se da principalmente por la falta de regulación social, es con esta terminología que el autor intentaba transmitir que son las personas que pierden las normas con las que viven por un rápido cambio social o inestabilidad, como los cambios económicos o problemas íntimos como la división de la pareja. (p. 4)

Así las cosas, es claro que este tipo de suicidio que se genera por los cambios sociales o personales que afronta una persona, no puede enmarcarse per se como un acto volitivo sancionable por parte de la sociedad, lo que da clara muestra de que este acto se aleja totalmente de la idea del suicidio defraudatorio.

3.2 La postura de Foucault

Frente al tema del suicidio Michel Foucault sostiene que este parte de la forma como ha sido desarrollado el uso del poder en la sociedad, ya que de este depende la forma en como el ser humano va a enmarcarse en la misma, al respecto Foucault sostiene “En suma, no es la actividad del sujeto de conocimiento lo que produciría un saber, útil o reacio al poder, sino que el poder/saber, los procesos y las luchas que lo atraviesan y que lo constituyen, son los que determinan las formas, así como también los dominios posibles del conocimiento” (Foucault, 1975, p.34).

En este orden de ideas, Foucault sostiene que situaciones como el suicidio tiene bases sociales y políticas, que parten de la forma como el poder está siendo administrado en la sociedad, como los gobernantes lo utilizan para dirigir los pueblos, así las cosas, este autor también establece que el suicidio como muchas otras circunstancias que vive el ser humano no solamente responden a las circunstancias internas de los mismos, sino también a fuentes externas que pueden llegar a jugar un papel importante en la psiquis del ser humano.

Tal como lo sostienen varios autores:

La obstinación en morir, que implica la imagen del suicidio como miseria, horror, dolor, castigo, sería la forma de saber que se articularía con los grandes dispositivos de poder que buscan administrar la vida. No obstante, la obstinación sería al mismo tiempo una forma de resistencia a esta administración calculadora de la vida; de allí la perplejidad de unos mecanismos de poder que encuentran en el suicidio su límite. (Romero y Gonnet, 2013, p. 598)

3.3 El suicidio en el caso colombiano

En Colombia, de acuerdo con el último boletín de salud mental expedido por el ministerio de salud en el año 2021, el tema del suicidio ha sido abordado desde la perspectiva social y psicológica esto debido a que en los últimos años esta causa de muerte ha venido en aumento, en donde tanto la ideación suicida como el suicidio han arrojado datos alarmantes:

“El número de personas atendidas con el diagnóstico de lesiones autoinfligidas intencionalmente (Códigos CIE10 X60 a X84), en todos los servicios de salud, de 2009

a 2017 (el dato del último año es preliminar), fue de 36.163 casos, con un promedio de 8.036 casos por año” (Minsalud,2018, p.4).

Por otra parte, Arenas, Gómez y Rondón (2016) sostienen:

Se han identificado como factores de riesgo de conducta suicida ser mayor de 45 años, la impulsividad, los eventos vitales adversos, el sexo masculino (excepto en algunos países como China), ser viudo, separado o divorciado, vivir solo, estar desempleado o jubilado, tener antecedentes familiares de suicidio o intentos previos, tener mala salud física, tener armas de fuego en casa o padecer una enfermedad mental. (p. 69)

4. Asegurabilidad del suicidio en el contrato de seguro de vida

4.1 Postura normativa

retomando lo mencionado con anterioridad el contrato de seguro de acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio (2021) posee unos elementos esenciales para su existencia como lo son, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador. Así mismo el contrato de seguro de vida se define como aquel por medio del cual una persona llamada tomador, por medio de una compañía de seguro, asegura para sí o para un tercero llamado beneficiario su vida.

Dentro de los riesgos asegurables dentro del contrato de seguro de vida de acuerdo con el artículo 1054 encontramos, por ejemplo, pérdida funcional de miembros del cuerpo humano, incapacidad total o parcia y la muerte, siempre y cuando esta no haya sido ocasionada por un acto meramente potestativo.

En este orden de ideas, podríamos decir que de acuerdo con la legislación comercial vigente en Colombia el suicidio no podría ser un riesgo asegurable, ya que se considera como un acto meramente potestativo de su causante, razón por la cual quedaría enmarcado en los postulados del artículo 1055 del Código de Comercio establece que “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables” (C.C.,2021).

De este modo, la posición normativa frente a la asegurabilidad del suicidio es negativa toda vez que se trataría de un acto meramente potestativo que no podría ser asegurado.

4.2 Postura jurisprudencial

frente al tema objeto de estudio la jurisprudencia ha sido clara con dos pronunciamientos en los años 2005 y 2018; en el año 2005 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 25 de mayo de 2005 sostuvo que solamente es asegurable el suicidio involuntario de forma plena, mientras que el suicidio voluntario no es un riesgo asegurable, ya que sostuvo

el suicidio inconsciente, el cual se ubica en el terreno de la involuntariedad, es susceptible de seguro, es claro que cuando las pólizas de seguro de vida cubren el riesgo de muerte por suicidio, luego de transcurrido un período de carencia, esa exclusión temporal no puede aplicarse al suicidio que es compatible con el seguro. (Corte Suprema de Justicia, 2005, p. 27).

Frente a este último sostuvo:

En otras palabras, los períodos de carencia se aplican al suicidio voluntario y no al inconsciente, porque como quedó explicado, el riesgo queda cubierto después de iniciado el seguro sin importar la época en que ocurra. Distinto es que, con independencia de su validez, acaecido el suicidio voluntario fuera del término excluido, las compañías de seguros “honren sus compromisos en ese sentido”, como se expresa en el cargo. (Corte Suprema de Justicia, 2005, p. 27)

Por otra parte, la misma corporación en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2018 sostuvo que el suicidio es asegurable sea voluntario o involuntario, siempre que la voluntariedad no tienda a defraudar a la aseguradora, al respecto menciona que

La voluntad de suicidarse no tiene que coincidir con la intención de defraudar al asegurador, dado que basta la existencia de una voluntad o querer dirigido a la muerte para que sea un riesgo asegurable. En cambio, como acto inasegurable se requiere la elección libre y la conducta Premeditada de defraudar a la aseguradora. (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 12)

Así mismo sostiene

Contra el entendimiento de los pensadores de la Ilustración para quienes los actos humanos eran producto de su libre determinación, la teoría organicista de la sociedad explico que aun cuando la acción individual puede tener un componente volitivo, la finalidad de tal acción frecuentemente es involuntaria. (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 15)

Por otra parte, esta corporación al estudiar los postulados de Durkheim sostuvo que:

El enfoque sociológico lineal –determinista de Durkheim si bien comporta una superación del modelo organicista de Spencer, ha sido fuertemente criticado por

restar importancia a la capacidad de los individuos para cambiar el entorno social y por considerar a la persona como simple objeto pasivo de los designios de la presión social. Según esta corriente, el individuo no tendría mayor responsabilidad por sus actos; y la conducta suicida, a pesar de incorporar un componente volitivo, sería únicamente el resultado de fuerzas externas que se imponen al sujeto. (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 15)

Finalmente, concluye que

De ahí que ese riesgo queda cubierto por la póliza desde el comienzo de su vigencia, sin que sea admisible imponer a la parte que adhiere a un contrato de seguro de vida cláusulas abusivas que tienen por finalidad presumir su mala fe o intención fraudulenta, con el fin de excluir el pago del siniestro por hechos que no dependen de la exclusiva voluntad o la mera potestad del usuario de seguros, que es, precisamente, el objeto de ese negocio jurídico. (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 38)

Postura doctrinal

El tema ha despertado un debate jurídico interesante debido a lo novedoso de su tratamiento, ya que como lo hemos mencionado anteriormente, la normatividad no da una respuesta firme al problema planteado, y la jurisprudencia solo ha realizado 2 planteamientos al respecto; este debate ha sostenido 2 posturas que son la viabilidad del aseguramiento del suicidio y la inviabilidad del aseguramiento de este.

Frente a la primera postura parte de lo estipulado en el artículo 1055 del Código de Comercio que establece que “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurable” (Código de Comercio, 2021), partiendo de este postulado y al afirmar que para hablar de suicidio debe mediar la voluntad de la persona, puede enmarcarse en los actos meramente potestativos, razón por la cual en virtud de esta disposición normativa este acto no puede ser asegurado, ya que se enmarca en la prohibición legal.

Dentro de los defensores de esta postura encontramos a Jorge Escobar y Nicolas Quintero, quienes sostienen que “al ser el suicidio un fenómeno volitivo, la dualidad que hace la jurisprudencia de este, entre voluntario e involuntario, hoy en día carece de sentido jurídico y práctico. La eliminación de dicha distinción altera el equilibrio financiero del contrato de seguro de vida afectando, particularmente, la actividad aseguradora” (Escobar y Quintero, 2020, p.112). Así mismo, Natalia Roncancio afirma

“Es así como, existiendo voluntad del asegurado, nos encontraríamos dentro de la hipótesis planteada en el C. Co en lo relativo a los riesgos inasegurables y puntualmente a que los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario no podrían ser objeto de cobertura, pues se podría llegar a desnaturalizar lo que hoy se entiende como el contrato de seguro” (Roncancio et ál., 2018.)

Por último, Gómez y Vallecilla (2017) sostienen que el suicidio no puede ser asegurable en Colombia, de acuerdo con la legislación comercial vigente ya que no son riesgos que puedan ser amparados.

Frente a la segunda teoría que afirma la viabilidad de la asegurabilidad del suicidio como lo mencionamos con antelación, la Corte Suprema de Justicia solo permite la asegurabilidad de este siempre y cuando sea inconsciente, ya que este sale de la órbita de los actos meramente potestativos y podría enmarcarse como un acto asegurable a la luz de lo estipulado por el artículo 1055 del Código de Comercio.

Dentro de los defensores de esta postura encontramos a García y Rey que sostienen:

Así, si nosotros intentamos dilucidar el cumplimiento de los preceptos constitucionales de las aseguradoras de cobijar a todas las personas en igualdad de condiciones, estaríamos de acuerdo con la clasificación realizada por la Corte, al definir que el suicidio inconsciente es un riesgo asegurable, y por tanto las compañías pueden pactar su cobertura y estaríamos en desacuerdo con aquellos que proponen que carece de sentido alguno porque todo acto de suicidio es voluntario”. (García y Rey, 2017)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil sostuvo

El mismo autor, con cita de Antonio Mejía Jaramillo, que comparte, expresa que “el suicidio no deliberado, que es el producido en un estado en el que el asegurado no adquiere cabal juicio del alcance y la gravedad de su acto, es compatible con el seguro. Su calidad de inconsciente, o sea, la no intervención exclusiva de la voluntad del asegurado, al instante de darse la muerte, lo hace asegurable, no importa la época en que ocurra después de iniciado el seguro” (Corte Suprema de Justicia, 2005, p.27.)³

Por último, tenemos a Botero que establece una doble condición, la cual es o que el suicidio sea involuntario o que se establezca una cláusula de periodo de carencia para evitar defraudar a la aseguradora, al respecto sostiene “el suicidio puede ser asegurable mientras sea involuntario o se pacte una cláusula de periodo de carencia en caso de ser voluntario” (Botero 2018.).

Finalmente, Ladino y Caro sostienen:

La voluntad de suicidarse no tiene que coincidir con la intención de defraudar al asegurador, dado que basta la existencia de una voluntad o querer dirigido a la muerte para que sea un riesgo asegurable. En cambio, como acto inasegurable se requiere la elección libre y la conducta premeditada de defraudar a la aseguradora. (Ladino y Caro, 2020, p. 86)

3 En términos generales, en igual sentido se pronuncia la doctrina nacional (J.E.O.G., Teoría General del Seguro, pp. 100-102).

Postura internacional

El problema que estamos estudiando también ha tenido un análisis en los ordenamientos internacionales partiendo de 2 teorías que son la asegurabilidad del suicidio y la inasegurabilidad del suicidio, por ejemplo, el Parlamento Europeo en el año 2015 al expedir los principios de derecho europeo del contrato de seguro tomo la postura del suicidio inconsciente como el único inasegurable, para lo cual sostuvo en su artículo 17:502

Si, después del transcurso de un año desde la conclusión del contrato, la persona en riesgo se suicida, el asegurador será liberado de su responsabilidad de pago del capital. En ese caso, el asegurador pagará el valor de rescate y cualquier beneficio generado de acuerdo con el Artículo 17:602. El párrafo 1 no será de aplicación si: (a) La persona en riesgo, en el momento de suicidarse, actúa en un estado mental que le impide tomar libremente la decisión; (b) Queda probada cualquier duda razonable acerca de la intención de suicidio de la persona en riesgo en el momento de concluir el contrato. (art. 17:502)

Por otra parte, en España se asume la postura de la asegurabilidad del suicidio limitando su asegurabilidad a través de cláusulas de periodo de carencia o excluyendo su asegurabilidad cuando se trata de suicidio voluntario, ejemplo de esto lo encontramos en la ley 50 de 1980 en su artículo 93 establece “Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato. A estos efectos se entiende por suicidio la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado.” (ley 50, 1980). Así mismo Abel Veiga Copo sostiene:

El suicidio es hoy tanto un riesgo asegurable como asegurado. Como también lo es, y puede ser, su exclusión legal y convencional. Una exclusión que puede ser total o supeditarse a un determinado periodo temporal. Exclusión que, de haberla, ha de ser expresa, constatada por la aseguradora. (Copo, 2020, p. 26).

En cuanto al derecho latinoamericano tenemos el caso uruguayo en donde se refieren a los riesgos no asegurables, los cuales los deja a disposición de la aseguradora, y deben ser claros, al respecto la ley 19.678 de 2018 en su artículo de 16 sostiene que

“los riesgos excluidos por las condiciones de la póliza deberán ser informados en forma clara, precisa y suficiente y constar en caracteres destacados y fácilmente legibles. Si constaran en documento separado, deberá hacerse referencia a este en el texto de las condiciones particulares” (Ley 19.678, 2018, Art. 16).

Por otra parte, tenemos el caso peruano en donde el suicidio no es asegurable salvo que el contrato lleve más de 2 años de vigencia, al respecto la ley 29.946 de 2012 en su artículo 125 sostiene “El suicidio consciente y voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigencia ininterrumpidamente por dos (2) años” (Ley 29.946, 2012. Art 125), es decir se establece

un periodo de carencia legal, así mismo el derecho mexicano establece la asegurabilidad del suicidio con un periodo de carencia, al respecto la ley del contrato de seguro de 1935 en su artículo 186 sostiene que

La empresa aseguradora estará obligada, aun en caso de suicidio del asegurado, cualquiera que sea el estado mental del suicida o el móvil del suicidio, si se verifica después de dos años de la celebración del contrato. Si el suicidio ocurre antes de los dos años, la empresa reembolsará únicamente la reserva matemática. (Ley de seguro, 1935, Art. 186)

Otro caso de la asegurabilidad del suicidio condicionada la encontramos en el caso argentino en donde se establece un periodo de vigencia del contrato de 3 años, al respecto la ley 17.418 de 1967 sostiene “El suicidio voluntario de la persona cuya vida se asegura, libera al asegurador, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por tres años” (Ley 17.418, 1967).

Por último, tenemos el caso chileno en donde la asegurabilidad del suicidio queda supeditada a un periodo de carencia de 2 años, esto lo refiere la ley 20667 de 2013 que en su artículo 598 establece “salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado sólo quedará cubierto a partir de dos años de la celebración del contrato, o de haber estado vigente el seguro por igual plazo en virtud de sucesivas renovaciones” (Ley 20667, 2013, Art 598).

Después de hacer este recuento normativo encontramos que a nivel internacional el suicidio únicamente puede ser asegurable, si se trata de suicidio involuntario o por intermedio de una limitante legal o convencional denominada cláusula de periodo de carencia.

Conclusión

EL contrato de seguro al ser consensual debe buscar un consenso entre las partes y respetar la autonomía de la voluntad al pertenecer al orden privado, sin embargo esto resulta ser complejo toda vez que siempre se presenta un desequilibrio contractual, en donde las empresas aseguradoras terminan imponiendo las condiciones con las que se va a desarrollar el contrato, estas situaciones limitan la autonomía de la voluntad del tomador, sin embargo está permitido por la ley comercial, lo cual lo hace licito y legal.

No obstante, se presentan inconvenientes con figuras como la que hemos venido estudiando en este artículo que es el suicidio en donde siempre ha sido notorio el favorecimiento a las aseguradoras, ya que se limita la figura a circunstancias especiales, que pueden ser definidas por la ley o que vienen estipuladas en el clausulado del contrato de seguro.

Esta situación no ha tenido un tratamiento correcto ni a nivel nacional ni internacional, para el caso nacional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los dos pronunciamientos estableció que el suicidio solo puede ser asegurable cuando se trate de suicidio inconsciente,

el cual está por fuera de la voluntariedad racional del ser humano es decir, es el que se enmarcaría en los actos no potestativos, lo cual lo hace un riesgo asegurable a la luz del artículo 1054, y que muchos tratadistas como ya lo estudiamos lo apoyan.

Sin embargo, frente a este punto se tiene una discrepancia ya que el suicidio al ser definido como el acto en que una persona dispone de su propia vida requiere de la capacidad de decisión y la voluntariedad para ejecutar el acto, con lo cual la figura del suicidio inconsciente no sería viable, razón por la cual solo el suicidio consciente sería el único existente, y que podría ser asegurado, partiendo del principio de la autonomía de la voluntad que permea los contratos comerciales, que permite asegurar la vida y las circunstancias que deriven de la protección de esta.

Ahora frente al riesgo de que la aseguradora pueda ser defraudada con el suicidio, esta al ser la parte fuerte de la relación contractual, puede utilizar todas las herramientas a su cargo desde el mismo momento de los estudios previos a otorgar el contrato de seguro para garantizar que el asegurado no atente contra sus intereses, como por ejemplo los estudios psicológicos y psiquiátricos, que certifiquen que el asegurado se encuentra en plenas condiciones mentales.

Por otra parte al analizar las consideraciones psicológicas que orientan la conducta suicida y la influencia de los factores sociales que pueden presentarse, tal como lo dijo sostuvieron Foucault y Durkheim, el suicidio parte de las consideraciones sociales que afronta cada persona, por ejemplo en el caso de Latinoamérica, y principalmente en Colombia en donde la brecha de desigualdad es muy grande, y en donde las situaciones de maltrato y violencia que se viven día a día afectan a sus habitantes de forma física y psíquica, es muy complejo afirmar que en todos los casos en que una persona que ha adquirido un seguro de vida que tenga dentro de los riesgos el suicidio, cometa el suicidio con el fin de defraudar a la aseguradora.

Por otra parte, tampoco es viable exigir un periodo de carencia para la asegurabilidad del suicidio, ya que en primer lugar vulneraríamos los derechos de la parte débil de la relación contractual como lo es el asegurado, al limitar la potestad de asegurar el suicidio a un periodo de tiempo determinado, esto por cuanto la autonomía de la voluntad que es un principio fundante del derecho privado se vería afectada con estas disposiciones contractuales, ya que se le da la potestad a la aseguradora de definir cuándo debe y cuándo no debe ser asegurado el suicidio, situación que hace gravosa la posición del asegurado y del tomador y afectaría otros negocios jurídicos que puedan depender del contrato de seguro.

Por todo lo anterior es necesario que el suicidio consciente e inconsciente se deben asegurar sin traba alguna, ya que como se ha venido manifestando no existe ninguna inseguridad jurídica, por cuanto se cumpliría con la finalidad del contrato de seguro que es proteger a la persona en caso de la ocurrencia del siniestro y por otra parte favorecer económicamente a la empresa aseguradora, así mismo en caso de que se pueda presentar una intención de defraudar la aseguradora cuenta con los recursos suficientes para poder establecer si esa es la finalidad del asegurado con el acto del suicidio o si por el contrario media una circunstancia orientada a otro fin diferente al ánimo de defraudar.

Referencias bibliograficas

Doctrinales

- Arenas, A., Gómez-Restrepo, C., y Rondón, M. (2016). Factores asociados a la conducta suicida en Colombia. Resultados de la Encuesta Nacional de Salud Mental 2015. *Revista colombiana de psiquiatría*, 45, 68-75. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0034-74502016000500010&script=sci_abstract&tlng=en
- Acosta, M. L., y Cavanna, L. I. (2014). La reticencia en el contrato de seguro de vida a la luz de los nuevos proyectos. *Revista de la Facultad de Derecho*, (37), 53-78.
- Amaya Suárez, M. A. (2020). El suicidio como riesgo asegurable en Colombia: Un análisis jurisprudencial a partir de la teoría del precedente judicial. *Revista CES Derecho*, 11(2), 88-107.
- Botero Arango, S. (2018). El seguro de vida: regulación y estado actual de la jurisprudencia en la materia. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/36517>
- Bedoya Cardona, E. Y., y Montaña Villalba, L. E. (2016). Suicidio y trastorno mental. *Revista CES Psicología*. Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/17226>
- Copo, A. B. V. (2020). Suicidio y aseguramiento. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, (2), 6-39.
- De Castro, P, García, M, Galceran, M, Trelles, F (2017). LA SOCIEDAD Y EL SUICIDIO ¿Si no viviéramos en sociedad, existiría el suicidio?, *Estudios Económicos Y Sociales Cinthia Vignola*, 1-14.
- Escobar Mesa, J. A., y Quintero Pérez, N. (2020). El suicidio como riesgo asegurable: análisis de las principales problemáticas legales alrededor de este fenómeno a propósito de la Sentencia SC-5679 de 2018. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/51626>
- García Quiroga, S., y Rey Jiménez, A. M. (2017) Poder contractual mercantil de las aseguradoras frente al suicidio voluntario. (Trabajo de grado). Pontificia

Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41233>

Gómez Martínez, D., y Vallecilla Villegas, C. C. (2017). La cobertura del suicidio en el contrato de seguro de vida en Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/10111>

González Fernández, J. P. (2015) El contrato de seguro en el marco de la legislación comercial. (Trabajo de grado). Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/9445>

GUETTE HERNÁNDEZ, D. M. (2015). Prácticas abusivas en los contratos de seguro: la cláusula de preexistencia. *Advocatus*, (24), 157–169. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.999> .

Gutiérrez-García, A. G., Contreras, C. M., y Orozco-Rodríguez, R. C. (2006). El suicidio, conceptos actuales. *Salud mental*, 29(5), 66-74. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/582/58229510.pdf>

Jaramillo Mor, Carlos Esteban. La asegurabilidad del suicidio en el Derecho contemporáneo: Evolución histórica y su proyección en el Derecho comparado y colombiano, 54 *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 227-272 (2021). Recuperado de: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.asdc>

Lacruz Mantecón, M. L. (2013). Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo. Madrid, Spain: Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unilibre/46529?page=72>.

Ladino, J. A. P., y Caro, D. S. A. (2020) El fenómeno social del suicidio: un problema de salud pública en Colombia. Dirección editorial. Recuperado de <https://americana.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2020/11/Realidades-transversales-al-derecho.pdf#page=72>

Lambrano Cáceres, J., Barón Ulloa, M., Yepes Ojeda, S. T., y Rueda Serrano, M. G. (2009). Propuesta para que el suicidio sea aceptado como riesgo asegurable en Colombia sin incluir periodos de carencia. (Trabajo de grado). Universidad la Sabana, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5203>.

Moreno, M. (2019). El suicidio como riesgo asegurable. *Revista Fasecolda*, (175), 64-67.

Muñoz, I. A. (2018). Neurobiología del suicidio. Cuadernos del Tomás, (10), 17-47. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6573026.pdf>.

Palacio, A. F. (2010). La comprensión clásica del suicidio. De Émile Durkheim a nuestros días. *Affectio Societatis*, 7(12), 6. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3703186>

Romero, M. A., y Gonnet, J. P. (2013). Un diálogo entre Durkheim y Foucault a propósito del suicidio. *Revista mexicana de sociología*, 75(4), 589-616.

Roncancio, N. A. D., Ordoñez, J. S. H., Salas, D. A. M., Vargas, D. P., Plazas, S. R., Carrillo, D. A. T., y Vélez, M. J. (2018). Identificación y análisis comparativo de las tendencias jurisprudenciales de la Superintendencia Financiera de Colombia y la Corte Suprema de Justicia relativas al contrato de seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, 27(48), 169-236.

Segura, K. Nulidad relativa del contrato de seguro por declaraciones en el estado del riesgo por parte del tomador. *Derectum*, 2019, vol. 4, no 1, p. 71-95.

Normativas

Cámara de diputados del h. Congreso de la unión. (31 de agosto de 1935) Ley Sobre El Contrato De Seguro. [Ley]. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/211.pdf>

Código de Comercio [Código]. (2021) 44^a ed. Legis.

Congreso Nacional de Chile. (9 de mayo de 2013) Ley que Regula El Contrato De Seguro. [Ley 20667 de 2013]. Recuperado de: <http://bcn.cl/2bfys>.

Congreso Nacional de Perú. (27 de noviembre de 2012) Ley que Regula El Contrato De Seguro. [Ley 29946 de 2013]. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29946-LEY.pdf

Jefatura de Estado (8 de octubre de 1980). Ley que Regula El Contrato De Seguro. [Ley 50 de 1980]. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-22501-consolidado.pdf>

Parlamento Europeo (1 de noviembre de 2015). Principios De Derecho Europeo Del Contrato De Seguro [Principios]. Recuperado de: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73919/20100430ATT73919EN.pdf>

Parlamento del Uruguay (26 de octubre de 2018). Aprobación De Modificaciones En El Marco Legal Del Mercado De Seguros [Ley 19.678 de 2018]. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19678-2018>

Poder Ejecutivo Nacional de Argentina (30 de agosto de 1967). Ley De Seguros. [Ley 17.418 de 1967]. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-17418-39520>

Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de mayo de 2005) Sentencia Sc 7198-2005. [MP Jaime Alberto Arrubla Paucar], recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2018) Sentencia Sc 5679-2018. [MP Ariel Salazar Ramírez], recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/jurisprudencia/>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de julio de 1999) Sentencia S 026-1999. [MP Nicolas Bechara Simancas]. Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/gacetas-judiciales1/>

LA MÚSICA HEAVY METAL: UNA REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA. ACERCAMIENTOS VS DISTANCIAMIENTOS CON EL DERECHO PENAL¹

HEAVY METAL MUSIC: A CRIMINOLOGICAL REFLECTION APPROACHES VS DISTANCES WITH CRIMINAL LAW

Recibido: 25 de febrero de 2023

Aceptado: 01 de marzo de 2023

Juan Sebastián Rois Buitrago²
Juan Carlos Contreras Garibello³

1 El presente artículo corresponde a un producto de investigación ejecutado en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Libre sede Candelaria - Bogotá Colombia.

2 abogado egresado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico jsrb94@hotmail.com - juans-roisb@unilibre.edu.co AI. Artículo de investigación científico y tecnológico. ORCID 0000-0001-5553-3304. Celular +573043936293.

3 Abogado egresado de la Universidad Cooperativa sede Ibagué, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico juancontreras280812@gmail.com - juanc-contrerasg@unilibre.edu.co AI. Artículo de investigación científico y tecnológico. ORCID 0000-0001-8762-8578. Celular +573185586545.

Resumen

La cultura del *Heavy Metal* en Latinoamérica, en sus inicios ha sido objeto de cuestionamiento por un sector importante de la sociedad, a tal punto de ser etiquetada como generador de la conducta punible o desviada, por el supuesto de no compartir principios y valores tradicionales. Esta investigación pretende establecer cómo se han activado diversas formas de control en países como Colombia, México, Brasil, Argentina y Chile, bajo la creencia de que las personas que son seguidoras de este género musical son propensas e inducen realizar actos socialmente inadmitidos, como incentivar la violencia, guerra, consumo de sustancias estupefacientes y de actos que atentan la integridad y/o formación sexual es decir, ella esta direccionada a hacer apología al delito o por el contrario exalta y denuncia las violaciones a los principios base de una sociedad, como la justicia, paz, cuidado por el medio ambiente, entre otros, y resultan ser un catalizador del proceder de grupos humanos en especial el mundo de los jóvenes.

Palabras Clave: Heavy metal, cultura, normas, control social (formal e informal), conducta desviada.

Abstract

Since it beginning, the heavy metal culture has been object of questioning by an important segment of society, to the point of being labelled as a generator of punishable or deviant conduct, supposedly because this culture doesn't share the traditional principles an values of society. This research aims to establish how countries as Colombia, Mexico, Brasil, Argentina and Chile have activated different forms of control in the belief that followers of this musical genre prone and induce to perform social rejected acts, such as violent acts, war, consumption of narcotic drugs and acts that impinge physical or sexual integrity. But, ¿is the heavy metal culture directed to make apology for crime ? or on the contrary, ¿ does it enhances and denounces violations of basic society principles as justice, peace, care for the environment, among others, turning out to be a catalyst for humans, especially for youth?

Keywords: Heavy metal, culture, norms, social control (formal and informal), deviant behavior.

Introducción

En la historia social, la música siempre ha representado un factor importante para la cultura de todo territorio, dado que el colectivo la implementa para poder transmitir y describir diferentes circunstancias propias de los contextos humanos, tanto así que

permite la descripción de toda clase de sentimientos y emociones —que en muchas ocasiones no son aceptados de manera popular, tales como ira, insatisfacción, la rebeldía, la apatía, la insurrección, entre otras, que no son ajenas a un grupo o incluso a una sociedad—, pero que, sin embargo, llegan a generar cierto “malestar” cuando se abordan de manera directa. No obstante, con dichos sonidos —combinación entre notas musicales y letras— se ha podido conocer la forma en que piensa un grupo en específico, pues allí se manifiestan sus fortalezas como dificultades que atraviesan las personas en su trasegar diario.

Tal es la importancia de la música entre ellas el *Heavy Metal* que el conglomerado social ha podido denunciar toda clase de atropellos, irregularidades ejercer oposición frente a hechos que coartaban los derechos fundamentales, como, por ejemplo, la posibilidad de decidir si se participa o no en guerra para conservar la libertad, territorio y su cultura, la libre expresión, el derecho a la educación, por nombrar solo algunos aspectos que, sin duda, han permitido llegar a diversos espacios que en principio eran restringidos y que muchas veces van en contravía de normas y valores forjados en una cultura determinada. El papel de la música Heavy Metal, en cuanto a su reconocimiento, no ha sido pacífico, pues al ir en contravía de las instituciones establecidas por el colectivo generan un conflicto entre lo legítimo o ilegítimo o lo no aceptado por la sociedad.

En la música existe una gran variedad géneros que que ha generado el etiquetamiento de ciertos estilos bajo una concepción ética y moral dualista y retrógrada de bien o mal, que da cabida a las múltiples alternativas que pueden generarse en el basto universo humano.

El presente artículo toma de modo específico el caso del *heavy metal*, que en muchas ocasiones se ha tratado de censurar o inclusive se le ha atribuido la influencia directa en la comisión de conductas apreciadas como desviadas, porque en muchas de sus letras o de las bandas que la producen se hace alusión a patrones que no han sido aceptados por las instituciones de control social formal e informal, y que en múltiples escenarios se les señalaba como personas consumidoras de drogas, que propician la creación de pandillas, que son irreverentes y rebeldes, por no ir a favor de normas arcaicas (Rodríguez, 2015).

Dentro del contexto musical del *heavy metal* producido en Latinoamérica, que históricamente se encargó de demostrar y visibilizar la realidad política, social, cultural, en la búsqueda constante para eviar su censura, ya que, en muchas de sus canciones, se llega a hacer apología a temas como la muerte, el narcotráfico, la violencia, la rebeldía, la depresión, por nombrar solo algunos, haciendo que se produzca de modo directo el choque con los valores mayoritarios, las concepciones morales y el establecimiento institucional, impuestos por la sociedad latinoamericana, encuentro que se ha construido gracias a la implementación de su propio lenguaje, forma de vestir y símbolos únicos que se comparten en todo el mundo, incluidos en los fenómenos de globalización, que no son ajenas a la música metal latina (Gallegos, 2011).

Si bien existe una lucha por apagar su voz por parte de las autoridades, es cierto que se les ha permitido construir y ganar espacios de promoción; no obstante, instituciones sociales como la familia, la religión y la educación, entre otras, la estereotipan como “mala música, mala influencia”; y le atribuyen a este género musical su influjo directo e indirecto en la comisión de conductas denominadas como desviadas, sin tener en cuenta que mucha de este género tiene una relación estrecha con la música tradicional y clásica (Torres, 2014).

En este sentido, con el presente estudio se permitirá aclarar cómo es la relación entre la cultura del *heavy metal* latinoamericano y las instituciones de control social formal e informal (familia, educación y religión, y otros), tras considerar que este género musical va en sentido contrario de los valores mayoritarios preestablecidos por el colectivo, a tal punto que sea necesario la intervención de estas instituciones para reprimir su condición promotora de actos —directa o indirecta— en la comisión de conductas socialmente desaprobadas.

Por tal motivo, la pregunta que se pretende desarrollar en este artículo de investigación es: ¿Porque el heavy metal latinoamericano se considera una cultura o contracultura proclive a la creación de conductas desviadas o punibles?

La metodología usada para esta investigación es de tipo documental y descriptiva, y parte de un análisis de las diferentes teorías que rescatan los términos de cultura —contracultura, control social informal, conducta desviada— para ello se describirá la manera general cómo ha sido concebido el *heavy metal* en la sociedad y se complementará con el estudio de diferentes canciones de bandas latinoamericanas que abordan y describen algunos problemas sociales, políticos y culturales, a fin de escenificar algunos aspectos donde esta música llega a controvertir los valores mayoritarios de una sociedad, con el consecuente cuestionamiento de las instituciones tradicionales.

El artículo realizará un análisis del desarrollo del concepto de cultura desde una concepción de valor o norma social y la participación de la música en ella; también tendrá en cuenta el papel de las instituciones sociales que llegan a activar el control social —tanto formal como informal— y cómo estas pueden llegar a interactuar a través de una segunda mirada; se describirá la interacción de los grupos sociales con relación al concepto de conducta o grupo desviado, de tal suerte que tengan que intervenir instituciones de control para su limitación y vigilancia, y finalmente llegar al estudio de la música *heavy metal* latinoamericano como determinante —opositor o no— de los valores mayoritarios de la sociedad.

Las normas culturales, control social y reacción social

Cultura y norma cultural

El concepto de cultura a lo largo de la historia ha pasado por diferentes conceptos; dentro de ellos se ha observado que eventualmente se puede llegar a entender como aquellas pautas de comportamiento que le permiten a una persona o grupo de ellas desenvolverse en una colectividad, que pueden llegar a ser transmitidos de generación en generación, valiéndose del uso de diferentes áreas del conocimiento como el arte, la religión o símbolos, que pueden modificar o revalorar, según las necesidades que vayan surgiendo, las dinámicas propias de la sociedad (Busquet, 2015). Esta lo ha logrado gracias al uso o implementación de objetos representativos, vestimenta, maquillaje, entre otros, y a su creación y transmisión fundamentados en instituciones formales como la Ley y otras que la doctrina define como informales, llámese instituciones educativas, familiares o religiosas, que cuentan con una influencia considerable tanto a nivel individual como colectivo, y que fundan sus valores tras pasados y de los cuales se espera su cumplimiento, sin mayor clase de dilaciones o negativas (Giménez, 2016).

El hombre como un ser social se encuentra atado a un medio cultural, de modo que se vio en la necesidad de construir una serie de elementos que le permitan desenvolverse y convivir de manera pacífica, por tal motivo creó e implementó una variedad de pactos, convenciones o normas que pueden regular y determinar tanto la conducta individual como grupal, en búsqueda del beneficio llamado el *bien común*; dichas reglas no necesariamente tienen que ser exclusivas para una comunidad o grupo social, que son compartidas por diferentes colectividades, y esto se debe gracias a los procesos de globalización en donde se transmiten los símbolos o signos que llegan a ser admitido por el colectivo.

Este proceso se ha valido de normas que, si bien de entrada no implican un carácter punitivo, sí generan o llegan a entenderse como un desvío que amerita un llamado de atención o en casos más extremos ocasiona la condena por parte del colectivo, con el fin de preservar y/o conservar la armonía, que en muchos casos proviene de una fuente legal o judicial; asimismo existen otra clase de comportamientos que vetan acciones de manera directa pues tienen su origen en pactos convencionales y se transmiten con los usos y hábitos en los procesos de crianza y socialización (Melgarejo, 2017).

El ser humano —en su afán por lograr una identidad— se ha puesto en la tarea de construir e implementar una serie de signos que son propios de la cultura en la que se desarrolla; con dichos emblemas, la comunidad despierta toda una serie de sentimientos que conmueven el colectivo; con ellas se establecen las ideas, sentimientos e incluso las creencias que no pueden ser desconocidos por el combinado (Izquierdo, 2010).

Con el fin de preservar los valores propios de una cultura, la sociedad ha creado una serie de reglas: según Cohen (1992) en su descripción de norma cultural:

El colectivo ha creado una serie de reglas que demuestran una norma cultural es un patrón establecido de lo que un grupo espera (o acepta) en cuanto a un pensamiento y conducta. Estas expectativas y conductas resultantes varían muchas veces de una cultura a otra. Las normas culturales adoptan formas muy diferentes algunos de los cuales se esbozan a continuación: 1. los valores son sentimientos enraizados en los miembros de una sociedad, que generalmente señalan pautas de acción y comportamiento de los individuos. 2. Las tradiciones son las formas acostumbradas y usuales de actuar dentro de una sociedad 3. Las costumbres contienen implicaciones significativas acerca de lo correcto e incorrecto para una sociedad, las costumbres de una sociedad a menudo están incorporadas en su sistema legal y enseñanzas religiosas. Las leyes constituyen costumbres de especial significación formalizadas a través de reglas. Quienes quebrantan estas reglas se ven amenazadas por el castigo legal. (1992, p. 25)

De acuerdo con Cohen (1992), se puede ver cómo a través de la cultura se ha establecido toda una serie de instituciones y normas que dominan la conducta individual y grupal de las personas, que llegan a transmitirse desde la noción de vida en colectivo; sin embargo, dichas normas no han sido estáticas pues son objeto de constantes y progresivas modificaciones, controladas o adaptadas según las necesidades propias del convivir social. Por otra parte, es claro cómo las normas dejan de entenderse como simples pautas de comportamiento, pasando a un plano positivo.

Conducta desviada y desviación grupal

En el desarrollo de la cultura existe un fenómeno que ha sido denominado por la literatura especializada como la conducta desviada, concepto que sirve para diferenciar qué clase de hechos o conductas son apropiadas para el desarrollo de una comunidad; el desvío aparece cuando una persona o varias están inconformes con ciertas normas que, de ser desatendidas, pueden llegar a considerarse como obras o hechos negativos (Cohen, 1992). Ahora bien, antes de entrar a definir qué es una conducta desviada es necesario indicar cuáles son las formaciones culturales que han sido definidas por Herrera (2017):

La cultura dominante sería la que determina el horizonte mental básico, las prácticas culturales que articulan los principales procesos sociales de una sociedad, sea porque la comparten la mayoría de sus integrantes, sea porque dispone de mayor capacidad para diseminar sus valores y para invisibilizar o desprestigiar los de las otras culturas de la misma formación. Cuando ambas razones se unen, y la cultura dominante logra imponer sus prácticas como el marco básico con que la mayoría de una sociedad da sentido a su experiencia, hablamos de cultura hegemónica, ideal al que aspira toda cultura dominante. Las culturas marginales, por su parte, serían las operantes al interior de grupos que, por su número o, más importante aún, su posición social, no

son reconocidos por la cultura dominante como fuerzas sociales vigentes al interior de una sociedad. En general, los adherentes a culturas marginales no escogen pertenecer a estas, sino que nacen en su seno. Las subculturas, en cambio, son las conscientemente adoptadas por grupos minoritarios que se identifican de manera explícita con un conjunto de prácticas que, sin ser las dominantes, no cuestionan los valores centrales de la cultura dominante en la cual se insertan. Por último, las contraculturas serían las articuladas alrededor de prácticas en explícita oposición a sus contrapartes de la cultura dominante. (2017, p. 274-275)

Lo anterior recobra vital importancia porque de ahí se pueden comprender los distintos tipos de dinámicas que se ven en la sociedad, y es que existen grupos predominantes que fijan las pautas que deben ser atendidos por los entes que llegan a ser subyugados, y que pueden llegar a compartir o en su defecto a aceptar unos valores o reglas, así como otros que presentan una clara oposición, que se manifiestan de múltiples maneras, como, por ejemplo, las expresiones artísticas que alzan, en ciertos contextos sociales con coyuntura histórica vital, una voz de protesta y se catalogan o etiquetan como desviadas.

Esto retoma importancia cuando se menciona que “el etnocentrismo tiende a expresar la creencia de que el grupo étnico propio es el más importante o que la mayoría de sus rasgos de la cultura propia sean predominantes o superiores a los de otros grupos étnicos” (Cruz Pérez et ál., 2018, p. 180). Este concepto es importante porque permite ver cómo a través de la historia social se ha caracterizado y diferenciado ciertas conductas contrarias, al punto de llegar a censurarlas e inclusive perseguirlas.

El concepto de conducta desviada se ha nutrido del derecho penal, que ha traído a colación diferentes hechos que causan daño un social relevante y que son rechazadas de plano por el colectivo o algunos sectores sociales, tales como la dependencia a las drogas, las diferentes clases de enfermedades mentales o inclusive los gustos sexuales; por tanto, se encuentran en aspectos que tiene una represión no solo desde un tipo formal, sino que también llegan a atravesar cualquier ámbito de la sociedad, que no necesariamente debe estar tipificado (Sevilla, 2013).

Sepulveda y García (2019) describieron la manera de entender el concepto de la conducta desviada:

La conducta desviada y en el problema general de la desviación social, a pesar de que hemos venido refiriéndonos a una violación o quebrantamiento de normas, no es intención del presente ahondar en aquellas que refieren a las relaciones entre distintas partes del sistema social, puesto que, para estas, ciertas actividades o conductas pueden verse excéntricas o particulares y ser consideradas como desviadas aun cuando no lo sean. Por tanto, la desviación social, está así pues determinada, en aquellas normas que regulan las formas de conducta aceptada o convencional, calificándola de correcta o inaceptable, lo anterior, según sea el caso de acatamiento o infracción de la norma, es decir las normas a las que se alude en el caso de la desviación social,

son aquellas que se encuentran “dentro de la regulación general a la que se refiere el orden constitutivo de la organización social”. (2019, p. 131)

Ahora bien, Silva García (2012) y Silva Garcia et ál (2020) explicaron que una conducta desviada es una noción que estudia la sociología, la antropología, la criminología, entre otras áreas de las humanidades, en donde una persona o grupo de ellas se desprenden de las pautas, normas o leyes impuestas por una sociedad, que al momento de verse en peligro de manera abismal sobrepasa los valores y creencias de la comunidad, y su normal desarrollo o desenvolvimiento ponen en marcha las diferentes modos de control como método para su preservación.

Cabe destacar que dicho concepto posibilita la determinación de conductas o actos que llegan a ser aceptadas socialmente, y traen consigo toda una serie de represión, por considerarse factor incidente en el ataque de los valores mayoritarios de la comunidad; de allí que también se dé la creación de grupos que están en contra de dichas normas, y por ello pueden a ser catalogados como desviados, pues dentro de sus ideologías está la descripción de aquellas situaciones que no son fáciles de definir o documentar, o simplemente porque las personas no quieren ver o aceptar su existencia, por salirse de la expectativa común.

Control social formal e informal

La historia de la vida en comunidad ha traído implícitamente formas de inspección social, de modo que toda clase de actuaciones que pueden ser consideradas como desaprobadas no se desbordan, a tal punto que se llegue a afectar la vida y funciones propias del colectivo; cada una de estas depende de las normas, valores o expectativas que tiene un grupo específico, que a su vez facilitan el desarrollo de los fines propios del Estado (López, 2012).

Según esto, se fundamenta en el accionar de diferentes instituciones para hacer prevalecer su cultura y ejercer control, de modo que pueda mantener el *statu quo* en defensa de aquellos intereses y derechos que se han constituido y que no están dispuestos a desistir o renunciar. Para ello, se han creado instituciones de control formal y e informal que llegan a establecer toda una serie de normas, que, en muchos casos, ejercen poder sobre un gran número de personas (Molina,1994).

Foucault (1978) hizo una crítica fuerte sobre la idea de peligrosidad y la manera en que podía ejercerse el poder como una representación de la vigilancia por parte de la sociedad que determina y cuestiona; por tanto, él llegó mencionar o refutar una idea de peligrosidad, y aquel o aquellos que se separan de ese parámetro deben ser atados nuevamente a la normalidad, que es definida por la misma comunidad. Él entendió a la sociedad misma como el panóptico que tiene a su merced la capacidad de crear diferentes instituciones (orfanatos, escuelas o lugares de trabajo) que ejercen dominio que no es exclusivo del poder derivado en la economía, la política o el orden judicial.

Esto lo logró gracias a la influencia que retomó de las posturas de Kant y Descartes, en los que descubre la necesidad de crear lazos de control que fueron evolucionando a lo que hoy conocemos como las instituciones de control formal e informal, cuyo vestigio se fundamenta en la ley divina y en las leyes de la naturaleza.

Castillo, (2016) describió el control social formal como:

El control ejercido por aquellas instituciones que tienen encomendada la guardia, protección y orden de los ciudadanos y las sociedades donde conviven, generando un clima de seguridad que permita el libre ejercicio de derechos y libertades, a la vez que inhiben o disuaden la realización de actividades criminosas. El control social formal tiene unos principios legales, desarrollos reglamentarios y protocolos de actuación que forman parte del Ordenamiento jurídico y el Estado de Derecho, de lo contrario como muestra Ansuátegui Roig. Figuras profesionales, reguladas legalmente, como jueces, fiscales, policías, funcionarios de prisiones, desempeñan una labor como la descrita, que forma parte de lo que venimos denominando medios de control social formal. (2016, pp. 204 - 205)

De cara a lo expuesto, se puede ver cómo el control formal se aplica a través de las instituciones que gozan de un estatus constitucional y legal, que intervienen desde el poder legitimado por gran parte de la sociedad y que ostentan el poder en pro de preservar sus fines o valores, y que pasan a ser positivizados en normas, y su actuar se define por ellas en cuanto determinan el ámbito de aplicación y prohibición de su competencia, estableciéndose unos mínimos y máximos de actuar y de comportamiento socialmente aceptados.

Ahora bien, el colectivo no solo se vale las instituciones formales para hacer prevalecer sus valores, aspiraciones o en su defecto llegar a preservar el *statu quo*, pues existen otra clase de entidades que el colectivo usa, que pueden llegar a coaccionar o reprimir ciertos actos que en principio no son comunes o no llegan a ser bien vistos; este se puede definir como el “control social informal” que consiste en la articulación de todos los mecanismos y prácticas que se realizan de manera ordinaria en la vida diaria para generar presión sobre el grupo social para que sus acciones tiendan a no romper el orden” (Barros, 2017). En sistemas, los miembros de una sociedad —a partir de sus prácticas comunes— tratan de preservar el orden de su comunidad e impone unas cargas adicionales a sus miembros, pero cuando desobedecen dichos mandatos son objeto de miradas o tratos discriminatorios.

El control social informal se sustenta en su actuar de instituciones como la familia, entidad que ha instrumentalizado el Estado para infundir formas de comportamiento y normas; de igual manera enseña cómo pueden darse las primeras formas de organización, además de entender la forma de juego de roles, que si bien se modifican continuamente, según la evolución social, tiene su representación en el colectivo, llámese trabajo o educación, que también representan ese poder “invisible” que ata el comportamiento de las personas, por la existencia de situaciones de superioridad, llámense profesor-

estudiante o empleador-trabajador, a modo de ejemplo, que establecen toda una clase de símbolos que imposibilitan toda clase de réplica, pues de hacerlo pueden llegar a ser tildados como rebeldes y revolucionarios (Bergalli et ál., 1983). Existe otro elemento importante que no es ajeno: los medios de comunicación; estos juegan un papel importante en la forma de relacionarnos con el colectivo, establece y crea pautas que describen el imaginario de una conducta perfecta; tanto las redes sociales y la internet han determinado un norte hacia a donde quieren llegar dichos valores, imponiendo necesidades que quizás estén distantes a toda realidad. Igualmente, se ha implementado como método de denuncia que manifiesta fuertes críticas a grupos y clasifica a las personas por sus opiniones y gustos (Rojas et ál., 2016).

Reacción social

Reacción social es una respuesta de la población frente a conductas que consideran inaceptables para su ambiente también se puede llegar a ejercer como un mecanismo de inconformismo; concepto que no escapa de la criminología puesto que es una ciencia que se nutre de áreas como la sociología, antropología, psiquiatría, entre otras para llegar a determinar los hechos constitutivos del delito, violencia como otros actos denominados inadecuados (Marchiori, 2004)

González, (2010) abordó el concepto de reacción entendiéndola que esta se podía subdividir en varias categorías que presentó de la siguiente manera:

Las variantes de Reacción Social ante la conducta desviada dependen de la profundidad y trascendencia del conflicto que genere ese comportamiento disconforme, siendo así, la reacción social se clasifica en correspondencia con las formas del Control Social utilizadas, dividiéndose en: Reacción Social Informal y Reacción Social Formal. Existe, además, otra perspectiva clasificatoria específica, correspondiente a la reacción social formal contra la criminalidad, reconociéndose la existencia de los llamados Modelos de Reacción Social al delito, ampliamente emparentados también con los componentes funcionales y organizativos del Control Social. García-Pablos De Molina organiza los Modelos de Reacción Social Formal ante la criminalidad de acuerdo al cumplimiento de las expectativas de los diferentes protagonistas implicados en el suceso delictivo. Su clasificación la divide en tres modelos diferentes: el modelo disuasorio clásico, el modelo resocializador y el modelo integrador conciliación-reparación. (p. 35-36)

De lo anterior se puede entender que la reacción social aparece como una respuesta a conductas inapropiadas, sino que también permite alzar una voz de protesta frente a los hechos que no se está de acuerdo, manifestación que puede llegar a ser pacífica o no. Para ello se pueden valer de diferentes métodos y medios como una forma de catalizar su rechazo, valiéndose de instrumentos como la música, el deporte, el arte, entre, otros en donde logran participar.

Para Robert, (1997) la reacción social es una respuesta espontánea frente de algunos patrones o formas de vida que fueron generados o impuestos al colectivo de parte de las instituciones de control formal e informal. Siendo la manera de expresar ese sentimiento de desaprobación o rechazo, buscando que estas sean suprimidas o desplazadas por nuevas circunstancias que se acoplen a las necesidades de ese momento específico.

La reacción social trae un cambio en el estudio de la investigación criminal, y como un imaginario de la construcción social, si se tiene en cuenta el concepto de desviación, podría llegar a decirse que esta surge como producto de esta categoría que nace con interacción de los individuos y los nuevos procesos de criminalización que pueden llegar a ser usados como una forma de fortalecer la seguridad y reincidencias del delito.

Con base en lo anterior la reacción social en el estudio criminológico, cumple una labor fundamental frente al desarrollo del individuo y sus comportamiento en sociedad, puesto que puede ser vista desde dos periferias como son; desde la prevención del delito y su reincidencia en la conductas delictivas para salvaguardar la seguridad en la sociedad, pero también es una respuesta a conductas inaceptables por parte de la sociedad frente a postulados o patrones sociales donde se encuentran en inconformismo y es allí donde este medio cumple la función de una respuesta a los patrones sociales que van en contra de ideales, sociales, culturales, políticos, de la juventud que está inconforme y busca una participación activa para hacer valer sus ideales, pensamientos frente a la sociedad, es por ello que la reacción social se fundamenta en factores dinámicos, con influencias individuales, sociales y culturales.

Heavy metal ¿cultura o contracultura?

Heavy metal, cultura en formación

La juventud en la década del setenta del siglo XX pudo observar una sociedad en la que predominaba la violencia, la guerra y la desigualdad, la falta de oportunidades, entre otras situaciones marginales, que influyeron en el desarrollo de un pensamiento común, ideas que asimilaron muchos jóvenes que querían hacer parte de este devenir histórico, que se pensó que era lesivo para el ser humano, y expresaron su desacuerdo a estas situaciones sociales y estatales con la música, que dio origen al movimiento *hippie*, el cual repercutió en el sonido del *heavy metal* (Arfinetti, 2016).

Lo anterior muestra cómo El *heavy metal* nació como parte de un ideal similar al del movimiento *hippie*, cuya intención es clara al momento en que quiere ir en contra de las políticas del Gobierno o Estado, por medio de un sonido crudo y estridente que chocaba de manera clara contra aquellos principios que estaban presentes en la sociedad entre las décadas del sesenta y sesenta del siglo XX, con la creación de letras, sonidos, símbolos e inclusive una forma de vestir que muchas veces se consideraron —y aún hoy lo es— como una apología a prácticas que siguen censuradas, tales como

el consumo de sustancias alucinógenas, satanismo, suicidio, violencia y política de guerra (Díaz, 2017).

Si bien en la historia de la música ya existían artistas a los que se les atribuía una actitud desafiante, fue con la llegada de “Black Sabbath” que se dio nombre a este género cuyos precursores, que desde el primer álbum expresaron una clara intención de ir en contra de aquellos valores colectivos; tal es el caso de la canción que lleva el mismo nombre de la banda, producida en 1970, que menciona “Enorme figura negra con ojos de fuego diciéndole a la gente sus deseos / Satanás está sentado allí, sonriendo / Mirando esas llamas subir más alto y más alto / Oh no, no, por favor, Dios, ayúdame” (Sabbath, 1970, 3m08s).

La cita anterior, desde el inicio, alude a que esta música cuestiona de manera directa instituciones clásicas de la sociedad, como, por ejemplo, la religión, que para esta época predominaba una creencia cristiana católica, pero también existen claros mensajes en los que se puede ver su rechazo total a la guerra y a la política de ese momento, y se llega a ver cómo se hace mofa y se les compara a los miembros del Estado como animales y cómo se recrimina la violencia a través del uso de las fuerzas militares, como es el caso de la canción *War Pigs*, de esta misma banda, que versa: “políticos se esconden / Solo comenzaron la guerra / ¿Por qué deberían salir a pelear? / Dejan ese papel a los pobres, ¡sí! / El tiempo dirá en sus mentes de poder / Hacer la guerra solo por diversión / Tratar a las personas como peones” (Sabbath, 1970, 2m:20s).

Esta música se ha fusionado con diferentes sonidos y ha generado que más personas tengan acceso a ella y la interpreten de una manera diferente, pues ahora existe una gran variedad de subgéneros, de modo tal que el *metal* no se puede encasillar de una sola manera, pues existe el *Death Metal*, *Thrash Metal*, *Black metal*, *Nu metal*, *Folk metal*, *Metal industrial*, entre muchos otros subgéneros, que pueden desarrollar temáticas y símbolos específicos en común, pero que se presentan y transmiten de manera diferente (Chaparro, 2020).

La fusión de géneros le ha permitido al metal a través de los años constituir una identidad propia, a tal punto que, en muchos casos, se considere una cultura que tiene un pensamiento crítico en favor del cambio social, pues si bien ha hecho mención a los “antivalores” presentes en la sociedad, también describe las irregularidades e injusticias presentes, que muchas veces manifiesta de manera directa una oposición en contra de la guerra y represión que sufren ciertos miembros de la sociedad, a nivel global (Chaparro, 2020).

El *heavy metal*, como ya se citó, es una cultura más que tiene un espacio abierto y múltiples posibilidades de encuentro con sus miembros, como son los festivales, espacios que los unen y facilitan el intercambio de ideas y conocimiento. Si bien el *metal* no es bien recibido en varios lugares, esto no impide que se puedan desarrollar sus encuentros, pues existen diferentes espacios en donde las personas llegan a escuchar y conocer la

música, como los bares o establecimientos *underground*, escenarios a campo abierto, donde las personas asisten y departen durante horas e inclusive días; un ejemplo claro de ello son los festivales de rock y metal celebrados en el mundo, tales como Wacken, Hell y Heaven, Hellfest, Rock in Rio que se celebra en Brasil y representa uno de los escenarios más grandes de difusión Latinoamérica de esta cultura, que cuentan ya, en ciertos países, con el patrocinio de los gobiernos locales, y consolidan la constitución de una identidad propia que puede ser o no aceptada por el colectivo (Bilimava, 2014).

De esta manera se puede observar como las instituciones formales abren espacios de difusión a este género a personas que logran departir de manera pacífica, pues allí confluyen seguidores de varios géneros, sin la presencia de actos violentos o discriminatorios.

El heavy metal, identidad en contravía

La cultura que rodea al *heavy metal* se ha identificado por ser un género que tiene su esencia en denunciar y estar en contraposición de ciertas creencias impuestas por la sociedad a través de sus instituciones y su apatía con muchos de esos valores mayoritarios, que implica los sinnúmeros intentos de actos para silenciarlos o invisibilizarlos, tachándolos como generadores de actos desviados, ya que en estos grupos, al trastocar la realidad que no quiere ser vista, genera represión de la institucionalidad.

Este género ha sido sometido e inculcado en la comisión de muchas prácticas que no son aceptadas por una parte de la sociedad y se les ha catalogado como una contracultura, pues con ella muchos movimientos en masa han podido retar a la sociedad, al punto de hacerla movilizar para tratar de resolver sus injusticias, que se presentan en un momento específico, histórico, coyuntural, al punto de alcanzar una influencia social importante que rompe los esquemas presentes en la juventud (Sánchez, 2014), y los que son capaces de asumir un cambio de mentalidad, aceptan con mayor facilidad las ideas nuevas, toda vez que no se han sometido a todos los procesos comunes de enseñanza o socialización que imponen una norma o conducta (Britto, 1990).

Se ha enfatizado que el *heavy metal* ha sido ampliamente cuestionado y hasta judicializado en algunas partes del mundo, tal como lo describe Varas Díaz (2012):

el intento de prohibición de ciertas líricas en la música llevado a cabo por el Parents Music Resource Center (PMRC) en los Estados Unidos durante la década de los ochenta. Estas vistas llevaron a la identificación desde ciertas líricas como peligrosas para menores y el uso de pegatinas con advertencias en algunos productos del género, incluyendo la censura del arte completo de discos compactos (Walser, 1993); el uso de la preferencia musical por el *heavy metal* como evidencia en casos criminales contra alegados asesinos. Interesantemente, uno de los casos más famosos relacionados al uso de este tipo de evidencia como agente catalítico para el crimen resurgió en el 2011 cuando tres acusados fueron liberados después de 18 años en la cárcel por

un crimen que no cometieron (Leveritt, 2002); la criminalización del *heavy metal* se ha manifestado en la prohibición de su diseminación como fenómeno cultural en países islámicos profundamente religiosos como Irak. Esto ha conllevado a arrestos de músicos y hasta su encarcelamiento (Moretti et ál., 2008); la acusación formal de músicos del género como responsables por eventos de suicidio entre jóvenes. En estos casos se atribuye responsabilidad por el suicidio a las líricas de las bandas de *heavy metal* (Ewing y McCann, 2006); igualmente ha sucedido en eventos con jóvenes de asesinatos múltiples como el sucedido en la escuela *Columbine* en los Estados Unidos, en el año 1999 (More et ál., 2003); la prohibición por ley del uso de camisetas relacionadas al *heavy metal* en público por su contenido antirreligioso (News, 2008) y el uso de la fuerza policíaca para afeitar de manera forzada a miembros de la comunidad, como se manifestó en Indonesia. (Guardian, 2011, pp. 210-211)

De cara a lo expuesto, se puede ver cómo diversos sectores sociales persigue y censura la cultura del *heavy metal*, a tal punto que la reprime y criminaliza; se ve cómo se ataca directamente a esta música, a sus intérpretes y seguidores, y muchas veces ha llegado a trascender en el plano legal, donde se imputa a sus artistas la comisión de actos ilegales, se les acusa como motivadores de la comisión de delitos o actos como el suicidio de sus seguidores, producto de sus letras y ritmos presentes en sus álbumes, o inclusive se les niega y se restringen derechos como la libre expresión, valiéndose de las los instrumentos legales que posee el Estado, como son las fuerzas armadas, quienes detienen aún hoy en algunos lugares del mundo a los seguidores, los golean, atentando contra su integridad.

Este hecho resalta no solo en las instituciones formales de la sociedad sino también en la familia, la religión, pues juegan un papel fundamental frente al tema de represión y censura del *heavy metal*, así como en los medios de comunicación masiva que también inciden en la represión y rechazo, y es que, como lo relató Dunn (2005), el metalero era considerado por sectores religiosos como una pandemia a órdenes del demonio, en donde muchas veces los hicieron llegar a juicios por el actuar de ciertos seguidores, ya que, dada su vestimenta, enviaban un mensaje de peligro a un orden preestablecido; de igual modo enseñó como muchos padres demandaron a las bandas porque consideraron que su forma de exponer sus ideas podía pervertir la juventud, a tal punto que los medios de comunicación clasificaron muchas bandas en una lista que denominaron “los sucios quince” (*Filthy fifteen*).

A. HEAVY METAL COMO UN POTENCIAL DETONADOR DEL CAMBIO SOCIAL, POLÍTICO Y JURÍDICO

El *heavy metal* tomó protagonismo en el colectivo pues genera en las personas un sentimiento de identidad, Lopez (2017) describió que la cultura metal tiene gran influencia al punto que permite el nacimiento de creencias que se desarrollan en el ecosistema donde que permanecen. Además, que esto repercute de manera directa en la autoestima gracias a los géneros musicales que conectan los sentimientos (el amor, la alegría la ira, el dolor, etc.) así, la música establece la identidad de grupo que se personifica a través de imágenes, sonidos y atuendos articulados o no con el colectivo.

La juventud —como parte de la sociedad— se identifica con este género musical: ha podido desarrollar toda una estética que la sociedad discrimina y rechaza, pues se muestran símbolos que representan todo aquello de lo cual no se quiere hablar, como, por ejemplo, la muerte, la violencia, la sangre, el sexo y la guerra. Tal repulsión influyó de manera directa en la generación de una colectividad que exige un espacio en la sociedad que los estigmatiza y cataloga como desviados, tanto por su música, su forma de vestir e inclusive por los medios tecnológicos que usan (Castaño, 2015).

Dentro de la cultura del *heavy* muchas veces se indicó que esta música ha llegado a transmitir ideas racistas o violentas; lo cierto es que en muchas de ellas se describe el horror que comenten muchas personas; esto implica, sin lugar a dudas, que se produzca la generación de una identidad propia, que establece también una serie de condiciones propias, inherentes, positivas, como son el rechazo de la violencia, la guerra, la desigualdad, la injusticia, la corrupción, entre otras, que, si bien se presentan de una manera diferente en cada país, comparten sentimientos comunes gracias a los procesos de la globalización extendidos por todo el mundo, llegando a ser un medio en el cual las personas pueden expresar y denunciar tales escenarios (Dunn, 2008).

En esta misma vía, Varas Díaz (2012) describió cómo ciertas bandas como “Anthrax” iban en contra de las tensiones raciales y étnicas que se siguen presentando en países como Estados Unidos:

Anthrax no escondía su deseo de divertirse en el escenario evitando así los entrampamientos clásicos del metal basados en una apariencia agresiva. Oriundos de Nueva York, representaban un distanciamiento tanto cognoscitivo como geográfico del espacio en donde la energía del *Trash* en la década de los 80, particularmente en San Francisco. Esta distancia, y su orgullo por ser parte de una ciudad multirracial, fomentó que su lírica poseyera un profundo tono reflexivo y crítico relacionado con las relaciones raciales y étnicas en los Estados Unidos. En el disco titulado *Among the Living* (Anthrax, 1987a, LM113), uno de sus trabajos más importantes, la banda comienza a adentrarse en temas de mayor profundidad y madurez lírica; espáticamente la canción *Indians* intenta plasmar una crítica al trato dado a la comunidad nativa del territorio norteamericano por parte del hombre caucásico en su proceso de invasión. La lírica hace un llamado a la eliminación del prejuicio hacia esta comunidad, a la vez que plantea el fenómeno multicolor de las razas que hoy forman parte de los Estados Unidos.

Desde un punto de vista judicial, se puede ver cómo a través del *Metal* se describen escenarios propios de derecho penal, y cómo por medio de la música se llegan a reflexionar acontecimientos como son la pena muerte, que en varios ocasiones se llega a relatar la vida en prisión, e inclusive los últimos instantes de una persona cuando se le declara penalmente responsable y tiene como castigo la pérdida de su vida, tal y como lo expresa la canción de *Hallowed be thy Name* de Iron Maiden, que ilustra en su letra la comparación entre los sistemas jurídicos y penitenciarios existentes y cómo estos

reflejan las condiciones de las personas que habitan dichos establecimientos (Alameida Matos et ál., 2020).

Ahora bien, la música heavy metal ha tenido un papel protagónico al denunciar las violaciones a derechos humanos en el sistema penitenciario; un ejemplo claro de esto es la canción de The Prisoner de Iron Maiden menciona:

Estoy huyendo, mataré por comer/ Me muero de hambre ahora, me siento muerto de pie/ Yendo hasta el final, soy la bestia de la naturaleza/ Haz lo que quiero, hago lo que me plazca/ Corre, tienes que luchar para respirar, es duro/Ahora me ves, ahora no/ Rompe las paredes, estoy saliendo/ No soy un prisionero, soy un hombre libre. (Maiden, 1982, 1M30s)

Esta canción muestra las situaciones de violencia, hambre, falta de atención por parte de la institución, pues se observa una lucha por sobrevivir en estos espacios. Para el Estado es más imponer la disciplina ignorando los fines de la pena que impacta de manera sustancial la vida del procesado y/o condenado; el poder del Estado se refleja a través de las autoridades penitenciarias y judiciales que afecta de manera sustancial en la mentalidad de los presos. (Gama et ál., 2020).

Como se ha indicado la música rock y metal muestra el poder del Estado, por cual se genera una exaltación en los jóvenes que por medio de una revolución en donde intervinieron diferentes actores (músicos, feministas, obreros, intelectuales, etc.) logran construir o implementar otros derechos como, por ejemplo, la consecución de una nueva constitución e inclusive derechos laborales (Londoño,2009).

Overdrive latinoamericana

La influencia directa de las instituciones de control en la evolución de la cultura *heavy metal* latinoamericano

La evolución de esta cultura musical no ha sido fácil como en otras partes del mundo; Entel (2020) describió el origen del rock latinoamericano, cómo este género y el *Metal* afrontó y aún hoy sigue enfrentando diversas situaciones, dentro de un modelo de Estado y cultura autoritarios que no permiten las múltiples expresiones y la protesta, y cómo la interpretación de los primeros momentos de su difusión en el continente latinoamericano afrontaba duros escenarios políticos —las dictaduras de México, Chile y Argentina— que fomentaban la represión de grupos específicos de personas; en el caso del *rock* y del *heavy metal*, nuevamente se estigmatizaron como géneros infernales y, a partir de esta concepción institucional se activaron los medios estatales represivos, como la fuerza policiva, que consideraban al rockero o metalero como un comunista objeto de censura y, si era el caso, se justificaba su desaparición. México, por ejemplo, prohibió oficialmente la asistencia a lugares donde se hacían

conciertos o reuniones de personas que escuchaban estos géneros considerados, según el Estado, para desadaptados.

Entel (2020) y Céspedes (2016) mostraron en sus investigaciones el fenómeno rock y *metal*; en Chile, durante la dictadura de Augusto Pinochet (1973-1990) se prohibió y censuró en los medios de comunicación aquellos escenarios que hablaran mal del régimen, pues no eran bien recibidos los escritos o manifestaciones que enfatizaran los valores de justicia y libertad, ajenos a los valores del modelo del Estado chileno; aunque era bien conocido y compartido por todos el sentimiento de miedo, habían personas y sectores de la sociedad entre uno de ellos la religión que continuaban hablando de represión y generaba malestar en los estamentos gubernamentales, aún después del derrocamiento de la dictadura.

Según Entel (2020), Colombia, durante la década del ochenta del siglo pasado, se encontraba inmerso en un ambiente de extrema violencia, de constantes bombardeos, gracias a la influencia del narcotráfico en todos los estadios de la vida social, económica y política, y el asedio de las guerrillas y la formación de grupos paramilitares; lo cual influyó en la juventud de las grandes ciudades, como Medellín, que, al conocer la existencia de géneros como el *Black Metal*, *Death metal*, *Ultrametal*, por nombrar solo algunos, describieron aquellos episodios nacionales con los cuales no se encontraban de acuerdo como la injusticia, muerte, poder y la política inmersa en la corrupción, circunstancias que hoy persisten, y que el *heavy metal* nacional y latinoamericano sigue manteniendo su esencia *underground*, que describe estos temas sociales, sumándose el hecho que le ha costado encontrar espacios de difusión, apoyo económico estatal y del sector privado, por ser un género discriminado (Alcarin, 2020).

El *heavy metal*, en contravía en con los valores latinoamericanos y la activación del control social

La sociedad latinoamericana mantiene valores y principios tradicionales que son objeto de cuestionamiento por parte de pequeños grupos o colectivos que están inconformes con estos, por considerarlos obsoletos; dentro de esos pequeños grupos se podría ubicar a la cultura del *heavy metal* que cuestiona de manera directa las instituciones estatales y sociales como la policía, judicatura, congreso, religión, educación y familia.

A partir del capítulo anterior, se puede observar cómo la música *heavy metal* pone a funcionar a las instituciones informales y formales de la sociedad, porque a partir de ellas han padecido la represión, prohibición y el veto en su difusión (Dunn, 2005), muestra de ello es el caso latinoamericano, que a través de las fuerzas armadas, se persiguió y atentó contra sus seguidores, por considerarlos como una música extrema o pesada, pues a su juicio no compartían los valores del Estado y de educación formal, etiquetándoseles como personas no gratas (Entel, 2020).

En México se observa cómo la música pesada fue objeto de discriminación por parte de todos sectores de la sociedad, pues tanto el Estado como las instituciones informales se dieron a la tarea de callar estos movimientos; uno de los casos más representativo fue:

El Festival de rock y ruedas de Avándaro, efectuado en 1971, la mexicana versión de Woodstock fue, por un largo tiempo, de las últimas manifestaciones públicas multitudinarias del rock. A partir de ese momento quedó fuera de la televisión, la radio, los conciertos en lugares públicos y de todo aquello que pudiera promover su escucha (González Villa, 2019).

Este hecho se sigue presentando en sociedades como la colombiana en las que, a la vez se abren ciertos espacios de difusión, también se prohíben y se obstruyen los escenarios por la intervención de las instituciones informales que, por su gran influencia, participan de manera directa en su sesgo discriminante, a tal punto que se desconoce el derecho de promoción cultural, como es el caso, a modo de ejemplo, de la banda de Black Metal Marduk, que no pudo tocar en la ciudad de Bogotá, tras los constantes ataques del concejal bogotano Marco Fidel Ramírez, persona de radicales creencias cristianas, quien pidió a las autoridades la cancelación del concierto que tenía programada dicha agrupación, por considerar que no era una música apta para la juventud, desconociendo derechos fundamentales como la libre expresión (Chaparro, 2020).

En Colombia se podría decir que el control social no solo lo aplican las instituciones oficiales; los hechos de violencia y guerra que fomentaron la formación de grupos al margen de la ley, como las guerrillas y los grupos paramilitares, ejercieron el poder en aquellos territorios donde no hubo presencia activa del Estado, se constituyeron en determinadores de las normas y pautas de comportamiento que se debían seguir para no contrariar a estas autoridades marginales; la cultura del *heavy metal* no fue ajena a esta realidad, pues ellos también se vieron inmersos en situaciones de violencia, censura, desalojo e inclusive de muerte por parte de estos grupos ilegales, tal y como lo muestra el videoclip documental de Pacifista (2019), que exhibió por medio de entrevistas, con personas directamente implicadas y afectadas, la censura del movimiento *heavy metal* en el departamento del Magdalena por parte del Bloque Resistencia Tayrona de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y mencionó cómo:

Santa Marta estaba bajo el dominio paramilitar completo, parecía que hubiera un paraco cada dos casas, ellos decidían quien vive y quien muere, y cómo vestir y cómo teníamos que pensar y qué teníamos que escuchar. El hecho de ser distinto significaba ser peligroso, te señalaban de drogadicto, hasta satánico, y eso la sociedad no lo podía tolerar, y mucho menos los paramilitares que lo que querían era que la línea que se siguiera fuera la de ellos. Con los metaleros fue más intenso porque ellos lo asociaban al terror, entonces ellos llegaban y mataban a uno y todo el mundo decía: “sí, claro. Por satánico. ¿Quién lo mandó? Le estaban diciendo a todo el mundo que fuera alternativo o joven, “Hey, loco no te queremos”, es decir, si tú no cabes en el sistema y como o te adaptas en el sistema, te vas o te pelamos, así de simple. Ya la señalización era de “No puedes escucharlo, no puedes vestirte, porque te quebramos.

De cara a esta situación, el *heavy metal latinoamericano* como cultura ha generado en el colectivo una serie de sentimientos represivos para silenciar y apagar su voz, suceso que se extiende por todos los sectores activos de la comunidad, quienes no siempre aceptan una voz de denuncia y de lucha por ideales de respeto a los derechos fundamentales de justicia, igualdad y paz.

Sin embargo, vale la pena resaltar que a pesar de que las personas que escuchan estos géneros han sido cegados o limitados en sus espacios de difusión y de actuar, no ha sucedido lo mismo con otras actividades que aglomeran a grupos humanos, al contrastar la actitud y/o forma de actuar de estas personas, con eventos como el fútbol hay una ostensible diferencia, ya que en espacios dispuestos para esta música tanto privados como públicos, no existen ataques directos entre los que asisten a ver a una banda y la otra.

Situación que no sucede con el deporte, quien se ha visto manchado de actos atroces a causa de la disputa entre dos equipos que en muchas casos son de una misma ciudad; esto ha sido ampliamente decantado por la literatura para Pérez Pérez et ál., (2018) se describió que el fútbol ha generado un fenómeno que ha sido denominado como “Barras Bravas” las cuales tienen una identidad y estructura que generan riñas, actos de violencia, hurtos, lesiones hasta causar muertes por la discrepancia constante por los resultados o el color de una camiseta.

¿La cultura del heavy metal como generador de conductas desviadas en la sociedad latinoamericana? Breve análisis literario y musical

Al ver canciones como *Raza odiada*, de la agrupación Brujería, se puede observar la pretensión de lucha de los migrantes mexicanos y las políticas antimigratorias de los Estados Unidos, canción que maneja el sentimiento del mexicano o migrante cuando tiene que enfrentar tratos discriminatorios, violencia, xenofobia e inclusive la muerte que sufren los migrantes ilegales al pretender cruzar la frontera y que, si llegan a coronar el suelo estadounidense, empiezan a ejercer las labores menos deseadas por los ciudadanos americanos (trabajos domésticos, prostitución, plomería, pintura, entre otros) (Ulloa Brenes, 2013).

No es un secreto que varios países latinoamericanos se han visto envueltos en actos de narcotráfico y todos los problemas de seguridad que trae consigo, hecho que también han descrito bandas como “cuentos de los Grind” (2007), que en su canción *Patrón Pérez* menciona: “señor que polvos mágicos él vendió / Y millonario se volvió / A los niños ricos gringos sedujo con su mágico polvo / Y mucha plata les sacó / A los putos gringos él estafó / Tiene más palabra y ley que el propio Dios”.(026s) Esta letra expresa la comparación entre un cuento infantil —el Ratón Pérez— y el problema que generó la venta de sustancias ilícitas en un país como Colombia, que se vio sometido

por los carteles de Medellín y Cali, en la década de los ochenta del siglo pasado, y la expansión influyente en todos los ámbitos de la sociedad: el consecuente endiosamiento de los grandes narcotraficantes por las comunidades que se beneficiaron del dinero de esta actividad ilícita y la influencia invasiva de los capos de la droga que irrumpieron espacios políticos como el Congreso.

Para Villamizar (2020), la historia de Colombia se ha visto manchada por décadas de violencia; son más de sesenta años en un conflicto que tuvo su origen en la desigualdad que generó un malestar social contra los sectores favorecidos o tradicionales de la sociedad. Esto ocasionó el origen de varios grupos beligerantes como el M-19, las fuerzas Armadas y revolucionarias de Colombia (FARC) y el ejército de liberación nacional (ELN), entre otros, que buscaban la igualdad y la distribución equitativa de los recursos, que por las dinámicas propias del conflicto armado resultaron cometiendo actos atroces contra la población civil como fue la extorsión, secuestro, muerte y actos de narcotráfico. Hecho que fomentó que las grandes elites del país organizaron los grupos o bandas paramilitares que actuaran en contra de la ley fomentando el terror en la población civil. Esta situación no es ajena del género musical del estudio pues la banda k-93 en la canción “El hijo de Juana”, hizo una descripción de todos los actores del conflicto, como reproche a los horrores fundados de la siguiente manera:

De alma muy noble / Sin guerra y partido / Sin ningún fantasma / O sea Tirofijo / Al medio camino salió Tirofijo / Martín ven conmigo y si no te castigo / Tu vida y familia las tengo en la mira con armas / en mano somos la guerrilla Muchacho no salgas le grita mamá/Pero el hace un gesto y orondo se va/ Muchacho no salgas le grita mamá/ Pero es colombiano y confiado se va/ Escapo como pudo y siguió su camino/ Buscando trabajo encontró su destino / Llego a unos parajes de selvas y valles / Aquí estoy tranquilo / Sin balas ni escape / Pasaron los días Martín en Villeta / Llegaron los paras Castaño y Chupeta / Martín me contaron que eres llavería del mono / Jojoy de toda su guerrilla. (k-93, 2011,048s)

En este mismo contexto, la agrupación Socavón, en su canción *Cenizas del Palacio*, alude a uno de los hechos que más ha trascendido en la historia nacional como fue la toma del Palacio de Justicia:

El Palacio de justicia / en infierno se volvió / cuando el M-19 / el palacio se tomó / muchas vidas se apagaron / aquel 6 de noviembre / y la voz del de los cañones retumbó sin compasión / La masacre cometida / por la izquierda y la derecha / se llevó a inocentes / y a otros desapareció. (Socavon, 2009,1m03s)

Esta canción exalta el valor de la justicia y denuncia la impunidad que ha existido frente a casos o sucesos que han marcado la sociedad colombiana, alzando así una voz clara de protesta frente a todos los horrores que se han cometido los actores promotores de la violencia en el país.

Las ejecuciones extrajudiciales por parte de los agentes del Estado frente a la problemática social, cultural, económica, objeto central de la guerra contra los grupos armados que han estado en contra del poder político y gubernamental, y en la que la población civil sigue siendo el señuelo de estos agentes estatales, solo para dar resultado en esta guerra interna, que se convirtió en mecanismo de defensa populista para la sociedad que vivía y aún hoy lo está en un mar de incertidumbre por la guerra que presenta pluralidad de aristas, que han dejado muchos jóvenes, campesinos, padres y madres cabeza de familia, mujeres, líderes sociales, sin vida, que agudiza el conflicto no solo con los grupos armados sino también con la población civil. Este acontecimiento lo resalta la música con su voz de protesta, exalta la memoria y suplica el cambio y la generación de conciencia para que estos hechos de muerte no vuelvan a suceder. Kilcrops en su canción *Falsos Positivos*, hace una clara descripción de esta situación:

Vengo por ti, yo te llevaré / Lejos de la pobreza, lejos del dolor / Vamos que yo sé dónde hay fortuna / Donde cambiaras miseria por honor. Como combatiente te disfrazaré / Luego caerás en mi emboscada / Y yo te caeré como un depredador / Y yo te ejecutaré por un pedazo de latón / Y yo te caeré como un depredador / Y yo te ejecutaré por un pedazo de latón/ por un permiso daré tus entrañas/ por un ascenso carne de cañón. (kilcrops, 2010, 1m10s)

Con lo expuesto anteriormente, se ve la reacción o voz de protesta y rechazo que lanza la juventud como una crítica directa contra todos estos hechos que solo han generado muerte, violencia y dolor en nuestro país.

Lo anterior, se puede contrastar con otro tipo de música y formas de actuar como son los llamados “corridos” estilo musical que, en lugar de refutar los hechos ocasionados por la guerra, narcotráfico, prostitución y dinero fácil, hace una apología y exaltación de tales conductas que a pesar de que consideran desaprobadas y prohibidas por la ley y sociedad ya que se reflejan a los capos del narcotráfico, líderes de grupos guerrilleros y paramilitares como estandartes a seguir. Pero estos no han sido cercenados, ni han limitado sus espacios de difusión como si lo han hecho con las personas que escuchan el metal quienes en muchas ocasiones perdieron su vida o fueron víctimas de desplazamiento por culpa de estos mismos grupos que se veneran en estos “corridos”.

Asimismo, el rock y el *metal* latinoamericano buscan una identidad y un sonido propio que exalten y realcen los valores que como cultura tienen, para demostrar y enmarcar un género propio (Entel, 2020);

En el contexto brasileño hay un claro ejemplo que surge con la banda “Sepultura” de este país; quien desde su formación, en el año 1984, ha implementado una estética y sonido característico que recupera sonidos de la culturas indígenas ancestrales del Amazonas, por ejemplo, del pueblo xavantes, con la intención consciente de enmarcar un sonido autónomo y propio que se aleje de los estereotipos clásicos de estos géneros considerados extremos, sin dejar, por un lado de expresar una voz de protesta en contra de la guerra, el sistema monetario, demostrando así una actitud siempre contestaria y

crítica a los órdenes preestablecidos, sin dejar de lado sus raíces indígenas, que exaltan la sonoridad de un pueblo y una cultura nativa (Juliano, 2017).

Visto lo anterior, se puede ver que se toman aspectos propios de la cultura del Brasil que presenta una estética propia y originaria de los pueblos latinos y es que acá se puede ver como estas bandas quieren retomar sus costumbres, llevando el nombre en alto la forma de vida carioca.

Dentro de la cultura metalera latinoamericana existe una gran preocupación por el correcto uso de los recursos ambientales; a través de sus canciones describen y denuncian las actividades destructivas de las industrias que acaban nuestro planeta. La banda “Cambio de Frente” (2011), en la canción *Cataclismo*, señala: “Matándose por oro negro / Envenenando el aire / Destrozando el cielo, derritiendo el mundo / Triste augurio de destrucción / Agotando los recursos sin prevenir las consecuencias / Triste augurio de guerras por la escasez / Ambición, consumiendo sus sentidos / Desolación”,(1m48s) tema que también comparten bandas como “Syracusæ” (2020) que expone en la canción *Océano*: “La marea se eleva, el sacrificio se acerca / la inundación traerá renovación / Todo en la tierra tiembla, /el lecho marino se fragmenta con cada caída violenta de icebergs, / explotan envueltos en tormentas, /destellos incesantes eran titanes gigantes”.(2m40s) Se puede denotar la crítica a la sociedad de consumo que ha llevado a la degradación de los recursos hídricos y naturales que los han llevado a su autodestrucción por todos los desastres naturales que se han ocasionados.

Finalmente, se puede afirmar que este género y cultura, no solo describe y personifica en sus miembros, una serie de sentimientos negativos, ya que que acá se también se resaltan aspectos y temáticas positivas que tiene colectivo social y cultural; ejemplo concreto de esto es el caso de bandas como “Kraken” (1995) que, en su canción *Silencioso amor*, resalta sentimientos que giran alrededor del amor: “Tú que encuentras en mi calor / Tú que tomas de mí lo mejor / Tú, escúchame, por favor, / Silencioso amor, no rompas mi corazón, / no, no, no / Tú, escúchame, por favor / Silencioso amor / No rompas mi corazón”(1m10s) otro ejemplo, en este mismo sentido, se evidencia en la banda argentina “Rata Blanca” (1990), con la *Leyenda del Hada y el Mago*, que describe una historia amorosa a través de una lírica mística y fantasiosa que describe escenarios de amor y desamor.

Esta situación contrasta con lo que se piensa de las personas que escuchan y asisten a encuentros de difusión de estos géneros considerados como extremos, puesto que siguen siendo tachados de fomentar actos bárbaros o criminales, situación que no es así, ya que en sus líricas se puede ver una cantidad de temas que permean todos los aspectos de una sociedad dinámica y constante evolución.

Conclusiones

El *heavy metal*, se puede considerar como una cultura que tiene una historia, un lenguaje y unas normas que llegan a impactar al colectivo, esto ha logrado que choque de manera tajante con ciertos sectores de la sociedad, al abordar temas sensibles como la guerra, religión, muerte, injusticia, cárceles, el amor; situaciones que ha suscitado hechos de represión y rechazo en la sociedad y sus diferentes instituciones de control formal e informal, al punto de ser calificados como desviados, para censurarlos, silenciarlos o eliminar su difusión y expansión.

El heavy metal no es un detonador de la conducta desviada, por el contrario de lo que se piensa, este actúa como un catalizador de ella, pues permite a las personas expresar todos estos sentimientos de frustración e injusticias al verse sometidos y excluidos de su manifestación cultural que en general está mostrando la arbitrariedad de patrones tradicionales que impiden el desarrollo de los jóvenes en el arte y de nuevas dinámicas que impactan la vida en sociedad.

El heavy metal no es un estimulador de la guerra y/o violencia pues está ha demostrado que en los espacios que han permitido su difusión, se han desarrollado de una manera pacífica en donde confluyen en un mismo lugar seguidores de distintos géneros o bandas musicales, hecho que varía notablemente de otras actividades en donde se deben separar los fanáticos de un bando y otro para evitar actos violentos y discriminatorios; por el contrario, el Heavy Metal reúne a las clases sociales.

El control hacia la cultura *heavy metal* no solo la ejercen las instituciones reconocidas formalmente por la sociedad; también existen ciertos escenarios criminales o al margen de la ley (guerrillas y grupos paramilitares) que ejercen autoridad avalados por su fuerza bélica y que infunden el terror y la muerte para acallar a personas que siguen este movimiento evitando la difusión de sus ideales por considerarlos contrarios a su forma de actuar.

Otro aspecto interesante de la cultura *heavy metal* latinoamericano es la forma como describe y denuncia aquellos acontecimientos que impactan a una sociedad y visibiliza no solo aspectos negativos de ella, sino también expresa y muestra unas aristas de la realidad que para muchos se encuentra oculta y que no quieren ser evidenciados, por criticar el actuar de instituciones sociales, por tanto, promueven la prevalencia de principios básicos como la justicia, amor, paz y la construcción de un mejor conglomerado social.

El *heavy metal* también pretende sensibilizar a la comunidad en temas de derechos humanos, derecho penal y política penitenciaria, pues ha descrito escenarios neurálgicos para la comunidad, como la pena de muerte, el hacinamiento carcelario, la pugna por la vida dentro de los presidios, y no se queda en una simple descripción sino que hace una clara denuncia de los horrores a los que son sometidas las personas

que se encuentran privados de la libertad, producto de un sentencia o medida de aseguramiento.

El heavy metal en Latinoamérica al ser una cultura tan controversial, ha sido víctima también del enjuiciamiento y persecución por parte de las instituciones propias del derecho penal, y es que en varios escenarios históricos como lo fueron las dictaduras, se persiguió y judicializó a sus seguidores por medio de instrumentos legales, como un método de silenciar las denuncias que se hacían por medio de esta expresión artística de los atropellos que se cometían por parte de los gobiernos a través del equivocado uso de la fuerza pública.

Referencias

- Alameida, M., Barreto, M., y Teixeira, A. C. (2020). "Hallowed be Thy Name" (Santificado Seja Vosso Nome): A Correlacao Entre A Selectividade Penal E Esoetacularizacao das Punicoes em Iron Maiden E No Brasil. *Heavy Metal E Criminologia*. Londrina: Thoth. 99-118.
- Alcarin, E. (12 de octubre de 2020). Mautorland. Obtenido de El metal sudamericano, tan cerca y tan lejos...: <https://www.mautorland.com/backstage/el-metal-sudamericano-tan-cerca-y-tan-lejos/>
- Arfinetti, J. M. (2016). Categorizacion de los Subgeneros del Heavy Metal a través de los Recursos del Diseño Gráfico Utilizados en el Arte de Tapa Discográfico. Cordoba: Universidad Siglo 21. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12953>
- Barros, S. (2017). El rol del Estado y su incidencia en la legitimidad en el uso de dispositivos de control en seguridad: el caso de video vigilancia en Quito (ECU 911) Barrio la Mariscal Durante Periodo 2012-2015. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO. <http://hdl.handle.net/10469/12720>
- Bergalli, R., Bustos, R., González Z., Millares, T., de Sola, Á., y Viladas, C. (1983). El Pensamiento Criminológico Estado y Control. Bogotá: Temis.
- Bilimava, D. (2014). Heavy metal subculture: metal music festivals and their meanings for visitors. Wageningen: MSc Thesis Cultural Geography - Cultural Geography - Wageningen University. <https://library.wur.nl/WebQuery/theses/directlink/2065477>
- Black Sabbath, (1970). Black Sabbath [Canción]. Black Sabbath. Inglaterra.

- Black Sabbath, (1970). War Pigs [canción]. De Paranoid. Londres, Inglaterra.
- Britto García, L. (1990). El Imperio Contracultural: del Rock a la Postmodernidad. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.
- Busquet Duran, J. (2015). La Cultura. Barcelona: Editorial UOC.
- Cambio de Frente (2011). Cataclismo [Canción]. Bogotá, Colombia. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=_GUaakFUOmM
- Castaño, T. R. (2015). Ser Joven y el Mundo Metalero. Educación y Ciudad (18), 129-144. <https://revistas.idep.edu.co/index.php/educacion-y-ciudad/article/view/172>
- Castillo, M. M. (2016). Miedo, Control Social, Y Política Criminal una visión multidisciplinar de la seguridad, derechos y libertades. Madrid: Editorial Dykinson S.L. <https://www.jstor.org/stable/j.ctt1p6qmxd>
- Céspedes, O. (2016). Maiden Chile; Iron Maiden: una Historia de Amor y Desencuentros (1992-2016). Chile: RIL Editores.
- Chaparro Ramírez, C. D. (2020). Normas Culturales en Colombia. Heavy Metal, la Libertad de Pensamiento y Protesta Social y Política. Iter Ad Veritatem, 37-49. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/2280/1939>
- Cohen, B. (1992). Introducción a la Sociología. Mexico D.F.: McGRAW - HILL.
- Cuentos de los Hermanos Grind. (2007). El Patrón Perez [canción]. De Los Cantipuercos. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=JtxkNJITGs>
- Cruz Perez, M., Ortiz Erazo, M. D., Yantalema Morocho, F., y Orozco Barreno, P. C. (2018). Relativismo cultural, etnocentrismo e interculturalidad en la educación y la sociedad en general. Revista de investigación en Ciencias Sociales y Humanidades. doi: <http://dx.doi.org/10.30545/academo.2018.jul-dic.10>
- Díaz, B. J. D. (2017). Metal, Homogenización y Contracultura como Construcción Social. Bogotá: Universidad Santo Tomas de Aquino- Facultad de Comunicación Social para la Paz Énfasis de Comunicación en Conflicto. <http://hdl.handle.net/11634/3953>
- Dunn, S. (2005). Metal: A Headbanger's Journey [Documental]. Canadá.
- Dunn, S. (2008). Global Metal [Documental]. Canadá.

- Entel, N. (2020). Rompan todo: La historia del rock en América Latina [Documental]. Netflix.
- Foucault, M. (1978). La Verdad y las Formas Jurídicas.
- Gallegos, F. W. E. (2011). Diseño de una Campaña Informativa de Sensibilización a favor del Metal Rock en Cuenca. Universidad de Cuenca, Cuenca. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/360>
- Gama, A. A., Sardelari Scaliante, A. L., y Dalta Pimentel, M. (2020). The Prisoner (Iron Maiden): a Naturaleza (Anti) Jurídica da Situacao Dos Prisioneros. En Heavy Metal e Criminologia (págs. 181-197). Londrina: Thoth Editoria.
- Giménez, G. (2016). Estudios sobre la Cultura y las Identidades Sociales. México: Iteso- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-81102008000100009&lng=es&tlng=es.
- González, R. M. T. (2010). El Control Social desde la Criminología. Editorial Feijóo. Obtenido de <http://dspace.uclv.edu.cu:8089/handle/123456789/12302>
- González Villa, M. A. (2019). El rock latinoamericano como ética Anticolonial. Analéptica. doi: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4024956>
- Herrera, B. (2017). Cultura y Contracultura: Observaciones Perifericas. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, 273-283. doi: <https://doi.org/10.5377/realidad.v0i108.3833>
- Izquierdo Escribano, A. (2010). Sociología: Cultura y estructuras. FIRMAS Press.
- Maiden (1982). The Prisoner [Canción]. The Number of the Beast M. Birch. <https://www.youtube.com/watch?v=khESQA4EM-I>
- Juliano, O. (2017). Sepultura Endurance [Documental]. Netflix.
- K-93 (2011). El Hijo de Juana [Canción]. M.I.U.K. Bogotá, Colombia. <https://www.youtube.com/watch?v=76lfMutXO7w&t=2s>
- Kilcrops (2010). Falsos Positivos [Canción]. Opus Dei. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=vfyHSReGz58>

- Kraken (1995). Silencioso Amor [Canción]. De El Símbolo de la Huella. Medellín, Antioquia, Colombia. <https://www.youtube.com/watch?v=vRk5H0IzrUw>
- Londoño, H. J. M. (15 de abril de 2009). Portafolio. <https://blogs.portafolio.co/juridica/breve-curso-de-derecho-y-rock/>
- López, D. Y. Y. (2017). Influencia del Visual Kei en la Formación de la Identidad en Jóvenes de entre 15 y 20 años de edad Pertenecientes al Municipio de Ixmiquilpan, Hidalgo. Ixmiquilpan: Colegio de Estudios Superiores Hispanoamericano. https://www.academia.edu/36035909/INFLUENCIA_DEL_VISUAL_KEI_EN_LA_FORMACION_DE_IDENTIDAD_EN_JOVENES_DE_ENTRE_15_Y_20_AÑOS_DE_EDAD_PERTENECIENTES_AL_MUNICIPIO_DE_IXMIQUILPAN_HIDALGO
- López, P. L. (2012). Sistema y Control Social: Enfoque General. Obtenido de https://usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/2012/Control_Social.pdf
- Marchiori, H. (2004). Criminología Teorías y Pensamientos. México: Editorial Porrúa.
- Melgarejo, M. (2017). Antropología Cultural. Buenos Aires: Ediciones del Aula Taller.
- Molina Arrubla, C. M. (1994). introducción a la Criminología. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Pacifista (Dirección). (2019). Metal contra Plomo [Documental]. <https://www.youtube.com/watch?v=6yJA9qMuEaI>
- Perez, P. Y. D., y Pinilla Cárdenas, D. C. (2018). Barras Bravas en el Fútbol como Subculturas Criminales. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás. Obtenido de <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/12444>
- Rata Blanca (1990). La Leyenda del Hada y el Mago [Canción]. De Magos, Espadas y Rosas. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=THcwF7H7xBU>
- Robert, P. (1997). La Criminología de la Reacción Social. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 180-218. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/104/rucv_1997_104_179-218.pdf
- Rodríguez, H. A. (2015). El Viaje de los Cabeza Dura. Educación y Ciudad. 18. 93-112. <https://revistas.idep.edu.co/index.php/educacion-y-ciudad/article/view/170>
- Rojas, H. Á. A., Efig, A. C., y Diniz, B. R. (2016). El Control Social Informal en la Sociedad de la Información. Derecho Comunicaciones y Tecnologías. doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.16.2016.10>

- Sánchez, M, M. (2014). *Trash Metal: del sonido al Contenido. Origen y Gestación de una Contracultura Chilena*. Santiago: RIL Editores. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/106570>
- Sepulveda, P.J., y Garcia, M. M. A. (2019). Factores Generadores de Desviación Social: un Análisis desde Factores Sociales. *Hegemonia – Revista Eletrônica do Programa de Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violencia / Ciencia Política do Centro Universitario Unieuro*. 130-153. [http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_hegemonia_29/Javier%20Sep%20C3%BAveda%20\(7\).pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/revista_hegemonia_29/Javier%20Sep%20C3%BAveda%20(7).pdf)
- Sevilla, R. T. (2013). *Criminología*. Buenos Aires: Editorial Seguridad y Defensa.
- Silva, G. G. (2012). De la Desviación a la Divergencia: Introducción a la Teoría Sociológica del Delito. *Derecho y realidad*, 159-182. https://revistas.upc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4885
- Silva, G. G., Irala, F., y Pérez Salazar, B. (2020). Criminalidad, Desviación y Divergencia una Nueva Cosmovisión en la Criminología del Sur. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 8-32. <https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACI%C3%93N-Y-DIVERGENCIA.pdf>
- Socavón (2009). *Cenizas del Palacio [Canción] Cenizas del Palacio*. Bogotá, <https://www.youtube.com/watch?v=HQ1HvphWtsI>
- Syracusæ (2020). *Sjø (Océano) [canción]*. GEA. Bogotá, Colombia. <https://www.youtube.com/watch?v=Gqs-4XcGDF0>
- Torres, D. V. A. (2014). Metal, Subcultura con Identidad Social. *Alofonía*, 1-11. https://www.academia.edu/21573493/Metal_subcultura_con_identidad_social
- Ulloa, B. G. (2013). La blasfemia como resistencia en la canción *Raza odiada*. *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*, 10(12), 149-173. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intercambio/article/view/12346>
- Varas Díaz, N. (2012). El Sujeto Criminal Sónico Heavy Metal y el Reto a la Normativa Social Dominante. En *Registros Criminológicos Contemporáneos* 207-240. Puerto Rico: Ediciones Situm. https://www.researchgate.net/publication/257386360_The_sonic_criminal_subject_Heavy_Metal_music_and_the_challenge_of_dominant_social_norms_In_Spanish
- Villamizar, D. (2020). *Las Guerrillas en Colombia*. Bogotá D.C.: Editorial Debate.

TOWARDS THE HUMAN RIGHTS OF THE ENVIRONMENTAL SUBJECT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE NEW ENVIRONMENTAL PARADIGM PARADIGM¹

HACIA LOS DERECHOS HUMANOS DEL SUJETO AMBIENTAL EN EL MARCO DEL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL

VERS LES DROITS HUMAINS DU SUJET ENVIRONNEMENTAL DANS LE CADRE DU NOUVEAU PARADIGME ENVIRONNEMENTAL

RUMO AOS DIREITOS HUMANOS DO SUJEITO AMBIENTAL NO MARCO DO NOVO PARADIGMA AMBIENTAL

Recibido: 14 de septiembre de 2023

Aceptado: 15 de septiembre de 2023

Sergio Andrés López Zamora²

“Moral y luces son nuestras primeras necesidades” (Simón Bolívar).

-
- 1 This work is the result of the research project entitled “the ecocide against humanity” (“el ecocidio contra la humanidad”), developed in the PhD in Public Law program of the Universidad Santo Tomás.
 - 2 Lawyer graduated from Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Postgraduate in Virtual Education from Universidad Nacional de Quilmes (Argentina), Specialist and Magister in Criminal Law and Criminal Procedure from Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Magister (c) in Human Rights from Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, PhD (c) in Public Law from Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, PhD student in Law with emphasis in Criminal Law from Universidad de Buenos Aires (Argentina). Editor of the journal Principia Iuris of the Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Director of the Criminal Law Department of the firm Iter Legis Abogados S.A.S. Cell (+57)3123922997, mail: abogadosergiolopez@gmail.com, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=fKBJ70QAAAAJ&hl=en>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1350-6310>

Resumen

Este texto expone la propuesta investigativa por la cual a partir del Constitucionalismo Latinoamericano de finales del siglo XXI se han venido forjando una serie de derechos humanos del “sujeto ambiental”. Esta propuesta, enmarcada en el nuevo paradigma ambiental, se fundamenta desde la perspectiva del ambiocentrismo que permite abordar una noción del objeto jurídico “humano-ambiental”, de manera que exista el soporte dogmático para considerar la existencia de unos derechos humanos que no son humanos y cuya pertinencia radica en la necesidad de asegurar la subsistencia de nuestra especie.

Palabras clave: Derechos humanos, sujeto ambiental, ambiocentrismo, nuevo paradigma ambiental, bien jurídico humano-ambiental.

Summary

This text exposes the investigative proposal by which, from the Latin American Constitutionalism of the end of the 21st century, a series of human rights of the “environmental subject” have been forged. This proposal, framed in the new environmental paradigm, is based on the perspective of ambiocentrism that allows addressing a notion of the “human-environmental” legal object, so that there is dogmatic support to consider the existence of human rights that are not human and whose relevance lies in the need to ensure the subsistence of our species.

Keywords: Human rights, environmental subject, ambiocentrism, new environmental paradigm, human-environmental legal right.

Résumé

Ce texte expose la proposition d’investigation par laquelle, à partir du constitutionnalisme latino-américain de la fin du XXI^e siècle, une série de droits humains du “sujet environnemental” ont été forgés. Cette proposition, encadrée dans le nouveau paradigme environnemental, est basée sur la perspective de l’ambiocentrisme qui permet d’aborder une notion d’objet juridique “humain-environnemental”, de sorte qu’il existe un soutien dogmatique pour considérer l’existence de droits humains qui ne sont pas humains. et dont la pertinence réside dans la nécessité d’assurer la subsistance de notre espèce.

Mots clés: Droits de l’homme, sujet environnemental, ambiocentrisme, nouveau paradigme environnemental, bien juridique humain-environnemental.

Resumo

Este texto expõe a proposta investigativa pela qual, a partir do Constitucionalismo latino-americano do final do século XXI, foram forjadas uma série de direitos humanos do “sujeito ambiental”. Esta proposta, enquadrada no novo paradigma ambiental, assenta na perspectiva do ambicentrismo que permite abordar uma noção de objeto jurídico “humano-ambiental”, de modo que haja sustentação dogmática para considerar a existência de direitos humanos que não são humanos, e cuja relevância reside na necessidade de assegurar a subsistência da nossa espécie.

Palavras chave: Direitos humanos, sujeito ambiental, ambicentrismo, novo paradigma ambiental, bem jurídico humano-ambiental.

Introduction

This article comes from the research project entitled “the human rights of the environmental subject”, which is developed by the author in the course of the master’s program in Human Rights of the Pedagogical and Technological University of Colombia.

It is a dogmatic investigation (basic-legal), given that the object of study is constituted by the environmental dogmatics attached to the new environmental paradigm. For this, secondary sources of research are used, in use of doctrine and regulations applicable to the categories under study.

Thus, the article answers the research question: what is the initial vision of the foundation of the human rights of the environmental subject within the framework of the new environmental paradigm? Question that arises from the objective of determining the initial vision of the foundation of the human rights of the environmental subject within the framework of the new environmental paradigm.

The general objective of this article will be addressed in a single chapter, which in turn will develop three specific objectives, namely: 1. Identify the notion of ambiocentrism; 2. Determine the concept of the environmental subject; and, 3. Identify the viability of the panorama of postulating some human rights of the environmental subject.

Due to the above, a deductive research method was used, through an analysis of concepts and general postulates of the new environmental paradigm, in order to specifically determine the viability of the panorama of postulating the human rights of the environmental subject.

Towards the human rights of the environmental subject within the framework of the new environmental paradigm

The environmental issue has led to dogmatic considerations that are striking at the dogmatic level, initially there are two sides that stand out, namely: 1. The current that considers the existence of an environmental crisis, which is leading the human race to extinction; and, 2. The current that postulates the non-existence of an environmental crisis, or if it exists, understands it as something irrelevant and unnecessary to study, appealing to the economic interests of nations and the difficulty of sustaining clean energies (López, C., 2023).

The wide and contradictory disparity of the second current seems to ignore not only the enormous amount of academic research on the subject, but also, it is inferred that it ignores the perceptible environmental changes that are identified by appealing to memory: extinct rivers and lakes, reduced forests, native species that have been missed for years, air pollution, evident climate changes, etc.

On the contrary, this work is circumscribed to the first current, being the first thing to determine a theoretical foundation that allows offering a solution to the environmental issue, thus considering ambiocentrism considering the environmental crisis as an object of study.

Ambiocentrism arises in the “paradigm of complexity”, postulating a complex relationship between man and nature where several elements and multiple and diverse interactions converge and where dynamism is permanent. It is a current that emerged at the beginning of the 21st century, whose precursor is the French philosopher and sociologist Edgar Morin (2001).

According to Bonil, J., San Martín, N., Tomás, C. and Pujol, R. (2004), the ambiocentric complexity relationship has 7 essential, complementary and interdependent characteristics, which apply to the human-environmental relationship, namely: 1. The systemic principle, under which knowledge of the parts is related to knowledge of the whole, by which it is postulated that man and nature should be understood as a whole resulting in the human-environmental subject; 2. The hologrammatic principle, by which the parts are within the whole and the whole in each part, since in the human-environmental relationship a unity is understood as a legal object; 3. The retroactive principle, which reflects how a cause acts on an effect and in turn this on the cause, remembering that humanity is the cause of environmental deterioration which has a direct incidence on human subsistence; 4. The recursive principle, by which self-organization arises, in the sense that the human-environmental relationship naturally gives rise to the mitigation of the environmental crisis within a purpose of stability of the ecosystem suitable for human life; 5. The principle of autonomy-dependence, which postulates the independence of the human race equivalent to its dependence on nature; 6. The

dialogic principle, which integrates the antagonistic (human-environmental relationship) as a complementary unit; and, 7. The principle of reintroduction of the subject, by which the uncertainty generated by the environmental crisis is a foundation for the construction of a new knowledge.

Thus, ambiocentrism is the scientific and epistemological-ethical current that develops a discourse of equivalence and interdependence between man and nature, so that its notion does not take into account factors of equality or superiority, but allows understanding the relationship between the human and the non-human in a mutualistic scheme (Gallegos, 2013).

In other studies (López-Zamora, 2023), ambiocentrism has served as a basis for postulating the “human-environmental” legal object that arises from this relationship of equivalence and interdependence, which is because: 1. In view of the environmental crisis, current human needs and the unbridled capitalist interest of nations, the subsistence of the environment would not be possible without human intervention; and 2.

Based on the above postulates, it is considered that the current anthropocentric scheme of continental European lineage does not guarantee the rights of nature, since it infers a reality that cannot be ignored and that is that the capitalist interest of the planet and the needs of modern societies have led to the environment being conceived from a purely utilitarian point of view and at the service of man.

It is firmly postulated that this notion is the one that has led to the environmental crisis that the planet faces today, reason for which the research recognizes and develops within the framework of the New Environmental Paradigm, which brings together the various theoretical notions of the environmental issue, by which new conceptions are postulated in the relationship between man and his habitat (Universitat de Barcelona, n.d.); new environmental paradigm of which ambiocentrism is part and which aims to support an interpretation that ensures the subsistence of the human habitat.

Now, to ground the discourse, it is inferred that the shift from the anthropocentric to the biocentric paradigm implies a reinterpretation of the meaning of human rights; hence the idea of the “human-environmental” legal object, which would allow the development of a series of new human rights with a marked sense of environmental protection.

Notwithstanding the above, it is considered that it would be dissatisfactory to accept environmental human rights that were not human, which, although they could be alleged to be necessary, would still be incongruent, which is why we appeal to the criterion proposed in other works (López-Zamora, 2023) about the “human-environmental” legal object.

This new legal object would be the materiality of biocentrism, since it brings together the relationship of equivalence and interdependence of the human-environmental issue. This legal object is the starting point for the recognition and proposal of human rights of the environmental subject.

As it is observed, the purpose of this work is to expose several criteria that surround the environmental issue, maintaining the environmental crisis as the object of study, under the firm pretension of reconciling the capitalist interest of nations and the subsistence of the habitat where the rights of humanity are enjoyed.

In this context, the current research has been developing under a deductive scheme of investigation, in such a way that it has started with general questions of environmental protection, to reduce the discourse to specific questions whose object is to individualize the construction of the current human rights of the environmental subject.

Conclusions

We conclude by accepting the serious situation of environmental crisis that increasingly places human rights in a latent state of risk; it seems that humanity still does not recognize that the habitat where each one of the rights is enjoyed is being damaged under a single capitalist interest; all the more reason to appeal to the construction of environmental human rights, which before being utopian, allow reconciling the economic interest of the planet with the subsistence of the environment.

On the other hand, what has been proposed from the critical theory of human rights, is that the need has arisen to postulate some human rights of the environmental subject, which ensure the protection of the environment in an interested way and accepting that every man on earth should have the obligation to protect the environment with the aim that there continues to be a place where the different human rights known until today can be enjoyed.

References

- Bonil, J., San Martín, N., Tomás, C. y Pujol, R. (2004). Un nuevo marco para orientar respuestas a las dinámicas sociales: el paradigma de la complejidad. *Revista Investigación en la Escuela, Universidad de Sevilla*. No. 53. <http://dx.doi.org/10.12795/IE.2004.i53.01>
- Gallegos, Rómulo. *Ambientalismo*. (2013). México: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3074/10.pdf>
- López, Cristian. (abril de 2023). El ABC de la criminalización de la minería informal. Ponencia presentada en el evento Responsabilidad y Delitos Ambientales organizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Colombia.
- López-Zamora, Sergio Andrés. (2023). El ecocidio contra la humanidad. (proyecto de tesis doctoral). Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.
- Morin, Edgar. (2001). *Tenir el cap clar*. Barcelona: La Campana.
- Universitat de Barcelona. (s.f). Las actitudes ambientales, el nuevo paradigma ambiental (NPA). Barcelona: Centro de Recursos Per a l'aprenentatge i la Investigació de la Universitat de Barcelona. [http://www.ub.edu/psicologia_ambiental/unidad-2-tema-4-6-1#:~:text=6.-,Las%20actitudes%20ambientales%201%20El%20Nuevo%20Paradigma%20Ambiental%20\(NPA\),medio%20en%20el%20que%20vive](http://www.ub.edu/psicologia_ambiental/unidad-2-tema-4-6-1#:~:text=6.-,Las%20actitudes%20ambientales%201%20El%20Nuevo%20Paradigma%20Ambiental%20(NPA),medio%20en%20el%20que%20vive)

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO REALIDADE NO PROCESSO PENAL

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND THE CONSENSUS MODEL AS A REALITY IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Recibido: 10 de agosto de 2023

Aceptado: 15 de septiembre de 2023

Stephanie Carolyn Pérez¹

1 Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires - Argentina. Magíster y diplomada en Derecho, Pontificia Universidade Católica de São Paulo – Brasil. Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal en los cursos de grado y posgrado. Abogada. Correo electrónico: stephanie_carolyn@hotmail.com

Resumo

Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”. Resultado do Projeto de Lei nº 882/2019, referida lei buscou conferir tratamento mais severo e efetivo contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência contra a pessoa, promovendo significativas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em diversas leis penais especiais. Dentre todas as alterações promovidas, merece destaque a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, criando o chamado Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”), um importante instrumento de consenso que trará importantes alterações especialmente na forma como o processo penal passará a ser visto a partir de agora.

O objetivo deste artigo é, em um primeiro momento, analisar as características deste instituto, e ao mesmo tempo, propor reflexões sobre a possibilidade da existência do consenso no processo penal, adotando para tanto o método indutivo. O que se pretende não é apenas possibilitar ao leitor o conhecimento deste novo instituto e de suas principais características e requisitos, mas também, criar novos enfoques e debates construtivos acerca do tema, principalmente em razão da atualidade e importância do assunto.

Palavras chave: anpp. Justiça penal negocial. Consenso. Lei anticrime.

Abstract

On December 24, 2019, was published Law No. 13.964/2019, known as “Anticrime Law”. Result of Bill No. 882/2019, this law aims to provide more severe and effective treatment against corruption, organized crime and crimes involving the use of violence against a person, promoting significant changes in the Penal Code, in the Criminal Procedure Code, Criminal Enforcement Law and in special criminal laws. Among all the changes promoted, worth to mention the introduction of article 28-A in the Criminal Procedure Code, creating the Criminal Non-Prosecution Agreement (“ANPP”), an important consensus instrument that will bring important changes, especially by how criminal proceedings will be seen from now on.

The objective of this article is, at first, to analyze the characteristics of this institute, and at the same time, to propose reflections to the possibility of the existence of consensus in the criminal proceedings, adopting the inductive method. What is intended is to enable the reader to get to know this new institute and its main characteristics and requirements, but also to create new approaches and constructive debates on the theme, mainly due to the novelty and importance of the subject.

Key words: criminal anpp. Negotiation of criminal justice. Consensus model. Anticrime law.

Introdução

Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”. Buscando conferir tratamento mais severo e efetivo contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência contra a pessoa, referida lei promoveu importantes e significativas alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em diversas leis penais especiais.

Se por um lado o objetivo da lei foi o recrudescimento no tratamento dado à criminalidade organizada por meio de maior rigor legislativo, por outro lado, a lei buscou conferir tratamento mais célere e brando aos crimes cometidos sem violência e sem grave ameaça à pessoa, evitando assim o processo e o encarceramento do autor do crime, por meio da criação do Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”).

Em linhas gerais, o Acordo de Não Persecução Penal é um negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal para solucionar processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas. Trata-se de acordo celebrado entre o Ministério Público, representado pelo promotor de justiça e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor do fato. Ao contrário do que se disse quando da publicação da lei, no sentido de que o Acordo de Não Persecução Penal estaria revolucionando e inovando no processo penal, não se trata propriamente de uma novidade. O que o acordo fez foi, na verdade, ampliar o espaço de consenso dentro do processo penal, especialmente para infrações penais de média e pequena gravidade.

Premissas iniciais sobre o Anpp

Antes de analisarmos os aspectos, características e requisitos do Acordo de Não Persecução Penal é fundamental tecermos breves comentários, a fim de introduzir o leitor no tema que será objeto deste estudo. Para tanto, será utilizado o método indutivo.

Começemos falando sobre o *jus puniendi* do Estado. Sabemos que uma vez praticada uma infração penal, nasce para o Estado o direito de punir o autor do delito, por meio do ajuizamento de uma ação penal, respeitando todos os direitos e garantias processuais do acusado, tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e a presunção de inocência. Aplica-se, assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal nos casos de ação penal de natureza pública, seja ela condicionada ou incondicionada. Por força deste princípio, diante da notícia de que foi praticada uma infração penal, o órgão do

Ministério Público, por meio do promotor de justiça, tem o dever legal e funcional de oferecer denúncia, desde que esteja diante de fato típico, antijurídico e culpável, que estejam presentes as condições para o exercício da ação penal e que exista a justa causa para o oferecimento da denúncia, ou seja: indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Podemos encontrar a previsão deste princípio no artigo 24 do Código de Processo Penal².

Esta é uma primeira característica importante do Acordo de Não Persecução Penal: a celebração do acordo permite na prática, uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois apesar de possuir os requisitos e pressupostos necessários para o oferecimento da denúncia, o próprio artigo 28-A do Código de Processo Penal permite uma flexibilização da aplicação do referido princípio, permitindo que o promotor de justiça deixe de oferecer a denúncia. Na prática, essa mudança permite que as autoridades de persecução penal dediquem e utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes, evitando que seja perdido tempo com o que não é relevante.

Infelizmente o Estado não tem condições de aplicar o processo penal democrático, amplo e garantista a todas as infrações penais praticadas. Isso demandaria tempo, mão de obra especializada, incluindo juízes, promotores, delegados, equipes de investigação e diversos outros recursos que lhe são escassos. Neste cenário, surge o Acordo de Não Persecução Penal como alternativa para simplificar o procedimento de persecução penal e abreviar sua solução, na medida em que nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo será cabível para infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Percebe-se que o filtro criado pela lei permite que infrações com pena mínima inferior a 4 anos sejam solucionadas por meio do consenso, evitando assim o ajuizamento de ações penais que somente irão afogar o Poder Judiciário e trazer ainda mais morosidade ao já precário e lento sistema de justiça criminal.

O acordo representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos realmente mais graves.

Ainda sobre o exercício do *jus puniendi* estatal, vale destacar que estamos acostumados com o modelo tradicional do devido processo legal, com todas as garantias e direitos que lhe são inerentes. Além disso, neste modelo tradicional, temos um juiz ativo e participativo na relação jurídica processual, bem como um antagonismo evidente das partes (acusação e defesa). No modelo proposto pelo Acordo de Não Persecução Penal esse modelo tradicional do devido processo legal é deixado de lado, para entrar em cena um modelo de justiça negocial e consensual baseado na autonomia da vontade e na boa-fé das partes. Além disso, o papel exercido pelo juiz nesse novo modelo é

2 Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

essencialmente distinto daquele exercido no processo tradicional, pois como veremos em momento oportuno, a função do juiz é apenas e tão somente fiscalizatória. A função desempenhada das partes também é essencialmente distinta nestes dois modelos, já que no modelo consensual há maior protagonismo das partes que exercem amplamente sua autonomia da vontade. Assim, o Acordo de Não Persecução Penal traz efetivamente significativas alterações quanto ao modo de atuação dos sujeitos processuais.

A negociação no processo penal

Quando a Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19) foi publicada, em 24.12.2019, muito se disse sobre uma revolução no processo penal, pois estaria o novo artigo 28-A do Código de Processo Penal inovando no sistema jurídico ao permitir o acordo no âmbito do processo penal. Com todo o respeito aos que sustentaram e sustentam tal posição, não foi, na verdade, o que ocorreu. O Acordo de Não Persecução penal não trouxe nenhuma novidade no campo da negociação em âmbito penal. Isso porque desde 1988 o nosso sistema constitucional já permitia a possibilidade de transação dentro do processo penal, em seu artigo 98, inciso I da Carta Constitucional, que previu a criação dos juizados especiais criminais para o processo e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo, permitindo ainda, a transação penal para solução de tais conflitos.

Pouco depois, em 26.09.1995, foi publicada a Lei nº 9.099, a chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que regulamentou a previsão constitucional do art. 98, inciso I, acima citado, introduzindo elementos de consenso no processo penal, por meio dos institutos da composição civil (art. 74), transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89). Sobre o tema, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

Em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do art. 28-A, atingimos cerca de quatro oportunidades para evitar a aplicação (ou do cumprimento) da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições: a) um dos instrumentos mais antigos é a suspensão condicional da pena (*sursis*), que hoje perdeu o sentido pois a maioria dos condenados têm preferido o regime aberto – onde cumprem prisão albergue domiciliar, sem qualquer vigilância; b) transação, autorizada pela Constituição Federal (art. 98, I) exclusivamente para infrações consideradas pela lei como de menor potencial ofensivo (hoje, aqueles delitos cuja pena máxima não ultrapassa dois anos ou seja contravenção penal); c) suspensão condicional do processo, voltado a crimes cuja pena mínima é de um ano (art. 89, Lei 9.099/95); recebe-se a denúncia e suspende-se o feito; cumpridas as condições, julga-se extinta a punibilidade; d) atinge-se agora o acordo de não persecução penal, que haverá de funcionar antes do ingresso da ação penal em juízo, mas também não envolve uma transação, pois esta somente para delitos de menor potencial ofensivo. É indiscutível ter sido perspicaz, não nomeando esse novo instituto de *plea bargain*, conferindo-lhe o caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal, pois seria questionada a sua constitucionalidade.

Essa reforma atenua, ainda, mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, mas é o reflexo da nova política criminal assumida por diversas nações, da qual não deveria ficar por fora a legislação brasileira. (NUCCI, 2020,p. 59.)

Alguns anos depois, em 02.08.2013, foi publicada a Lei nº 12.850, a chamada “Lei da Organização Criminosa,” que em seu artigo 3º-A prevê o instituto do acordo de colaboração premiada, negócio jurídico processual voltado para a obtenção de prova. Trata-se, portanto, de importante instrumento de obtenção de prova que se materializa por meio da celebração de um negócio jurídico processual (acordo) que permite às partes (Ministério Público e defesa) a negociação quanto aos benefícios que serão concedidos ao colaborador, dentre os quais estão, por exemplo, a possibilidade que tem o juiz de aplicar o perdão judicial ou redução de pena em até 2/3 (art. 4º da Lei nº 12.850/13)³.

A transação penal e a suspensão condicional do processo buscam abreviar o tramite processual por meio do consenso e ao mesmo tempo, evitar que este processo seja instaurado e siga o seu longo e demorado percurso, ao passo que a colaboração premiada é um instituto negocial que busca auxiliar o Estado na investigação de crimes cometidos por organizações criminosas. Seja qual for o instituto, é possível extrair ao menos duas características comuns a todos eles: o objetivo de cada um destes institutos é abreviar o trâmite processual e sem dúvidas, evitar o ajuizamento da ação penal, seja como forma de evitar a estigmatização do acusado ou ainda como forma de evitar o sobrecarregamento do sistema de justiça penal.

Quando uma ação penal é ajuizada, diversas consequências negativas podem ser verificadas com relação ao acusado, ainda que se trate de uma infração de menor potencial ofensivo. Ninguém quer ou gosta de ter o seu nome vinculado a um processo penal. Além do estigma negativo causado automaticamente pelo ajuizamento de uma ação penal, temos diversas questões que devem ser consideradas quando se está diante de um processo criminal: o tempo de sua tramitação, o desgaste que as autoridades envolvidas na persecução penal têm com cada caso ajuizado, a segregação, o preconceito e a discriminação social do acusado, dificuldade de reinserção em sua comunidade social, os efeitos deletérios de uma eventual sentença penal condenatória aplicada, a superlotação carcerária, entre outros. É por isso que desde 1988 nosso sistema jurídico permite a justiça negocial como uma forma de solucionar os conflitos penais por meio do consenso, evitando, sempre que possível, o ajuizamento de ação penal, buscando simplificar o procedimento de persecução penal, abreviando a sua solução e ao mesmo tempo permitindo que as autoridades de persecução penal utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes.

3 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

A justiça penal negocial representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, com uma escolha mais inteligente e segura das prioridades, levando-se a julgamento apenas aqueles casos verdadeiramente graves. É uma realidade que veio para ficar.

Não percamos de vista que o Estado não tem condições e estrutura para aplicar o processo penal amplo e garantista a todos os tipos de infração penal. Não há como investigar e processar tudo. Nesse sentido, ANTONIO SCARANCE FERNANDES afirma que:

(...) Na prática, em grandes centros é praticamente impossível que de todo crime seja iniciado processo, o que, se ocorresse, representaria o caos em uma Justiça já travancada; é comum, em casos de lesão de pequena intensidade ao bem jurídico, ser pedido arquivamento de inquérito como beneplácito do Poder Judiciário, invocando-se muitas vezes razões até de política criminal ou fundamentando-se o requerimento justamente na pouca relevância do fato. (FERNANDES, 2007, p. 213/214.)

Nesta linha de raciocínio, é importante destacar que a justiça penal negocial não significa, ao contrário do que muitos entendem, que o Estado está abrindo mão de exercer o seu *jus puniendi*. Na realidade o que ocorre é uma proposta de acordo por parte do Ministério Público, por meio da qual é oferecida ao acusado a possibilidade de cumprir uma medida alternativa, não privativa de liberdade, em troca de não responder a um processo penal. Uma vez aceita a proposta, não haverá oferecimento de denúncia e uma vez cumprida a medida alternativa, será declarada extinta a punibilidade do autor do fato, sem importar em reincidência e sem que exista qualquer tipo de antecedente criminal. Substitui-se, assim, o embate formal em juízo, típico do processo penal tradicional, pela composição entre as partes.

Na prática, sem discutir o mérito do caso concreto, ou seja, sem analisar se o acusado é ou não o autor do crime, e sem aplicar nenhum tipo de sanção penal, o que se tem é apenas e tão somente a aplicação imediata de uma medida alternativa, que não seja privativa de liberdade, por meio de um processo abreviado e desde que o acusado com isso concorde.

Precisamos entender que o Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas e processos que se prolongam no tempo, já não é capaz de dar a resposta que se espera na solução dos conflitos que diariamente chegam aos cartórios. É preciso entender que, diante da alta demanda de casos que ingressam todos os dias na justiça criminal, fatalmente o Estado precisa selecionar aqueles em que irá efetivamente trabalhar e nada mais natural no sentido de que esta escolha recaia sobre investigações e processos criminais que envolvam prática de crimes graves, com violência e com grave ameaça à pessoa, permitindo que os casos menos graves e sem violência sejam solucionados por meio do consenso e da negociação. Devemos cada vez mais incentivar e buscar a solução de conflitos sociais por meio do consenso e de formas alternativas ao processo, como por

exemplo a mediação e a arbitragem, como determina o próprio Código de Processo Civil.

Não se trata de algo que exista apenas no Brasil. O consenso e a negociação no processo penal já são tendência em outros países ao redor do mundo, como o famoso instituto do *plea bargaining* nos Estados Unidos. Permitir o consenso e a aplicação da justiça penal negocial no processo penal é viabilizar a efetiva prestação da justiça e otimizar o funcionamento da justiça penal.

Acordo de não persecução penal

O Acordo de Não Persecução Penal foi criado originariamente pela Resolução n° 181, de 07.08.2017⁴, do Conselho Nacional do Ministério Público. Posteriormente, por meio da Lei Anticrime (Lei n° 13.964/19), o instituto foi inserido no Código de Processo Penal, por meio do art. 28-A. Trata-se de opção de política criminal utilizada para solucionar processos penais de forma diversa daquela que até então estávamos habituados a enfrentar, qual seja, o processo penal tradicional.

Como veremos a seguir, a celebração do Acordo de Não Persecução Penal deve partir de uma convergência de vontades das partes (Ministério Público e investigado, representado sempre por seu advogado constituído), que devem participar sempre de forma ativa nas fases de negociação das cláusulas do acordo. Em que pese ser um instrumento que impede o ajuizamento de ação penal, razão pela qual não haverá sentença penal condenatória impondo uma sanção penal, o Acordo de Não Persecução Penal estabelece direitos e obrigações para ambas as partes, e uma vez cumpridas integralmente as condições previstas para o acusado, o juiz irá declarar extinta a sua punibilidade.

Conceito

O Acordo de Não Persecução Penal é negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal, utilizado para solucionar de forma abreviada situações que envolvam prática de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos. Referido acordo é celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor.

4 <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> <Acesso em 20.07.2021>

Trata-se de instituto que tem como principal objetivo impedir que seja ajuizada ação penal contra o autor do fato, daí porque recebe o nome de acordo de NÃO persecução penal.

Destaque-se que por meio deste acordo não será imposta nenhuma pena ao acusado, justamente porque o objetivo do instituto é impedir o ajuizamento da ação penal, por isso recebe o nome de Acordo de “NÃO” Persecução Penal. Haverá, no entanto, a imposição de deveres e obrigações para ambas as partes. Desta forma, o autor do delito celebra acordo com o titular da ação penal, por meio do qual se sujeita ao cumprimento de determinadas condições enquanto o Ministério Público se compromete a não oferecer denúncia. Ao final, caso o autor do crime cumpra corretamente as condições acordadas, terá declarada extinta a sua punibilidade.

Por fim, importante também mencionar que o acordo não gera reincidência ou qualquer tipo de antecedente criminal. Ou seja: se o autor do crime for primário, não perderá a sua primariedade. E se já tiver praticado algum outro delito anteriormente, não terá nenhum apontamento em sua ficha criminal (antecedentes criminais). Isso porque como o objetivo do acordo é justamente o não ajuizamento de ação penal, sequer será analisada eventual culpabilidade do autor do delito e também não será proferida nenhuma sentença contra ele.

Requisitos para celebração do ANPP

O art. 28-A, “*caput*” do Código de Processo Penal estabelece os requisitos do acordo:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Podemos sintetizar os requisitos para que possa ser celebrado o Acordo de Não Persecução Penal da seguinte forma: (i) não se tratar de hipótese que conduza ao arquivamento; (ii) tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça; (iii) pena mínima cominada ao delito inferior a 4 (quatro) anos; (iv) ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração; e (v) ser o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Inicialmente, dispõe o art. 28-A: “não sendo caso de arquivamento”. Não podemos nos esquecer de que o Acordo de Não Persecução Penal é uma alternativa ao processo. Ou seja: na situação concreta, estarão presentes os elementos para que seja deflagrada a respectiva ação penal, mas por razões de política criminal, o legislador permite que esta não seja ajuizada, desde que as partes assim pactuem e desde que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal. A ideia, portanto,

é que o Ministério Público somente possa propô-lo, quando possuir todos os elementos que viabilizem o oferecimento de denúncia, tais como a justa causa, a prática de infração penal e a existência concreta da punibilidade do autor do fato, até mesmo porque caso o acordo venha a ser rescindido, o promotor de justiça terá a faculdade de oferecer denúncia.

Neste sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

A primeira parte do dispositivo refere que o acordo poderá ser realizado quando **não for hipótese de arquivamento** da investigação criminal. Ora, os casos de arquivamento vinculam-se à ausência de indícios de autoria, de prova de materialidade do delito, de atipicidade da conduta e de já se encontrar extinta a punibilidade. Mais recentemente, embora sob o ponto de vista eminentemente técnico-jurídico não haja amparo legal, a doutrina tem considerado possível o arquivamento do inquérito também nas situações em que for manifesta a presença de causa excludente do crime ou de culpabilidade (exceto a inimputabilidade). Pois bem, ocorrentes estas hipóteses de arquivamento, descabe ao Ministério Público formular a proposta visando, com isto, a contornar o impedimento legal decorrente da falta de justa causa para o oferecimento da denúncia. Imagine-se, por exemplo, que o inquérito policial, conquanto tenha apurado indícios de autoria em relação ao investigado, não tenha logrado obter a prova de materialidade da infração, tampouco sendo possível o suprimento por outros meios, nos termos do que autoriza o art. 167 do CPP. Ora, se nesta situação não é possível o ajuizamento de ação penal, também não se pode considerar viável o acordo de não persecução penal (...) (NUCCI, 2020, p. 299.)

Na sequência dos requisitos, temos a necessidade de que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça. Andou bem o legislador ao impor essa limitação, pois se a intenção é impedir o ajuizamento de ação penal, evidente que a infração deva ser o menos grave e violenta possível, pois uma infração grave e violenta evidentemente deve submeter o indivíduo ao processo penal. Apesar da lei silenciar quanto a isto, parece que a violência e a grave ameaça seja aquela praticada a título de dolo e que esteja presente na conduta e não no resultado. Assim, caso haja prática de crime culposos com resultado violento, deve ser admitida a celebração do acordo desde, é claro, que estejam presentes os demais requisitos.

O próximo requisito é que a pena mínima inferior cominada ao delito seja de 4 (quatro) anos. Aqui não há muito o que se dizer, pois se trata de análise meramente objetiva do preceito secundário do tipo penal. Contudo, vale mencionar que nos termos do §1º do art. 28-A, para aferição da pena mínima cominada ao delito devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Próximo requisito: ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração. Sem dúvidas, o requisito que gera maior discussão e responsável por diversos debates acerca de sua (des) necessidade.

Confissão formal é aquela realizada por escrito. Confissão circunstancial é aquela por meio da qual o investigado indica de maneira minuciosa e detalhada todas as circunstâncias referentes ao cometimento do delito objeto do acordo.

Pergunta-se: o Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento utilizado para que não seja ajuizada ação penal. Não haverá, portanto, sentença penal condenatória proferida. Não tem nenhum efeito condenatório. Não aplica pena ao acusado. Não gera reincidência ou qualquer outro tipo de antecedente criminal. Para que, então, o legislador exige confissão? Pior ainda: não se limita a exigência a uma confissão formal. Esta deve ser também circunstancial. Tendo em vista que não haverá processo penal, não há sequer campo processual para utilizar essa confissão. Trata-se, sem dúvidas, de requisito totalmente arbitrário e descabido. Recorde-se que a transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) não exigem a confissão do acusado.

Não podemos perder de vista que o Acordo de Não Persecução Penal não pode ser utilizado como ferramenta para suprir lacunas deixadas por investigações mal conduzidas. Para propor o acordo, o Ministério Público deve ter a justa causa formada. Não pode se utilizar de uma confissão para complementar aquilo que eventualmente não tenha sido obtido com a investigação realizada.

Entendemos que esta exigência é manifestamente inconstitucional, por violar o princípio constitucional da vedação da autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal⁵ e no artigo 8º, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Veja a situação delicada: ninguém é obrigado a produzir provas contra si. Assim, o acusado poderia perfeitamente recusar-se a confessar a prática da infração penal. No entanto, se assim o fizer, perderia o direito a celebrar o acordo, passando então a ser processado criminalmente e possivelmente teria uma sanção penal aplicada. Um absurdo sem sentido, afinal a verdadeira essência deste instituto é justamente não instaurar processo penal e não se discutir sobre a culpabilidade do acusado (tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo, os quais não exigem, para sua celebração, a confissão do acusado). Recorde-se, ainda, que a aceitação e o cumprimento do acordo também não afetam a culpabilidade do investigado, sequer para fins de reincidência ou antecedentes criminais.

A nosso ver, a exigência de confissão formal e circunstancial do acusado revela mentalidade inquisitorial do legislador e totalmente desproporcional e descabida quando se está diante de uma solução consensual que tem por objetivo o não ajuizamento de ação penal.

5 Art. 5º (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Por fim, temos o requisito que exige ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Este requisito está diretamente relacionado com a discussão existente na doutrina e jurisprudência acerca da natureza do acordo, é dizer: trata-se ou não de direito público subjetivo do acusado? Uma vez preenchidos todos os requisitos legais teria o acusado direito subjetivo de celebrar automaticamente o acordo? Melhor dizendo: o Acordo de Não Persecução Penal é direito subjetivo do acusado ou uma discricionariedade do Ministério Público?

Com o devido respeito aos que pensam de maneira diversa, nos parece que o artigo 28-A do Código de Processo Penal deixa em evidência tratar-se de discricionariedade do Ministério Público. Isto porque deixa claro que será cabível o acordo se preenchidos os requisitos e ainda “(...) desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Trata-se, portanto, de discricionariedade ou oportunidade mitigada porque o Ministério Público somente poderá propor o acordo se preenchidos os requisitos do art. 28-A e se este acordo for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito no caso concreto.

O legislador confere liberdade ao promotor de justiça para avaliar o caso concreto e verificar se naquela situação o acordo é ou não a melhor alternativa para a prevenção do delito. É uma análise casuística, que deve ser feita de forma individualizada e pormenorizada em cada caso concreto. Portanto, não entendemos tratar-se de direito subjetivo do acusado.

Seguindo este raciocínio, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) editou o Enunciado nº 19, abaixo transcrito:

O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.⁶

Neste sentido também está a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou ao julgar o AgRg no RHC 130.587/SP⁷, decidindo que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

6 https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf
<Acesso em 20.07.2023>

7 AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

Por fim, importante mencionar as situações em que, por expressa vedação legal contida no §2º do art. 28-A do Código de Processo Penal, não será possível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal: (i) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; (ii) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (iii) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (iv) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Condições do acordo

As condições que poderão ser acordadas entre as partes estão previstas no artigo 28-A, incisos I a V, do Código de Processo Penal. Referidas condições poderão ser ajustadas cumulativa e alternativamente, nos exatos termos do *caput* do artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Reitere-se que não se trata de pena, mas apenas e tão somente de condições não privativas de liberdade que serão livremente pactuadas entre o acusado e o Ministério Público. A intenção aqui é fixar condições que guardem proporção com o delito praticado e ainda, que guardem relação com eventuais sanções penais que seriam aplicadas ao acusado, caso este fosse submetido a um processo criminal e ao final, tivesse contra si proferida uma sentença penal condenatória.

Acerca da primeira condição, qual seja, “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”, destaque-se que eventual impossibilidade econômica do acusado em promover a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, desde que comprovada, não impede a celebração do acordo. Trata-se de condição que está relacionada com o efeito automático e obrigatório que resultaria de uma eventual sentença condenatória, caso tivesse o acusado sido processado criminalmente, nos termos do artigo 91, I, do Código Penal.

Quanto à renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, verifica-se que esta condição se amolda perfeitamente ao objetivo do acordo, pois de nada adiantaria permitir que o acusado além de não ser processado criminalmente, ainda pudesse permanecer com os instrumentos e/ou com o proveito do crime. Esta condição guarda relação com o efeito automático de eventual condenação previsto no artigo 91, II, do Código Penal e também com a pena restritiva de direitos de perda de bens e valores, prevista no artigo 43, II, do Código Penal.

Com relação a terceira condição, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, é importante mencionar que se trata de uma condição que, uma vez descumprida pelo acusado, terá como única consequência a rescisão do acordo celebrado. Jamais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, até porque não se trata de pena e sim, de uma obrigação convencional.

A quarta condição (pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito) aproxima-se da reprovação e prevenção do crime, muito embora não constitua pena. Esta condição é semelhante à pena restritiva de direitos prevista no artigo 43, I, do Código Penal, sendo que o próprio legislador fez remissão expressa à aplicação do artigo 45 do Código Penal quanto à forma de estipulação desta obrigação.

A quinta e última obrigação, consistente no cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, permite que sejam aplicadas condições específicas, não previstas na lei, mas que sejam compatíveis e necessárias à reprovação e prevenção do fato delituoso praticado.

Procedimento para celebração do acordo

Podemos dividir a celebração do Acordo de Não Persecução Penal em 3 fases distintas: (i) a fase preliminar, em que as partes (Ministério Público e autor do fato assistido por seu advogado) irão pactuar as cláusulas que irão reger o acordo e elaborar o instrumento formalizado; (ii) a fase de homologação do acordo, em que o juiz participará; e (iii) fase de execução do acordo, em que o autor do fato irá cumprir as condições pactuadas.

Na fase preliminar, as partes irão formalizar por escrito as condições que irão reger o acordo, conforme determina o §3º do art. 28-A: o acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Ainda sobre a fase preliminar, que tem início com o oferecimento da proposta de acordo pelo Ministério Público, cabe mencionar que caso haja recusa do *parquet* em propor o acordo, poderá o acusado requerer a remessa dos autos à instância superior (Procuradoria Geral de Justiça, se Ministério Público Estadual ou Câmara de Coordenação e Revisão, se Ministério Público Federal), para dirimir o conflito, conforme determina o §14 do art. 28-A: no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código, situação em que poderão ser adotadas as seguintes providências pelo órgão de revisão: (i) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (ii) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-las; (iii) reformular a proposta de acordo para apreciação do investigado; ou (iv) manter a proposta oferecida, vinculado a todos os envolvidos.

Neste particular, uma importante observação deve ser feita: o ANPP não é direito subjetivo do autor do fato, mas sim, instrumento de política criminal. Cabe ao titular da ação penal avaliar caso a caso, mas a prerrogativa de oferecer ou não a proposta deve respeitar o esquadramento legal previsto pelo legislador. Neste sentido:

O legislador permitiu, no *caput* do art. 28-A do CPP, uma avaliação discricionária quanto ao oferecimento do ANPP. Entretanto, a possibilidade de ofertar ou não a solução consensual do conflito penal é juridicamente vinculada aos requisitos firmados na lei, ou seja, o Ministério Público até pode não ofertar o acordo se entender que o instrumento político-criminal não é apto (necessário e suficiente) à reprovação e prevenção do crime, contudo, esta atividade discricionária, representada pela escolha ótima e sinalizada pela necessidade e suficiência, deve vir balizada pela presença ou não dos requisitos legais.

Em outros termos, se os requisitos previstos no art. 28-A não estiverem atendidos, a conclusão é que o acordo não é suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime. Mas, por outro lado, se os requisitos estiverem presentes, a discricionariedade representada pela “reprovação e a prevenção” do *caput* deve ser interpretada juntamente com os demais requisitos, ou seja, o legislador indica que, se o autor dos fatos preencher os requisitos para celebração do ANPP, a celebração do acordo é o caminho indicado para a solução negocial do conflito penal, ou, de outra forma, necessário e também suficiente para prevenção e reprovação do crime.

O legislador não deixou ao Ministério Público uma atividade discricionária plena, mas sim regrou-a, estabelecendo as balizas para a escolha político-criminal a ser implementada.⁸

Após a formalização por escrito, o instrumento será encaminhado ao juiz, que terá a tarefa de homologar ou não acordo. A homologação do acordo é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado realizar qualquer juízo sobre o mérito ou quanto ao conteúdo do acordo. Para isso, o juiz irá designar audiência na qual deverá ouvir o investigado, na presença de seu advogado, a fim de analisar sua voluntariedade para celebrar a tratativa, conforme determina o §4º do art. 28-A: para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. Note-se que o artigo não faz nenhuma referência à participação do Ministério Público na referida audiência. A justificativa é simples: tendo em vista que o juiz busca avaliar a voluntariedade do acusado em celebrar o acordo, eventual presença do promotor de justiça poderia inviabilizar ou viciar a livre manifestação do acusado, caso houvesse sido constringido a celebrar o acordo.

Ao analisar os aspectos de legalidade do acordo, “se juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”, conforme determina o §5º do art. 28-A.

8 JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati; PEREZ, Stephanie Carolyn. Controle judicial nos casos de reusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de Acordo de Não Persecução Penal. *In: Boletim IBCCIM*, São Paulo, Ano 29, nº 348, 2021. p.8.

Caso o juiz entenda que o acordo cumpre os requisitos legais, deverá homologá-lo e, após, devolverá os autos ao Ministério Público para que este inicie sua execução perante o juízo de execução penal, nos termos do §6º do art. 28-A. Não se olvide que se trata de decisão judicial que deverá ser fundamentada. Por fim, se homologar o acordo, o juiz deverá determinar a intimação da vítima, conforme determina o §9º do art. 28-A.

O juiz poderá recusar homologação do acordo se: (i) considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições pactuadas e o Ministério Público não realizar a adequação indicada no §5º; ou (ii) se entender que a proposta não atende aos requisitos legais, conforme determina o §7º do art. 28-A. Se recusar a homologação, sempre de forma motivada, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, conforme determina o §8º do art. 28-A.

Acerca da recusa em homologar o acordo, destaque-se que o juiz não poderá interferir na redação final do acordo, pois sua função é meramente fiscalizatória sobre aspectos de legalidade e voluntariedade e porque o juiz não pode de forma alguma participar das negociações, pois se assim o fizer estará violando o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador. Portanto, se o juiz entender que não é caso de homologar o acordo, deverá simplesmente devolver os autos ao Ministério Público para que nova proposta seja apresentada (adequação das cláusulas), para análise acerca da necessidade de complementação das investigações ou ainda para o oferecimento da denúncia.

Caso o juiz recuse a homologação do acordo, caberá Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, XXV do Código de Processo Penal, incluído pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/19).

Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do acusado, conforme determina o §13 do art. 28-A.

Nos termos do §10 do art. 28-A, “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”. Neste caso, o descumprimento do acordo pelo acusado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, conforme expressamente determina o §11 do art. 28-A.

Por derradeiro, dispõe o §12 do art. 28-A que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de registro, a fim de impedir que aquele indivíduo que tenha sido beneficiado com acordo celebrado nos últimos 5 anos não receba novamente o benefício, em razão da vedação constante no art. 28-A, §2º, inciso III do Código de Processo Penal.

Conclusão

A Lei Anticrime buscou por um lado, o recrudescimento no tratamento dado à criminalidade organizada por meio de maior rigor legislativo, e por outro lado, buscou conferir tratamento mais célere e brando aos crimes cometidos sem violência e sem grave ameaça, evitando assim o processo e o encarceramento do autor do crime, por meio da criação do Acordo de Não Persecução Penal (“ANPP”).

O Acordo de Não Persecução Penal é um negócio jurídico decorrente de uma opção de política criminal para solucionar processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas. Trata-se de acordo celebrado entre o Ministério Público, representado pelo promotor de justiça e o autor do fato delituoso, devidamente assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia contra o autor. Ao final, se cumpridas corretamente as condições pactuadas, será declarada extinta a punibilidade do autor do fato.

Partindo da premissa de que uma vez praticada uma infração penal, cabe ao Estado o direito de punir o autor do delito, por meio do ajuizamento de uma ação penal, desde que se esteja diante de fato típico, antijurídico e culpável, que estejam presentes as condições para o exercício da ação penal e que exista a justa causa para o oferecimento da denúncia, e que uma vez celebrado o referido acordo, o Ministério Público, embora tenha os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não o fará, temos que o Acordo de Não Persecução Penal funciona na prática como uma hipótese legal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na prática, essa mudança permite que as autoridades de persecução penal utilizem o seu tempo para casos que sejam realmente importantes, evitando assim que seja perdido tempo com o que não é importante.

Infelizmente o Estado não tem condições de aplicar o processo penal democrático, amplo e garantista a todas as infrações penais praticadas. Neste cenário, em que é economicamente e juridicamente inviável aplicar de forma efetiva de ideias de justiça e eficiência na persecução penal, surge o Acordo de Não Persecução Penal como alternativa para simplificar o procedimento de persecução penal e abreviar sua solução, na medida em que nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo será cabível para infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Veja, que o filtro criado pela lei permite que infrações com pena mínima inferior a 4 anos sejam solucionadas por meio do consenso, evitando assim o ajuizamento de ações penais que somente irão afogar o Poder Judiciário e trazer ainda mais morosidade ao já precário e lento sistema processual.

O acordo representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal mais eficiente, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves, revelando harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal.

Referências

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 07.08.2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO. Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati; PEREZ, Stephanie Carolyn. Controle judicial nos casos de reusa do Ministério Público ao oferecimento da proposta de Acordo de Não Persecução Penal. *In: Boletim IBCCIM*, São Paulo, Ano 29, nº 348, 2021.

POLÍTICAS EDITORIALES

La Revista Principia Iuris es una publicación académica semestral (enero a junio y julio a diciembre) de cada año, con circulación nacional e internacional, editada por la facultad de Derecho desde el año 1999. Dirigida a la comunidad académica y grupos de Investigación en temas relacionados con el Derecho y las Ciencias Sociales. El Objetivo principal es incentivar a la publicación de artículos originales realizados en la comprensión epistemológica y teóricas de las Ciencias Sociales y el Derecho.

En ese contexto, de acuerdo a los lineamientos para posicionamiento de la revista, el comité editorial ha dispuesto que la revista Principia Iuris a partir de la edición número 29 en adelante, las publicaciones serán trianuales de acuerdo a los siguientes periodos: enero a abril – junio a septiembre y octubre a diciembre y se ajustará a cuatro idiomas: Castellano, Francés, Inglés y Portugués en el título, el resumen y las palabras claves.

Ademas de lo anterior, se recibirán los artículos de acuerdo a cada una de las convocatorias para publicación, y se ajustará cada ejemplar a 8 artículos por número sin superar de 12.

Funciones de los miembros del comité Editorial y Científico

Funciones del Editor

1. Dirigir y representar a la Revista.
2. Velar por la calidad académica de la Revista.
3. Proponer al Comité editorial el Plan anual de publicación.
4. Presidir y orientar el Comité editorial y Comité científico.
5. Citar las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité editorial y del Comité científico.
6. Coordinar el sistema de arbitraje de la Revista.
7. Coordinar la organización y ejecución de los procesos editoriales y de producción.
8. Las demás fijadas en razón de su función.

Funciones del Comité Editorial

1. Establecer la política editorial de la Revista.
2. Definir los criterios editoriales que se aplicarán para la aceptación de los artículos.
3. Servir de apoyo a la coordinación de la Revista.
4. Desarrollar la autoevaluación del Plan anual de publicación.
5. Las demás fijadas en razón de su función.

Funciones del Comité Científico

1. Apoyar al Comité editorial y al Editor en la formulación de la política editorial.

-
2. Asesorar al Comité editorial y al Editor en la definición de los parámetros de calidad científica de la Revista.
 3. Las demás fijadas en razón de su función.

INSTRUCTIVO PARA AUTORES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista *Principia Iuris* deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas, serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES *PRINCIPIA IURIS*. El proceso será doblemente ciego.
4. Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. *PRINCIPIA IURIS*, recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición *Principia Iuris* posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota de pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E-mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con las siglas AI y AE si el autor es interno o externo; en un segundo pie de página sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

POLÍTICAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Criterios de los artículos que se presenten a consideración del comité editorial para su publicación:

1. Los artículos deben ser originales y contener una extensión de 12 a 25 páginas, en formato carta, fuente Arial 12, espacio sencillo y con márgenes no inferiores a 3 cm.
2. En una nota o pie de página superpuesta al nombre del autor al inicio del artículo, debe mencionarse cargo e institución en que labora, máximo título académico obtenido, correo electrónico, nombre del proyecto y estado de la investigación, grupo de investigación al cual pertenece.
3. Presentación del artículo con título (15 palabras máximo), subtítulo opcional y nombre del autor.
4. El cuerpo del artículo debe contener las siguientes características: • Resumen (no podrá ser inferior a 100 ni tampoco exceder 200 palabras) • Palabras Clave: se deben registrar mínimo 4, máximo 7 palabras. • Abstract: Será la traducción del resumen, en la que el autor vele por conservar el sentido del mismo. • Keywords: Debe corresponder a las palabras clave consignadas en español conservando la esencia del significado en el texto. • Introducción • Desarrollo del trabajo • Resultados (solo en el caso de un artículo de investigación) • Conclusiones • Referencias.
5. Referencias: Se utilizará el sistema basado en APA (American Psychological Association) para las citas de referencia, como aparece en el portal de la asociación <http://www.apastyle.org>, salvo los siguientes documentos:

Documentos jurídicos y gubernamentales de Colombia:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Nombre oficial de la Constitución. Artículo específico citado. Fecha de promulgación. Ej. Constitución Política de Colombia. Art. 23. julio 20 de 1991. LEYES Número y año de la Ley. Asunto. Fecha completa de promulgación. Número en el Diario Oficial. Ej. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, julio 28 de 1993. Diario Oficial No. 41094.

CÓDIGOS. Título Oficial del Código. Número y año de la Ley a que corresponde. Artículo(s) citado(s). Fecha de promulgación (País) Ej. Código Contencioso Administrativo. Decreto 1 de 1984. Art. 145, enero 2 de 1994.

DECRETOS, ORDENANZAS, ACUERDOS, RESOLUCIÓN. Número y año del Decretos/Ordenanzas/Acuerdos/ Resolución. Asunto. Fecha de promulgación del acto. [Ente que lo promulgó] Ej. Decreto 2473 de 2010. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007, julio 9 de 2010 [Presidencia de la República].

JURISPRUDENCIA. Tribunal que profiere la Sentencia. Sala o Sección (en caso de ser aplicable). Número de Sentencia o del proceso (Magistrado/Consejero ponente/Juez; fecha). Ej. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia C-649/10. (Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto; 24 de agosto de 2010). FOTOGRAFÍAS E ILUSTRACIONES.

Las fotografías, ilustraciones y gráficos deberán enviarse en archivos independientes del texto principal. También deberán ser identificadas como “figura” y enumeradas según el orden de utilización en el texto. La buena calidad de las ilustraciones, en la publicación se debe a la calidad de archivo enviado por el autor. Cada ilustración debe tener un pie de imagen que dé cuenta de su providencia.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE ARTÍCULO PRESENTADO

Título del artículo que se presenta:

Área: _____

Autor: _____

Fecha de presentación: _____

Por medio de esta comunicación, certifico que el artículo que estoy presentando para posible publicación en la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Principia Iuris, es de mi entera autoría, siendo sus contenidos producto de mi directa contribución intelectual.

Todos los datos y referencias a publicaciones hechas están debidamente identificados con su respectiva nota bibliográfica y en las citas que se destacan como tal.

Por todo lo anterior, declaro que el material presentado se encuentra conforme a la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual, y, por lo tanto, me hago responsable de cualquier reclamación relacionada a esta.

En caso de que el artículo presentado sea publicado, manifiesto que cedo plenamente a la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, los derechos de reproducción del mismo y accedo a las modificaciones que de forma se requieran para adaptarse a la estética de la revista. Como contraprestación de la presente cesión, declaro mi conformidad de recibir (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

El autor,

El editor,

C.C.

C.C.

Principia Iuris ISSN 0124-2067

Código de Ética Revista PRINCIPIA IURIS

Desde el punto de Vista a editores y/o Comité editorial

El Comité Editorial velará por mantener el anonimato de los autores y sus evaluadores, colaborando a que el proceso completo de recepción y revisión del artículo esté amparado en la transparencia, una práctica objetiva y confidencialidad de las partes involucradas en el proceso editorial para garantizar durante todas las etapas la calidad. Orientado por este mismo principio, se busca contar en el menor tiempo posible con la asignación de los/as evaluadores/as más idóneos/as para el artículo que postula a ser publicado en la Revista Principia Iuris.

Los editores serán responsables de garantizar el cumplimiento de los tiempos límite de espera para la emisión del resultado del proceso, siendo un plazo máximo de 60 días para que el/la autor(a) sepa la situación de su artículo: “aceptado”, “aceptado con correcciones” o rechazado.

La aceptación no obliga necesariamente a la revista a incluir el artículo en el número en la cual se ha postulado. Siendo así, que la revista se reserva el derecho a publicar en un número siguiente si se excede en el número de artículos para el presente número.

El Comité Editorial deberá revelar cualquier conflicto de intereses; y si alguno de los miembros considera que debe declararse impedido este lo hará por escrito.

Al respecto los/as autores/as serán notificados/as por el Editor en qué número saldrá publicado el artículo que ha sido previamente aceptado.

Permitir a los autores el derecho a apelar una decisión del comité editorial.

Mantener informados a los autores desde el momento de recepción de sus trabajos hasta el momento en que se haya tomado una decisión.

Llevar a cabo un proceso de edición y publicación transparente y con entero respeto a los autores.

Estar disponibles tanto para los autores como para los evaluadores con el fin de aclarar las dudas que surjan durante los procesos de evaluación, revisión, diagramación y de edición.

Aceptar o rechazar los trabajos recibidos por la dirección de la revista con base únicamente en los resultados anónimos previstos de los pares evaluadores (si estos

no coincidieran en su veredicto, el director y el comité editorial de la revista deberán tomar una decisión final).

Desde el punto de Vista autores/as

Al enviar un artículo a la revista *Principia Iuris*, los/as autores/as se comprometen a no enviar de modo paralelo su paper a otra publicación científica.

Los textos deben ser de autoría propia y no tratarse de uno ya publicado al cual se han realizado solo modificaciones menores respecto a una investigación ya difundida.

Por lo mismo, en revista *Principia Iuris* únicamente pueden presentarse trabajos inéditos.

Al actuar como Autor, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentara ante un conflicto de interés o inhabilidad al momento de presentar un artículo ante algún evaluador que considere no sea idóneo para su respectiva revisión y evaluación.

Respecto a los datos contenidos en la investigación, deben ser verídicos, lo que significa, que no han sido modificados para mantener una coherencia con la perspectiva teórica y metodológica utilizada.

Del mismo modo, cuando dichos datos involucran la participación de personas como sujetos/as de estudio, tal vinculación se ha efectuado bajo la doctrina del consentimiento informado, lo cual implica una participación informada, libre y voluntaria en la investigación, manteniendo el anonimato de personas e instituciones.

Los/as autores/as al revisar los antecedentes teóricos y conceptuales de otras investigaciones conducidas en el ámbito temático del trabajo, se comprometen a abordar con exhaustividad esos trabajos, haciendo que el estado del arte sobre el tema, sea una revisión exhaustiva que sistematiza lo más actual, relevante y con diversidad de enfoques epistemológicos y metodológicos que han abordado el tema.

En ese mismo sentido, se garantiza la inclusión de autores/as que han realizado contribuciones científicamente significativas en el ámbito (multi/trans/inter) disciplinar respecto al tema de investigación.

En relación a la autoría del trabajo de investigación se compromete la inclusión de todas las personas que han aportado de modo significativo a la discusión teórica, a la sistematización del estado del arte y análisis de los datos; así también a la Escritura del texto, absteniéndose de incluir a otras personas solo por nexos de amistad, o vínculos intelectuales.

Un/a autor/a que ha presentado un artículo a la revista y que aún no ha sido publicado, puede solicitar el retiro de su artículo expresando los motivos que originan tal solicitud, quedando en libertad de acción luego que reciba de parte de el/la director/a de la revista la respuesta positiva a la solicitud.

Los/as autores/as son responsables por las perspectivas teórico-conceptuales que adopten y por las conclusiones, opiniones o afirmaciones que formulen las cuales no son necesariamente compartidas por la revista *Principia Iuris* ni por la Universidad Santo Tomás.

Desde el punto de vista a pares evaluadores

Quienes actúan como pares evaluadores son personas que participan de modo voluntario en este rol, siendo idóneos desde el punto de vista intelectual y/o teórico-metodológico para emitir un juicio evaluativo respecto a los trabajos mediante los cuales los autores postulan a su publicación a la revista *Principia Iuris*.

Al actuar como par, se compromete a comunicar al comité editorial de la revista si se enfrentarán ante un conflicto de interés o inhabilidad al momento de evaluar un artículo, junto con respetar la confidencialidad de la información relacionada con el proceso editorial.

De este modo, un/a evaluador/a se adhiere estrictamente a las políticas del proceso de evaluación de la revista, buscando siempre efectuar una crítica honesta y constructiva, manteniendo siempre la discreción con el contenido de los documentos evaluados.

Se aplicará la pauta de doble ciego de la cual dispone la revista *Principia Iuris*, de ese modo se promueve el respeto hacia el autor y la revista, consolidando así una cultura de gestión en la calidad.

Una vez aceptado el artículo para el respectivo proceso de revisión y evaluación se asume que estará acogándose al código de ética de la Revista *Principia Iuris*.

ÍNDICE DE ARTÍCULOS / AUTORES

A

AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA DURANTE LA PANDEMIA: UNA MIRADA AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DE SUS DERECHOS TERRITORIALES Angie Natalia González Rodríguez, Paula Lucía Arévalo Mutiz y Yesit Leonardo Silva Medina. p.

E

EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN. Carlos F. Forero Hernández y Paula Yulieth Arana Guaraca P.

EL SUICIDIO COMO RIESGO ASEGURABLE EN COLOMBIA. Helmuth Fabian Vargas Acero P.

H

HACIA LOS DERECHOS HUMANOS DEL SUJETO AMBIENTAL EN EL MARCO DEL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL Sergio Andrés López Zamora p.

L

LA MÚSICA HEAVY METAL UNA REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA ACERCAMIENTOS VS DISTANCIAMIENTOS CON EL DERECHO PENAL Juan Sebastián Rois Buitrago y Juan Carlos Contreras Garibello p.

O

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO REALIDADE NO PROCESSO PENAL Stephanie Carolyn Perez p.

ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO BAJO EL INFLUJO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE CESARE BECCARIA Y EL PRINCIPIO REFORMATARIO PENITENCIARIO DE JOHN HOWARD Diego Alexander Ramírez Flórez p.

R

RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO; ANÁLISIS Y RETOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA. Ana María Pérez Barrera p.

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 36

PRINCIPIALISMO BIOÉTICO Y BIOJURÍDICO: ¿NECESITAN LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO EUROPEOS UN MARCO DIFERENTE DE PRINCIPIOS?

Tom L. Beauchamp

LOS PRINCIPIOS DEL BIODERECHO EUROPEO

Peter Kemp

PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO EUROPEOS: AUTONOMÍA, DIGNIDAD, INTEGRIDAD Y VULNERABILIDAD

Jacob Dahl Rendtorff

EL BIODERECHO EN EL SIGLO 21

Carlo Casonato

BIODERECHO, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Amedeo Santosuosso

ÉTICA UNIVERSAL Y BIODERECHO MULTICULTURAL

Darryl Macer

BIODERECHO, ‘DILEMA DEL DOBLE USO’ Y LIBERTAD DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Ilaria Anna Colussi

EL BIODERECHO EN MÉXICO: ESTADO DEL ARTE Y APLICACIONES

Ingrid Brena Sesma

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 37

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MEDICINA ANTICONCEPTIVA,
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Y ECOGRAFÍA PRENATAL
EN COLOMBIA

William Andrés Ordóñez Bastidas
Laura Daniela Ramírez Guevara

APROXIMACIONES A LA EPIGENÉTICA. UN NUEVO CAMPO DE ESTUDIO
PARA EL DERECHO

Carlos Ricardo Mendieta Pineda
Luz Mireya Mendieta Pineda
Wilmar Niño Hernández

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LA
PANDEMIA Y LA CUARENTENA EN COLOMBIA

Luis Heliodoro Jaime González

UNA MIRADA DESDE LA ÓPTICA DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA
EN PRIVADOS DE LA LIBERTAD, CONSUMIDORES DE SPA, EN EL
ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA
SEGURIDAD DE CÓMBITA

Oscar Javier Hernández Uribe

EDUCACIÓN AL SERVICIO DEL CONSTITUCIONALISMO. “DE CÓMO
HACER COSAS CON LA CONSTITUCIÓN Y NO DESFALLECER EN EL
INTENTO”

Carolina Valencia Mosquera

EL PRINCIPIO DE LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO COLOMBIANO: ANÁLISIS DESDE EL PARADIGMA
GARANTISTA

María Camila Rodríguez Ruiz
Cristian David Ibarra Sánchez

MORIGERACIÓN DEL RÉGIMEN DE NULIDADES DEL PROCESO CIVIL
VÍA ACCIÓN DE TUTELA

Gerson Filippo Arcieri Caldas
Laura Ivonne Fejoo Urrea
Luisa Fernanda Hernández Sánchez
Nicolás David Salamanca Giral
Andrés Felipe Zamudio Arias

LA GESTIÓN DEL CAMBIO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES: SUS RIESGOS
Y RETOS EN BOGOTÁ - COLOMBIA

Hernán Esteban Rodríguez Crespo

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 38

EL BIODERECHO COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

Carlos María Romeo Casabona

Sergio Romeo Malanda

FRONTERAS DEL BIODERECHO Y LA BIOÉTICA

Juan Alberto Lecaros

BIODERECHO Y TENSIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN
LATINOAMÉRICA

Eduardo Rueda

BIODERECHO, DIVERSIDADES, JUSTICIA SOCIAL Y DERECHOS
DIFERENCIADOS

Aristides Obando Cabezas

JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y HAMBRE. UNA APROXIMACIÓN
DESDE LA BIOÉTICA Y EL BIODERECHO

Gabriela Arguedas

LIBERALISMO, *ENHANCEMENT* COGNITIVO Y BIODERECHO

Daniel Loewe

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 39

INAPLICABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA POR PARTE DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Javier Eduardo Castrillón Buitrago

LA CONSIDERACIÓN DEL DELITO TRIBUTARIO COMO ILÍCITO DE CUELLO BLANCO Y SU DIFICULTAD PROBATORIA

Carlos F. Forero Hernández

UN CAMBIO EN EL ENFOQUE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES EN EL SIGLO XXI

Sergio Andrés López-Zamora

LA PRUEBA DE OFICIO EN LOS DISTINTOS REGÍMENES

Sergio David Ríos

ACUERDO DE PAZ Y POST-CONFLICTO, EXPECTATIVA O REALIDAD?

Valentina Osorio

LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO

Omar Antonio Herrán, Jaime Alberto Sandoval Mesa y Jesús E. Sanabria-Moyano

LA FUNCION DEL JUEZ PENAL PARA DAR VALIDEZ A LA PRUEBA

Juan Pablo Rincón Camacho, Jimmy Dein Rodríguez Cuervo

UNA APROXIMACIÓN AL FEDERALISMO EN CORRELACIÓN A LA FORMA REPRESENTATIVA REPUBLICANA DE GOBIERNO FRENTE A LOS NUEVOS FENÓMENOS SOCIALES

Ezequiel Gustavo Polverini

PRINCIPIA IURIS NÚMERO 40

EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE EN EL EJERCICIO DE LA SANA CRÍTICA

Pablo Andrés Martínez Ico

ALGUNAS RAZONES DEL VOTO POPULAR EN LAS ELECCIONES PRESIDENCIALES DEL 19 DE JUNIO DEL AÑO 2022 EN COLOMBIA.

Pablo José Arias Páez

HERRAMIENTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO; ESTUDIO DEL CASO PRETORIA Y PRISMA

Jonathan Snaider Torres Abril, Zayda Yoletth Silva Vásquez y Valeria Gómez Simijaca

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DERECHO AMBIENTAL

Alexis Peña Fernández

APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO COMO CIENCIA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Isabel Cristina Ramírez Núñez y Flor María Torres Guzmán

LA PENA ALTERNATIVA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y EN EL ACUERDO DE PAZ SUSCRITO CON LAS FARC

Alfonso Daza González

LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA, PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL

Héctor Francisco Arévalo Fómeque

PRINCIPIA IURIS NUMERO 41

DESISTIMIENTO TÁCITO: UNA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

Magda Yaneth Martínez Quintero

INCAPACIDADES MÉDICAS: UNA PERCEPCIÓN JURÍDICA DERIVADA DE LA PRAXIS CONTRARIA PARA SU RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA

Karen Julieth López Gutiérrez

EFFECTOS JURÍDICOS ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN SOLEMNE EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Diego Andrés Joya Bermúdez

LA PROTESTA SOCIAL PACÍFICA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Carlos Andrés Aranda Camacho, Omar Alfonso Guerrero Bernal, María Alexandra Villegas Ibáñez

EL BASILISCO: CARICATURA ANTIMASÓNICA EN EL DIARIO “EL SIGLO”, 1936-1942

Joan Sebastián Igua Muñoz

SENTENCIA T-218 DE 2022: PROGRESO JURÍDICO PARA DETENER EL DESARROLLO HORMONAL CON PERSONAS TRANSGÉNERO MENORES DE EDAD

Elkin Centeno Cardona, Sergio Luis Mondragón Duarte

LA OBJETIVACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS A PARTIR DE LAS CIENCIAS EXACTAS: LA MATEMÁTICA Y LOS PARÁMETROS ALGORÍTMICOS

Danna Marcela Álvarez Prada

SITUACIÓN LABORAL DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS EN LOS MUNICIPIOS DE SAN GIL Y SOCORRO DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER DURANTE EL AÑO 2022: ANÁLISIS A PARTIR DE LOS NIVELES DE EMPLEABILIDAD Y DE COBERTURA LABORAL

Carlos Fernando Morantes Franco



CONTENIDO

AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA DURANTE LA PANDEMIA: UNA MIRADA AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DE SUS DERECHOS TERRITORIALES.....	12
Angie Natalia González Rodríguez Paula Lucía Arévalo Mutiz Yesit Leonardo Silva Medina	
PAPEL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN.....	35
Carlos F. Forero Hernández Paula Yulieth Arana Guaraca	
RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN DISCIPLINARIA DEL SERVIDOR PÚBLICO: ANÁLISIS Y RETOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA	47
Ana María Pérez Barrera	
ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL COLOMBIANO BAJO EL INFLUJO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE CESARE BECCARIA Y EL PRINCIPIO REFORMATARIO PENITENCIARIO DE JOHN HOWARD.....	62
Diego Alexander Ramírez Flórez	
EL SUICIDIO COMO RIESGO ASEGURABLE EN COLOMBIA	82
Helmut Fabian Vargas Acero	
LA MÚSICA HEAVY METAL: UNA REFLEXIÓN CRIMINOLÓGICA. ACERCAMIENTOS VS DISTANCIAMIENTOS CON EL DERECHO PENAL	101
Juan Sebastián Rois Buitrago Juan Carlos Contreras Garibello	
TOWARDS THE HUMAN RIGHTS OF THE ENVIRONMENTAL SUBJECT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE NEW ENVIRONMENTAL PARADIGM.....	129
Sergio Andrés López Zamora	
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONSENSO COMO REALIDADE NO PROCESSO PENAL.....	136
Stephanie Carolyn Pérez	

