

Berlín/Múnich, 26 de enero de 2020

Nos complacen los eminentes abogados Doctor Víctor Mosquera Marín y Doctor Jaime Lombana Villalba, representantes del expresidente y exsenador Álvaro Uribe Vélez (Consultor), con la solicitud de un **Concepto** sobre las cuestiones jurídicas que se describen a continuación (infra A.). A continuación, pasamos a exponer, sobre la base de los documentos que nos han facilitado los representantes del Consultor, las razones que fundamentan nuestra contestación.



Luís Greco

Profesor Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Extranjero y Teoría del Derecho Penal en la Universidad Humboldt de Berlín (Alemania). Habilitación en Derecho Penal por la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich (Alemania); doctorado en Derecho y máster en la misma institución.



Alaor Leite

Doctorado y máster por la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich (Alemania), bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. Docente asistente de la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Extranjero y Teoría del Derecho Penal de la Universidad Humboldt, Berlín (Alemania). Profesor visitante de máster y doctorado en la Universidade Federal do Paraná (Brasil, 2020).

A. Consulta.....	4
B. Hechos.....	5
I. Consideraciones introductorias	5
II. El contexto.....	7
III. Hecho 1 (Carlos Enrique Vélez Ramírez).....	8
IV. Hecho 2 (Juan Guillermo Monsalve Pineda)	9
V. Otros hechos.....	10
1. Juan Carlos Sierra Ramírez (el Tuso Sierra)	11
2. Maria Claudia Daza	11
3. Hilda Jeaneth Niño Farfán	11
4. Fauner José Barahona Rodríguez (Racumín).....	12
5. Eurídice Cortes (Diana)	12
6. Visitas a la prisión de Combita.....	12
7. Harliton Mosquera Hernández	13
VI. Síntesis.....	13
C. Análisis jurídico.....	14
I. Supuestos metodológicos. La teoría del delito como operacionalización de la legalidad penal /distinción derecho y política	14
II. Análisis dogmático de derecho material.....	20
1. ¿Punibilidad de Diego Cadena?	20
a) Soborno en la actuación penal (444a del Código Penal)?	21
aa) Tipo objetivo	22
bb) Tipo subjetivo.....	24
cc) Consideraciones adicionales	25
dd) Conclusión sobre el delito del art. 444a CP	28
b) ¿Fraude procesal (art. 453 del Código Penal)?	28
aa) Tipo objetivo	30
bb) Tipo subjetivo.....	33
cc) Otras consideraciones.....	33
dd) Conclusión sobre el delito del art. 453 CP	34
c) Conclusión final sobre la responsabilidad penal de Cadena	34
2. ¿Punibilidad del Consultor?	34
a) ¿Autoría (art. 29 I, II CP) de los arts. 444a, 453 CP?	35
b) ¿Participación (art. 30 CP) en los arts. 444a, 453 CP?	36
aa) Tipo objetivo	37

bb) Tipo subjetivo.....	38
cc) Consideraciones adicionales	39
dd) Conclusión sobre la participación	39
c) ¿Se ha omitido la responsabilidad por autoría/participación por omisión (art. 25 CP)?	39
aa) Tipo objetivo.....	40
bb) Tipo subjetivo.....	43
c) Conclusión final sobre la responsabilidad penal del Consultor	43
III. Análisis dogmático del derecho procesal	44
D. Conclusión final	46
Respuesta a la consulta	46

A. Consulta

Sobre la base de los documentos que se nos han facilitado, cuyo contenido se resumirá más adelante (B.), el Consultor, a través de sus distinguidos abogados, nos remite la siguiente consulta:

1. Desde la perspectiva del derecho material: ¿es posible afirmar la punibilidad del Consultor de conformidad con los tipos delictivos del art. 444a (soborno en la actuación penal) y el art. 453 (fraude procesal) del Código Penal colombiano?
2. Desde una perspectiva procesal: ¿es correcto imponer al Consultor una medida de aseguramiento en el curso del procedimiento que tiene por objeto la supuesta comisión de dichos delitos?

B. Hechos

I. Consideraciones introductorias

El presente concepto versará exclusivamente sobre cuestiones de derecho. No es función de los evaluadores, en su calidad de profesores universitarios ajenos al procedimiento, examinar cuestiones probatorias complejas y controvertidas. Con todo, el dictamen dependerá de la fijación de los hechos sobre los que versarán las consideraciones jurídico-dogmáticas. En el caso que nos ocupa, la fijación de los hechos conlleva dos dificultades: la de no tener aún, ante el tribunal competente, un escrito de acusación formalizado contra el Consultor, el expresidente y exsenador Álvaro Uribe, determinando los hechos que supuestamente lo incriminarían y posibilitando su defensa; y la de contar con una controversia significativa en relación con los múltiples hechos que adquieren relevancia en el presente.

En particular, existe controversia en cuanto al principal trasfondo de todo el problema, que también fue objeto del procedimiento de radicación 38.451 ante la Corte Suprema de Justicia (que retomaremos en el apartado II.): la afirmación de que el senador Iván Cepeda Castro había manipulado a los testigos para que declararan contra Álvaro Uribe y su hermano Santiago Uribe. Este hecho no se asumirá como verdadero ni como falso en estos momentos, por tres razones. La primera es que la decisión del 16 de febrero de 2018,¹ que sobreseyó el caso, es de naturaleza procesal, y no decide propiamente sobre el fondo de las acusaciones; solo desestima la existencia de los supuestos del art. 331 de la Ley 600/2000, que autorizaría la apertura formal de una investigación, por lo que no se trata de una sentencia absolutoria, con pretensiones de contar con efectos de cosa juzgada material y determinar la verdad de los hechos.² La segunda es que, aunque Cepeda hubiera sido «absuelto», si no formalmente, al menos materialmente³, de las acusaciones que se vertían contra él, ello no implicaría una determinación objetiva de la denominada verdad material, puesto que la verdad del derecho procesal penal se ve mitigada por consideraciones normativas, como la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, que conducen a absoluciones o declaraciones de inocencia que no guardan relación con la verdad material. La verdad material, en el procedimiento penal, opera únicamente como una

¹ Corte Suprema de Justicia, República de Colombia, Sala de Casación Penal, Sala de Instrucción n. 2, Ponente: Magistrado José Luis Barceló Camacho, SP245-2018, Radicación 38.451, acta No. 50, auto de 16 de febrero de 2018.

² Decimos «pretensión» porque la idea tradicional de que la cosa juzgada guardaría una relación íntima con la verdad (*res judicata pro veritate habetur*) presenta dificultades insuperables y puede considerarse anticuada (en detalle, con las referencias pertinentes, *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlín, 2015, pág. 351 y ss.).

³ Véanse las consideraciones en las páginas 39 y ss. de la decisión del Tribunal Supremo de Justicia, Magistrado Barceló Camacho, Radicación 38.451 (n. 1).

condición de la condena,⁴ y no es así en el caso de la radicación 38.451. La tercera razón es que la propia decisión de sobreseer el caso, curiosamente, reconoce que hubo promesa y entrega de ventajas por parte de Cepeda a Monsalve y Pablo Hernán Sierra (incluso apoyo económico al primero⁵), por lo que existe algo más que meros indicios de que los hechos comunicados por el Consultor al Tribunal responden a la verdad. Al menos en parte, la controversia sobre la conducta de Cepeda no se refiere a los hechos, es decir, a la concesión de ventajas a los testigos, sino a la calificación jurídica de los mismos (esas ventajas se consideran, al menos implícitamente, lícitas).

Resolveremos estas dificultades de manera pragmática, adoptando la máxima de no construir el concepto sobre la base de ninguna circunstancia fáctica susceptible de controversia, sino únicamente sobre lo que podría denominarse el *mínimo común denominador* entre todos los litigantes. La construcción de este mínimo común denominador se basará en cuatro directrices. La primera de ellas es la lectura de una serie de documentos procesales, que puso a nuestra disposición la Defensa del Consultor.⁶ La segunda es la extensa documentación de la comunicación telefónica realizada a través del dispositivo del abogado Diego Cadena, no solo con el Consultor. Aunque se cuestiona la legalidad y la proporcionalidad de estas escuchas telefónicas, que, según la Defensa, ascienden a más de 22.000 conversaciones del Consultor, esto no impide que se utilice la información incluida en las mismas para comprender, en particular, la relación entre el Consultor y Cadena, y más concretamente, lo que el Consultor habría hecho (u omitido) y lo que sabía. Muchos de los hechos a los que nos referiremos, en tercer lugar, presentan la calidad procedimental o de notorios, o de conocidos por los Tribunales. La cuarta y última es un principio de cautela, que llevará a entender como simplemente no probado todo aquello que no pueda ser indiscutiblemente situado en este núcleo mínimo, pero que, por otra parte, no dejará de manifestarse sobre la pertinencia jurídica de las versiones de los hechos que puedan ser contrarias al Consultor, con el fin de proporcionar un diagnóstico jurídico lo más objetivo y distante posible.

Los hechos presentan un factor adicional de complejidad: hacen referencia a más de una docena de testigos, con los que, en particular, el abogado Diego Cadena habría tenido contacto. Nos centraremos en los dos testigos a los que se hace también referencia en el escrito de acusación

⁴ Greco, Straßprozesstheorie (n. 2), pág. 181 y ss.

⁵ Véase la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Barceló Camacho, Radicación 38.451 pág. 132 y ss.

⁶ Estos documentos se citarán en las notas pertinentes.

existente contra Diego Cadena,⁷ a saber, Carlos Enrique Vélez, también conocido como Víctor, y Juan Guillermo Monsalve. Mencionaremos de manera mucho más breve a la mayoría de los otros testigos que constan en el proceso sobre la radicación 52.240, en el que se decretó una medida de aseguramiento contra el Consultor.

II. El contexto

En febrero de 2012, el Consultor denunció ante la Corte Suprema de Justicia al entonces miembro de la Cámara de Representantes (ahora Senador) Iván Cepeda, por presuntamente haber abusado del acceso que, como miembro de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes, se había permitido a varios presos, especialmente a Juan Guillermo Monsalve Pineda y Pablo Hernán Sierra García (también conocido como Alberto Guerrero o Pipintá). Cepeda no solo los habría entrevistado, sino que los habría manipulado ofreciendo varios favores a cambio de declaraciones que incriminaran al Consultor o a su hermano, Santiago Uribe Vélez. Más concretamente: a cambio de testificaciones que afirmasen la implicación de los hermanos con el paramilitarismo en la época en que el Consultor era gobernador de Antioquía. Las denuncias de manipulación dan lugar al procedimiento radicado 38.451 ante la Corte Suprema de Justicia, contra Iván Cepeda, en la que el Consultor está calificado como parte civil. El caso se cierra con el auto inhibitorio del 16 de febrero de 2018, decisión en la que el Tribunal también ordena que se investigue al Consultor. El plazo para recurso de reposición expiraría el 23 de febrero. El 18 de febrero, el Consultor se manifestó públicamente en las redes sociales, pidiendo a «los colombianos presos » que conocieran las manipulaciones que denuncien «con apego a la ley». Así, los contactos entre Cadena, abogado del Consultor, y Juan Guillermo Monsalve (más detalles en el apartado IV.) comenzaron el 21 de febrero. El día 22, el abogado de Iván Cepeda, Reinaldo Villalba Vargas, denunció ante el Tribunal las conversaciones entre Cadena y Monsalve, que conllevaron la incoación, ese mismo día, del proceso de radicación 52.240, por sospecha de soborno en la actuación penal (art. 444a CP) y fraude procesal (art. 453 CP). Las elecciones al Parlamento se celebran el 11 de marzo de 2018. El 6 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de reposición presentado por el Consultor. El 20 de julio de 2018, el Consultor toma posesión como Senador de la República, cargo al que renuncia el 18 de agosto de 2020.

Este es el contexto en el que se enmarcan los hechos que describimos a continuación.

⁷ Proceso de investigación y judicialización, Formato Escrito de Acusación, Código FGN-MP02-F-03, Fecha de Emisión 20 de junio de 2017.

III. Hecho 1 (Carlos Enrique Vélez Ramírez)

A finales de 2016, se hacen públicas las declaraciones del exparamilitar Carlos Enrique Vélez, que actualmente cumple condena en la Cárcel de Palmira, en el sentido de que habría sido contactado por Iván Cepeda para incriminar falsamente a los hermanos Uribe. El propio Vélez, antes de cualquier contacto con Cadena o el Consultor, comunica este hecho a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 1 de diciembre de 2016, en el procedimiento radicado 35.694 de única instancia.

A continuación, se produce una visita de Cadena a Vélez el *18 de julio de 2017*. De esa primera visita, resulta una *primera carta* en la que se confirman los cargos contra Iván Cepeda. La carta, escrita del puño y letra de Cadena, en papel con el membrete de su bufete, firmada por Carlos Enrique Vélez, se aporta al proceso de radicación 38.451 el 15 de agosto de 2017, en aquel momento en curso contra Iván Cepeda, por otro abogado del Consultor, Jaime Granados. El *20 de febrero de 2018* se firma una *segunda carta*, en esta ocasión, del puño y letra del propio Vélez, en papel con el membrete del abogado Jaime Granados Peña, que se entrega a Juan José Salazar, abogado socio de la Cadena, y que se aporta a la causa 23 de febrero de 2018. La primera carta no se admitió en el proceso.⁸ La segunda tampoco se admitió.

A partir de octubre de 2017, Diego Cadena comenzó a realizar *pagos a Vélez* para que este pudiera comprar tarjetas telefónicas con el supuesto propósito de localizar a otras personas que tuvieran información sobre el caso Uribe / Cepeda (en particular, Fosforito y Racumín), para fundamentar la acusación de que Cepeda habría articulado falsos testimonios que vinculaban a los hermanos Uribe con las fuerzas paramilitares. El primer pago parece haber sido de 500.000 pesos colombianos; hasta julio de 2018, le siguieron otros pagos, como el de 100.000 pesos colombianos en enero de 2018. Existen controversias sobre el importe total: el Escrito de Acusación contra Cadena⁹ habla de 48 millones de pesos, la Defensa habla de aproximadamente 7 millones. La iniciativa de los pagos es siempre de Vélez; él los requiere, Cadena/Salazar están de acuerdo con ellos. Muchos de los pagos se hicieron mediante depósito en la cuenta de María Elena Vélez Ramírez, hermana de Vélez; según la Defensa, todos los pagos se hicieron de esa manera, lo que no corresponde con la versión del Escrito de Acusación contra Cadena, que habla de varios pagos en efectivo, también a otras personas.¹⁰ En julio de 2018, se realizó un depósito de 2 millones de pesos, hecho por Cadena en concepto de ayuda humanitaria, ya que Carlos Enrique y María Elena Vélez le habían dicho a Cadena que el hijo

⁸ Corte Suprema de Justicia, Rad. 38451, magistrado Barceló Camacho, decisión del 6 de abril de 2018, pág. 51.

⁹ Escrito de Acusación (n. 7), pág. 3.

¹⁰ Escrito de Acusación (n. 7), pág. 3.

menor de Vélez requería un tratamiento médico de urgencia. A partir de agosto de 2018, la relación con Vélez se vio deteriorada. Pide más dinero, la significativa suma de 60 millones de pesos, bajo la amenaza de faltar a la verdad y perjudicar al Consultor, haciéndose manifiesta una situación que también Cadena entiende como de extorsión.

El *Consultor* sigue mostrándose fundamentalmente ajeno a los hechos descritos anteriormente. No existe ningún indicio, ni siquiera en las exhaustivas grabaciones de las conversaciones entre Cadena y el Consultor, que apunte a que el Consultor fuera conocedor de los pagos realizados a Vélez. Tampoco existen indicios de que ordenó a Cadena que tratara de influir para que Vélez faltase a la verdad. Los pagos llegan a su conocimiento, según la Defensa, solo el 19 de junio de 2019, en una reunión en la oficina del Congreso de la República del Consulado, donde Cadena puso dichos pagos en su conocimiento. Su reacción consiste en el repudio inmediato y espontáneo de los pagos. Existen registros de varias conversaciones telefónicas interceptadas entre Cadena y el Consultor, que versan sobre Vélez, sin ninguna mención de pagos.¹¹

IV. Hecho 2 (Juan Guillermo Monsalve Pineda)

Juan Guillermo Monsalve Pineda es un delincuente común, condenado a 40 años de prisión, que cumple su condena en la prisión de La Picota. Su amigo desde hace muchos años, Carlos Eduardo López Callejas (Caliche), se puso en contacto con el diputado Álvaro Hernán Prada Artunduaga del Partido Centro Democrático, afirmando que Monsalve estaría dispuesto a retractarse de sus anteriores declaraciones contra los hermanos Uribe y revelar que Iván Cepeda le había ofrecido ventajas a cambio de dichas declaraciones. Su compañero de celda, Enrique Pardo Hasche, también pasa información en el mismo sentido al grupo del Consultor. El *21 de febrero de 2018*, es decir, dos días antes de que venciera el plazo para presentar un recurso contra la decisión de la Corte Suprema de Justicia que había cerrado el caso de radicación 38.451 contra Cepeda, López Callejas escribió un envió un mensaje de texto a Monsalve pidiéndole que grabara un vídeo con dicha retractación. Para obtener este material, un vídeo, o al menos declaraciones firmadas de Monsalve, Diego Cadena acude personalmente a la cárcel, pero no es recibido. Cabe señalar también que ese mismo día, Monsalve informó a Cepeda, por medio de whatsapp, de los intentos de contactar a parte de las personas vinculadas con el Consultor, lo que transmite a la Corte el abogado Reinaldo Villalba Vargas al día siguiente.¹²

¹¹ Conversación del 10 de abril de 2018, etiqueta del audio: 1804102017007927125_1; conversación del 3 de mayo de 2018, etiqueta del audio: 1805032217008278683_1; conversación del sábado, 2 de junio de 2018, etiqueta del audio: 1806030017008726004_1; conversación del jueves, 28 de junio de 2018, etiqueta del audio: 1806281217009070425_1.

¹² El documento está incluido en el proceso de radicación 52.240, pág. 220 e ss.

Diego Cadena vuelve a la prisión el 22 *de febrero* y en esta ocasión sí es recibido. Pero Monsalve se muestra reticente. No solo no firma nada, sino que formula una serie de exigencias: que Cadena le ayude a cambiar de prisión, le ofrezca protección, le ayude a ser transferido al JEP, y que intervenga en su nombre en una revisión penal, para reducir su tiempo de condena. Cadena parece haber aceptado ayudar a Monsalve en todo lo posible, explicándole que no habría posibilidad de traslado a JEP, pero que analizaría la viabilidad de una revisión penal por parte de su bufete. No obstante, la petición de traslado a JEP se acaba realizando por parte de Monsalve, pero no a través de Cadena, sino de su abogado Carlos Arturo Toro López, un abogado, por cierto, vinculado a grupos de izquierda antagónicos al grupo del Consulado, el 17 de abril de 2018, pero se denegó el 28 de diciembre de 2018.

Aún con el propósito de obtener el testimonio de Monsalve, Cadena vuelve a la prisión en tres ocasiones más y mantiene varias conversaciones con el compañero de celda de Monsalve, el convicto Enrique Pardo Hasche. Al parecer, Monsalve acabó redactando una carta relatando los hechos. Insiste en que la carta no se debe buscar en prisión, sino con su esposa, Deyanira Gómez Sarmiento. Cadena se reúne con Deyanira el 5 de abril de 2018, pero no se ponen de acuerdo y la carta no se entrega. Por iniciativa de Deyanira, se aporta al procedimiento una carta de Monsalve, en la que acusa al abogado Diego Cadena y a Enrique Pardo de presionarle, supuestamente siguiendo las instrucciones del Consultor.

La participación del *Consultor* en los hechos es una vez más, remota. Cadena actúa con relativa autonomía, lo que es comprensible si se piensa que, a finales de febrero, el Consultor está en medio de una campaña política, puesto que las elecciones se iban a celebrar en pocas semanas (el 11 de marzo de 2018). Aquí también podemos recurrir a las conversaciones telefónicas entre él y Cadena, que fueron escuchadas y grabadas. En estas conversaciones, no se perciben ningún acto suyo ordenando a Cadena que ceda a las exigencias de Monsalve. El 3 de abril de 2018, más de dos meses después de la primera conversación entre Cadena y Monsalve (que tuvo lugar el 22 de febrero), el Consultor no se opuso a que Cadena se ocupara de la revisión penal de Monsalve, pero le dijo que la protección que buscaba Monsalve tendría que solicitarse a las autoridades competentes, es decir, por los cauces habituales.¹³

V. Otros hechos

Los otros hechos sobre los que versaba el proceso de radicación 52.240 tienen menos trascendencia, por lo que recibirán un tratamiento periférico en el presente dictamen. No

¹³ Conversación del 3 de abril de 2018, 7:30 a.m., etiqueta del audio: 1804031417007817897_1.

obstante, es importante realizar un resumen riguroso para que evitar que se critiquen las consideraciones incluidas en el presente por ser incompletas.

1. Juan Carlos Sierra Ramírez (el Tuso Sierra)

El ex paramilitar, que fue extraditado a Estados Unidos por el Consultor, vio su sentencia reducida y actualmente vive en libertad en Miami. Se hizo pública su afirmación de que Iván Cepeda le había ofrecido ventajas, particularmente asilo, a cambio de declaraciones que incriminaran a los hermanos Uribe. El Consultor solicita en la Sala de lo Penal, el 23 de marzo de 2018, en el marco del proceso de radicación 38.451, que se cite a Sierra Ramírez a declarar; la solicitud no prospera, ya que la decisión del 6 de abril de 2018 considera infundado el recurso de reposición y confirma la decisión del 16 de febrero, sin citar a Sierra Ramírez.

Ante la negativa judicial, Cadena se esfuerza así por obtener una declaración o un vídeo de Sierra Ramírez, y procede de manera transparente. El 18 de julio de 2018, Cadena consultó con un abogado de su confianza, Carlos Cruz, sobre la legalidad de utilizar una carta escrita de su puño y letra, únicamente firmada por el declarante, lo que le confirma. El 30 de julio de 2018 notificó Cadena al Procurador General de la Nación, Fernando Carrillo Flórez, su intención de viajar a Estados Unidos con el fin de obtener la carta, lo que pudo hacer el 1 de agosto de 2018, aportándose la carta al proceso de radicación 52.240.

2. Maria Claudia Daza

Daza, secretaria del entonces senador Álvaro Uribe en la Unidad de Trabajo Legislativo, recibió en marzo de 2018 la información de que alguien, un tal Sabogal, residente en Florida, quería revelarle algo que desacreditaría a un testigo de la parte contraria a Santiago Uribe Vélez, hermano del Consultor, Juan Carlos Meneses. Daza transmite la información al Consultor, que responde afirmandole que hable con Cadena. No se oye nada más sobre Sabogal, ni se habla de ello entre el Consultor y Cadena.

3. Hilda Jeaneth Niño Farfán

Niño Farfán es una antigua fiscal; en junio de 2017 perdió su puesto y su libertad como resultado de un proceso penal por delitos de corrupción. El 9 de noviembre de 2017 elaboró un documento denominado *matriz de colaboración*, con el fin de obtener la aplicación del principio de oportunidad, documento que contendría información sobre varios miembros de la Fiscalía, en particular la narración de una manipulación del caso 12 Apóstoles para perjudicar ilícitamente a Santiago Uribe. Al no expresar la Fiscalía interés en el documento, Niño Farfán envió la información al Consultor en abril de 2018 a través de un tercero. El Consultor le encarga a Cadena que se ocupe del asunto y hable con Niño Farfán.

Cadena visita a la exfiscal en la prisión El Buen Pastor el 17 de abril de 2018, pero no obtiene ningún documento. El 23 de abril de 2018, Niño Farfán firmó una petición por escrito elaborada por su propio abogado, Edgar Torres Martínez, dirigida a Néstor Humberto Martínez, por aquel entonces, Fiscal General de la Nación, solicitando una entrevista para revelar información sobre el caso de los 12 Apóstoles.

Cadena solo parece haber pedido, en una conversación telefónica el 9 de mayo de 2018, a las 6:44 P.M., ayuda para su traslado a otro centro de detención, la Escuela de Caballería, derecho que ya había sido reconocido, pero aún no se había ejecutado. Cadena no corresponde a la solicitud ni informa al Consultor sobre la misma.

4. Fauner José Barahona Rodríguez (Racumín)

El exparamilitar Barahona Rodríguez, alias Racumín, preso en la Cárcel de Combita, escribe por propia iniciativa el 21 de febrero de 2018 a la Corte Suprema de Justicia, relatando que había declarado que en septiembre o noviembre de 2015, los señores Pipintá e Iván Cepeda habían solicitado a Carlos Enrique Vélez que incriminara al Consultor por una masacre. La carta se aportó al proceso de radicación 52.240 el 23 de febrero de 2018, pero no fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia.

5. Eurídice Cortes (Diana)

Eurídice Cortes es una antigua miembro de las FARC desmovilizada, que posteriormente se unió a las AUC, tras militar en el Bloque Cacique Pipintá, como comandante política. Se comunica telefónicamente el 10 de abril de 2018 con el abogado Juan José Salazar, a continuación, con el socio Cadena, prometiéndoles que enviaría un video con información sobre Pablo Hernán Sierra Guerrero, alias Alberto Guerrero o Pipintá, responsabilizándolo por haber recibido dinero de Cepeda para testificar contra el Consultor. El 11 de abril de 2018, cuando se encontraba con Cadena y Salazar, el vídeo llega a sus manos y finalmente se aporta al procedimiento 38.451 el 8 de mayo de 2018. No obstante, el vídeo no se admite por el hecho de que se aportó cuando ya se había resuelto el recurso de reposición contra el inhibitorio.

Cadena le realiza dos *pagos*, a título de ayuda con los costes (viáticos): el primero, el 25 de abril de 2018, por valor de 300.000 pesos, el segundo, el 2 de mayo de 2018, por valor de 400.000 pesos.

6. Visitas a la prisión de Combita

El 21 de junio de 2018, Cadena visitó la penitenciaría de Combita y obtuvo documentos firmados por varios testigos (Máximo Cuesta Valencia, Giovani Alberto Cadavid Zapata, Elmo

José Mármol Torregrosa), que se aportaron el 27 de junio de 2018 al procedimiento que por aquel entonces se celebraba ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de un memorando firmado por Cadena, para apoyar la revocación del auto inhibitorio dictado a favor de Cepeda el 16 de febrero de 2018. Una de las cartas había sido redactada por Cadena, las otras, por la abogada del recluso, Doctora Angela López. Mediante auto del 24 de julio de 2018¹⁴, la Sala de Instrucción No. 2 desestimó incluso considerar la solicitud de Cadena por falta de poderes para representar al Consultor.

7. Harliton Mosquera Hernández

El 14 de abril de 2018, en el municipio de San Francisco, Cundinamarca, después de terminar un acto público en la campaña para la Presidencia de la República, el Consultor fue abordado por Harliton Mosquera Hernández, quien solicitó una conversación privada. Mosquera Hernández le habló de las tentativas de Cepeda. El consultor toma nota de los datos de contacto de Mosquera y los envía a Fabián Rojas y a Cadena. El 26 de abril de 2018, recabó una declaración con fines extraprocesales ante la Notaría Diecenueve Medellín.

VI. Síntesis

Se ha expuesto un número significativo de hechos, provenientes de varias direcciones y todos ellos coincidentes en el sentido de que había habido manipulación de los testimonios de Cepeda para incriminar al Consultor y a su hermano. En general, esta información llega al Consultor o a su representante de forma espontánea (regla). El Consultor quiere introducir esta información en los procedimientos judiciales pertinentes, recurriendo a la vía judicial, pero se le deniega su pretensión. En este contexto, Cadena procura recabar pruebas por iniciativa propia y con amplia autonomía, haciendo informes fragmentados y tardíos al Consultor, que siempre deja clara la necesidad de respetar los límites de la legalidad.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Ponente Barceló Camacho, Radicado 38451, decisión del 24 de julio de 2018.

C. Análisis jurídico

Vamos a desarrollar nuestro análisis en tres pasos principales. El primero de ellos (apartado I.) sentará las bases teóricas y metodológicas que orientarán el razonamiento que se expondrá a continuación. Solo queremos recordar algo que es evidente de por sí, pero que a menudo se olvida: que un análisis técnico, que toma en serio los principios reconocidos que constituyen lo que se denomina últimamente la *teoría del delito*, no significa más que respetar aquello que confiere una legitimidad real para la acción persecutoria del Estado, que es el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La segunda etapa, y más larga (apartado II.) tendrá por objeto el *derecho material*: en ella se procederá a un análisis técnico y detallado de la punibilidad del Consultor de conformidad con lo dos dispositivos legales objeto de la Consulta. Este análisis, que prestará atención a los principios basados en la etapa anterior, deberá comenzar con la conducta de Diego Cadena (apartado 1.), como la persona más cercana a los hechos presuntamente delictivos, para pasar al Consultor en una segunda fase (apartado 2.).

En la tercera etapa, el *derecho procesal*, examinaremos, de manera más sucinta, la viabilidad de la imposición de medidas de aseguramiento (apartado III.).

I. Supuestos metodológicos. La teoría del delito como operacionalización de la legalidad penal /distinción derecho y política

El hecho de que los criminalistas extranjeros, de origen brasileño pero enmarcados en el contexto académico alemán, se manifiesten sobre la punibilidad de una persona según el derecho penal colombiano podría generar la sospecha de que ofrecerán una respuesta de acuerdo con los sofisticados y esotéricos principios de una teoría del delito cuyas complejidades pretenden dominar. Sería como confrontar el manejo de la ley colombiana por parte de las autoridades locales de persecución con la razón inscrita en esa teoría extranjera y, con ello, crear un constreñimiento científico internacional. Lo cierto es que estas dicotomías, derecho positivo vs. teoría del delito, jurisprudencia vs. doctrina, Colombia vs. Alemania, no podrían ser más falsas. Nuestra convicción, que fundamenta el presente concepto y que en ahora buscamos hacer explícitas, es completamente diferente. Aquí demostraremos que estas falsas dicotomías sirven de cortina de humo para encubrir la única dicotomía que, de hecho, se presenta aquí: la que existe entre la política y el derecho, la fuerza y el argumento, de la que el jurista no podrá escapar, si sigue teniendo la intención de tomarse a sí mismo y ser tomado en

serio como jurista (y no solo como agente político). Después de todo, la ciencia del derecho tiene conferida la noble misión de «diferenciar la ley y el poder».¹⁵

1. Empecemos con la primera dicotomía falsa: *Derecho positivo vs. teoría del delito*. Nuestro análisis tomará por supuesto en cuenta la teoría *del delito* en el estado de desarrollo en que se encuentra en el país donde se estudia de forma más intensa, Alemania. La teoría del delito, bien entendida, no se encuentra en una relación de indiferencia o incluso de antagonismo respecto del derecho positivo;¹⁶ debe considerarse como una estructura argumental que permite una gestión más coherente y controlable de dicho derecho positivo.¹⁷ En un Estado de Derecho que conoce el *principio nullum crimen, nulla poena, sine lege* (art. 29 II Constitución Política de Colombia), ningún argumento, por racional que parezca, por reconocida que sea la persona que lo formule, tiene por sí solo la facultad de encarcelar, sin que esta facultad se reconduzca a la ley, la que no significa otra cosa que el consentimiento anticipado de cada ciudadano con el ejercicio de esta facultad. No son Roxin, Jakobs o Puppe, la imputación objetiva, la prohibición de regreso o el bien jurídico, sino la ley colombiana, debatida y aprobada por los legítimos representantes del pueblo colombiano, lo que autoriza las medidas punitivas contra una persona.

a) El primer paso en cualquier análisis racional de la punibilidad de cualquier persona consiste, por tanto, en *tomar en serio la letra del derecho positivo* vigente; en este caso, de las dos disposiciones del Código Penal colombiano cuya incidencia pasaremos a analizar, así como el marco normativo contenido en la Parte General de dicho Código. Estas disposiciones únicamente podrán aplicarse si están presentes *todos*, es decir, *cada uno de los elementos* con los que el legislador ha descrito la conducta delictiva. No es posible «saltarse» elementos, pasarlos por alto, dejar de leerlos, como si no estuvieran ahí. Tampoco es posible omitirlos o considerarlos, utilizando alguna clasificación doctrinal propuesta fuera de la ley: tal delito «es» permanente, por lo tanto...; tal delito «es» de peligro, por lo tanto... . Si un delito es permanente, o de peligro, o de mera conducta, u omisivo, será una conclusión, el resultado de un esfuerzo interpretativo de los elementos de la ley, y nunca un axioma evidente. La literalidad del derecho

¹⁵ Greco, *Strafprozesstheorie* (n 2), pág. 44 y ss., 116 y ss.; adoptando esta perspectiva, Leite, *La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal)*, InDret 3/2020, pág. 618 y ss. (publicación original en alemán en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* [GA] 4/2020, pág. 273 e ss.).

¹⁶ En lo que se engañen las voces críticas, como *Manrique/Navarro/Peralta*, *La relevancia de la dogmática penal*, Bogotá, 2011; *Cuerda Arnau*, *La función de la dogmática: (una crítica desde el diseño significativo de la acción)*, en: Silva Sánchez et alii (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo, 2017, pág. 485 y ss. (para una crítica convincente, *Díaz y García Conlledo*, *Reinvindicación de la [buena] dogmática*, en: de Vicente Remesal et alii [coords.], *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Madrid, 2020, vol. 1, pág. 129 y ss.).

¹⁷ En este sentido, fundamentalmente, *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª. ed., vol. 1, München, 2020, § 7 nm. 37 y ss.

positivo es, por tanto, el *punto de partida* y, al mismo tiempo, el *límite máximo de interpretación*; no es posible interpretar la ley, dando a sus palabras un sentido que deje de ser abarcable por las mismas.¹⁸ «Particularmente en el derecho penal democrático, no existe ningún valor que le permita extender el ‘significado posible literal’ del texto de las leyes incriminatorias o reducir el de las leyes desincriminatorias...».¹⁹ Cruzar ese umbral significa hacer una *analogía contra el reo*, que es inaceptable en materia penal.²⁰

Tampoco es posible dar a los términos de la ley una interpretación equivalente a la supresión de uno de estos términos; lo que el Tribunal Constitucional Federal alemán, siguiendo la doctrina de *Saliger*,²¹ denominó un «entrelazamiento» o una «superposición» entre dos elementos de tipo penal: la *prohibición de entrelazamiento* (*Verschleifungsverbot*), derivada del principio *nullum crimen*, se incumplirá cuando un primer elemento del tipo reciba una interpretación tan amplia, que haga redundante un segundo elemento.²²

Pero tomar en serio el derecho positivo no significa volver a las concepciones ingenuas de un juez bouche de la loi²³ o a la prohibición de la interpretación,²⁴ sino únicamente comprender que las construcciones desarrolladas por Roxin, Jakobs y Puppe y muchos otros autores, no solo alemanes, son intentos de *facilitar, estructurar, racionalizar el manejo del derecho positivo*, forzando algunas cuestiones que podrían olvidarse si quien aplica la ley se limita a la literalidad de la misma, imponiendo un orden a estas cuestiones, y permitiendo así que esta actividad sea *controlable y criticable*. La literalidad de la ley marca el punto de partida y el límite máximo,

¹⁸ Sobre el significado literal posible como límite máximo de interpretación, veáanse, entre muchos otros, los estudios de los evaluadores *Roxin/Greco*, Strafrecht, § 5 nm. 28 y ss.; *Greco*, Analogieverbot und europarechtliches Strafgesetz (Teil 1), en: GA 2016, pág. 138 y ss. (pág. 145 y ss.); *Leite*, Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Nelson Hungria), in: Busato/Sá/Scandolari, Perspectivas das ciências criminais, Rio de Janeiro, 2016, pág. 250 y ss.; véase también *Bacigalupo*, División de poderes, principio de legalidad e interpretación de la ley, en: LH Luzón Peña (n. 16), pág. 1 ss. (15).

¹⁹ *Fernández Carrasquilla*, Concepto y límites del derecho penal, Bogotá, 3ª ed., 2014, pág. 281.

²⁰ Para la prohibición de la analogía y su fundamento constitucional en Colombia véase solamente *Velásquez Velásquez*, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Bogotá, 2018, pág. 89; véase además *Roxin/Greco*, Strafrecht (n. 17), § 5 nm. 26 y ss.

²¹ *Saliger*, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, in: ZStW 112 (2000), pág. 563 y ss. (570, 585); a este respecto, sobre algunas consecuencias de esa formulación, *Leite*, Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial, in: Renzikowski/Godinho/Leite/Moura, O Direito Penal e o tempo, Coimbra, 2016, pág. 43 y ss. (publicación original en alemán en: Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht, GA 2014, pág. 220 y ss.).

²² BVerfGE 126, 170 (197); véase respecto a *Krell*, Das Verbot der Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale, ZStW 126 (2014), pág. 902 y ss; más breve *Roxin/Greco*, Strafrecht (n. 17), § 5 nm. 79.

²³ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, en: Oeuvres complètes, Seuil, París, 1964, pág. 527 y ss. (primera publicación 1748), Libro XI, Cap. II. 6 (pág. 589); sobre esto *Schreiber*, Gesetz und Richter, Frankfurt a.M., 1978, pág. 53 y ss; *Dauchy*, Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu. Nagoya University Journal of Law and Politics 256 (2014), pág. 325 y ss.

²⁴ *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, en: Firpo (coord.), Operar, Bd. I, Milán, 1984, pág. 15 y ss. (primera publicación 1764), § IV.

pero no el horizonte argumentativo. Por consiguiente, la teoría del delito no es una alternativa a la legalidad penal, sino su plena realización. En definitiva, la teoría del delito es la *legalidad penal operacionalizada*.

Con esto no se ignora que algunas construcciones de la teoría del delito van más allá del derecho colombiano o incluso alemán, e incluso sirven como parámetro para mejorarla o corregirla. No obstante, nuestro análisis se limitará a consideraciones que no presenten problemas de compatibilidad con el derecho positivo colombiano. No estamos analizando la punibilidad del Consultor sub specie aeternitatis, sino de conformidad con el derecho colombiano. Los espacios de libertad argumentativa que este derecho confiere son inferiores a los que ofrece el derecho alemán, puesto que el derecho colombiano está repleto de definiciones legales, incluso en la Parte General; y la legalidad es válida no sólo en la Parte Especial, sino también en la General.²⁵

b) La legalidad penal no es un receptáculo formal, dispuesto a recibir cualquier contenido. Las reglas de imputación contenidas en el derecho positivo colombiano, en particular en el Título III de la Parte General del Código Penal (arts. 19 y siguientes), y articuladas por la llamada teoría dogmática del delito, son, a su vez, la materialización de los principios filosóficos y constitucionales que rigen la legitimación del derecho penal. No vamos a hacer un análisis exhaustivo de estos principios;²⁶ creemos que, por cuanto se expone a continuación, es oportuno recordar solo uno de ellos, no por casualidad uno de los más fundamentales, el *principio de culpabilidad*, que en el CP colombiano está expresamente reconocido en el art. 12,²⁷ pero que se remite correctamente a la propia Constitución y a la idea de la dignidad.²⁸ La principal implicación de este principio es la exigencia de una responsabilidad estrictamente personal, es decir, únicamente por la propia conducta, por el incumplimiento de los propios deberes, quedando prohibida una transmisión automática de la responsabilidad, en la forma en que lo hace el derecho civil.²⁹ Las complejas reglas de autoría y participación, de las que nos ocuparemos a continuación, son una manifestación de esta exigencia de responsabilidad personalísima. El derecho civil conoce la institución de la representación, en la que las actuaciones del representante obligan al representado. Nada de esto existe en el derecho penal,

²⁵ Roxin/Greco, Strafrecht (n. 17), § 5 nm. 41.

²⁶ Para una visión general, véase Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 42 y ss., 75 y ss.; monográficamente: Yacobucci, El sentido de los principios penales, Buenos Aires, 2014.

²⁷ «Culpabilidad». Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva».

²⁸ En el mismo sentido, para Colombia, Velásquez Velásquez, Fundamentos (b. 20), pág. 73 («obvio»); véase también Roxin/Greco, Strafrecht (b. 17), § 19 nm. 53e y ss. (con muchas otras referencias doctrinales y jurisprudenciales).

²⁹ Roxin/Greco, Strafrecht (n. 17), § 19 nm. 53i.

que justifica la responsabilidad solo en la medida en que se cumplan, por la propia persona, los requisitos de los artículos 28 y ss. y 25 CP.

2. Con la deconstrucción de la primera dicotomía falsa, las otras dos se desmoronan: la dicotomía entre jurisprudencia vs. doctrina y Colombia vs. Alemania.

a) Nada es más engañoso que la imagen generalizada de que la teoría del delito consistiría en un edificio conceptual erigido por sabios maestros desde sus bibliotecas (majestuosas o decadentes, según los gustos), con indiferencia o incluso con desprecio por la supuesta labor superficial de los «operarios» de a pie, entre los que se encontrarían, junto a los magistrados, los fiscales y los abogados. Ambos, *teoría y práctica, doctrina y jurisprudencia*, van de la mano, contribuyendo los dos al fenómeno jurídico desde su propia perspectiva, que complementa la del otro.³⁰ La jurisprudencia resuelve, dentro de límites temporales muy estrechos, el caso singular que se le somete, del cual, por mera relación de proximidad, adquiere un conocimiento íntimo; la doctrina por su parte se libera de estos vínculos, ya que es libre tanto en la elección de los problemas como en el momento en que declarará finalizadas sus reflexiones, y se aleja del caso, dejando de percibir ciertas peculiaridades en favor de aspectos de carácter más general y trascendente. En definitiva, lo que se puede observar es que el impresionante edificio conceptual que conocemos hoy en día bajo el nombre de la teoría del delito se construyó a partir de un diálogo más que centenario con la jurisprudencia.³¹ Los hitos en el debate sobre la imputación objetiva fueron tanto de los pelos de cabra (RGSt 63, 211, 1929)³² y del ciclista (BGHSt 11, 1, 1958³³), como los artículos pioneros de Roxin en los años 60-70.³⁴ Los hitos en

³⁰ En extensión sobre las relaciones entre la ciencia y la práctica en la teoría del delito *Roxin/Greco*, *Strafrecht* (n. 17), § 7 nm. 85g y ss, con numerosas referencias.

³¹ Cf. también la ilustrativa obra *Sánchez-Ostíz* (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, 2017.

³² Un fabricante de cepillos dejaba que sus empleados manejaran pelo de cabra de China que, contrariamente a las normas de seguridad, no había sido desinfectado; cuatro empleados se infectaron con ántrax y murieron. No está claro si el proceso de desinfección habría descubierto los bacilos, por aquel momento desconocidos en Europa. Véase sobre el caso, el debate de *Feijoo Sánchez*, en: *Sánchez-Ostíz* (n. 31), pág. 143 y ss.

³³ Un camionero supera a un ciclista sin respetar la distancia mínima; el ciclista se asusta y cae bajo la rueda y fallece. No está claro si el hecho de haber respetado la distancia mínima habría garantizado que se salvara la vida del ciclista.

³⁴ Mencionamos principalmente a *Roxin*, *Pflichtwidrigkeit y Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in: *ZStW* 74 (1962), pág. 411 y ss.; *idem*, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, pág. 133 y ss. (Ambos estudios están traducidos al español en el volumen *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, trad. Luzón Peña).

el debate sobre el estado de necesidad fueron tanto Kant, Hegel, Rudolf Merkel y Lenckner,³⁵ como la decisión de 1927 RGSt 61, 242.³⁶

b) Por consiguiente, tampoco tiene sentido enfrentar a *Colombia y Alemania*. Una verdadera puesta en práctica de la legalidad incluirá tanto aspectos locales como universales. Los evaluadores reafirman su convicción y práctica de una *ciencia universal del derecho penal*, que dedica atención e interés a los argumentos, independientemente del país de origen.³⁷ Esto se hace no solo en las diferentes obras de los dos autores, sino particularmente en la nueva edición de la Parte General del Tratado de Derecho Penal de Claus Roxin, de la que el primer firmante es coautor, y que por primera vez reconoce a la literatura extranjera la misma dignidad que a la alemana.³⁸ El presente dictamen está inspirado en el mismo espíritu universalista y racionalista. Salvo que se indique el origen, es preciso dar cuentas de cada argumento, despojarlo de supuestos velos de autoridad, ir a los detalles, poner las cartas sobre la mesa.

3. La razón de esto es simple y sólida: quienes actúan de esta manera son responsables de sus acciones, con lo que llegamos a la única dicotomía realmente relevante, entre la *ley y la política, el argumento y la fuerza*. La teoría del delito, como la operacionalización de la legalidad, es una garantía de una aplicación controlable y criticable del derecho positivo. Esto significa que cuando se desatiende, tenemos menos control y criticidad, menos argumentos y más fuerza. Si el derecho es algo que se opone a la arbitrariedad, al hecho contingente de la fuerza superior de quien es más fuerte, también tendremos menos derecho. En su lugar, habrá política, que, como ya se he mencionado, no es otra cosa que la lógica amigo vs. enemigo,³⁹ la continuación de la guerra con otros medios.⁴⁰

Creemos en el derecho no como una continuación de la guerra, sino como su negación, como una orden que no conoce ni amigos ni enemigos, sino sólo sujetos de derecho. El jurista que

³⁵ Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Kants Werke, Akademie Ausgabe, vol. VI, 1968 (primera publicación 1797), pág. 235 y ss.; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, pág. 123 y ss. (§ 127); Rudolf Merkel, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*, Straßburg, 1895; Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965. De forma completa sobre el estado de necesidad, ver la tesis doctoral del segundo evaluador: Leite, *Notstand und Strafe*, Berlín, 2019.

³⁶ En la que se trataba de un aborto cometido por un médico para salvar la vida de la embarazada, en un contexto legal que no contemplaba expresamente esta hipótesis.

³⁷ Véase en detalle Greco, *Strafprozesstheorie* (n. 2), pág. 41 y ss.; además Roxin/Greco, *Strafrecht* (n. 17), § 7 nm. 85q y ss.; Leite, *La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal)*, InDret 3/2020, pág. 618 y ss.

³⁸ Roxin/Greco, *Strafrecht* (n. 17), pág. V; elogiado tanto por Rotsch, *Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts*, ZIS 2020, pág. 471 y ss. (472), como por Ambos, *Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft?*, ZIS 2020, pág. 452 y ss. (460).

³⁹ Según la conocida definición de C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 3ª reimpresión 1963, Berlín, 1991 (original 1932), pág. 26 y ss.

⁴⁰ En la famosa cita de Clausewitz, *Vom Kriege*, 1832, pág. 15 (Parte 1, Libro 1, Punto 1.1.) (citado sobre la base de la versión puesta a disposición por la Clausewitz-Gesellschaft en: <https://www.clausewitz-gesellschaft.de/wp-content/uploads/2014/12/VomKriege-a4.pdf>).

argumenta mal acaba degradándose a agente político; en lugar de la legalidad, que es en lo que todos nosotros, como ciudadanos, estamos de acuerdo, presenta subrepticamente su particular discreción, lo que se convierte en un problema especialmente agudo cuando este jurista no solo argumenta, sino cuando, como en el derecho penal, sus argumentos son encarceladores. El problema se agrava aún más en contextos como el actual, en el que intervienen figuras públicas y en el que el derecho penal puede pervertirse como peón al servicio de las estrategias de política partidista. Solo un análisis sobrio y desinteresado, basado en el estricto respeto de la literalidad del derecho y los parámetros de racionalidad desarrollados por la tradición de la teoría del delito, permitirá superar estos peligros y diferenciar *entre el verdadero derecho y política con máscara de derecho*.

4. En *resumen*: este dictamen es un intento de llevar a cabo un análisis estrictamente jurídico, y no político, de la delicada situación en la que se encuentra envuelta la eminente figura del Consultor. Hay que tomar en serio el derecho colombiano, entendiendo la teoría del delito como nada más que un marco que permitirá el manejo de este derecho de una manera más controlable y, por consiguiente, más jurídica, y que pedirá una responsabilidad estrictamente personal de los implicados.

II. Análisis dogmático de derecho material

A continuación, procedemos al análisis de la punibilidad del Consultor, para responder a la primera pregunta. Puesto que el Consultor se encuentra a una distancia relativa de los hechos que de forma más natural podrían considerarse delictivos, no habiendo realizado, ni siquiera en teoría, ninguno de ellos por sí mismo, como autor directo (art. 29 I CP: «Es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo...»), será imperativo comenzar por el examen de la conducta de Diego Cadena, posible autor inmediato/directo de los crímenes imputados. El Consultor puede ser, como máximo, o autor mediato (art. 29 I CP: «Es autor quien realiza la conducta punible... utilizando a otro como instrumento»), coautor (art. 29 II CP: «Son coautores quienes, mediante un acuerdo común, actúan con la división del acto delictivo, teniendo en cuenta la importancia de la contribución») o partícipe (en los términos del art. 30 CP).

1. ¿Punibilidad de Diego Cadena?

El comportamiento de Cadena puede haber llevado a cabo los dos tipos penales mencionados en el Escrito de Acusación dirigido contra él⁴¹: art. 444a y art. 453 del Código Penal.

⁴¹ Escrito de Acusación (n. 7).

a) Soborno en la actuación penal (444a del Código Penal)?

El dispositivo establece la punibilidad de aquel «que en provecho suyo o de un tercero entregue o prometa dinero u otra utilidad a persona que fue testigo de un hecho delictivo, para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente».

Este tipo tiene una estructura muy simple, que ya se revela al intérprete que lo enfoca tomando en serio su literalidad. Define un *objeto de acción*, «dinero u otra utilidad»; una *acción típica*, que es «entregar o prometer»; esta acción tiene que ser practicada ante un *destinatario*, que es la «persona que fue testigo de un hecho delictivo»; además, tiene que haber una conexión entre la acción típica, practicada por el autor, y lo que se espera del destinatario, es decir, lo que la doctrina más moderna ha venido llamando un *pacto de injusto* y que designaría la marca distintiva del injusto de corrupción:⁴² el hecho de que la conducta se practique «para que (el testigo) se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente». Por último, como *elemento subjetivo*, se requiere, además del dolo, que el autor actúe «en provecho suyo o de un tercero».

El concepto dogmático del *pacto de injusto* no es más que un esfuerzo por captar el sentido del acto corrupto como un intercambio, un *do ut des*, algo parecido a un contrato, compuesto, como este, de dos declaraciones de voluntad, una oferta y una aceptación.⁴³ El tipo de delito que estamos examinando criminaliza de por sí la oferta,⁴⁴ independientemente de su aceptación. El derecho demuestra que se toma en serio esta estructura, ya que no penaliza ninguna entrega o promesa de ventaja a un testigo, sino que solo actúa «para» influir en el testigo para que incumpla sus deberes cívicos. Esto significa que el acto de la oferta debe presentar una tendencia o una dirección objetiva para influir en el testigo para que declare un incumplimiento de sus obligaciones. Si el testigo T, pese a haber sido amenazado de muerte por el acusado R, realiza sus declaraciones, lo que anima al filántropo F a hacerle un regalo de Navidad en reconocimiento de su valor cívico, nadie pensará en la aplicación del tipo penal del art. 444a

⁴² No está claro si ese elemento no estaría mejor situado en el tipo subjetivo. Como nos parece que la tendencia a influir en la acción del testigo es una cualidad ya objetiva de la acción típica, hemos optado, siguiendo el ejemplo de la doctrina más autorizada en materia de delitos de corrupción (así, para todos, *Kuhlen*, en: *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Baden Baden, 2017, § 331 nm. 82 y ss.), colocándolo ya en el tipo objetivo.

⁴³ Sobre este concepto, como el núcleo de los delitos de corrupción, *Greco/Teixeira*, *Aproximação a uma teoria da corrupção*, en: *Leite/Teixeira* (eds.), *Crime e Política*, São Paulo, 2017, pág. 29 y ss.; *Leite/Teixeira*, *Financiamento de partidos políticos*, en el mismo vol., pág. 135 y ss.; en la doctrina alemana, véase *Schünemann*, *Die Unrechtsvereinbarung als Kern der Bestechungsdelikte nach dem KorrbekG*, in: *Festschrift Otto*, Berlín, 2008, pág. 777 y ss.; y *Kuhlen* (como 42), con numerosas referencias. En la doctrina colombiana, encontramos los primeros esfuerzos en un sentido similar en *Velásquez Velásquez*, *El delito de cohecho y sus manifestaciones*, en: *Velásquez Velásquez/Vargas Losano* (eds.), *Problemas actuales del derecho penal*, Vol. I: 2012-2015, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2016, pág. 207 y ss. (216), que intenta transponer la teoría de la imputación objetiva a los delitos de cohecho.

⁴⁴ En términos civilísticos, la entrega también puede entenderse como una oferta.

CP, aunque se cumplan los elementos «entregar», «otra utilidad» y «a persona que fue testigo de un hecho delictivo». Lo que falta es el pacto de injusto, ya que el obsequio no podrá influir (retrospectivamente) en A para que incumpla sus obligaciones como testigo. Esta tendencia o sentido es un componente normativo del tipo penal. La figura del pacto de injusto es, pues, un ejemplo cristalino de la operacionalización dogmática de los términos jurídicos (anteriormente descrita en el apartado I.), que permite una correspondencia más perfecta entre la aplicación de la ley y los casos que realmente debe abarcar.

Debemos hacer alguna precisión con respecto a los deberes *del testigo*. Estos deberes son, entre otros, prestar declaración, y de prestarla veraz y completa.⁴⁵ Las declaraciones tienen por objeto hechos que el testigo aprehendió por sus propios sentidos;⁴⁶ y no valoraciones⁴⁷. El testigo informa sobre los hechos, existentes o inexistentes, no los valora jurídicamente como relevantes o irrelevantes, lícitos o ilícitos. Al prever el tipo de artículo 444 CP, el derecho colombiano entiende implícitamente que el testigo, en cumplimiento de este deber cívico, desempeña una función pública, lo que explica que se someta a un régimen similar al de un funcionario público, protegiéndolo contra cualquier intento de influencia indebida de las personas que le ofrecen alguna ventaja.

Verifiquemos por tanto si, por medio de alguno de los comportamientos descritos anteriormente (B. III., IV., V.), Cadena ha realizado la totalidad, es decir, cada uno de estos elementos que enumera la ley.

aa) Tipo objetivo

1) Vemos menos dificultades en cuanto al objeto de la acción, el **dinero u otra utilidad**, la acción típica, **entregar prometer**, y los destinatarios de esa acción, **los testigos**.

Los elementos están indudablemente presentes en el caso de Vélez, que habría recibido pagos de Cadena entre octubre de 2017 y julio de 2018. Diana recibe dos pagos de Cadena, como viáticos.

En el caso de la mayoría de los demás testigos inscritos no existen indicios de que los elementos se cumplan. A Serra Ramírez no se le prometió ninguna utilidad, ni tampoco a Daza. Niño Farfán pidió ayuda a Cadena para cambiar de prisión, pero su petición no fue correspondida ni con una aceptación. Racumín no prometió nada, ya que recurrió a la Corte Suprema de Justicia por iniciativa propia. A los presos de la prisión de Combita, en Mosquera Hernández, no se les prometió ninguna utilidad.

⁴⁵ En detalle sobre los deberes de los testigos de Rogall, en: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung (SK-StPO), 5ª ed., 2018, Vor § 48 nm. 132 y ss.; más sucintamente Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29ª ed., München, 2017, § 26 nm. 10 y ss.

⁴⁶ Rogall, SK-StPO (n. 45), Vor § 48 nm. 15 y ss.

⁴⁷ Rogall, SK-StPO (n. 45), Vor § 48 nm. 17.

El caso de *Monsalve*, se encuentra en punto intermedio entre los dos grupos; es más problemático de lo que se ha reconocido hasta ahora, tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Escrito de Acusación dirigido contra Cadena. Monsalve le pide a Cadena varias utilidades: ayuda para cambiar de prisión, protección, ayuda para el traslado al JEP y la interposición gratuita de la revisión penal en su nombre. Cadena rechaza todas las solicitudes, salvo la última, la revisión penal. Al final, no «entrega» la revisión. Sin embargo, lo que no nos parece claro es que hubiera *prometido* el patrocinio gratuito de la revisión. Prometer significa comprometerse, obligarse (al menos de forma fáctica) a practicar determinada conducta futura; pensando, de nuevo, en términos contractuales, existe una promesa cuando uno hace una oferta, es decir, si uno anuncia algo que el receptor puede entender que se está dispuesto a cumplir. No queda del todo claro para nosotros que Cadena no estaba solo tratando de ganar tiempo, negociando, y no haciendo una oferta vinculante, como si dijera «veré lo que puedo hacer». Si la promesa de otra utilidad debe afirmarse o no, al final, deberá aclararse en las pruebas.

En *resumen*: El análisis de una posible punibilidad de Cadena solo puede proseguir en relación con Vélez y Diana. En lo que respecta a Monsalve, existen problemas probatorios que aún no se han reconocido. En relación con las demás personas que constan en los hechos que nos han sido comunicados, falta cualquier tipo de promesa de dinero u otra utilidad.

2) No obstante, ni siquiera en relación con estos tres testigos prospera la afirmación del tipo del art. 444a CP. Esto se debe a que la presencia del elemento jurídico es extremadamente problemática **«para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad»**. es decir, el pacto de injusto. No es casualidad que incluso en la decisión del 3 de agosto de 2020, de la Corte Suprema de Justicia, en el voto del juez César Augusto Reyes Medina,⁴⁸ ni siquiera en el Escrito de Acusación contra Cadena,⁴⁹ se demuestre el cumplimiento de este elemento de la descripción jurídica.

Como ya se ha mencionado, Cadena habría prometido/entregado las ventajas como una oferta en el sentido de un pacto cuyo contenido habría consistido en el incumplimiento del deber cívico *de los testigos*; el deber aquí habría sido *declarar la verdad*.

No obstante, no existen indicios de que Cadena hubiera ordenado a los testigos que no cumplieran con este deber. El elemento típico en cuestión solo se cumplirá si no es cierto que el senador Iván Cepeda habría acudido a Vélez, Monsalve o Pipintá (hecho que fue objeto de la declaración de Diana), les habría pedido que testificaran contra el Consultor y les habría ofrecido ventajas. Como ya hemos visto (B. I., II.), esta es una cuestión muy controvertida; la resolución del caso de radicación 38.451, incoado contra Iván Cepeda, no resolvió la cuestión, ya que no estableció ninguna verdad objetiva con respecto a estos hechos. Particularmente, existen indicios sólidos de que la suspensión del proceso contra Cepeda podría haberse producido no tanto porque los hechos que le atañen no se correspondían con la verdad, sino por una valoración jurídica de dichos hechos que los entendía como no delictivos. Sin embargo, los testigos no se pronuncian sobre la valoración jurídica de ningún hecho, sino sobre su

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción Especial, Magistrado Ponente: César Augusto Reyes Medina, radicación 52.2240, decisión del 3 de agosto de 2020, pág. 31 y ss.

⁴⁹ Escrito de Acusación (n. 7).

existencia. Y es un hecho, por ejemplo, que la familia de Monsalve recibió casi 13 millones de pesos colombianos de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, cercana a Iván Cepeda. Por otra parte, es un hecho que Cepeda se encargó de la protección de Monsalve, cuya garantía se solicita a la Corte Suprema de Justicia por el propio abogado de Cepeda.⁵⁰ El hecho de que estas conductas signifiquen o no un pacto de injusto es una cuestión que concierne a un elemento, como se ha visto, normativo, sobre el que el testigo no se manifiesta.

Con eso, ya se alcanza una importante *primera conclusión*: No es posible afirmar el cumplimiento del tipo penal del art. 444a CP por parte de Diego Cadena, por no cumplirse el elemento objetivo (normativo) del tipo «para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad», llamado por la nueva doctrina bajo el concepto de pacto de injusto. Ni Vélez, ni Monsalve, ni Diana, que fueron los únicos que recibieron alguna utilidad por parte de Cadena, debían declarar ningún hecho que no se ajuste a la verdad.

bb) Tipo subjetivo

En sentido estricto, se podría declarar cerrado el análisis del Art. 444a del Código Penal y podríamos centrarnos en el Art. 453 del Código Penal; la teoría del delito presenta una estructura escalonada, lo que significa que solo es necesario preguntarse por el tipo subjetivo si superamos la primera etapa, que es el tipo objetivo. Esto porque, entre otras cosas, el tipo objetivo es el objeto de referencia del tipo subjetivo. No obstante, teniendo en cuenta también que nos encontramos en una fase procesal prematura, incluso previa a un escrito de acusación contra el Consultor, es conveniente señalar aspectos adicionales, que serían relevantes si se entendiera que Cepeda no habría ofrecido ninguna utilidad a Vélez, Monsalve o Pipintá. El primero de estos aspectos afirma respecto del tipo subjetivo, que, como es bien sabido, está compuesto no solo de elementos especiales, en este caso, que el agente actúa «en provecho propio o de un tercero», sino también del elemento subjetivo general que es el *dolo*. El delito del art. 444a CP requiere dolo, sin que exista modalidad culposa.

El dolo se define jurídicamente en el CP (*art. 22*): «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». El hecho de que el dolo exija *conocimiento* no es una propuesta doctrinal,⁵¹ sino una imposición del derecho positivo: no solo la disposición mencionada deja claro que solo existirá dolo «cuando el agente conozca los hechos constitutivos de la infracción penal»; de conformidad con el *art. 32 Nr. 10 CP* el «error ... de

⁵⁰ El documento firmado por el abogado Reinaldo Villalba Vargas consta en el proceso de radicación 52.240, pág. 220 y ss.

⁵¹ A este respecto, véase Greco, Dolo sin voluntad, trad. E. Alemán, en: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, pág. 10 y ss. (pág. 16 y ss.).

que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica» excluye la responsabilidad, si fuera invencible, y permite el castigo por culpa, si fuera vencible y si existiera una disposición jurídica de punibilidad de forma culposa. La doctrina colombiana entiende correctamente este dispositivo como un reconocimiento de la figura del *error de tipo*.⁵² Esto significa que, en virtud de ambos dispositivos, no es suficiente para que se cumpla el art. 444a CP, que el agente entregue o prometa una utilidad al testigo para que este falte a la verdad; será necesario, además, que el agente *conozca* estos elementos, es decir, también *esa falsedad*.

Es decir, aunque Cadena hubiera pedido a Vélez, Monsalve y Diana que declararan algo que objetivamente faltara a la verdad, sería necesario que esta discrepancia se reflejara de manera subjetiva, que supiera *que Cepeda no le habría ofrecido ninguna utilidad a Vélez, Monsalve o Pipintá*. No existe ningún elemento en el sentido de que Cadena hubiera actuado de mala fe en ese sentido.

Esto significa que, aunque se entienda que se ha alcanzado el tipo objetivo, la punibilidad de Cadena por el delito del art. 444a del CP chocará con las disposiciones de los arts. 22 y 32 Nr. 10 CP. Solo será posible afirmar una punibilidad si se ignora la clara imposición de la legalidad a favor de la conveniencia política.

cc) Consideraciones adicionales

Vemos otros problemas a los que también apuntaremos por si se diera la circunstancia de que, contrariamente a todos los elementos de que se dispone hasta ahora, se entendiera que se ha cumplido el tipo objetivo y subjetivo. Nos parece que una afirmación de la punibilidad de Cadena no puede dejar de ser controvertida con tres aspectos del caso que no vemos ni en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia ni en el escrito de acusación contra Cadena.

(1) El primero de estos aspectos es que Cadena se comprometió a obtener testigos dispuestos a declarar en defensa de los intereses que patrocinaba, es decir, a ejercer el *derecho de defensa del Consultor* llevando a cabo lo que en particular, la doctrina sobre el proceso acusatorio denomina *investigaciones de defensa*.⁵³ Mientras que en un proceso inquisitivo tradicional el descubrimiento de los hechos se confiaba casi exclusivamente a una autoridad judicial, un proceso acusatorio otorga a las partes una gran autonomía para presentar su versión de los hechos, su

⁵² Por todos, Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 389.

⁵³ Sobre las investigaciones de la defensa y su importancia en un sistema acusatorio: Suraci, Le indagini difensive penale, Pisa, 2020; Buitrago Ruiz, Derecho de Defensa en la Etapa de Indagación, in: Derecho Penal y Criminología Universidad Externado de Colombia, 26 núm. 78 (2005), pág. 11 y ss.; brevemente Bernal Cuéllar/Montealegre Lynett, El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio, Tomo I, 6ª ed., Bogotá, 2013, pág. 212.

«teoría del caso», al tribunal.⁵⁴ Esto significa que la búsqueda proactiva a los testigos en sí no puede calificarse de ilícita; podría incidir el art. 32 Nr. 5 CP («No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: ... 5. Si se trata del ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público»). Un tratamiento demasiado extensivo del delito del art. 444a CP acabaría por estrangular a la defensa, impidiéndole ejercer su derecho a presentar su versión de los hechos al tribunal, lo que no coincidirá necesariamente con lo que, al final, se entenderá como probado.

Así pues, habría que *demostrar que Cadena excedió los límites de lo procesalmente permitido* en el ejercicio de su actividad de investigación. Por esta razón, parece absurdo entender que ofrecer *ayudas con los costes (viáticos) a un testigo humilde como Diana* pueda entenderse como ilícito, ya que esto equivaldría a hacer que la prueba resultara inalcanzable, o someterla a costes desproporcionados (ya que la hora de trabajo del abogado que se desplaza es mucho más costosa que el desplazamiento de una persona de a pie al lugar de trabajo del abogado). Lo mismo se aplica a los *primeros pagos realizados a Vélez*, que estaban destinados a permitirle comprar tarjetas telefónicas para encontrar a los demás testigos. La defensa, que no tiene la capacidad para convocar testigos, debe convencerlos de que hablen; esto no tiene carácter delictivo, siempre que la declaración sea objetivamente verdadera.

El hecho de que se trataba de un ejercicio del derecho de defensa se confirma por la forma «*neutral*», *abierta*, *pública* y documentada en que eligió proceder Cadena: se escribieron cartas con declaraciones de testigos, en papel con el membrete de su bufete, en ocasiones, de su puño y letra; muchos (si no todos) los pagos se hicieron por transferencia bancaria y se comunicaron a la Corte Suprema de Justicia.

Por último, imaginemos que Cadena, el abogado encargado de obtener pruebas en defensa del Consultor, permaneciese inactivo ante la información obtenida, como el Escrito de Acusación parece esperar. Si actuara así, estaría ejerciendo su profesión de manera deficiente y negligente, incumpliendo incluso los imperativos de la profesión. ¿Recomendaríamos a alguien un abogado que, teniendo conocimiento de una gran cantidad de pruebas aún no incluidas en el expediente, decide omitirlas y dejar que se pierdan?

(2) El segundo aspecto hace referencia a la relación con Monsalve y el resto de la relación con Vélez en lo que respecta a otros pagos, en particular la denominada ayuda humanitaria. Esta relación tiene todas las características de una verdadera *extorsión o chantaje*.

Monsalve y Vélez, desde el principio de forma implícita, y al final abiertamente, imponen como condición de sus declaraciones que Cadena les entregue alguna contraprestación. No es casualidad que las utilidades se pagaran solamente a un pequeño número de los testigos que Cadena logró reclutar. Después de todo, Cadena no ofreció, por propia iniciativa, ninguna utilidad; fueron Monsalve y Vélez quienes las solicitaron, en una situación delicada, en la que Cadena tuvo que enfrentarse al incómodo dilema de dejar pasar la prueba o ceder a la presión. No

⁵⁴ La diferencia entre los dos sistemas, el inquisitivo y el acusatorio, es objeto de una amplia controversia, que tratamos de evitar aquí; en detalle, *Bernal Cuéllar/Montealegre Lynett*, *El Proceso Penal* (n. 53), pág. 187 y ss.; *Armenta Deu*, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995; amplia discusión, con numerosas referencias, en *Greco*, *Strafprozesstheorie* (n. 2), pág. 69 y ss.

debemos olvidar que Cadena está en busca de testigos, que ya de por sí están obligados a declarar y declarar sin faltar a la verdad. Su actitud fue ceder en lo pequeño, haciendo un gesto a Monsalve con el patrocinio, en su caso, de una revisión penal, que, por cierto, nunca se hizo; y realizando a Vélez una serie de pequeños pagos. En particular, esta ayuda humanitaria, por valor de 2 000 000 de pesos colombianos, tampoco es mayor: equivale aproximadamente quinientos dólares americanos. En el momento en que Vélez pidió una gran suma de 60 000 000 de pesos colombianos, las relaciones terminaron. Aunque se entiende que Cadena no debería haber hecho ninguno de estos pagos, nos parece imperativo recordar que, en este caso, fue *víctima de una extorsión*.

El tratamiento dogmático que la ley confiere a tal situación se encuentra en *el Art. 32 Nr. 7 CP (estado de necesidad) o en el Nr. 8 («insuperable coacción ajena»)*. Debe quedar particularmente claro si el peligro que Cadena quería evitar, que los testigos perdieran sus testimonios o incluso que los testigos mintieran en perjuicio de su cliente, era «inevitable de otra manera» o «insuperable». Aun si se entiende que estos requisitos no se cumplen, que Cadena debería haberse dirigido a las autoridades competentes y haber informado de las extorsiones, existe margen de error en los elementos objetivos de la evitabilidad o la insuperabilidad de otro modo. En caso de afirmarse ese error, aplicaría una vez el *art. 32 Nr. 10 CP*, pero ya no en la modalidad de error de tipo, sino «error... de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad», lo que daría lugar, como mínimo, si el error se entiende como vencible, a una exclusión *del dolo*.

(3) Por último, debemos señalar un aspecto más, en este caso, en lo que respecta a la relación con *Monsalve*. A partir de la lectura de los hechos que se nos han presentado, se hace difícil disipar la sospecha de que estaba jugando un doble juego, contactando tanto a Cadena como a la «otra parte», subastando su testificación; en cierto momento, parece decidir tenderle *una trampa*. Es extraño, por no decir otra cosa, a los ojos de un observador extranjero, que las autoridades colombianas presenten un escrito de acusación contra Cadena por sobornar a Monsalve, cuando Cadena no hizo más que (cediendo a una extorsión) prometer algo que ni siquiera cumplió, sin *hacer nada contra los que, de hecho, no solo prometieron sino que cumplieron lo que prometieron*: Cabe recordar que la solicitud de adhesión a JEP se presentó por parte de Monsalve a través de su abogado Carlos Arturo Toro López, abogado vinculado a grupos de izquierda antagónicos al grupo del Consultor; y que el abogado de Cepeda presentó una solicitud, el 22 de febrero, a favor también de la seguridad de Monsalve.⁵⁵

La pertinencia de este conjunto de circunstancias que finalmente mencionamos va más allá de los límites estrictos del derecho penal (principalmente material) al que el presente dictamen desea atenerse. No obstante, no podemos dejar de observar que ponen en duda la imparcialidad

⁵⁵ El documento está incluido en el proceso de radicación 52.240, pág. 220 e ss.

con la que las autoridades fiscales colombianas están tratando a Cadena (e, indirectamente, al Consultor), y refuerzan la sospecha de que no se trata de un enjuiciamiento guiado por consideraciones jurídicas, de legalidad, sino más bien por propósitos políticos.

dd) Conclusión sobre el delito del art. 444a CP

No existe forma de afirmar la realización del art. 444a CP por parte de Cadena, sin que ello suponga contravenir la literalidad inequívoca del derecho positivo colombiano. Faltan elementos de tipo objetivo, particularmente el elemento «para que se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente»; incluso si se entendiera que este elemento estuviera presente, faltaría el dolo correspondiente. Una declaración de punibilidad tendría que rebatir además la posibilidad de que Cadena estuviera ejerciendo el derecho de la defensa a investigar, fundamental en un proceso acusatorio, así como tomar en cuenta la situación de necesidad en la que se encontraba, bajo una auténtica extorsión de Vélez y Monsalve.

b) ¿Fraude procesal (art. 453 del Código Penal)?

El segundo delito que le atribuye el escrito de acusación contra Cadena es el de fraude procesal, previsto en el art. 453 CP. Este dispositivo impone una pena a quien «por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley».

Nuevamente, nuestro punto de partida es la literalidad de la ley; las teorías y construcciones interpretativas pueden moverse en los márgenes que permite dicha literalidad, pero nunca reemplazarla, como si se tratase de castigar en base a estas teorías o construcciones interpretativas, y no a de la ley. El tipo penal incluye una *acción típica*, que es hacer uso de un medio fraudulento; la acción se dirige a un *destinatario* específico, que es un funcionario público (con competencia para dictar sentencia, resolución o acto administrativo); tiene que provocar un *resultado*, que es la producción de un error en un funcionario público; y tiene que presentar una *tendencia objetiva (o un propósito especial)*⁵⁶ que es obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Es cierto que el *resultado* se describe mediante un verbo: «induzca a error», lo que podría hacer pensar que no se trate de resultado, y sí que dicho elemento designe una cualidad de la acción, su carácter fraudulento. No obstante, tal lectura iría más allá de los límites del significado literal

⁵⁶ Si esta interpretación prosperara, el elemento se analizaría en el tipo subjetivo. En lo que respecta al contenido, esta cuestión sería de escasa importancia.

posible y por lo tanto incumpliría el principio constitucional de legalidad. Al fin y al cabo, equivaldría a suprimir el otro elemento «por cualquier medio fraudulento», o a que este elemento, indudablemente relacionado con la acción, no fuera más que una redundancia junto al elemento «induzca a error», provocando lo que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, recientemente, ha designado el inaceptable entrelazamiento (*Verschleifung*) entre dos elementos. Como hemos visto, existe un vínculo cuando la interpretación dada a uno de los elementos del tipo acaba, fácticamente, por hacerla redundante, lo que hace que desaparezca al lado de otros elementos. Además, el hecho de que el resultado se describa aquí con un verbo no significa que no haya resultado; también el delito de homicidio se describe con un verbo, «el que matare a otro» (art. 103 CP), y nadie cuestiona que sea un delito de resultado.

Por ello, no resulta en absoluto suficiente dar más autoridad a una *clasificación doctrinal*, un delito «formal», «de comportamiento» o «de peligro», que a la propia literalidad de la ley. Es este error de interpretación, en contravención del principio constitucional de legalidad, el que comete explícitamente el juez de la Corte Suprema de Justicia Reyes Medina, que deriva de estas clasificaciones la ocurrencia innecesaria de cualquier error.⁵⁷ No se puede interpretar el art. 453 CP, respetando la legalidad, sin exigir que se produzca un error del funcionario contra quien se dirige el fraude, como (primero) resultado típico. Lo que no es necesario es que se produzca un (segundo) resultado del error, que es obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.⁵⁸

Es cierto que se trata de un delito *de peligro (abstracto)*, ya que el funcionario no tiene que llegar a tomar la decisión contraria a la ley; pero el delito de peligro abstracto no es necesariamente un delito sin resultado.⁵⁹ El delito de incendio es un ejemplo clásico del delito de resultado («que prenda fuego», art. 350 CP), pero de peligro abstracto, en el sentido de que se incrimina incluso la conducta de prender fuego a la propia cosa (la ley solo habla de «bien mueble» e «inmueble»). Por último, una prueba de la correcta interpretación que aquí se propone proviene del art. 246 CP, la estafa: la conducta que se describe en este artículo es la de que «obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños», y no hay duda de que el error

⁵⁷ No es correcto que se trate de un «delito de mera conducta y de peligro, no de resultado», sin necesidad de «que efectivamente se engañe al servidor público» (Corte Suprema de Justicia, Reyes Medina [n. 48], pág. 41).

⁵⁸ Asimismo, *Castro Cuenca/Bernate Ochoa/Villamil Ramírez*, Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, en: Castro Cuenca (eds.), *Manual de Procedimiento Penal, Parte Especial, Volumen 2*, Bogotá, 2019, pág. 466 y ss. (499), con referencias jurisprudenciales.

⁵⁹ Véase con bastante precisión *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln etc., 2002, pág. 155; *Greco*, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, Rio de Janeiro, 2010, pág. 41.

es un primer resultado, algo que deriva de la práctica de una acción típica que hace uso de artificios o engaños.⁶⁰

Una vez hechas estas consideraciones, podemos pasar a un examen detallado del cumplimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo por Cadena.

aa) Tipo objetivo

La situación de Cadena es, en sentido estricto, aún más clara de lo que era respecto del tipo penal que hemos analizado anteriormente. Porque ahí sí se cumplían, en ciertos casos, algunos de los elementos del tipo penal del que se trataba. En lo que respecta al art. 453 CP, no solo falta el resultado típico, la producción de un error, sino también la acción típica, el uso de un medio fraudulento.

(1) Conducta típica: ¿uso de medios fraudulentos?

El medio fraudulento se aproxima a la acción típica del delito de estafa, que el derecho colombiano describe como el uso de «artificios o engaños», el derecho español lo describe como «engaño» (art. 248 CPesp) y que la doctrina alemana define como Täuschung, que puede traducirse como fraude o engaño. También utilizaremos el término fraude para mantener la conexión con el tipo penal del art. 453 CP.

Nos interesa señalar estas correlaciones, porque la doctrina alemana desde Binding ha llevado a cabo avances relevantes en la interpretación de este elemento, que creemos que pueden ser transpuestos a la interpretación del dispositivo colombiano que estamos aplicando.⁶¹ La definición más reconocida es que el fraude se entiende como un *comportamiento que es objetivamente apropiado y subjetivamente dirigido a causar un error sobre los hechos*.⁶²

La definición, aunque no sin dificultades,⁶³ nos proporciona una base suficientemente sólida para seguir con nuestro análisis. En particular, señala un primer problema insuperable: el comportamiento solo configurará el fraude si el *hecho* que comunica no se corresponde con la *verdad*. Esto significa que vuelven a aparecer los problemas que hemos encontrado al analizar el art. 444a CP (encima de a] aa)).

⁶⁰ Así, Casas Patiño/Castro Cuenca/Escobar Beltrán/Pabón Reverendo, Estafa, abuso de confianza y fraude con cheque, en: Castro Cuenca (n. 58), pág. 469 y ss. (pág. 476, con referencias, en la nota 8, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 16 de diciembre de 1995; de 15 de abril de 1993; y de 8 de febrero de 2001; 482 y ss.)

⁶¹ Para una cuidadosa exposición del estado actual de esta doctrina, Hefendehl, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), 3ª ed., München, 2019, § 263 nm. 61 y ss.; en lengua accesible, véase la monografía de Pastor Muñoz, La determinación del engaño típico en la estafa, Madrid/Barcelona, 2004.

⁶² Definición usada por la jurisprudencia alemana, por ejemplo, en BGHSt 47, 1 (5).

⁶³ Véase especialmente Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln etc., 1999, pág. 93 y ss.

Concretamente: solo se puede hablar de *fraude* si la conducta de Cadena es adecuada y dirigida a hacer creer a un funcionario público, principalmente aquí, los jueces de los casos a los que estarían destinadas las declaraciones de los testigos, algo que no se corresponde con la verdad; es decir, *si las diversas declaraciones, no solo de los tres testigos en los que nos hemos concentrado anteriormente debiesen contener falsedades*. No se percibe que sea el caso. Particularmente, parece ser un hecho incontestable que Cepeda habló con varios de los testigos, les pidió que declararan contra el Consultor y les prometió o incluso les entregó diversas ventajas. Si la actuación de Cepeda es o no delito, esto es una discrepancia que parece hallarse en el aspecto de la valoración, lo que, sin embargo, no permite fundamentar un fraude.⁶⁴ El fraude también tiene que ver con hechos, no con valoraciones. Por consiguiente, no está claro cómo pueden considerarse fraudulentas las declaraciones de los testigos, que posteriormente se introducirían en varios de los casos.

Tal vez se afirme que una declaración de un testigo completamente fiable tendría que ser *espontánea*, no provocada por Cadena. Esta concepción idealista no es compatible con los principios del llamado proceso acusatorio, que permite a la defensa buscar pruebas, particularmente cuando estas simplemente llegan a su conocimiento. Además, Cadena nunca trata de ocultar su participación en la obtención de muchas de las declaraciones, ya que a menudo se redactan en papel con membrete de su propio bufete.

Asimismo, no siempre las actuaciones dirigidas a los funcionarios son practicadas por Cadena. En el caso de Vélez, Cadena aporta solo la primera, pero no la segunda, de las dos cartas en el proceso de radicación 38.451. La carta de Monsalve se presenta por parte de Deyanira Gómez Sarmiento, no por Cadena. En estas dos hipótesis, existe una razón adicional, independiente del contenido de las declaraciones, en el sentido de la no realización de la conducta típica del art. 453 del CP: el hecho de que no fue él quien habría realizado el dispositivo en cuestión por su propia cuenta. Tendríamos que analizar la viabilidad de la coautoría, la autoría mediata o la participación; lo que no vamos a hacer en este dictamen, para no detenernos demasiado en un aspecto secundario.

(2) Resultado típico: induzca a un error a un funcionario público

(a) En sentido estricto, podríamos calificar una vez más el análisis como cerrado, ya que no presenta ni siquiera el requisito primero y fundamental del art. 453 CP, es decir, la acción típica de fraude. Es importante continuar, ya que las siguientes dificultades son aún más evidentes y presentan una relativa independencia de la controversia inicial, sobre la actuación de Cepeda.

El segundo elemento está relacionado con el resultado; como hemos visto, no puede ser «entrelazado» a la acción típica y, mediante este artificio interpretativo, quedar suprimido de facto del tipo penal. Solo se puede hablar de *un error* si, en la imaginación del funcionario, se forma *una representación de un estado de cosas que no se corresponde con los hechos*.⁶⁵ La intensidad de esta representación también se debate en el delito de estafa, especialmente si esta una actitud de certeza o también se conforma con una duda.⁶⁶ El error designa así un hecho

⁶⁴ En detalle, Hefendehl, en: MK-StGB (n. 61), § 263 nm. 89 y ss.

⁶⁵ Casas Patiño/Castro Cuenca/Escobar Beltrán/Pabón Reverendo (n. 60), pág. 483, citando a la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de abril de 1993; Hefendehl, en: MK-StGB (n. 61), § 263 nm. 249.

⁶⁶ Cf. con referencias, Hefendehl, en: MK-StGB (n. 61), § 263 nm. 271 y ss.

psíquico, algo interno a la mente del funcionario, que, sin embargo, sigue integrando el tipo objetivo, al ser ajeno a la mente del autor. Sin embargo, al ser un hecho psíquico/interno, se imponen, en principio, las conocidas dificultades de prueba que se suelen presentar en los elementos subjetivos.

Aun así, en el caso que nos ocupa, existen ciertos recursos adicionales, puramente objetivos, en los que nos podemos basar. El primero de ellos se sitúa como en la antesala del error: la ley exige que entre la conducta, el «medio fraudulento», y el resultado, el «error», exista al menos un vínculo de causalidad («induzca»);⁶⁷ para que tanto el error como, más concretamente, este vínculo puedan negarse, si el medio fraudulento no llega *incluso a alcanzar al funcionario*. Podemos ser aún más precisos: al fin y al cabo, los funcionarios con los que tratamos aquí son los jueces de los distintos casos en los que se deben presentar los testimonios. El juez no juzga en base a su conocimiento privado; su convicción de los hechos se produce de forma pública y controlable, de conformidad con las normas del derecho procesal. De ello se desprende que solo se puede hablar de error si las informaciones fraudulentas llegaran a ser *admitidas y valoradas en el proceso*.

En un primer resumen: solo se puede afirmar un *error*, en primer lugar, si la conducta fraudulenta llegar al funcionario que debiera emitir una sentencia, resolución o acto administrativo, lo que significa, en este caso, que es imperativo que las testificaciones sean admitidas y valoradas en el proceso. Asimismo, no debemos olvidar que es necesario que el funcionario tenga su representación de los hechos alterada; y, en tercer lugar, que esta representación de los hechos no se corresponda con la realidad.

(b) Dicho esto, podemos volver al caso de Cadena. La comparación de los hechos con las consideraciones generales que acabamos de desarrollar demuestra que no existe error; ya sea porque las declaraciones introducidas por Cadena en los distintos procesos ni siquiera fueron valoradas, o porque no se les dio ningún crédito. No vemos ningún caso en el que una declaración introducida por Cadena haya pasado por estos *tres filtros*, es decir, que haya llegado a un juez ($[\alpha]$), que lo creyera ($[\beta]$), y en algo que no se corresponde con los hechos ($[\gamma]$).

(α) El primer grupo y, el más numeroso, de afirmaciones son las que *ni siquiera se valoraron*, sin haber superado así la primera criba. Este es el caso de la primera carta de Vélez,⁶⁸ la carta de Barahona Rodríguez (Racumín), que se aportó al proceso de radicación 52.240 el 23 de febrero de 2018, pero no fue evaluada por la Corte Suprema; el

⁶⁷ Que la inducción presuponga una causalidad es una exigencia del sentido literal posible de este término.

⁶⁸ El segundo tampoco fue valorado; ni siquiera fue aportado al proceso por Cadena.

vídeo de *Eurídice Cortes (Diana)*, que se aportó al proceso 38.451 el 8 de mayo de 2018, cuando se decidió el recurso de reposición contra el inhibitorio.

(β) La carta de *Sierra Ramírez*, que se aportó al proceso de radicación 52.240, no parece que haya merecido ninguna credibilidad para la Corte Suprema de Justicia; en este caso, no superó el segundo filtro.

(γ) Por último, no olvidemos que también en este elemento, «error», se incluye, en el tercer filtro, el ya conocido problema de la veracidad o no de las afirmaciones, es decir, de describirlas como hechos verdaderos o no, especialmente en lo que se refiere a la conducta de Cepeda. Porque solo se tratará de error si aquello en que llegan a creer los funcionarios no guardara correspondencia con la verdad de los hechos.

(3) Conclusión sobre el tipo objetivo

Una vez más, la mera lectura del dispositivo en cuestión bastará para demostrar su inaplicabilidad en el presente caso. Los «medios» utilizados por Cadena no eran «fraudulentos», principalmente porque no estaban destinados a hacer creer una falsedad; ningún funcionario fue nunca «engañado».

bb) Tipo subjetivo

Como si las dificultades insuperables ya señaladas no fueran suficientes, también en el delito del art. 453 CP se plantean los problemas mencionados del dolo (art. 22 CP) y del error de tipo (art. 32 Nr. 10 CP). Concretamente, solo se podrá hablar de dolo si Cadena actuó a sabiendas tanto del carácter fraudulento de su conducta, es decir, de su idoneidad para provocar un error de hecho, como de la inducción de los funcionarios a ese error; en otras palabras, tendría que *conocer la falsedad de los hechos* que conforman el contenido de las testificaciones de los testigos que presentaría a la Corte.

Cabe señalar que, por ser abogado, en el ejercicio de su cargo, existe una posición generalizada en la doctrina extranjera en el sentido de que *ni siquiera la duda* sobre la veracidad de los hechos bastaría, en los casos de delitos contra la administración de justicia o falsedades, para fundamentar un (eventual) dolo.⁶⁹ Después de todo, el abogado no puede negar al tribunal y especialmente a su cliente un *posible* medio de defensa idóneo; le corresponde al tribunal valorar, en comparación con las demás pruebas, el valor concreto de cada medio de prueba.

cc) Otras consideraciones

Algunas de las consideraciones desarrolladas en el curso del análisis del art. 444a CP (anterior, a] cc]) son también relevantes para la punibilidad según el art. 453 CP: en particular, las

⁶⁹ BGHSt 38, 345 (350); 46, 53 (55 y s.); *Cramer*, en: MK-StGB (n. 61), § 258 nm. 40 (en el contexto del favorecimiento personal, Strafvereitelung); *Puppe/Schumann*, en: NK-StGB, § 267 nm. 107, ya argumentan en el sentido de justificación, y no de ausencia de dolo (en el contexto de la falsedad documental, Urkundenfälschung). No obstante, la posición no es incontrovertible: crítica, por ejemplo *Altenhain*, NK-StGB, § 258 nm. 56.

relativas al *derecho de defensa*, que acabamos de mencionar. No se puede exigir a un abogado que presente al tribunal únicamente pruebas cuya veracidad hubiera certificado. Esto significaría convertir al abogado, de un agente de la defensa, en un aliado del juez o incluso de la acusación penal. Como consecuencia, se reconoce, como decimos, solo un límite negativo, situado en el otro extremo: el abogado tiene el deber de filtrar solo las pruebas de cuya falsedad esté seguro. No se trataba de eso; exigir de Cadena un filtrado más allá de esta situación reconocida implica un claro recorte del derecho de defensa del Consultor. La eficacia excluyente de responsabilidad de estas consideraciones puede establecerse jurídicamente, como hemos hecho anteriormente, en el art. 32 Nr. 5 CP («... se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita ...»).

dd) Conclusión sobre el delito del art. 453 CP

Tampoco se cumple el delito del artículo 453 del Código Penal. Además de una clara ausencia de todos los elementos principales del tipo objetivo, no puede decirse que Cadena, que cree en su versión de los hechos, actuara sabiendo que induciría a alguien a error, es decir, que actuara con el conocimiento de los elementos del tipo que requieren los arts. 22 y 32 Nr. 10 CP. Por último, en la tramitación de esta disposición penal no se tiene en cuenta en qué medida se trataba de ejercer de forma legítima el derecho de defensa (art. 32 Nr. 5 CP).

c) Conclusión final sobre la responsabilidad penal de Cadena

Un análisis estrictamente dogmático, y no político, de la actuación de Cadena demuestra de forma convincente que, por las conductas descritas anteriormente (B.) y que constituyen el núcleo del Escrito de Acusación dirigido contra él, no cometió los delitos de los artículos 444a y 453 del CP. Faltan elementos objetivos de ambos delitos; Cadena, que creía que actuaba en el sentido de descubrir la verdad, tampoco cumple el tipo subjetivo; existiendo elementos adicionales, particularmente el derecho de la defensa a recabar pruebas, que son completamente ignorados por la tentativa de responsabilizarlo.

2. ¿Punibilidad del Consultor?

En sentido estricto, la opinión sobre la punibilidad del Consultor podría cerrarse en este apartado. Cadena no actuó de manera típica o ilícita; ya con este argumento, queda descartada cualquier posibilidad de *participación* (art. 30 CP) en su comportamiento, ya que la participación es accesoria y requiere antijuricidad de la conducta principal.⁷⁰ Solo quedaría una

⁷⁰ Art. 30 CP. «Son partícipes el determinador y el cómplice». Quien determine a otro a realizar la conducta *antijurídica* incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta *antijurídica* o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. ...» Las cursivas son nuestras.

posibilidad de responsabilidad como *autor*; *no como autor directo*, ya que el Consultor no lleva a cabo, «por sí mismo» (art. 29 I CP), las conductas de promesa o entrega de utilidades (art. 444a CP) o el uso de medios fraudulentos (art. 453 CP), *ni tampoco como coautor* (art. 453 CP). 29 II CP), ya que Cadena no cumple ningún tipo delictivo conjuntamente con nadie; ni tampoco actúa *como autor mediato* («utilizando a otro como instrumento»), ya que no existe base para afirmar que Cadena actuó o por error, o bajo coacción, o bajo un aparato organizado de poder.

En cualquier caso, vamos a proseguir con nuestro análisis. Vamos a asumir, para que tenga sentido continuar, que Cadena habría cometido los dos delitos anteriormente analizados y descartados, y nos preguntaremos si, en esta coyuntura, sería posible hacer responsable penalmente al Consultor. Comenzaremos con el delito de comisión, analizando la punibilidad por autoría (en el apartado, a)), después por participación (en el apartado, b)); por último, pasaremos al delito de omisión (en el apartado, c)).

Debemos recorrer este largo y arduo camino por imposición de los dos principios fundamentales del derecho penal, que hemos mencionado anteriormente (I.) y cuyas exigencias nos esforzamos por llevar a la práctica en nuestro análisis: el *principio de legalidad*, que establece precisamente en qué condiciones una persona que concurre con un tercero es punible; y el *principio de culpabilidad*, que no se conforma con una transmisión de responsabilidad de conformidad con el derecho civil. Si dentro del proceso, el comportamiento procesal del abogado, como representante, puede valer a favor y en contra del acusado,⁷¹ en el marco extraprocesal, es decir, cuando se trata de responsabilidad penal, no existe alternativa a las exigencias de los artículos 29 y ss., 25 CP, que analizaremos a continuación.

a) ¿Autoría (art. 29 I, II CP) de los arts. 444a, 453 CP?

Aunque se suponga que Cadena tuvo una conducta delictiva, las consideraciones que acabamos de plantear sobre la autoría *directa* y la *autoría mediata* siguen siendo válidas (art. 29 I CP). El Consultor no practicó directamente ninguna de las conductas típicas enumeradas en las dos disposiciones penales, ni se sirvió de ningún instrumento, es decir, de una persona en situación de error, coacción o bajo un aparato organizado de poder.

Si supusiéramos una conducta delictiva, es decir, también típica y antijurídica de Cadena, la *coautoría* (art. 29 II CP) no resultaría aplicable por la falta de estos elementos, y sí por la

⁷¹ Cabe señalar que ni siquiera en el curso del procedimiento se ha aceptado una atribución tan automática de los errores del abogado al demandado, véanse referencias exhaustivas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, Berlín, 2007, pág. 846 y ss.

ausencia del requisito legal de «mediando un *acuerdo común*». Para que se cumpla este elemento, sería necesario que el Consultor hubiera participado en la decisión de sobornar a los testigos y cometer fraude en el proceso; es decir, *antes o a más tardar de forma concomitante con la comisión de las conductas delictivas*. No existe ninguna base para apoyar esta afirmación. Cadena actuó de forma autónoma, libre, e informó al Consultor solo a posteriori, y, además, de forma incompleta.

b) ¿Participación (art. 30 CP) en los arts. 444a, 453 CP?

Queda por examinar la punibilidad del Consultor a título de participación. La disposición legal pertinente es el Art. 30 CP. «Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. ...»

En la legislación colombiana (como en la alemana) existen dos formas de participación: la determinación y la complicidad.⁷² La *determinación* se entiende como la contribución a la conducta antijurídica de otros que provoca, en el autor principal, la decisión de llevar a cabo el acto.⁷³ La *complicidad* incluye las demás modalidades de contribución, que no influyen directamente en el proceso de toma de decisiones del autor principal, y sí sobre otras circunstancias, posibilitando o facilitando la comisión del acto principal. Cabe señalar que cualquier conducta de participación se realiza *antes o, a lo sumo, de manera concomitante con el acto principal*; incluso la peculiar figura de la complicidad cometida por medio de «una ayuda posterior», prevista en el Código Colombiano, presupone un «concierto previo o concomitante a la» conducta antijurídica; esto puede entenderse como complicidad psíquica, incluida en la modalidad «contribuya a la realización de la conducta antijurídica».⁷⁴ En rigor, se trata de una forma de complicidad psíquica que se ha denominado la promesa de favor personal.⁷⁵

⁷² Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 588 y ss., para Colombia; para Alemania, Schünemann/Greco, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), 13ª ed., Berlin, 2021, § 26 nm. 1 e ss., § 27 nm. 1 y ss.

⁷³ Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 591.

⁷⁴ Por tanto, consideramos que los planteamientos de Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 594, son contradictorios, ya que difieren de lo que defendemos en el texto. La tercera forma de complicidad carece, en sentido estricto, de autonomía dogmática: quien, antes del hecho, promete ayudar al autor en su fuga, lo que refuerza su motivación para llevar a cabo el hecho, es punible por complicidad (psíquica) aunque no cumpla su promesa y no lleve a cabo la «ayuda posterior», en tanto ya llevó a cabo la conducta de «contribuir a la realización de una conducta antijurídica».

⁷⁵ Sobre esta Schünemann/Greco, LK-StGB (n. 72), § 27 nm. 50.

Para no prolongar el análisis más allá de lo necesario, no vamos a realizar un análisis independiente de las formas de participación. Nuestro análisis se centrará en los elementos comunes a todas ellas, y se complementará con consideraciones específicas para cada una de las mismas.

aa) Tipo objetivo

(1) El primer elemento que vamos a analizar en el tipo objetivo de participación es el hecho principal, que configura el **resultado** que la ley exige para el delito de resultado cometido por quien participa: la *realización de la conducta antijurídica* (al menos en grado de tentativa).⁷⁶ Ese requisito, como ya hemos visto, no se cumple, de modo que para poder continuar, tenemos que asumir que sí se cumple.

(2) El siguiente requisito es una **acción cualquiera de participación**, que *determine*, es decir, que provoque en Cadena la decisión de cometer los supuestos ilícitos, o que *contribuya* a la ejecución de estos delitos, posibilitándolos o facilitándolos, o, por medio de un *concierto previo el concomitante*, como mínimo reforzando en Cadena la decisión/motivación para llevar a cabo el hecho.

Sin embargo, no se cumple nada de esto en la presente hipótesis. Más bien, al contrario: no tenemos constancia de que, entre las 22 000 conversaciones telefónicas grabadas por el Consultor, exista una sola orden o mandato dirigido a Cadena para cometer los delitos previstos en el art. 444a o 453 CP. En particular, el Consultor nunca ha dado ninguna instrucción para obtener un testimonio favorable a cualquier coste; por el contrario, su conducta siempre ha estado dirigida en el sentido de que el testimonio fuera conforme a la verdad. Por ello, no puede decirse que haya participado o contribuido a la realización del hecho principal de que un testigo «se abstenga de concurrir a declarar, o para que falte a la verdad» (art. 444a CP), o que sea consecuente con el uso de «cualquier medio fraudulento» (art. 453 CP).

Tampoco el Consultor ordenó, asistió o aprobó previamente (ni posteriormente) los *pagos y otras utilidades* que Cadena prometió o entregó a algunos testigos, supuestamente cumpliendo con el art. 444a CP. Por el contrario, estas acciones se llevaron a cabo por parte de Cadena por propia iniciativa; el Consultor solo fue informado sobre ellas mucho tiempo después de que se llevaran a cabo (lo que también importará para el tipo subjetivo), y se mostró su rechazo inequívoco. A las peticiones de Monsalve de obtener protección, el Consultor responde, tan pronto como es informado: Monsalve, que lo solicite a las autoridades competentes. La única circunstancia sobre la que podría surgir alguna duda es la afirmación de Cadena a Monsalve de patrocinar *una revisión penal*.

Pero como ya hemos visto, tal conducta es apenas suficiente para constituir una promesa en el sentido del Art. 444a del CP: en primer lugar, porque no sabemos hasta qué punto fue seria y fácticamente vinculante esta afirmación. En segundo lugar, el Consultor no concurrió con esta afirmación/promesa: fue informado al respecto una vez que la esta conducta ya se había llevado a cabo. La «promesa» se realizó el 22 de febrero de 2018 y el

⁷⁶ Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 591; Schünemann/Greco, LK-StGB (n. 72), § 26 nm. 38.

Consultor no fue informado al respecto hasta el 3 de abril. Si hubo promesa, esta no se cumplió. En tercer lugar, este tampoco la apoyó: la conversación grabada con Cadena es inequívoca en el sentido de que el Consultor se limitó a decir a Cadena que, «eso, el recurso jurídico está bien por supuesto».⁷⁷

Por último, no debemos olvidar que el participante tiene que contribuir al hecho principal en su conjunto, y no solo a la realización de un único elemento que, por sí solo, es decir, sin la tendencia a orientar al testigo hacia un incumplimiento del deber, es penalmente irrelevante.

bb) Tipo subjetivo

El tipo subjetivo de participación suele describirse como un doble dolo: el partícipe tiene que actuar con dolo tanto en relación con el hecho principal como con su propio hecho de participar.⁷⁸ Esto significa que, aunque, se afirmara de forma, como hemos visto, errónea, el tipo objetivo de la participación, el Consultor tendría que haber actuado con conocimiento y voluntad de que se cumpliera el hecho principal, al que contribuiría con su comportamiento.

Como hemos anticipado, aunque se suponga de forma errónea que Cadena estaría manipulando a los testigos y cometiendo fraude procesal, el Consultor no lo sabía. Nunca fue informado de que Cadena haría pagos a los testigos, particularmente a Vélez. Una vez más, el único elemento más delicado se refiere a la *revisión penal gratuita* que Cadena «promete» llevar a cabo para Monsalve. Dado que el Consultor es informado de esta supuesta promesa únicamente en un momento posterior a su realización, no se puede hablar tampoco de dolo, que debe ser concomitante con la práctica de la conducta delictiva. Otra vez: la «promesa» se realizó el 22 de febrero de 2018 y el Consultor no fue informado al respecto hasta el 3 de abril. Dos días después, el 5 de abril, Cadena conoce a Deyanira en persona, lo que marca un deterioro de la relación con Monsalve. Esto significa que después de la conversación con el Consultor, Cadena no parece haber tenido incluso la oportunidad de reiterar la «promesa» de revisión.

Por ello, no se entiende cómo el magistrado Francisco Farfán, de la Corte Suprema de Justicia, pudo afirmar un «dolo directo» del Consultor respecto de esta circunstancia.⁷⁹ Lo que vemos es un manejo confuso del concepto de dolo, que revela un desconocimiento no solo de los aspectos más elementales de esta figura dogmática, sino también del propio texto de la ley colombiana (art. 22 CP): «En el dolo eventual, a la diferencia del directo, existe preponderancia del elemento cognoscitivo sobre el volitivo, y es necesario además que el resultado se produzca *culposamente*,...». (!).⁸⁰

La supuesta autorización de la que se habla en la Aclaración de Voto (p. 12) no puede hacer retrotraerse el dolo y la participación a un acto principal que ya estaría realizado antes de que entrara en escena el partícipe. Estrictamente hablando, lo que el magistrado puede estar buscando, por una ruta dogmáticamente equivocada, que se parece más a un patrón de razonamiento civilista (representación!), no es una responsabilidad de participación comisiva, sino una *responsabilidad omisiva*; el Consultor, aunque fue informado, permanecería inactivo y no se

⁷⁷ Conversación del 3 de abril de 2018, 7:30 a.m., etiqueta del audio ID 1804031417007817897_1.

⁷⁸ Velásquez Velásquez, Fundamentos (n. 20), pág. 590; Schünemann/Greco, LK-StGB (n. 72), § 26 nm. 57.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Magistrado: Francisco Farfán, Aclaración de Voto, Radicado 52.240, auto de 3 de agosto de 2020, pág. 12, 17.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Magistrado: Francisco Farfán (n. 79), pág. 20 y ss.

habría tomado la molestia de deshacer lo que Cadena había hecho. A continuación, pasaremos a analizar si esto procede o no (apartado, c)).

cc) Consideraciones adicionales

Asimismo, en relación con el patrocinio gratuito de la revisión penal a favor de Monsalve, cabe señalar, por último, que el Consultor está hablando con su *abogado*; es decir, con alguien que ha dedicado años de su vida al estudio del derecho y que se gana la vida comercializando estos conocimientos, alguien a quien no autoriza de forma incondicional a actuar, sino solo *con la condición, como mínimo, implícita de que sea de forma legal*. No le corresponde a él, como Consultor, analizar la naturaleza jurídica del comportamiento de aquellos a los que paga para que se ocupen de sus problemas jurídicos, ni tampoco pagar a un segundo profesional para que se ocupe del primero (si es así, uno se preguntaría por qué no también un tercero para que se ocupe del segundo, y así sucesivamente).

Estas consideraciones, en el delito de comisión, apuntan a la incidencia de algo así como un *principio de confianza* (otros hablarían de una *prohibición de regreso*, en el sentido de que se puede suponer que el abogado conoce y respeta los límites de su función social⁸¹), o de un *error de prohibición* muy probablemente *inevitable*. Como lo que está en juego, tras estas posibles confusiones dogmáticas cometidas por los votos de la Corte Suprema de Justicia, es de hecho una responsabilidad por omisión, esta circunstancia importará para la cuestión relativa a la *posición de garante* del Consultor. Volveremos más adelante a este universo de problemas.

dd) Conclusión sobre la participación

Aunque se entienda que Cadena actuó de manera ilegal, es imposible probar la responsabilidad del Consultor por haber participado de manera comisiva en estos supuestos actos ilícitos (y menos aún por ser autor/coautor). Cualquier participación del Consultor fue en todo caso, posterior a la comisión de los hechos por parte de Cadena, que actuó por iniciativa propia y proporcionó información de manera tardía e incompleta; con lo que resulta imposible hablar de participación: no hay participación ex post facto.

c) ¿Se ha omitido la responsabilidad por autoría/participación por omisión (art. 25 CP)?

Como hemos visto, en ausencia de una participación previa o al menos concomitante del Consultor, específicamente, de una orden o instrucción emitida por él, en el comportamiento supuestamente ilícito de Cadena, no existe el menor fundamento para considerarlo responsable por participación (y mucho menos por autoría) en estos delitos. Además, observamos que, tras las aparentes confusiones dogmáticas de los votos de la Corte Suprema de Justicia, tal vez

⁸¹ Sobre las dos figuras, véase solo *Reyes Alvarado*, Imputación objetiva, 3ª ed., Bogotá, 2005, pág. 147 y ss., 331 y ss.

subyazca un intento de afirmar una responsabilidad por omisión. A continuación, debemos aclarar si esta vía es o no viable. Porque la responsabilidad por omisión presupone el cumplimiento de determinados supuestos de punibilidad, cuyo cumplimiento debe verificarse de forma independiente; en particular, se debe prestar atención a los requisitos del art. 25 CP.

Así, vamos a asumir que Cadena actuó de forma ilícita y por cuenta propia. ¿Puede el Consultor, que no ordenó esta acción ilícita, responder por el hecho de no haberla impedido?

Dejaremos abierta la cuestión de si se trataría de autoría o de participación, no tanto para eludir la difícil controversia dogmática relativa a la distinción entre las dos figuras en la omisión⁸², sino por el hecho de que se revelará la ausencia de requisitos comunes a ambas. Aquí también hemos optado por analizar juntos la realización (en este caso, por omisión) de los arts. 444a y 453 CP, cuando un análisis más ortodoxo recomendaría la separación.

aa) Tipo objetivo⁸³

(1) El primer requisito de una responsabilidad por omisión es la producción de un **resultado**. Esa sería la comisión de los tipos penales de los arts. 444a y 453 CP por parte de Cadena. A pesar de que, jurídicamente, no sea el caso, esta presunción servirá de base para el resto del análisis.

(2) A continuación, es necesario poder hablar de **omisión**; es decir, no ejercer una acción individualmente posible por parte del autor.⁸⁴ En lo que respecta a esta exigencia, no vemos ninguna dificultad: de hecho, habría sido posible individualmente que el Consultor emitiera una orden del siguiente tenor «Sr. Cadena, le prohíbo que prometa cualquier uso a los testigos para falten a sus deberes, o que haga uso de cualquier declaración fraudulenta obtenida en mi procedimientos».

(3) El tercer requisito es un **nexo (de causalidad e imputación objetiva) entre la omisión y el resultado**.⁸⁵ El requisito mínimo es que la práctica de la acción individualmente posible hubiera evitado (o al menos reducido el riesgo de) producirse el resultado. Aquí comienzan a surgir dificultades insuperables.

Estas dificultades se refieren principalmente al delito del artículo 444a del Código Penal. Este delito ya se consuma directamente con la oferta («entregue o prometa») y no requiere ni la aceptación por parte del destinatario de la

⁸² Resumen de la controversia en *Schünemann/Greco*, LK-StGB (n. 72), § 25 nm. 229 y ss.

⁸³ Véase la ilustrativa «checklist» en *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12ª ed., München, 2020, § 49 nm. 5.

⁸⁴ Por todos, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 2, 2003, § 31 nm. 8 y ss., 181; *Velásquez Velásquez*, Fundamentos (n. 20), pág. 428 y ss.

⁸⁵ Más en profundidad *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 31 nm. 37 y ss.; *Greco*, Problemas de causalidad e imputación objetiva en delitos omisivos impropios, São Paulo, 2018, pág. 17 y ss.

oferta, ni mucho menos la contraprestación (incumplimiento del deber por parte del testigo). Puesto que Cadena actuó por iniciativa propia, el delito ya se había cometido antes de que se informara al respecto al Consultor, por lo que ya no había nada que pudiera impedir. *No existe causalidad con lo pasado, imputación retroactiva.*

La única manera de construir esta causalidad/imputación de manera que no contravenga la estructura temporal de estas categorías es postular como una «omisión original», en el sentido de que el Consultor habría tenido que llevar a cabo la conducta individual posible de emitir la orden que acabamos de describir de forma preventiva, antes de que Cadena acudiese a buscar a los testigos de la defensa: «Sr. Cadena, busque pruebas en mi nombre, pero le advierto que tiene prohibido ofrecer cualquier utilidad por para que falten a sus deberes o que usen declaraciones fraudulentas». Sin embargo, esta no es la forma de iniciar una relación saludable entre cliente y abogado, con una declaración del cliente de que cree que el abogado está dispuesto a cometer delitos. Como se puede, antes de recibir la información de que Cadena podría estar cometiendo un ilícito, se aplica el *principio de confianza*, según el cual cualquier ciudadano puede confiar en que los demás actúan de acuerdo con la ley, salvo elementos concretos en contrario, excluyéndose así la imputación objetiva.

En resumen: en relación con el delito del art. 444a CP supuestamente cometido por Cadena, faltan o el nexo causal, o el nexo de imputación (principio de confianza) entre la omisión y el resultado.

(4) Sin embargo, el núcleo del delito por omisión (impropia) es la **posición de garantía**, prevista en el artículo 25 CP. Para que el Consultor sea responsable de la omisión de impedir el comportamiento (supuestamente) ilícito de Cadena, es imperativo que el primero sea garante de la legalidad de las acciones de Cadena. Sin embargo, tal conclusión es indefendible, y ello por dos razones, una más profunda, relacionada con los fundamentos teóricos de la posición de garante, la otra ya relacionada con el derecho positivo colombiano.

(a) Vamos a comenzar con el primero. En línea con la teoría material de las posiciones de garantía,⁸⁶ estas se subdividen en dos grandes grupos. En el primero de ellos, trata de protegerse un determinado bien jurídico contra las lesiones y amenazas, independientemente de su origen; en este sentido, se habla de garantes de protección.⁸⁷ Un ejemplo claro es el guardaespaldas en relación con el protegido.⁸⁸ El segundo grupo comprende a los garantes a los que se confía no tanto la integridad de un bien como el control de una fuente de peligro; el término más extendido es el de garantes de la *vigilancia*.⁸⁹ Un ejemplo paradigmático es el del dueño de un perro;⁹⁰

⁸⁶ En detalle, con más referencias, *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971, pág. 276 y ss.; *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 6 y ss., 17 y ss.

⁸⁷ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 33 y ss.

⁸⁸ *Freund*, MK-StGB (n. 61), § 13 nm. 173.

⁸⁹ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 107 y ss.

⁹⁰ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 114.

imaginemos que el dueño de un rottweiler no interviene cuando se da cuenta de que está a punto de atacar al pomerania de su vecino.

Parece claro que en el caso del Consultor no se trata de afirmar que tendría el deber de proteger la administración de la justicia colombiana o cualquiera de los bienes protegidos por las disposiciones de los arts. 444a y 453 CP; la pregunta solo puede referirse a la existencia o no de un deber de controlar o vigilar a su abogado como fuente de peligro.

No es de extrañar que el ejemplo paradigmático del garante de la vigilancia sea el propietario del animal. Los deberes de vigilancia más naturales se refieren a las cosas; cuando tienen por objeto el comportamiento de otras personas, lo normal es que se trate de una compensación por algún déficit de responsabilidad,⁹¹ como en el caso del padre en relación con los hijos menores,⁹² o el médico psiquiatra que atiende a un paciente peligroso.⁹³ En el caso que nos ocupa, sería un deber vigilar a *una persona plenamente responsable*. Existe un sector doctrinal que niega terminantemente la existencia de los deberes de este contenido, refiriéndose a un principio de autorresponsabilidad;⁹⁴ nosotros no aceptamos esta posición categórica,⁹⁵ pero reconocemos la naturaleza excepcional de los deberes destinados a frenar los peligros derivados del comportamiento de otra persona responsable. La principal excepción que debe admitirse es la responsabilidad del llamado dueño del negocio (Geschäftsherrenhaftung);⁹⁶ sin embargo, no es tanto una responsabilidad de vigilar el comportamiento de un tercero responsable como una responsabilidad de vigilar la fuente de peligro que es la propia empresa.⁹⁷ Esto explica tanto la limitación del alcance de esta posición de garante a los llamados delitos referidos a la empresa,⁹⁸ que son los delitos en los que se realiza el potencial lesivo inherente a la actividad empresarial,

⁹¹ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 127 y ss.

⁹² *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 127 y ss.

⁹³ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 131.

⁹⁴ *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, Pfaffenweiler, 1986, pág. 241 y ss.; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, Hamburgo, 2009, pág. 166 y ss.; *Beulke*, Der "Compliance Officer" als Aufsichtsgarant?, Festschrift Geppert, Berlín, 2011, pág. 23 y ss. (28 y ss.).

⁹⁵ Véase *Greco*, Dominio de la organización y el llamado principio de autorresponsabilidad, trad. Carrión Díaz, en: Reflexiones sobre el derecho penal, Lima, 2019, pág. 53 e ss.; *Greco/Assis*, O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, in: *Greco/Leite/Teixeira/Assis*, Autoria como domínio do fato, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, pág. 81 e ss. (114).

⁹⁶ Panorama em *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 133 y ss.; *idem*, Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren, Festschrift für Beulke, Heidelberg, 2015, pág. 239 y ss.

⁹⁷ *Roxin*, Strafrecht II (n. 84), § 32 nm. 137; *idem*, FS Beulke (n. 96), pág. 98 y ss.; *Weigend*, LK-StGB, 13ª ed., Berlin, 2020, § 3 nm. 56. Un razonamiento alternativo se basa en el derecho del superior a dar órdenes al subordinado en una relación laboral (Weisungsrecht), así *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5ª ed., München, 2017, nm. 357; estos fundamentos tampoco llevan a admitir la posición de garantía del cliente en relación con el abogado, que no es precisamente su subordinado. Amplio debate sobre otras teorías en *Demetrio Crespo*, Responsabilidad penal por omisión del empresario, México D.F., 2017, pág. 108 y ss.

⁹⁸ *Weigend*, LK-StGB (n. 97), § 3 nm. 56; *Greco/Assis* (n. 95), pág. 114 e s.; *Demetrio Crespo*, Responsabilidad (n. 97), pág. 146 e ss.

como el hecho de que la figura no pueda trasladarse al contexto actual, en el que se trata únicamente de la relación entre cliente y abogado, en la que este no actúa en modo alguno dentro de una estructura peligrosa capitaneada por aquel. Ser un investigado no es dirigir una empresa.

Además, *la relación entre el abogado y el cliente no es una relación de subordinación*; el abogado es un profesional liberal que presta servicios con total autonomía y en un plano de igualdad con el cliente, y que no está obligado por las directrices que este le indica. Es mucho más que un mero procurador. Como consecuencia de estas consideraciones, no procede la afirmación de una posición de garante de un cliente con respecto al comportamiento del abogado. Fundamentar aquí una posición de garante significa convertir al cliente en controlador de un abogado, como si el abogado fuera un subordinado dentro de una empresa, un paciente bajo tratamiento psiquiátrico o un rottweiler.

(b) Pero, aunque no se quisiera reconocer la evidencia de las consideraciones dogmáticas que acabamos de desarrollar, estas son, en rigor, innecesarias, ya que es el propio *derecho positivo colombiano* el que cierra de antemano cualquier puerta a la responsabilización del Consultor por los tipos penales de los arts. 444a y 453 CP por omisión. En su apartado, el Art. 25 CP dispone: «Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales». Aunque el bien jurídico protegido por los arts. 444a y 453 CP pueden ser objeto de debate, es indiscutible que no se tratará ninguno de los bienes enumerados por el Art. 25.

bb) Tipo subjetivo

Las consideraciones anteriormente planteadas sobre el nexo de imputación objetiva prejuzgan, además, la inexistencia de dolo, al menos en lo que respecta al delito del Art. 444a CP, ya que el Consultor conoce el comportamiento supuestamente indebido de Cadena únicamente en un momento posterior a su ejecución; por lo que, a lo sumo, habría un dolo posterior, que no es verdadero dolo.

c) Conclusión final sobre la responsabilidad penal del Consultor

Es sencillamente imposible fundamentar jurídicamente, sobre la base de los hechos anteriormente descritos (B.), cualquier responsabilidad por omisión del Consultor, no solo porque los principios dogmáticos de la omisión impropia vuelven imposible la postulación de un deber del cliente de vigilar una supuesta fuente de peligro que sería su abogado, sino también

por la propia literalidad del art. 25 del CP, que restringe la posición de la garantía a la protección de un catálogo bastante reducido de bienes individuales.

III. Análisis dogmático del derecho procesal

Por último, llegamos a la dimensión procesal, que también es objeto de la presente consulta: ¿es posible imponer al Consultor una medida de aseguramiento, en un proceso relativo a los delitos que acabamos de examinar?

La base legal para responder a esta pregunta es el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal de Colombia: «El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia».

Contrariamente a lo que hemos hecho hasta ahora, no vamos a ofrecer un análisis completo, elemento por elemento, de la extensa regla de ley, ni nos vamos a extender en vuelos teóricos sobre la naturaleza y los supuestos de legitimidad de las medidas de aseguramiento,⁹⁹ sino que nos vamos a limitar a lo esencial, que ya está predeterminado por las consideraciones de derecho material desarrolladas anteriormente. El elemento esencial está constituido por el elemento «se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga».

Las consideraciones anteriormente desarrolladas, que parten de un núcleo de hechos no controvertidos e incluso admiten, ad argumentandum, versiones de hechos contrarias a los intereses de la defensa, demuestran de manera concluyente que el imputado, es decir, el

⁹⁹ En este sentido, en lengua accesible, *Pujadas Tortosa*, Teoría general de medidas cautelares penales, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008; véase también *Greco*, O inviolável e o untável no direito processual penal, in: Wolter, O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal, Madri/São Paulo, 2018, pág. 21 y ss. (29 y ss.), utilizando preferentemente la expresión «intervención en derecho fundamental».

Consultor, no puede ser ni autor ni parte de ninguna conducta delictiva, por razones de derecho. Por lo tanto, no es posible, según el artículo 308 del CPP, imponerle medidas de aseguramiento.

También debemos recordar que imponer al Consultor una medida de aseguramiento porque recaba pruebas para demostrar la manipulación de los testigos que le acusan equivale a estrangular su defensa, a convertirle en un espectador pasivo de la persecución dirigida contra él y su hermano. No existe un proceso justo y más aún en un sistema que pretende ser acusatorio, cuando se criminaliza o cuando se somete a medidas de aseguramiento el ejercicio del derecho a defenderse.

D. Conclusión final

Respuesta a la consulta

Ofrecemos un sucinto resumen de las conclusiones a las que hemos llegado:

I. En base a los hechos anteriormente descritos (B.), **Cadena** no cumplió el tipo del **art. 444a CP**,

- principalmente porque el dinero u otras utilidades que entregó o prometió no estaban destinados a que algún testigo «*faltara a la verdad*», estando ausente ya el tipo objetivo;
- y, aunque se entiende que el elemento se ha realizado, actuó con la creencia de que buscaba la verdad, por lo que carecía del *elemento cognitivo del dolo*, legalmente exigido (art. 22, art. 32 Nr. 10 CP).
- Además, estaba realizando *investigaciones defensivas*, fundamentales en un proceso de estructura acusatoria, que plantean la cuestión de la incidencia del *art. 32 Nr. 5 CP* (ejercicio de un derecho),
- y reaccionó a una *extorsión* de parte de algunos testigos, lo que, si no autoriza la aplicación del art. 32 Nr. 7 (estado de necesidad) u 8 CP, al menos hace que se excluya el dolo por incidencia del art. 32 Nr. 10 CP.

Tampoco se cumple **art. 453 del CP**, porque

- el elemento «*medio fraudulento*» está ausente, en tanto las testificaciones aportadas al proceso por parte de Cadena no contenían falsedades;
- aunque lo tuvieran, nunca les dieron crédito los magistrados, por lo que también falta el elemento del tipo «*induzca a error*».
- Por consiguiente, también está ausente el *dolo*, en su elemento cognitivo (art. 22, art. 32 Nr. 10 CP), ya que Cadena creía actuar en el sentido de revelar la verdad.
- Y, por último, su actividad se muestra también como un *ejercicio del derecho de defensa* (art. 32 Nr. 5 CP).

II. Lo mismo se aplica al **Consultor**: el análisis revela que, sobre la base de los hechos mencionados, no es punible ni por el art. 444a ni por el art. 453 del Código Penal.

- No es ni **autor**, ni directo, ni mediato, porque no ha llevado a cabo las conductas típicas de los dos dispositivos por su *propia mano*, ni valiéndose de un *instrumento* (art. 29 I CP);

- Tampoco es **coautor**, ya que falta el «*acuerdo común*» (art. 29 II CP).
- Tampoco procede la **participación** (art. 30 CP), ya que falta el principal hecho antijurídico;
- además, Cadena actuó por iniciativa propia, rindiendo cuentas solo en un momento posterior y de forma incompleta, de modo que no hay ni *determinación*, ni *contribución*, ni el *concierto previo o concomitante*, requeridos por el art. 30 CP.
- Estas carencias en el tipo objetivo tienen también su reflejo en el subjetivo, lo que resulta aún más si recordamos que el Consultor fue informado de las actividades de Cadena, en ocasiones, meses después de que estas se hubiesen realizado; faltando así el denominado *dolo doble* del partícipe.
- Por último, no se puede hablar de **responsabilidad por omisión**, principalmente porque el cliente *no es garante* por vigilancia de su abogado y porque el art. 25 CP limita la posición de garante a una lista estricta de bienes jurídicos distinta del caso que nos ocupa.

Así finaliza el análisis dogmático. Este demuestra, sin saltos y de forma controlable, que los hechos narrados no conducen a la responsabilidad penal de Cadena ni del Consultor, por los delitos previstos en los arts. 444a y 453 del CP. La mayoría de las conclusiones a las que se ha llegado ya se derivan del propio texto del derecho positivo colombiano, que, en un sistema que conoce el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es el límite máximo de cualquier interpretación. Una reflexión dogmática basada en el respeto de la legalidad y de la culpabilidad personal revela que no es posible, desde una perspectiva jurídica, responsabilizarlos; y que incluso si Cadena hubiera cometido algún delito, lo que, como vemos, no es el caso, el Consultor, al que únicamente se informó al respecto con posterioridad, no podría ser considerado responsable. Una vez analizados los hechos presentados, es difícil no suponer en la presente persecución un intento de imposibilitar, por medio de la criminalización y la imposición de medidas de aseguramiento, el ejercicio del derecho a la defensa por parte del Consultor, para rebajarlo a un mero espectador pasivo de una persecución política disfrazada de procedimiento judicial.

Así pues, podemos retomar a las cuestiones abordadas inicialmente:

“1. Desde la perspectiva del derecho material: ¿es posible afirmar la punibilidad del Consultor de conformidad con los delitos del art. 444a (soborno en la actuación penal) y el art. 453 (fraude procesal) del Código Penal colombiano?».

R: No. Ni siquiera Diego Cadena comete ninguno de los dos delitos (C. II. 1.); e incluso si se afirmara que sí, el Consultor fue informado de los hechos cuando estos ya estaban concluidos, por lo que es imposible fundamentar su responsabilidad a título de autoría o participación, por comisión o por omisión.

«2. Desde una perspectiva procesal: ¿es correcto imponer al Consultor una medida de aseguramiento en el curso del procedimiento que tiene por objeto la supuesta comisión de estos delitos?».

No. Es imposible «inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga» (Art. 308 CPP).

Concluimos el análisis jurídico. El resto es política.