

**UNIVERSIDAD
EAFIT**

*Nuevo
Foro Penal*

105

Volumen 21
Junio-diciembre 2025
Licencia 00577 de 1985
ISSN 0120-8179
Revista de periodicidad semestral
Universidad EAFIT
Medellín, Colombia

Contacto:

Carrera 49 7 Sur-50

Bloque 27, oficina 503

Teléfono: 2619520

E-mail: nfp@eafit.edu.co

Diseño:

Isabel Cristina Castaño Preciado

Diagramación:

Luz Marina Zapata Echavarría

Distribución:

Editorial EAFIT

Se permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, citando la fuente y remitiendo a la revista Nuevo Foro Penal una copia de la publicación. Quien desee información para obtener y reproducir los documentos publicados con otras finalidades, puede comunicarse con la revista.

Directores honorarios

Nódier Agudelo Betancur
Fernando Velásquez Velásquez

Director

Juan Oberto Sotomayor Acosta, Ph.D.

Editora

Mariana Toro Taborda

Comité Editorial

Diana P. Arias Holguín, Ph.D.

(U. de Antioquia, Colombia)

Libardo J. Ariza H., Ph.D.

(U. de los Andes, Colombia)

Miguel Díaz y García-Conledo, Ph.D.

(U. de León, España)

Hernando León Londoño Berrío, Ph.D.

(U. de Antioquia, Colombia)

Jaime Sandoval Fernández, Ph.D.

(U. del Norte, Colombia)

Elena Larrauri Pijoán, Ph.D.

(U. Pompeu Fabra, España)

Maíra Rocha Machado

(Fundação Getulio Vargas, Brasil)

Diego Silva Forné

(Universidad de la República, Uruguay)

Máximo Emiliano Sozzo

(Universidad Nacional del Litoral, Argentina)

Comité Científico

Perfecto Andrés Ibáñez

(Tribunal Supremo, España)

José Luis Díez Ripollés, Ph.D.

(U. de Málaga, España)

Massimo Donini, Ph.D.

(Sapienza Universidad de Roma, Italia)

Luigi Ferrajoli, Ph.D.

(U. Roma Tre, Italia)

José Hurtado Pozo, Ph.D.

(U. de Fribourg, Suiza)

Gloria Patricia Lopera Mesa, Ph.D.

(Universidad de Antioquia, Colombia)

William Fredy Pérez Toro

(U. de Antioquia, Colombia)

Ricardo Posada Maya, Ph.D.

(U. de los Andes, Colombia)

Juan Terradillos Basoco, Ph.D.

(U. de Cádiz, España)

John Vervaele, Ph.D.

(U. de Utrecht, Países Bajos)

Laura Zúñiga Rodríguez, Ph.D.

(U. de Salamanca, España)

Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Ph.D.

(U. de Salamanca, España)

Auxiliares

Mariana Guzmán Álvarez

Isabel Gil Díaz

Perfil

La revista Nuevo Foro Penal, publicada por la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, pretende difundir semestralmente textos provenientes de investigaciones, ponencias, traducciones y estudios en general sobre el Derecho penal en su sentido más amplio, incluyendo el proceso penal, la ejecución de penas, el sistema punitivo y los mecanismos de control social en general, con independencia de las áreas del conocimiento de las que provengan.

Esta revista se dirige a profesores, investigadores, estudiantes y estudiosos en general de las diversas instituciones del Derecho penal, tanto del ámbito nacional como internacional. Pretende ser un foro de discusión interdisciplinaria e internacional que permita abordar los conflictos propios de esta área del Derecho.

Contenido

Editorial	7
Estudios	
Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA; MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO	12
La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS.....	46
Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías YEPES ORTEGA, SANTIAGO; GÜETTE HERNÁNDEZ, DAVID MODESTO	72
Breves comentarios sobre aspectos esenciales del criminal compliance NÁJERA GONZÁLEZ, XAVIER	113
Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN.....	138
El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política sobre las drogas CANTILLO ARCÓN, JUAN CARLOS	187
Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar? Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías de debido proceso Penal Colombiana VARGAS TAMAYO, CAMILO ALFONSO	228

Documentos

- Teoría y Praxis de la legítima defensa
HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ 256

- In memoriam de Juan Fernández Carrasquilla
ARAQUE MORENO, DIEGO 263

Reseñas

- La (in)admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual:
Comentario jurisprudencial al caso SP510-2023 Radicado 55.250"
PABLO GÓMEZ ARÉVALO 266

- Comentario a la sentencia STP14521-2025
¿Redención de pena con base en la reforma laboral
NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ 273

Editorial

El 07 de junio de 2025, Miguel Uribe Turbay, candidato presidencial por el Centro Democrático, sufrió un atentado en la ciudad de Bogotá, mientras se encontraba en un acto de campaña. Algunas horas después, los medios de comunicación informaron que habían capturado a quien podría ser el responsable. Se trataba de un menor de 14 años que, aparentemente, había sido contratado por una estructura criminal para servir como sicario.

El atentado contra Miguel Uribe y su posterior fallecimiento, el 11 de agosto de 2025, revivieron los temores de un país en el que la violencia política no parece un recuerdo tan lejano. La alarma social se incrementó algunas semanas después, cuando se conoció que el adolescente, luego de aceptar los cargos¹, había sido condenado a una sanción de internamiento de 7 años. En poco tiempo, se comenzó a cuestionar el tratamiento diferenciado que se ofrecía a los menores que cometían delitos y se planteó la necesidad de reforzar la respuesta penal en estos casos.

Este discurso fue trasladado al ámbito legislativo, dando lugar a la presentación del Proyecto de Ley 025 de 2025 en la Cámara de Representantes², por parte de congresistas del Centro Democrático, el Partido Liberal y el Consejo Comunitario Fernando Ríos Hidalgo. Algunos de sus ponentes, iniciaron una fuerte campaña en redes sociales y medios de comunicación, reiterando que los menores de edad que cometían delitos especialmente graves deben ser tratados como adultos. Según los defensores de la propuesta, el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (SRPA) propicia: (i) que estos sean instrumentalizados por grupos de delincuencia común u organizada; y (ii) que se les impongan sanciones desproporcionadamente bajas en relación con la gravedad de los delitos cometidos.

Actualmente, los menores de entre 14 y 18 años que infringen la ley penal cuentan con un régimen especial, que se regula en el Código de Infancia y Adolescencia y se considera como un componente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. A diferencia del sistema de responsabilidad penal de adultos, el SRPA tiene una función pedagógica y restaurativa. Por ende, se introducen algunas

1 Valentina Parada Lugo, "El adolescente que asesinó a Miguel Uribe Turbay es sancionado con siete años de cárcel", *El País*, agosto 27, 2025.

2 Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes, Gaceta No. 1428 del 15 de agosto de 2025.

modificaciones al proceso penal ordinario, se consagra un amplio catálogo de sanciones no privativas de la libertad y se restringe el uso del internamiento, que en ningún caso puede superar los ocho años.

Este tratamiento no es gratuito, sino que responde a un largo proceso de consolidación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Los tribunales juveniles son, en realidad, un invento relativamente reciente, que se remonta apenas a finales del S. XIX³. Hasta ese momento, el tratamiento que se ofrecía a los menores que cometían delitos no variaba significativamente del de los adultos. La idea era que, superada cierta edad —en ocasiones tan baja como los 7 años—, las personas estaban en capacidad de autodeterminarse a obrar conforme a la ley penal. Siendo así, no existía razón alguna para que la respuesta penal fuera diferente en estos casos.

En principio, la reacción frente a este modelo dio lugar a la creación de instituciones correccionales que partían de la idea opuesta. Los niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellos que vivían en condiciones de pobreza, pasaron a considerarse como sujetos incapaces y desvalidos, frente a los cuales se requería una activa intervención del Estado, primero, para disciplinarlos, y más tarde, para asistirlos. Esta perspectiva supuso que el control institucional se ampliara más allá de los márgenes del sistema penal, ya que el tratamiento de los adolescentes no se limitaba solo a aquellos que habían delinquido, sino que se extendía a todos los que podían encontrarse en una situación de vulnerabilidad⁴.

Más tarde, la Convención de los Derechos de Niño en 1989 marcó un punto de quiebre en el tratamiento penal de esta población⁵, ya que se les reconoció como sujetos de derecho. Así, se abrió la puerta para que los Estados pasaran de tener una competencia tutelar en relación con los menores, a adquirir un deber de protección integral. En materia penal, esto implicó que otros instrumentos internacionales y legislaciones locales impusieran límites a la intervención de las autoridades en los casos de delincuencia juvenil.

En esta línea, la Constitución Política de 1991 no solo reconoció (art. 44) que los niños, niñas y adolescentes eran titulares de derechos, sino que estableció

3 La literatura suele considerar los tribunales de menores creados en Illinois en 1899 como el origen de la justicia penal juvenil. Al respecto, Aedo Rivera, Marcela, *Adolescencia femenina y control penal*, 1º Ed. (Ediciones Didot, 2020).

4 John Muncie y Barry Goldson, "Youth Justice: In a Child's Best Interest?", en *The SAGE handbook of punishment and society*, ed. Jonathan Simon y Richard Sparks (Sage, 2013).

5 En otras regiones esta transformación comenzó antes. Por ejemplo, en el caso europeo se consideran clave las Resoluciones No. 78 del 29 de noviembre de 1978 y No. R(87) del 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

que se trataba de sujetos de especial protección. Más tarde, con la expedición del Código de Infancia y Adolescencia en 2006⁶, se buscó armonizar el tratamiento jurídico penal con las exigencias constitucionales y los tratados internacionales de protección a la infancia. Para ello, se creó un sistema de responsabilidad penal diferenciado, que considera a los adolescentes como sujetos responsables, pero se ajusta en sus fines, procedimientos y sanciones al grado de desarrollo en el que se encuentran.

A estos efectos, los adolescentes no se consideran como sujetos incapaces o desvalidos, pero sí se reconoce la existencia de una situación de desventaja con respecto al cumplimiento de las exigencias normativas. La cuestión, entonces, no es si su capacidad psíquica puede ser equiparada con la de los adultos. Más bien, habría que preguntarse si el rango etario en el que se encuentran les permite participar de la vida social en igualdad de condiciones. Si la respuesta a esta pregunta es negativa, el principio de igualdad nos obliga a compensar dicha disparidad a través de un tratamiento diferenciado.

De ser aprobado, el Proyecto de Ley 025 de 2025 supondría dos grandes cambios para el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (SRPA):

Por un lado, frente a los delitos allí enunciados⁷ —entre los que se incluyen, por ejemplo, el homicidio, el hurto calificado y la extorsión— los adolescentes ya no serían juzgados y sancionados conforme a las previsiones del Código de Infancia y Adolescencia, sino del Código Penal. Esto implicaría que la privación de la libertad dejase de ser una sanción marginal en los casos de delincuencia juvenil, y pase a convertirse en la consecuencia más común, cuando se trate de alguno de dichos delitos. Así mismo, la duración del internamiento también se vería afectada, ya que el límite máximo de ocho años —actualmente aplicable a los menores infractores— desparecería en estos casos. En este sentido, la disposición prevé

6 De hecho, en vigencia del Código Penal de 1980 existía una jurisdicción y tratamiento especiales para los menores (art. 34), pero estos partían de una perspectiva tutelar. Así, buena parte de la doctrina entendía que los adolescentes eran incapaces de comprender y actuar conforme a las exigencias normativas, dado que no habían alcanzado aún los rasgos propios de la adultez. Por lo que, en consecuencia, eran considerados como inimputables a efectos jurídico-penales.

7 Genocidio; Homicidio doloso; Lesiones personales, cuando la lesión consista en: a. Deformidad; b. Perdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; c. Lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; Desaparición forzada; Secuestro en todas sus formas; Tortura; Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; Hurto calificado; Extorsión en todas sus formas; Terrorismo; Administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones o Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

que, una vez cumplidos los 18 años, el adolescente sea trasladado a un centro penitenciario hasta que culmine el cumplimiento de la pena que, en todo caso, se impondría conforme a los rangos previstos en el Código Penal.

Por otro lado, la reforma propuesta también introduce una excepción a la prohibición de antecedentes penales del SRPA (art. 159). En efecto, uno de los objetivos de dicho sistema es evitar que la intervención penal propicie estigmas que obstaculicen la reinserción social del adolescente. Este objetivo difícilmente podría cumplirse si, al tiempo que se adopta una orientación pedagógica y restaurativa, se mantiene un registro de que el menor ha delinquido. No obstante, el proyecto de ley exceptúa esta prohibición cuando se trate de alguno de los delitos que pasarían a juzgarse en el sistema de adultos.

En ambos casos, las modificaciones propuestas nos resultan cuestionables. Que los adolescentes sean juzgados y sancionados conforme a un régimen especial no es una dádiva ni una vía para la impunidad. Por el contrario, la diferenciación de la respuesta penal en estos casos permite compensar la posición de desventaja en la que se encuentran los menores, sin desconocer que estos también pueden ser responsables.

En este sentido, no basta con afirmar que algunos adolescentes cuentan con un grado de desarrollo equiparable al de los adultos, ni que este se puede evidenciar en la gravedad de sus delitos. En últimas, las posibilidades de participación en la vida social no son una cuestión de desarrollo individual, sino de contexto. Basta con pensar, por ejemplo, en las edades en las que se culmina la educación secundaria, en que se puede ejercer el derecho al voto o en que se puede ingresar a ciertos establecimientos.

Por lo demás, el argumento que da origen a la propuesta entraña una contradicción importante. Afirmar que los menores deben responder como adultos, para evitar que sean instrumentalizados por estos últimos, supone reconocer que ambos están en una posición diferente. Más aún, en el caso de los menores que actúan bajo las indicaciones de un grupo de delincuencia común u organizada, cuesta pensar en escenarios en que dicha vinculación no se produzca desde una posición abiertamente desventajosa. Por ello, aceptar una reforma como la propuesta implicaría desconocer que el tratamiento diferenciado de los adolescentes no es una dádiva, sino un imperativo de igualdad.

Por supuesto, el SRPA no está exento de críticas. Pero si queremos abrir nuevamente el debate acerca de su configuración, nuestra brújula debería ser la protección de los derechos de los menores. Porque, también en este escenario, que los límites al poder punitivo cedan a la alarma social puede ser una muestra de que hemos perdido el norte.

Estudios

Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura

GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA;
MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO

La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz

BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS

Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías

YEPES ORTEGA, SANTIAGO; GÜETTE HERNÁNDEZ, DAVID MODESTO

Breves comentarios sobre aspectos esenciales del criminal compliance

NÁJERA GONZÁLEZ, XAVIER

Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024

ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política

sobre las drogas

CANTILLO ARCÓN, JUAN CARLOS

Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar?

Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías del debido proceso

VARGAS TAMAYO, CAMILO ALFONSO

GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA;
 MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO, "Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura

Influence of social stigmas on the reintegration of post-penitentiary inmates in Colombia between 2004 and 2024: A literature review

MANUEL J. GÓMEZ-RESTREPO*
 MELISSA OSORIO CASTAÑEDA**
 JUAN PABLO MADRID BUSTAMANTE***

Fecha de recibo: 11/03/2025. Fecha de aceptación: 11/06/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.1

1 Artículo de investigación resultado del proyecto "Democracia y derechos: Una visión comparativa latinoamericana", financiado por la Universidad de San Buenaventura, sede Medellín. Código M7903

* Polítólogo Universidad de Antioquia. Abogado Universidad EAFIT. Máster en Derecho Constitucional del CEPC. PhD (c) en Humanidades de la Universidad Eafit. Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Medellín (Colombia).

Correo: manuel.gomez@usbmed.edu.co

** Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Correo: melissa.osorio191@tau.usbmed.edu.co

*** Abogado de la Universidad de San Buenaventura. Correo: juan.madrid201@tau.usbmed.edu.co

Resumen

Este artículo analiza cómo los estigmas sociales influyen en la reintegración de pospenados en Colombia, según literatura científica publicada entre 2004 y 2024. Se revisaron 27 documentos científicos y académicos, estructurando el análisis en una reseña histórica inicial, evaluación de tendencias actuales, análisis crítico de hallazgos e identificación de vacíos investigativos. Los resultados muestran que los estigmas sociales obstaculizan significativamente los objetivos normativos de resocialización. Aunque la normativa vigente promueve la rehabilitación, en la práctica estos estigmas generan barreras que limitan el retorno exitoso a la comunidad. Dichos prejuicios afectan no solo la percepción pública sobre los pospenados, sino también su capacidad efectiva de reintegrarse socialmente.

Palabras clave

Reintegración, estigmas sociales, resocialización, discriminación.

Abstract

This study analyzes how social stigmas influence the reintegration of former prisoners in Colombia, based on scientific literature published between 2004 and 2024. A review of 27 scientific and academic documents was conducted, structured into an initial historical overview, evaluation of current trends, critical analysis of findings, and identification of research gaps. Results indicate that social stigmas significantly hinder normative reintegration objectives. Although existing legislation promotes rehabilitation, in practice these stigmas create barriers that limit successful community reentry. Such prejudices affect not only public perceptions of former prisoners but also their effective capacity for social reintegration.

Keywords

Reintegration, social stigmas, resocialization, discrimination.

Sumario

1. Introducción
2. Metodología
3. Resultados
- 3.1. Revisión histórica
- 3.2. Tendencias actuales
- 3.3. Análisis crítico
- 3.4. Identificación de lagunas
4. Conclusiones.

1. Introducción

La reintegración de personas pospenadas constituye un desafío complejo y multifacético, influenciado en gran medida por los estigmas sociales. En Colombia, este fenómeno adquiere una dimensión particular debido a la diversidad socioeconómica, cultural y política del país, por lo que se debe tener en cuenta que la reintegración exitosa no solo involucra la reinserción laboral y social, sino también la reconstrucción de la identidad y reputación ante una sociedad que frecuentemente les percibe con desconfianza y rechazo².

En este sentido, es preciso indicar que el sistema penal colombiano ha atravesado en las últimas dos décadas un proceso de transformaciones contradictorias. Por un lado, se han impulsado reformas legislativas y políticas orientadas a la humanización de las penas y a la promoción de la resocialización; por otro, han coexistido con una tendencia hacia el endurecimiento punitivo, la ampliación del catálogo de delitos, el aumento de penas y la expansión del sistema penitenciario. Esta tensión estructural configura un escenario ambivalente, en el que los discursos de rehabilitación conviven con prácticas de castigo y exclusión. En ese marco, los estigmas sociales emergen como una barrera persistente y transversal, que debilita la implementación efectiva de las políticas de reintegración. Aunque la normativa vigente promueve la resocialización, la permanencia de estereotipos negativos hacia los pospenados refleja —y a su vez refuerza— las contradicciones del sistema, limitando las posibilidades reales de reintegración social tras el cumplimiento de la pena.

Desde una perspectiva sociológica, el estigma puede definirse como un atributo profundamente desacreditador que reduce a quien lo porta de una persona completa y normal a una marcada por una identidad social negativa³. En el caso de las personas pospenadas, este estigma no solo se refiere al hecho de haber estado en prisión, sino que se asocia a una serie de juicios morales, temores sociales y estereotipos que las convierten en sujetos percibidos como peligrosos, no confiables o irrecuperables. Este proceso de etiquetamiento produce una ruptura entre la identidad social esperada y la identidad real o impuesta, lo cual afecta directamente su capacidad de reintegrarse en la comunidad.

2 Ana Paulina Echavarría Luján, Jonathan David Tejada Areiza y Valentina Vélez Quintero, "Experiencia de vida sobre el proceso de resocialización a la vida social de hombres entre 18 y 35 años de edad que estuvieron privados de la libertad la ciudad de Medellín" (Tesis pregrado, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, 2023).

3 Erving Goffman, *Estigma: La identidad deteriorada* (Buenos Aires: Amorrortu, 2006).

En el contexto colombiano, Mendoza y Bustos⁴ destacan que el estigma actúa como una forma de exclusión estructural que condiciona tanto la percepción social de los pospenados como su propia identidad. Esta doble carga —externa e interna— incide negativamente en su autoestima, en sus vínculos familiares y en su posibilidad de acceder a oportunidades legítimas. Así, el estigma no solo vulnera la dignidad de quienes han estado privados de libertad, sino que también limita la eficacia de los programas de resocialización y aumenta el riesgo de reincidencia. Comprender este fenómeno resulta, por tanto, esencial para evaluar críticamente las políticas de reintegración y diseñar estrategias que trasciendan el plano normativo, incluyendo también dimensiones culturales y simbólicas de la exclusión.

La selección del periodo comprendido entre 2004 y 2024 para esta revisión sistemática responde a la necesidad de abarcar dos décadas de transformaciones significativas en las políticas públicas, el marco normativo y las dinámicas sociales relacionadas con la resocialización de personas pospenadas en Colombia. Este intervalo temporal permite capturar la evolución de las estrategias de reintegración social y laboral, así como las respuestas institucionales frente a los desafíos persistentes en el sistema penitenciario.

Estudios previos han destacado que la estigmatización de los pospenados se manifiesta en múltiples formas, incluyendo la discriminación laboral, el rechazo comunitario y la falta de apoyo institucional; investigaciones como las de Farah⁵; Velásquez y Valbuena⁶ y Escobar⁷ han analizado como en el ámbito laboral a menudo rehúsan contratar a personas con antecedentes penales, mientras que otros estudios, como el de Echavarría et al.⁸, han explorado la experiencia de vida de las personas pospenadas en cuanto a su proceso de reintegración social. En conjunto,

4 Mónica Mendoza Molina y Paola Bustos Benítez, "Configuración de subjetivaciones en pospenados en Colombia", *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, nº106 (2018): 145-169.

5 Valeria Farah Caicedo, "La estigmatización y el mundo del trabajo: el caso de dos exconvictos en la ciudad de Cali" (Tesis pregrado, Universidad de San Buenaventura, Cali, 2014).

6 Daniela Velásquez Trujillo y Katherine Astrid Valbuena Martínez, "Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad" (Tesis pregrado, Universidad Libre, 2023).

7 Susana Escobar Velez, "Capítulo 13. Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social", en *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, ed. Marcela Gutiérrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado (Bogotá D.C: Universidad Externado, 2019), 493.

8 Echavarría Luján, Tejada Areiza y Vélez Quintero, "Experiencia de vida sobre el proceso de resocialización a la vida social de hombres entre 18 y 35 años de edad que estuvieron privados de la libertad la ciudad de Medellín".

estas investigaciones indican la presencia persistente de estigmas sociales que afectan negativamente a los pospenados en Colombia, a pesar de los esfuerzos legislativos y programáticos para promover la resocialización, estos siguen siendo una barrera importante para la reintegración efectiva.

Pese al creciente interés académico en la resocialización de personas privadas de la libertad en Colombia, persiste un vacío significativo en la sistematización crítica de investigaciones recientes que aborden la influencia de los estigmas sociales en la reintegración de los pospenados. La mayoría de los estudios se centran en aspectos normativos o en programas específicos, sin ofrecer una visión panorámica y actualizada de las barreras sociales persistentes entre 2004 y 2024. Por ejemplo, investigaciones como la de Mogollón-Villamizar⁹ y el informe de DeJusticia sobre *Mujeres en prisión*¹⁰ destacan desafíos estructurales y de género, pero no profundizan en una sistematización de los estigmas sociales que enfrentan los pospenados en su proceso de reintegración. En este contexto, nuestro artículo busca llenar este vacío mediante una revisión exhaustiva de literatura académica, tesis y documentos normativos, con el objetivo de identificar tendencias históricas y actuales, así como los puntos ciegos en las políticas públicas y en la producción académica sobre el tema. Así, el artículo se propone aportar insumos empíricos y conceptuales para el diseño de estrategias más efectivas de resocialización, ancladas en el reconocimiento y superación de los estigmas sociales que enfrentan los pospenados en Colombia.

Lo anterior señala que la importancia de abordar los estigmas sociales en la reintegración de pospenados es imperativa por varias razones: primero, desde una perspectiva de derechos humanos, toda persona tiene derecho a ser tratada con dignidad y respeto; segundo, la exclusión y estigmatización de los pospenados tienen repercusiones negativas no solo para los individuos afectados, sino también para la sociedad en su conjunto, al aumentar la probabilidad de reincidencia y perpetuar problemas de seguridad y cohesión social, por ello comprender cómo estos estigmas influyen en la reintegración es crucial para el diseño de estrategias y políticas efectivas que promuevan la inclusión y la reducción de la reincidencia.

9 Adriana Alexandra Mogollón Villamizar, "Resocialización de la persona privada de la libertad en el contexto carcelario y penitenciario colombiano a través de la modalidad de enseñanza", *Revista CES Derecho* 15, n.º2 (2024): 30–48.

10 DeJusticia, *Mujeres en prisión: violencias que atraviesan muros* (Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Vida en Prisión, 2024).

2. Metodología

La investigación adoptó un enfoque cualitativo, centrado en la revisión y análisis de la literatura existente sobre la influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia durante el período comprendido entre 2004 y 2024. Este enfoque permitió una comprensión contextualizada del fenómeno mediante el análisis de estudios previos, teorías y datos cualitativos extraídos de diversas fuentes académicas y jurídicas.

El diseño empleado fue la revisión narrativa de literatura, el cual consiste en identificar, evaluar y sintetizar la investigación relevante sobre un tema específico, siguiendo un proceso estructurado y transparente. Esta revisión permite obtener una visión integral y crítica de las evidencias disponibles, facilitando la identificación de patrones, tendencias y brechas en la investigación, con respecto a la pregunta planteada¹¹.

El universo de la investigación abarcó literatura académica, incluyendo artículos de revistas especializadas, tesis de grado y posgrado, así como normatividad relacionada con la reintegración de pospenados en Colombia y la influencia de los estigmas sociales. Para la estrategia de búsqueda documental, se emplearon combinaciones de palabras clave y operadores booleanos que permitieran una recuperación precisa y pertinente de la información. Las palabras clave principales fueron: "reintegración de pospenados", "resocialización", "personas privadas de la libertad", "estigmas sociales", "reincidencia" y "discriminación". Estas se combinaron mediante operadores como AND y OR, lo que permitió ampliar o restringir los resultados según el caso. Por ejemplo, se utilizaron fórmulas como "reintegración AND estigmas sociales", "resocialización OR reinserción AND Colombia" y "pospenados AND discriminación laboral".

Se aplicaron filtros temporales para incluir únicamente documentos publicados entre 2004 y 2024, limitando además la búsqueda a documentos escritos en español y centrados en el contexto colombiano. La búsqueda se realizó en bases de datos académicas de acceso abierto como Google Scholar, Scielo, Redalyc, Google Books y repositorios universitarios nacionales, dada su relevancia en la producción de conocimiento en ciencias sociales y jurídicas en América Latina. Scielo y Redalyc permitieron acceder a artículos de revistas indexadas regionalmente, con revisión por pares y pertinencia temática, mientras que Google Scholar amplió la cobertura a

11 Silamani J. Adolf Guirao Goris. "Utilidad y tipos de revisión de literatura", *ENE: Revista de Enfermería* 9, n.º2 (2015).

tesis y documentos académicos no siempre indexados. Por su parte, los repositorios institucionales ofrecieron acceso a trabajos de grado y tesis especializadas que aportan evidencia empírica valiosa para el caso colombiano.

Si bien estas plataformas presentan la limitación de no garantizar siempre estándares homogéneos de calidad metodológica, su inclusión respondió a la necesidad de capturar un espectro amplio de producciones académicas que reflejaran el desarrollo del campo en las dos últimas décadas. En general, la elección de estas fuentes se justificó por tratarse de bases de datos abiertas, en español y pertinentes para el contexto nacional. En conjunto con los criterios de búsqueda aplicados, permitieron realizar una revisión sistemática de literatura centrada en la realidad colombiana y las transformaciones normativas, sociales y discursivas en torno a los pospenados entre 2004 y 2024. Estos criterios garantizaron una revisión focalizada, asegurando la relevancia, actualidad y coherencia temática de los estudios seleccionados para el análisis.

Una vez realizada la búsqueda inicial, se identificaron 56 documentos potencialmente relevantes. El proceso de filtrado se desarrolló en tres etapas sucesivas. En la primera etapa, se revisaron los títulos y resúmenes para descartar aquellos trabajos que no abordaban explícitamente la reintegración de personas pospenadas en Colombia o que no incluían la dimensión del estigma social. En esta fase se eliminaron estudios con enfoques exclusivamente criminológicos, penitenciarios o normativos que no mencionaban elementos de reintegración social o percepción pública. En la segunda etapa, se realizó una lectura completa de los textos seleccionados, evaluando su pertinencia temática, la presencia de evidencia empírica o conceptual relacionada con estigmatización, y su vínculo explícito con el contexto colombiano.

Como criterios de inclusión se consideraron: (a) que el documento abordara directamente la reintegración de pospenados o personas privadas de la libertad en Colombia; (b) que incluyera una discusión sobre estigmas sociales, discriminación o barreras sociales asociadas al proceso de resocialización; (c) que estuviera publicado entre 2004 y 2024, y (d) que estuviera disponible en español. Los criterios de exclusión fueron: (a) estudios centrados únicamente en condiciones carcelarias sin conexión con la etapa pospenitenciaria; (b) literatura extranjera o sin aplicación contextual al caso colombiano; y (c) trabajos duplicados en distintas plataformas. Esta secuencia permitió refinar la muestra a un total de 27 documentos finales, cuya selección respondió tanto a su relevancia temática como al rigor metodológico expresado en su diseño o argumentación.

De un total de 56 resultados de búsqueda, se seleccionaron artículos y documentos utilizando criterios de inclusión específicos, como las palabras clave y la fecha de publicación. Adicionalmente, se tuvo en cuenta el rigor metodológico de los estudios. Se incluyeron 27 estudios que cumplieron con estos criterios. La muestra final estuvo compuesta por los documentos detallados en la **Tabla 1**.

Tabla 1. Muestra de documentos a analizar

Tipo de documento	Cantidad
Trabajos de grado	14
Artículos de Investigación	6
Documento Oficial	2
Normas/leyes	5
TOTAL	27

A estos documentos se les aplicó una estrategia de análisis cualitativo basada en la codificación abierta de los textos seleccionados. A partir de esta lectura completa, emergieron de forma inductiva cuatro ejes temáticos recurrentes que orientaron la sistematización de los hallazgos. Estos ejes no fueron impuestos a priori, sino construidos a partir de patrones conceptuales y discursivos presentes en la literatura revisada. La articulación entre estos ejes y la estructura del análisis se detalla a continuación, en la sección de resultados.

3. Resultados

A partir de la lectura completa de los documentos los cuatro ejes temáticos recurrentes identificados fueron: (1) el enfoque normativo y programático de la resocialización; (2) la experiencia del estigma social en los procesos de reintegración; (3) las condiciones estructurales que inciden en dicho proceso, como el acceso al empleo, la educación o el acompañamiento institucional; y (4) las perspectivas críticas que cuestionan los límites del modelo punitivo y del paradigma resocializador.

Si bien estos ejes no se desarrollan como secciones independientes, orientaron transversalmente el análisis presentado en los apartados que siguen. Así, el apartado 3.1 (Revisión histórica) pone en contexto los desarrollos normativos y programáticos de la resocialización en Colombia, mientras que el 3.2 (Tendencias actuales) recoge tanto las experiencias contemporáneas de estigmatización como las condiciones estructurales que afectan la reintegración. El apartado 3.3 (Análisis

crítico) profundiza en los límites del modelo de resocialización, incorporando una mirada crítica al marco normativo y al sistema penitenciario. Finalmente, el 3.4 (Identificación de lagunas) sistematiza los vacíos conceptuales, institucionales y políticos detectados en la literatura revisada, retomando elementos de todos los ejes. Esta estructura permitió una lectura articulada, reflexiva y comparativa de la producción académica sobre la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024.

3.1 Revisión Histórica

La reintegración de pospenados en Colombia es un tema complejo que ha evolucionado debido a los cambios en las normas y leyes penitenciarias, el enfoque en los derechos humanos y la percepción social de la sociedad. A lo largo de las últimas décadas, el país ha experimentado avances y retrocesos en los esfuerzos por integrar de manera efectiva a estas personas, enfrentando desafíos significativos, como los estigmas sociales y la falta de oportunidades a nivel general. A nivel histórico, durante las décadas de 1980 y 1990, Colombia inició la implementación de programas de resocialización en su sistema penitenciario, aunque de manera incipiente y con recursos limitados¹². Estos esfuerzos se alinearon con lo establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991 y con el precepto del “Estado social de derecho” tal como lo reconoce Arias¹³.

Paralelamente, la normatividad internacional ejerció presión sobre Colombia para desarrollar una ruta clara hacia la formulación de políticas penitenciarias y carcelarias más integrales. Estas políticas debían no solo enfocarse en la corrección y el control de los reclusos, sino también en la implementación de acciones preventivas que favorecieran su resocialización e integración en la sociedad¹⁴. Como resultado, se impulsaron ajustes legislativos y programáticos orientados a garantizar el respeto de los derechos de los reclusos y a establecer su reintegración efectiva como un objetivo central de las políticas penitenciarias.

Paralelamente, las recomendaciones y lineamientos de organismos internacionales—como el Comité contra la Tortura de la ONU o la Comisión Interamericana

12 Victoria Amalia Preciado Burgos, “Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria en Colombia”, *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, n.º3 (2020):139-153.

13 Gloria Esperanza Arias, “Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017” (Tesis pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2019), 7.

14 Karen Daniela Ordóñez Cifuentes, “Impacto de los programas de resocialización en la reinserción social de la población reclusa” (Tesis Posgrado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016).

de Derechos Humanos— ejercieron cierta influencia sobre Colombia en materia penitenciaria, especialmente en lo relativo a las condiciones de reclusión y el respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad¹⁵. No obstante, esta presión no siempre se tradujo en el desarrollo de políticas públicas integrales centradas en la resocialización. Un ejemplo de ello es el CONPES 3228 de 2004, que, si bien introdujo un nuevo enfoque en la política penitenciaria al reconocer la necesidad de articularla con la política criminal, también hizo parte de una serie de documentos CONPES responsables por expandir alarmantemente el sistema¹⁶. En este contexto, aunque se impulsaron ajustes legislativos y programáticos que incorporaban el lenguaje de la resocialización, estos coexistieron con un modelo centrado en el control y la contención, lo que ha limitado de manera estructural la efectividad de las políticas orientadas a la reintegración.

De esta manera, con la formulación y entrada en vigor del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, reformada por la Ley 1709 de 2014), se introdujo formalmente el discurso de la resocialización como eje rector del sistema penitenciario colombiano. En sus artículos 9 y 10, la ley establece que la finalidad de la ejecución de la pena es lograr la reintegración social del condenado, mediante programas de educación, trabajo, salud y cultura. No obstante, es importante distinguir entre el componente normativo o discursivo de esta política y su concreción material, ya que las condiciones reales del sistema penitenciario —marcadas por el hacinamiento, la precariedad institucional y la escasa inversión— han limitado de forma estructural la implementación efectiva de estos fines. Diversos estudios han advertido que dicha finalidad se ha quedado en el plano normativo. Hernández Jiménez¹⁷, por ejemplo, muestra que las condiciones materiales del sistema carcelario colombiano —marcadas por el hacinamiento, la desocupación, la ineficacia institucional y la precariedad programática— hacen inviable, en la práctica, la concreción del ideal resocializador, reduciendo la pena a un instrumento retributivo y neutralizador.

Durante ese periodo, se establecieron iniciativas para mejorar las condiciones de vida en las prisiones y facilitar la reintegración de los pospenados, incluyendo el fortalecimiento de programas de educación y empleo tanto dentro como fuera de

15 Ibíd.

16 Juan Camilo, Arias Mejía y Marina Mozzillo de Moura, “Mercantilización del sufrimiento: la llegada del neoliberalismo a Colombia y sus repercusiones en el ámbito del castigo penal”, *Nuevo Foro Penal* 20, n.º103, (2024): 170–226.

17 Norberto Hernández Jiménez, “El fracaso de la resocialización en Colombia”, *Revista de Derecho* 49 (2018): 175–196.

- 22 Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura
GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA; MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO

los centros penitenciarios. No obstante, la efectividad de estos programas se vio obstaculizada por la sobre población carcelaria, la falta de recursos, y la limitada coordinación entre diferentes entidades gubernamentales además que las políticas en esa materia están “enfocadas principalmente a castigar y no a prevenir el delito, por esta razón se observa con preocupación que las leyes promulgadas en esta materia tienen como propósito, endurecer las penas, tratando vagamente de cumplir con la función preventiva”¹⁸.

Durante este tiempo se evidenció un mayor reconocimiento de la importancia de la reintegración social y económica de los pospenados como parte integral de la seguridad ciudadana y la prevención de la reincidencia. En estos años, el gobierno, en colaboración con organizaciones no gubernamentales (ONG) y el sector privado, desarrolló programas dirigidos a apoyar a los pospenados en su reintegración, estos incluyeron esfuerzos para proporcionar empleo, educación continua y apoyo psicológico¹⁹.

En este sentido, la reintegración de los pospenados en Colombia comenzó a ser vista cada vez más desde una perspectiva de derechos humanos. Las políticas públicas han ido evolucionando hacia un enfoque más integral, que no solo busca la resocialización, sino también la garantía de derechos básicos como el acceso a la salud, la educación, y el empleo digno²⁰. La implementación de estas políticas, sin embargo, sigue enfrentando desafíos, especialmente en lo que respecta a cambiar las percepciones sociales y eliminar los estigmas que afectan a los pospenados, que son el mayor obstáculo que deben enfrentar.

3.2 Tendencias Actuales

Inicialmente hablar de la reintegración de personas pospenadas supone abordar el proceso de resocialización, que va más allá de simplemente cumplir una condena. Según lo argumentado por Preciado²¹, este proceso requiere la enseñanza y adopción de valores y principios éticos que deben ser asimilados y practicados

18 María Claudia Forero Martínez y María Claudia Pinto Sandoval, “Análisis comparativo del código penitenciario y carcelario y la reforma de la ley 1709 de 2014”, *Hipótesis Libre 8* (2014): 5.

19 Preciado Burgos, “Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria en Colombia”.

20 Ministerio de Justicia y del Derecho. Plan de Intervención Inmediata para el Sistema Penitenciario y Carcelario. (2023).

21 Preciado Burgos, “Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria en Colombia”.

por quienes se encuentran en centros penitenciarios. Para que la reintegración sea efectiva, es necesario implementar métodos de aprendizaje que faciliten la internalización de estos valores durante su permanencia en la cárcel, permitiendo que las personas, una vez liberadas, estén preparados para regresar a la sociedad de manera óptima. Esta perspectiva en la educación y el desarrollo ético-formativo es necesario para que la resocialización no solo sea un objetivo hipotético, sino una realidad práctica que contribuya al éxito de la reintegración en la vida cotidiana.

Desde la perspectiva normativa, la reintegración social está reconocida en la legislación colombiana como una función central de la pena. El Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), en su artículo 4, establece que la reinserción social es una de las funciones de la pena. Asimismo, el Código Penitenciario y Carcelario refuerza esta idea, indicando que la medida de seguridad debe cumplir con la función de rehabilitación durante su ejecución. Estos preceptos legales destacan la importancia de que la pena no solo castigue, sino que también prepare al individuo para su retorno a la sociedad, alineándose con la necesidad de un proceso de resocialización efectivo que, como se mencionó anteriormente, requiere la enseñanza y asimilación de valores y principios formativos sustanciales para la adecuada reintegración de los pospenados.

En este contexto, se reconoce que la influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia es un factor determinante que obstaculiza el cumplimiento de los objetivos normativos de resocialización establecidos en el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario. A pesar del reconocimiento de la reintegración como aspecto constitutivo de la pena, los estigmas asociados a los antecedentes penales de las personas pospenadas limitan sus oportunidades de empleo, acceso a servicios básicos y aceptación social. Este estigma mantiene un ciclo de exclusión que contraviene el propósito rehabilitador de la pena, impidiendo que estas personas puedan reinsertarse de manera efectiva en la sociedad.

En el caso del estudio realizado por Ordoñez²², se menciona que la sociedad mantiene una vigilancia constante sobre las personas que han sido pospenadas. Sus antecedentes penales se convierten en un factor determinante al buscar empleo o acceder a servicios básicos, lo que los convierte en sujetos de estigmatización y rechazo social. Esta constante discriminación no solo limita sus oportunidades, sino que también afecta su percepción del futuro, generando una sensación de desesperanza y frustración tras haber cumplido sus condenas. Esta realidad destaca

22 Ordóñez Cifuentes, "Impacto de los programas de resocialización en la reinserción social de la población reclusa".

- 24 Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura
GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA; MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO

las enormes barreras que enfrentan para reintegrarse de manera efectiva en la sociedad, perpetuando un ciclo de exclusión y marginalización.

Al respecto Reed²³ en su artículo sobre *"Atrocidades en las cárceles colombianas"*, indica que "lamentablemente, el estigma que se extiende sobre los presos lleva a su deshumanización y a la devaluación de sus derechos" (pr. 22), este estigma actúa como un prejuicio que condiciona la percepción de la sociedad hacia los individuos que han estado privados de la libertad, lo cual tiene implicaciones directas en su proceso de reintegración. Desde una perspectiva jurídica, esta estigmatización vulnera principios del derecho penal y penitenciario, como la dignidad humana y la igualdad ante la ley, y contradice el mandato constitucional que promueve la resocialización de los reclusos. El desprecio social y la negación de derechos que enfrentan los pospenados representan no solo un fracaso del sistema de justicia, sino también un obstáculo insuperable para su reinserción efectiva, perpetuando su marginalización y dificultando el cumplimiento de las funciones rehabilitadoras de la pena²⁴.

A esto, se le suma el hecho que según el INPEC²⁵ citado por Arias²⁶ en su evaluación de la política de resocialización entre los periodos 2015 y 2017, esta no ha logrado los resultados esperados debido a la ineficacia del sistema no solo por el hacinamiento y la crisis del sector penitenciario, sino que también los programas han sido diseñados de una manera general sin reconocer las necesidades o habilidades de los presos. Adicionalmente, la ausencia de un programa de acompañamiento integral después de la salida de la cárcel agrava la situación, dejando a los pospenados sin el apoyo necesario para su reintegración, estas deficiencias han incidido directamente en la elevada tasa de reincidencia, que por ejemplo en los años de estudio superó el 15%²⁷. Sin embargo, cabe señalar como lo indica la misma autora que la resocialización y reintegración de los pospenados "en Colombia es un tema pendiente, ya que debido a la sobre población carcelaria no existe la logística necesaria para lograr integrar a todos los reclusos a programas de resocialización"²⁸.

23 Michael Reed Hurtado, "Atrocidades en las cárceles colombianas: todos sabrán", *Razón Pública*, Febrero 29, 2016. <https://razonpublica.com/atrocidades-en-las-cárceles-colombianas-todos-sabian/>

24 Ibíd.

25 INPEC. *Informe estadístico*. Septiembre (2018).

26 Arias, "Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017".

27 Ibíd.

28 Ibíd., p. 17.

Lo anterior se puede explicar cómo lo expresan Abaunza et al., debido a que en las políticas actuales en temas carcelarios y penitenciarios:

No existe como tal un lineamiento que abarque el tema de los pospenados de manera concreta y palpable, a pesar de que la resocialización constituye el fin primordial de la pena lo que, de hecho, desdibuja sus antecedentes, el juzgamiento y la pena propiamente dicha²⁹.

Esta ausencia de directrices sólidas no solo afecta el proceso de reintegración, sino que también diluye el propósito rehabilitador de la pena, lo que deja a los pospenados en una situación de vulnerabilidad. Sin un enfoque estructurado y concreto que atienda sus necesidades, después de su liberación, el sistema falla en cumplir con sus objetivos legales y humanitarios, perpetuando un ciclo de exclusión y reincidencia que afecta no solo a los individuos, sino también a la sociedad en general “para alcanzar la reinserción y disminuir la reincidencia es fundamental un verdadero tratamiento pospenitenciario y no una simple asistencia social”³⁰

En este contexto surge, entonces, un fenómeno que históricamente se ha presentado en el sistema penal y carcelario, de acuerdo con Valcárcel³¹, y es la discriminación y estigmatización que se traduce en una visión negativa de las personas que han cometido delitos, lo que dificulta su proceso de reintegración social. La narrativa pública a menudo los retrata como seres indignos de empatía y apoyo, relegándolos a la marginalidad y perpetuando la idea de que su pasado delictivo define su valor como individuos. Esta deshumanización no solo afecta a los pospenados en su vida cotidiana, sino que también refuerza las barreras sociales que enfrentan al intentar reinsertarse en la comunidad. La percepción negativa hacia ellos, en lugar de promover la rehabilitación y el entendimiento, contribuye a un ciclo de exclusión que obstaculiza sus oportunidades de cambio y reintegración efectiva, perpetuando así el estigma asociado a su condición.

En relación con esto, Farah³² establece que la deshumanización y el estigma

29 Carol Iván Abaunza Forero, Paola Bustos Benítez, Mónica Mendoza Molina, y Giovanny Paredes Álvarez, “Capítulo 11. La pos pena en Colombia: realidades y retos”, en *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, ed. Marcela Gutiérrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado (Bogotá D.C: Universidad Externado, 2019), 2.

30 Ibíd, p. 61.

31 Juan Pablo Valcárcel Moreno, “Superando el estigma: Hacia una sociedad inclusiva para los privados de la libertad”, *Centro de Investigación en Política Criminal. Universidad Externado de Colombia*, mayo 19, 2023.

32 Farah Caicedo, “La estigmatización y el mundo del trabajo: el caso de dos exconvictos en la ciudad de Cali”.

impactan significativamente las dimensiones psicológicas, relacionales y comportamentales de los individuos, desde dos puntos de vista: la percepción que la persona tiene de sí misma y la forma en que los demás la ven. La carga del estigma no solo afecta cómo los individuos se ven a sí mismos, deteriorando su autoconfianza y sentido de valor personal, sino que también influye en cómo son tratados por la sociedad, lo que puede agravar su aislamiento y dificultar su reintegración. Esta doble afectación crea un ciclo negativo que limita las oportunidades de cambio y aceptación, reforzando la exclusión social y perpetuando la marginalización de aquellos que han sido privados de libertad.

En el caso de los pospenados, según Farah³³ uno de sus principales desafíos al salir del centro penitenciario es la búsqueda de empleo. A menudo se encuentran con numerosos obstáculos impuestos por el sistema, que se agravan por su condición de "exconvicto" y los estereotipos negativos que la sociedad tiene sobre ellos. Esta realidad no solo dificulta su acceso a oportunidades laborales, sino que también alimenta la percepción de que son personas peligrosas o indeseables, lo que refuerza su estigmatización, impactando sus esfuerzos por reintegrarse de manera positiva, y aumenta la probabilidad de reincidencia.

Toda esta situación se empeora, de acuerdo con Farah³⁴ por el hecho que se enfrentan, por un lado, a la resistencia tanto del sistema como de la sociedad al intentar acceder a empleo y oportunidades, y por otro a su propia percepción distorsionada de sí mismos, lo que les dificulta reconocer su valor y su capacidad para cambiar. Esta doble carga de estigmatización refuerza la exclusión social y limita su habilidad para formar una nueva identidad y recuperar su lugar en la comunidad.

Lo anterior es reiterado por Camelo³⁵ quien indica que el pospenado, al ser liberado, en lugar de concluir el proceso de desarraigo social, este se intensifica, ya que el estigma de haber sido un delincuente persiste y acompaña al pospenado de manera permanente, lo que dificulta la reintegración social, ya que las oportunidades de empleo, las relaciones personales y la aceptación en la comunidad suelen verse afectadas por su pasado criminal. En lugar de facilitar su rehabilitación, la sociedad refuerza la exclusión, lo que puede conducir a la reincidencia delictiva y a la repetición del ciclo de marginalización.

33 Ibíd.

34 Ibíd.

35 Edna Carolina Camelo Salcedo, "Política pública de reconocimiento del pospenado en el sistema penitenciario" (Tesis posgrado, Universidad Nacional de Colombia, 2015).

A este respecto, Velásquez y Valbuena³⁶ destacan que, en el contexto colombiano, el acceso al mercado laboral para los pospenados es necesario para su reintegración social. Consideran que la reinserción laboral no solo es un medio para obtener sustento económico, sino que también juega un papel crucial en la reconstrucción de la identidad y la autonomía de los pospenados. El trabajo se convierte en un pilar fundamental para que estas personas puedan establecer vínculos sociales, recuperar la confianza en sí mismos y disminuir las probabilidades de reincidencia. Sin embargo, concuerdan en afirmar que el proceso de reintegración enfrenta numerosos desafíos debido a la persistente estigmatización y las barreras estructurales que limitan sus oportunidades laborales.

Un aspecto especialmente crítico en la reintegración de personas pospenadas es el acceso al empleo formal, donde el estigma asociado a los antecedentes penales opera como una forma de exclusión estructural. Ariza y Mora³⁷ han documentado cómo la legislación colombiana permite, en la práctica, la discriminación laboral en etapas previas a la contratación, generando un “vacío regulatorio” que deja sin protección a quienes han estado en prisión. Esta situación produce un efecto paradójico: se exige al pospenado que se reintegre a la sociedad a través del trabajo, pero se le niegan las condiciones normativas mínimas para hacerlo. Así, el mercado laboral actúa como un mecanismo de exclusión que prolonga el castigo más allá del cumplimiento formal de la pena.

A pesar de los desafíos mencionados, en el sector privado existen incentivos dirigidos a facilitar la contratación de pospenados. La Ley 2208 de 2022, del Congreso de la República conocida como la Ley de segundas oportunidades, introduce una serie de beneficios tributarios, económicos y corporativos para las empresas que decidan contratar a esta población, tal como lo expresan Velásquez y Valbuena³⁸, esta legislación busca ampliar las oportunidades de acceso al mercado laboral para los pospenados, reconociendo el papel crucial que el empleo desempeña en su reintegración social y en la reducción del estigma asociado a sus antecedentes

36 Velásquez Trujillo y Valbuena Martínez, “Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad”.

37 Libardo José Ariza y Verónica Mora Godoy, “El trabajo los hará libres: el acceso al mercado laboral para las personas con antecedentes penales”, en Permitido discriminar: el vacío regulatorio del periodo previo al contrato de trabajo en Colombia, coord. Natalia Ramírez Bustamante (Bogotá D.C: Ediciones Uniandes (2024), 105-130.

38 Velásquez Trujillo y Valbuena Martínez, “Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad”.

penales. Sin embargo, la efectividad de estos incentivos depende en gran medida de su implementación y de la disposición del sector privado para aprovecharlos.

En todo caso, Velásquez y Valbuena³⁹ señalan que la reinserción laboral de los pospenados está influenciada por una combinación de prejuicios, factores psicosociales, económicos y políticos. La ausencia de oportunidades de empleo para esta población no solo afecta su capacidad para satisfacer necesidades básicas, sino que incrementa el riesgo de que recurran nuevamente a actividades delictivas. La falta de un trabajo estable y digno contribuye a la perpetuación de la exclusión social y dificulta el proceso de rehabilitación.

Dentro de ese marco, Molina⁴⁰ indica que el problema de la estigmatización es más fuerte en el caso de las mujeres. Las expectativas sociales y los juicios de valor asociados al papel de la mujer en la sociedad juegan un papel fundamental en su proceso de reintegración social. A menudo, las mujeres pospenadas se enfrentan a un conjunto adicional de desafíos derivados de los estereotipos de género, que pueden exacerbar su marginalización y dificultar su acceso a oportunidades laborales y sociales. Estos juicios, junto con la presión de cumplir con las normas tradicionales sobre el comportamiento femenino, pueden generar un sentimiento de culpa y autoestigmatización que afecta su autoestima y confianza. Así, las mujeres que han pasado por el sistema penal pueden sentirse más aisladas y vulnerables, lo que complica su reintegración.

En palabras de Mendoza y Bustos, "los aspectos laborales, de familia y contextual, son escenarios siempre complejos e inciertos, que favorecen posibilidades de integración o reincidencia"⁴¹, el estigma social actúa como una barrera estructural que limita el acceso a derechos fundamentales, como el derecho al trabajo y a la vida familiar digna, dificultando la efectiva reintegración de los pospenados en la sociedad. Esta exclusión no solo perpetúa la marginalización, sino que también incrementa el riesgo de reincidencia, al obstaculizar la capacidad de los individuos para reinsertarse plenamente en la comunidad. Desde una perspectiva jurídica, el derecho a la igualdad y la no discriminación se ve comprometido cuando las personas con antecedentes penales son excluidas de oportunidades laborales y del acceso a servicios esenciales. Este trato desigual no solo vulnera sus derechos

39 Ibíd.

40 María Paula Molina Argüelles. "Ser mujer y haber estado privada de la libertad: el estigma hacia las mujeres pospenadas" (Tesis pregrado, Universidad Javeriana, 2021).

41 Mendoza Molina y Bustos Benítez, "Configuración de subjetivaciones en pospenados en Colombia", 145.

fundamentales, sino que también crea un entorno que los deja sin opciones viables para construir una vida dentro de los márgenes de la legalidad.

Sobre la base de las ideas expuestas, Vargas y García mencionan que “socialmente hay una tendencia a estigmatizar a los pospenados, sin importar el delito que cometieron o las intenciones que tengan de vivir en la legalidad”⁴². Este fenómeno deja ver una discrepancia entre las garantías legales que deberían ofrecer una segunda oportunidad y la realidad de la exclusión social que enfrentan los pospenados. La estigmatización como lo demuestran las investigaciones consultadas deteriora el principio de dignidad humana y limita el acceso a derechos fundamentales como el empleo y la participación comunitaria.

En consecuencia, se argumenta que el concepto de reintegración está intrínsecamente vinculado a los estigmas y prejuicios que enfrentan las personas pospenadas⁴³. La discusión sobre la reintegración no solo abarca la necesidad de mecanismos formales y recursos adecuados para apoyar a los pospenados, sino que también debe considerar el impacto de las actitudes y percepciones sociales predominantes. El proceso de reintegración se complica debido a la persistencia de estigmas que afectan la manera en que los pospenados son percibidos y tratados por la sociedad. Estos prejuicios no solo obstaculizan el acceso a oportunidades laborales y sociales, sino que también interfieren con la eficacia de los programas de rehabilitación y reintegración.

Sin duda la reintegración de los pospenados se ve afectada por factores sociales, económicos, políticos, siendo como lo expone Olarte⁴⁴ la aplicación de una justicia retributiva y la estigmatización social de estas personas, los principales obstáculos para lograr la misma y de los cuales se desprenden otras situaciones. La justicia retributiva, al centrarse en el castigo y la retribución en lugar de la rehabilitación, limita las oportunidades de resocialización al enfatizar la condena más que el proceso de reintegración. Esta perspectiva repite el ciclo de exclusión al no proporcionar los mecanismos necesarios para que los pospenados superen sus antecedentes

42 Wilson Camilo Vargas Guzmán y Mauricio García Alejo, “Resiliencia, comprensión psicosocial para los pospenados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en Colombia”, *Revista de ciencias sociales* 27, n.º3 (2021): 151.

43 Isabel Argüello Saldarriaga y Samanta Molina González, “La resocialización de los pospenados en Colombia: Reconstruyendo el tejido social” (Tesis pregrado, Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2021).

44 Alexander Olarte, “Factores que impiden que el sistema penitenciario y carcelario, garantice la resocialización de las personas privadas de la libertad (PPL) en Colombia” (Tesis posgrado, Universidad Pontificia Bolivariana, 2023).

delictivos y reconstruyan sus vidas de manera positiva. Simultáneamente, la estigmatización social exacerba estos problemas al marginalizar aún más a los pospenados. El estigma asociado con un historial delictivo crea barreras significativas para acceder a recursos básicos, como empleo, educación y servicios sociales. Este rechazo social contribuye a una visión negativa persistente y puede socavar los esfuerzos de reintegración al limitar el apoyo y las oportunidades disponibles para los pospenados⁴⁵.

Por ello, a pesar de que las personas puedan adquirir habilidades y conocimientos durante su encarcelamiento, la falta de aceptación social impide que se reintegren efectivamente en la vida económica, política y social. Esta situación frecuentemente refleja deficiencias en el sistema penitenciario, que, al centrarse en cumplir con las disposiciones legales de resocialización, a menudo pasa por alto la necesidad de mantener una conexión continua con la sociedad y el entorno familiar, lo anterior teniendo en cuenta que, sin un apoyo social adecuado, los esfuerzos de rehabilitación no logran traducirse en una integración exitosa tras la liberación⁴⁶.

En efecto, Anaya y Dájome⁴⁷ sostienen que la efectividad de los programas de resocialización dentro del sistema penitenciario se mide principalmente a través de su éxito en la reintegración social de los pospenados. Estos programas tienen como objetivo fundamental reducir la probabilidad de reincidencia en delitos, promoviendo así una transición efectiva de los internos hacia una vida de conformidad con la ley. Si los programas de resocialización no logran evitar que los pospenados vuelvan a delinquir, se considera que han fracasado en cumplir con su propósito. La reincidencia, en este caso, no solo invalida los objetivos de reintegración social, sino que también pone en tela de juicio la eficacia de las medidas gubernamentales implementadas para la rehabilitación de los delincuentes.

Puntualmente en el caso de Echavarría et al.⁴⁸; Guiral et al.⁴⁹ y Amaya⁵⁰

45 Ibíd.

46 Ibíd.

47 Cristina Isabel Anaya Gutiérrez y Johana Dájome Segura, *“Resocialización penitenciaria y carcelaria en Colombia y su impacto en la reincidencia”* (Tesis pregrado, Universidad del Valle, 2019).

48 Echavarría Luján, Tejada Areiza y Vélez Quintero, “Experiencia de vida sobre el proceso de resocialización a la vida social de hombres entre 18 y 35 años de edad que estuvieron privados de la libertad la ciudad de Medellín”.

49 Angy Paola Guiral Castañeda, Diego Andrés Jaramillo Gómez y Juliana Naranjo Rendón, “Reinscripción social de los presos en el ámbito económico y familiar en el Municipio de Andes Antioquia” (Tesis pregrado, Universidad de Antioquia, 2022).

50 Liliana Amaya, “Experiencias de reintegración social en personas que fueron privadas de la libertad

estos se centraron en analizar la experiencia de resocialización de pospenados, en donde se encuentra que la influencia de los estigmas sociales en la reintegración de personas pospenadas es un fenómeno complejo que involucra dimensiones económicas, sociales, políticas, familiares. Amaya⁵¹ destaca que las barreras económicas y laborales representan desafíos significativos en el proceso de reintegración. La falta de habilidades laborales, la discriminación y el acceso limitado a empleos estables dificultan que los pospenados logren una reintegración efectiva. Las capacitaciones y el apoyo financiero son importantes para superar estas barreras y facilitar una integración exitosa en el mercado laboral. Sin embargo, la estigmatización social intensifica estos problemas al hacer que los pospenados sean percibidos negativamente y, por lo tanto, enfrentan dificultades adicionales para acceder a oportunidades equitativas.

Por otro lado, Guiral et al. en su investigación cuestionan la efectividad de los programas de resocialización al señalar que las deficiencias en el proceso de reinserción social y el acompañamiento profesional aumentan la reincidencia, en el proceso se evidenció en la falta de credibilidad en algunos testimonios de ex presos que participaron, por ejemplo “el entrevistado número 8 dicen no haber reincidido, pero más adelante en la conversación dice haberlo hecho 4 veces antes de esta última condena”[sic]⁵² demostrando que la pena por sí sola no garantiza la no reincidencia, lo cual indica la necesidad de una integración social efectiva y el apoyo continuo para asegurar que los pospenados puedan superar las barreras que impone la sociedad.

Por su parte, Echavarría et al.⁵³, analizan cómo la estigmatización y las repercusiones sociales impactan la adaptación de los pospenados. La percepción negativa de la sociedad hacia ellos aumenta la discriminación y la violencia, dificultando aún más su proceso de adaptación. La clasificación de los pospenados en términos de “bueno-malo” o “normal-anormal” refuerza su exclusión social y limita su capacidad para establecer relaciones interpersonales duraderas. Esta

sin resocialización en la ciudad de Cartago, Colombia en el año 2024” (Tesis pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia, 2024).

51 Ibíd.

52 Guiral Castañeda, Jaramillo Gómez y Naranjo Rendón, “Reinserción social de los presos en el ámbito económico y familiar en el Municipio de Andes Antioquia”, 39.

53 Echavarría Luján, Tejada Areiza y Vélez Quintero, “Experiencia de vida sobre el proceso de resocialización a la vida social de hombres entre 18 y 35 años de edad que estuvieron privados de la libertad la ciudad de Medellín”.

escalación de rechazo cultural a las conductas “anormales” crea un entorno hostil que impide la construcción de una identidad social positiva y la integración efectiva en la comunidad.

En contraste con estas posturas académicas e investigativas se encuentra la normatividad colombiana que establece los parámetros para la resocialización y reintegración de los pospenados, cabe señalar que, si bien estas no abordan la problemática de la estigmatización, si contemplan las acciones y estrategias para el proceso de reintegración de estas personas. En el caso de la Ley 65 de 1993⁵⁴, conocida como el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, esta señala el marco normativo que regula el sistema penitenciario. Uno de los aspectos fundamentales de esta es la reintegración y resocialización de las personas privadas de la libertad, entendida como un proceso integral destinado a reincorporar a los individuos a la sociedad de manera efectiva y reducir el riesgo de reincidencia. En este sentido, la ley no solo contempla el carácter punitivo de la pena, sino que también promueve la rehabilitación a través de programas educativos, laborales, culturales, deportivos, y de salud mental dentro de los centros penitenciarios.

Para lograr estos objetivos, la Ley 65 de 1993 incentiva la participación activa de los reclusos en actividades de trabajo y estudio mediante la reducción de penas, reconociendo estas actividades como medios fundamentales para la reintegración. Asimismo, se establece la importancia del seguimiento postpenitenciario a través de programas de acompañamiento que eviten la reincidencia y faciliten la integración a la vida social y laboral.

Por su parte la Ley 1709 de 2014⁵⁵ introdujo modificaciones al Código Penitenciario y Carcelario con el objetivo de mejorar las condiciones del sistema penitenciario y fortalecer los mecanismos de reintegración y resocialización. Entre las principales modificaciones, se destaca: el enfoque diferencial para las medidas penitenciarias y la prelación por la dignidad humana a través de la protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, incluyendo mejoras en las condiciones carcelarias y una ampliación de los beneficios administrativos para la reducción de penas, como la prisión domiciliaria y la libertad condicional, siempre que los condenados demuestren avances en su proceso de resocialización. Así como la posibilidad de trabajar mientras están recluidos “Dichos programas de trabajo y

54 Colombia. Congreso de la República. *Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario.* (1993).

55 Colombia. Congreso de la República. *Ley 1709 de 2014.* (2014).

actividades productivas estarán orientados a que la persona privada de la libertad tenga herramientas suficientes para aprovechar las oportunidades después de salir de la prisión”⁵⁶.

Por otro lado, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) organismo que se encarga de formular y coordinar políticas públicas, se planteó el CONPES 3828⁵⁷, que introduce un nuevo enfoque para la política penitenciaria y carcelaria en Colombia, orientándola hacia una integración coherente y eficaz con la política criminal. Esto significa que, además de abordar la paulatina necesidad de espacios en las cárceles, se busca también mejorar otros aspectos que afectan directamente la situación actual de los centros penitenciarios, entre los que se incluyen la adecuación de las instalaciones en términos sanitarios y tecnológicos, el fortalecimiento de los programas de atención, resocialización y seguimiento de las personas privadas de la libertad, además, resalta la importancia de trabajar en conjunto con diferentes actores para lograr una política penitenciaria más efectiva y que realmente contribuya a la resocialización de los reclusos.

En ese mismo sentido, el Plan Nacional de Política Criminal 2021-2024, del Consejo Superior de Política Criminal, tiene como propósito coordinar de manera eficaz las acciones del Estado para combatir la criminalidad en todas sus formas, para ello no solo se enfoca en enfrentar de manera directa las actividades delictivas, sino que también busca una respuesta integral que considere las diferentes manifestaciones de la delincuencia. Al mismo tiempo, el plan se orienta hacia la protección de los derechos de los ciudadanos, asegurando que todas las personas que forman parte de la sociedad colombiana puedan vivir en un entorno seguro y justo.

Uno de los pilares más importantes del Plan Nacional es la resocialización, que se dirige hacia la reintegración de las personas que han cometido delitos, preparándolas para regresar a la vida en sociedad. Este proceso es necesario para romper el ciclo de reincidencia, ya que permite que los individuos puedan adoptar comportamientos positivos y productivos. A través de programas educativos, laborales, y psicosociales, la resocialización busca que los reclusos no solo cumplan su pena, sino que también desarrollos las habilidades y actitudes necesarias para vivir en armonía con los demás.

56 Ibíd, Art 79.

57 Documento CONPES 3828. Política Penitenciaria y carcelaria de Colombia. (2015).

3.3 Análisis Crítico

La evidente deficiencia estructural carcelaria no solo limita la capacidad del sistema para ofrecer formación y apoyo rehabilitador, sino que también agrava las condiciones de hacinamiento y precariedad en las cárceles, lo que, a su vez, debilita aún más cualquier esfuerzo de reintegración. La falta de recursos y la incapacidad del sistema para gestionar adecuadamente a la población carcelaria resultan en una omisión crítica que impide que los objetivos legales y constitucionales de resocialización se materialicen en la práctica, dejando a muchos reclusos sin las herramientas necesarias para su reintegración en la sociedad una vez cumplida su condena. Esta situación perpetúa el ciclo de reincidencia y exclusión social, evidenciando una grave carencia en la política criminal y penitenciaria del país.

Llama la atención como lo plantea Sánchez⁵⁸ que el caso de la reincidencia es un problema que afecta tanto a las instituciones como a la sociedad, las soluciones implementadas en el ámbito carcelario han girado en torno a los procesos de resocialización. Sin embargo, al analizar este enfoque, es evidente que el concepto de resocialización está cargado de complejidades y contradicciones. La idea de "resocializar" supone que las personas deben ser moldeados para encajar nuevamente en una sociedad que a menudo los estigmatiza y excluye. Este enfoque binario y simplista no toma en cuenta las diversidades y particularidades de cada persona, ni cómo los estigmas sociales perpetúan su marginalización. En lugar de facilitar la reintegración, estos procesos pueden reforzar las barreras que los pospenados enfrentan, impidiendo su plena inclusión y aumentando el riesgo de que reincidan.

En la revisión de los documentos se observa que uno de los aspectos más evidentes de la estigmatización hacia los pospenados está relacionado con la dificultad para acceder a oportunidades laborales. Velásquez y Valbuena⁵⁹ coinciden con Farah⁶⁰ y Cameló⁶¹ en destacar la problemática de la empleabilidad de las personas que han sido condenadas y posteriormente liberadas. A pesar del principio de igualdad ante la ley, estas personas enfrentan desafíos adicionales debido

58 María Camila Sánchez Leguizamón. *"Inserción laboral: ¿Una posibilidad para las personas pospenadas?"* (Tesis pregrado, Universidad Externado de Colombia, 2019).

59 Velásquez Trujillo y Valbuena Martínez, "Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad".

60 Farah Caicedo, "La estigmatización y el mundo del trabajo: el caso de dos exconvictos en la ciudad de Cali".

61 Cameló Salcedo, "Política pública de reconocimiento del pospenado en el sistema penitenciario".

a políticas que, aunque diseñadas para proteger el interés público, pueden en la práctica perpetuar la discriminación.

Así mismo, como lo manifiesta Abuanza et al.⁶² la resocialización se limita a actividades como el estudio y el trabajo, en donde se usan como mecanismos de redención, convirtiéndose en una contradicción, ya que el artículo 10 de la Ley 65 de 1993 indica que esta implica aspectos como: "disciplina, trabajo, estudio, formación espiritual, cultura y deporte"⁶³. Además, el componente familiar, que es fundamental para el apoyo emocional y la integración social de los pospenados, a menudo se pasa por alto en los programas. Esta limitación en la concepción de la resocialización tiene un impacto directo en la reintegración de los pospenados. Al enfocarse únicamente en el trabajo y el estudio, se ignoran factores que podrían facilitar su adaptación a la vida en sociedad, como el fortalecimiento de lazos familiares y comunitarios. La falta de un enfoque integral perpetúa la estigmatización de estas personas, quienes son percibidas únicamente a través de sus antecedentes penales, sin considerar su potencial para el cambio y la reintegración exitosa.

Por un lado, los incentivos otorgados al sector privado para contratar a pospenados son insuficientes o no se implementan de manera efectiva, lo que limita el impacto positivo que podrían tener en la reinserción laboral. Por otro lado, las inhabilidades legales que impiden a los pospenados acceder a ciertos empleos en el sector público, aunque justificadas en algunos casos por la naturaleza del delito⁶⁴, contribuyen a la exclusión sistemática de esta población. Estas restricciones no solo reducen las oportunidades laborales, sino que también refuerzan el ciclo de marginación y exclusión social, dificultando aún más la rehabilitación y reintegración de los pospenados en la sociedad "la visión sobre la población pospenada concretamente, ha llevado a que se entienda que el acceso al trabajo formal este restringido, no sólo por las empresas, sino también por la sociedad y sus integrantes"⁶⁵.

Mientras tanto, la incorporación y el reconocimiento de los pospenados como ciudadanos plenos resulta sumamente complicado, como lo expresan Mendoza

62 Abaunza Forero, Bustos Benítez, Mendoza Molina y Paredes Álvarez. "Capítulo 11. La pospena en Colombia: realidades y retos".

63 Colombia. Congreso de la República. *Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario*. (1993).

64 Velásquez Trujillo y Valbuena Martínez, "Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad".

65 Sánchez Leguizamón, "Inserción laboral: ¿Una posibilidad para las personas pospenadas?"

y Bustos⁶⁶ dado que la marca del encarcelamiento parece ser permanente. La desconfianza persistente hacia los mecanismos de rehabilitación y reintegración de los que han sido objeto socava su plena inclusión en la sociedad, este estigma continuo obstaculiza el ejercicio efectivo de sus derechos civiles y sociales, impidiendo que estos individuos sean reconocidos como integrantes de la comunidad y disfrutando de todas las garantías legales que les corresponden.

Una dimensión menos abordada en la literatura sobre resocialización es la forma en que este paradigma se aplica —o se restringe— según el tipo de delito. Como señalan Tamayo y Ariza⁶⁷, en el caso de los delitos relacionados con la corrupción, se observa una tendencia creciente a endurecer el castigo penal, a eliminar garantías y a bloquear el acceso a regímenes alternativos o de tratamiento diferenciado. Esta política punitivista, que ignora el mandato constitucional de reintegración, convierte la prisión en una herramienta simbólica de venganza pública, desconociendo que el encierro no garantiza la reducción de la reincidencia ni el fortalecimiento de los valores democráticos. En el contexto colombiano, la negación sistemática del derecho a la rehabilitación para ciertos perfiles de delincuencia muestra cómo el discurso de la resocialización es selectivamente aplicado, lo que evidencia no solo sus límites estructurales, sino también su carga ideológica.

Por otra parte, las manifestaciones emocionales de los pospenados están vinculadas con los estigmas sociales que enfrentan. Cuando una persona ha estado en prisión, suele ser etiquetado por su pasado delictivo, y se considera que es “proclive al delito y por tanto a la reincidencia”⁶⁸, afectando la percepción que los demás tienen de ellos, sino que también influye en cómo estos individuos se perciben a sí mismos.

Desde una perspectiva crítica, se observa que los establecimientos carcelarios en el sistema nacional no cuentan con los elementos necesarios ni adecuados para lograr una resocialización auténtica y efectiva. Según Vargas y García⁶⁹,

66 Mendoza Molina y Bustos Benítez, “Configuración de subjetivaciones en pospenados en Colombia”, 145-169.

67 Fernando León Tamayo Arboleda y Libardo José Ariza , “Cuestiones relevantes de derecho penitenciario: la resocialización de los delincuentes de cuello blanco”, en *Las respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Personas físicas*, dir. Norberto Hernández Jiménez, Héctor Olasolo y María Soledad Gil Nobajas (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2025).

68 Mendoza Molina y Bustos Benítez, “Configuración de subjetivaciones en pospenados en Colombia”, 146.

69 Vargas Guzmán y García Alejo, “Resiliencia, comprensión psicosocial para los pospenados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en Colombia”.

esta deficiencia se manifiesta en la falta de recursos y programas que aborden integralmente las necesidades de los pospenados. El sistema penitenciario, en lugar de facilitar una reintegración satisfactoria, a menudo reproduce condiciones que perpetúan el estigma y la marginalización.

El análisis de Hernández Jiménez⁷⁰ ofrece una lectura sobre la imposibilidad estructural de la resocialización en el contexto penitenciario colombiano. Lejos de operar como un espacio de transformación personal o preparación para la vida en libertad, la cárcel se presenta como un entorno donde las condiciones de hacinamiento, la desocupación, la falta de acceso a programas adecuados y la ineficiencia institucional propician la reproducción de dinámicas delictivas. Ante la ausencia de oportunidades reales de formación, ocupación o acompañamiento, muchos internos terminan inscritos en lo que el autor denomina irónicamente la “universidad del delito”, un circuito informal de socialización criminal que refuerza identidades excluidas y fortalece vínculos con economías ilegales. Esta situación, sumada al rechazo social y a la falta de oportunidades al egreso, configura un escenario de alta vulnerabilidad frente a la reincidencia. Así, la pena pierde su sentido resocializador y se convierte en una forma de neutralización y reciclaje del castigo, que refuerza el estigma y debilita la promesa constitucional de dignidad y reintegración.

El diseño y funcionamiento de las instituciones carcelarias deben ser evaluados críticamente, ya que la ausencia de estrategias adecuadas para la rehabilitación impide que los pospenados puedan superar efectivamente sus antecedentes delictivos. La falta de una planificación y ejecución eficaces en los programas de resocialización contribuye a que los pospenados enfrenten barreras adicionales en su reintegración social, en lugar de ofrecerles las herramientas necesarias para reinsertarse con éxito en la comunidad. Esta situación demuestra una brecha significativa entre los objetivos declarados del sistema penitenciario y su capacidad real para cumplir con los estándares de dignidad y rehabilitación.

Al comparar estas evidencias con el Plan de Intervención Inmediata para el Sistema Penitenciario y Carcelario del Ministerio de Justicia que pretende aplicar “una política criminal desde un enfoque de derechos humanos, que promueva la garantía de la dignidad humana, la resocialización efectiva y la dignificación de la población privada de la libertad”⁷¹. Se puede establecer que, en la práctica, puede

70 Norberto Hernández Jiménez, “El fracaso de la resocialización en Colombia”, *Revista de Derecho*, n.º49 (2018): 175–196.

71 Ministerio de Justicia y del Derecho. Plan de Intervención Inmediata para el Sistema Penitenciario y Carcelario. (2023), 2.

haber una contradicción entre las políticas ideales y su implementación real. Mientras que el plan propone un enfoque progresista centrado en los derechos humanos, la realidad observada en la vida de los pospenados muestra que los estigmas sociales persisten y afectan negativamente su reintegración. La carga emocional y las barreras estructurales que enfrentan los pospenados sugieren que, a pesar de las políticas formales, la aplicación efectiva de estas políticas no ha logrado abordar completamente los problemas asociados con el estigma y la exclusión. Esto revela una brecha entre los objetivos declarados del plan y los desafíos prácticos que enfrentan los pospenados en su proceso de reintegración, indicando la necesidad de una implementación integral y de estrategias complementarias para abordar las barreras sociales persistentes.

A pesar de los avances normativos, la efectividad de las reformas introducidas por la Ley 1709 sigue siendo un tema de debate. Si bien se han ampliado los beneficios y se ha reforzado el marco legal para promover la resocialización, la realidad penitenciaria en Colombia enfrenta retos significativos que dificultan la implementación efectiva de estas leyes. El hacinamiento carcelario, la falta de recursos, la corrupción dentro del sistema, y la limitada oferta de programas integrales de rehabilitación continúan siendo obstáculos para lograr una verdadera reintegración de los internos a la sociedad.

Aunque las leyes insisten en la importancia de la resocialización y la reintegración de las personas que han cometido delitos, no siempre se consideran adecuadamente los obstáculos que dificultan un proceso efectivo. Estos desafíos, como el estigma social, la falta de oportunidades laborales, y la insuficiencia de programas de apoyo, pueden impedir que los esfuerzos de resocialización alcancen su pleno potencial, tal como lo pretende la ley de Segundas Oportunidades que busca mejores oportunidades para el acceso al mercado laboral de esta población.

3.4 Identificación de lagunas

Si bien la Ley 65 de 1993 menciona en algunos de los artículos el acompañamiento para los pospenados, la realidad es que este tema ha sido de baja importancia en la política pública, aspecto que de acuerdo con Ordóñez⁷², refleja un importante punto de acción, ya que solo en los últimos años, cuando la reincidencia se ha

72 Ordóñez Cifuentes, "Impacto de los programas de resocialización en la reinserción social de la población reclusa".

convertido en una preocupación central en la agenda pública, se ha comenzado a prestar mayor atención a este aspecto de la reintegración social. Así mismo, el enfoque predominantemente represivo de la política criminal limita la implementación de programas de reintegración efectivos, que son fundamentales para reducir la reincidencia. Esta orientación restrictiva se evidencia en la falta de recursos y de un marco normativo robusto que respalde iniciativas de acompañamiento integral para las personas que han cumplido sus condenas⁷³.

La falta de articulación entre las diferentes instituciones encargadas de la justicia penal y la reintegración social evidencia una carencia significativa en la política pública, que repercute negativamente en la eficacia de los procesos de reintegración. Actualmente, los esfuerzos de reintegración suelen ser fragmentados, con escasa comunicación y coordinación entre los organismos de justicia, bienestar social, empleo, educación, salud y otras áreas que deberían trabajar en conjunto para apoyar a los individuos que buscan reinsertarse en la sociedad. Esta desarticulación genera vacíos y duplicidades en los servicios ofrecidos, dificultando el acceso de a los recursos necesarios para su rehabilitación y adaptación a la vida en libertad.

Otra situación identificada es que los estigmas sociales que recaen sobre los pospenados no se abordan adecuadamente en el proceso de reintegración, en otras palabras, no se prepara a los pospenados para enfrentar las situaciones de discriminación y rechazo que experimentan al reinsertarse en la sociedad. Estos estigmas, que se manifiestan en actitudes negativas y en la exclusión social, dificultan de forma significativa el acceso a oportunidades laborales, educativas y comunitarias para las personas que han cumplido su condena. Por lo tanto, es crucial que los programas de reintegración incluyan componentes específicos que aborden estos prejuicios y proporcionen a los pospenados herramientas y estrategias para manejar y superar estos desafíos.

Es igualmente necesario investigar a fondo la efectividad de los programas de resocialización y reintegración que se están implementando actualmente en Colombia. Aunque estos programas están diseñados para apoyar la reintegración social de los pospenados, enfrentan múltiples desafíos que limitan su impacto, entre ellos las evidentes dificultades económicas y el hacinamiento en las cárceles del país. La falta de recursos financieros adecuados impide que los programas cuenten con los materiales, personal capacitado y estructuras necesarias para ofrecer un apoyo integral y continuo a los individuos que están por reinsertarse en la sociedad.

73 Ministerio de Justicia y del Derecho. Lineamientos de resocialización. Con enfoque de justicia restaurativa. (2020).

Así mismo no se tiene en cuenta la esfera familiar y la importancia que esta tiene para el proceso no solo durante la condena sino después de esta.

Un sistema coordinado y cohesionado permite una gestión eficaz de los casos, facilitando un seguimiento continuo y un apoyo integral que aborde no solo las necesidades inmediatas de los pospenados, sino también los factores subyacentes que podrían contribuir a la reincidencia, como la falta de vivienda, la ausencia de oportunidades laborales y la necesidad de apoyo psicológico. Esto no solo reduciría las tasas de reincidencia, sino que también promovería una sociedad más justa e inclusiva, donde todos los ciudadanos, independientemente de su pasado, tengan la oportunidad de reconstruir sus vidas de manera positiva.

4. Conclusiones

La revisión documental muestra que, aunque la normativa promueve la rehabilitación, en la práctica, los estigmas sociales generan barreras significativas, alimentados por percepciones negativas y prejuicios sobre las personas con antecedentes penales, que dificultan los esfuerzos de resocialización y el retorno exitoso de estas personas a la vida en comunidad. En conjunto, estas perspectivas enfatizan que los estigmas sociales no solo afectan la percepción pública de los pospenados, sino que también tienen un impacto directo en su capacidad para reintegrarse en la sociedad. Como resultado, los pospenados a menudo enfrentan una marginación continua que refuerza el ciclo de exclusión social, obstaculizando sus esfuerzos por rehabilitarse. Los programas de apoyo y la intervención social deben por lo tanto tener en cuenta las barreras estructurales como los prejuicios culturales para promover una reintegración exitosa y construir comunidades inclusivas.

Las implicaciones de estos hallazgos para la práctica jurídica apuntan a la necesidad de revisar y actualizar las políticas y programas de resocialización para incorporar enfoques integrales que aborden tanto las necesidades de los pospenados como los obstáculos estructurales que enfrentan. Esto podría incluir la promoción de políticas que reduzcan el estigma asociado con los antecedentes penales, así como la creación de más oportunidades educativas y de empleo. Además, para la investigación futura, es primordial ahondar en estudios que exploren las experiencias de los pospenados en el proceso de reintegración, con un enfoque particular en identificar estrategias efectivas que permitan superar las barreras existentes y promover una reintegración exitosa en la sociedad.

Por lo tanto, es fundamental que futuras investigaciones se centren en evaluar la efectividad de estos programas en las actuales circunstancias y en identificar las

áreas en las que se requiere una mayor inversión y reorganización de recursos, así como el interés en otras actividades además del estudio y el trabajo. Además, se necesita una evaluación crítica de cómo las condiciones carcelarias afectan el éxito de estos programas de reintegración y qué estrategias se podrían implementar para superar estas limitaciones. Un planteamiento con más trascendencia en estas áreas de investigación permitiría a las entidades encargadas diseñar intervenciones más efectivas, promoviendo así una reintegración más exitosa y reduciendo las tasas de reincidencia que actualmente se presentan en Colombia.

Desde una perspectiva jurídica, se recomienda realizar investigaciones que examinen la adecuación y efectividad del marco normativo vigente en relación con la protección de los derechos de los pospenados durante su proceso de reintegración social. Es necesario analizar si las leyes actuales contemplan disposiciones específicas para prevenir la discriminación y los estigmas sociales que enfrentan los pospenados y si existen mecanismos jurídicos efectivos que garanticen su derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso a empleo, vivienda, educación, y otros servicios básicos.

Referencias

- Abaunza Forero, Carol Iván, Paola Bustos Benítez, Mónica Mendoza Molina, y Giovanny Paredes Álvarez. "Capítulo 11. La pospena en Colombia: realidades y retos". En *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, editado por Marcela Gutiérrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Amaya, Liliana. "Experiencias de reintegración social en personas que fueron privadas de la libertad sin resocialización en la ciudad de Cartago, Colombia en el año 2024". Tesis pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia, 2024.
- Anaya, Cristina Isabel y Johana Dájome. *"Resocialización penitenciaria y carcelaria en Colombia y su impacto en la reincidencia"*. Tesis pregrado. Universidad del Valle, 2019.
- Ariza, Libardo José y Verónica Mora Godoy. "El trabajo los hará libres: el acceso al mercado laboral para las personas con antecedentes penales". En *Permitido discriminar: el vacío regulatorio del periodo previo al contrato de trabajo en Colombia*, coordinado por Natalia Ramírez Bustamante (Bogotá D.C: Ediciones Uniandes, 2023), 105-130.

- 42 Influencia de los estigmas sociales en la reintegración de pospenados en Colombia entre 2004 y 2024: una revisión de la literatura
GÓMEZ-RESTREPO, MANUEL J.; OSORIO CASTAÑEDA, MELISSA; MADRID BUSTAMANTE, JUAN PABLO

Arguello, Isabel y Samanta Molina. *"La resocialización de los pospenados en Colombia: Reconstruyendo el tejido social"*. Tesis pregrado, Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2022.

Arias, Gloria Esperanza. "Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017". Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia, 2017.

Arias Mejía, Juan Camilo y Marina Mozzillo de Moura. "Mercantilización del sufrimiento: la llegada del neoliberalismo a Colombia y sus repercusiones en el ámbito del castigo penal". *Nuevo Foro Penal* 20, n.º103 (2024); 170–226.

Camelo Salcedo, Edna Carolina. "Política pública de reconocimiento del pospenado en el sistema penitenciario". Tesis posgrado, Universidad Nacional de Colombia, 2015.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 599 de 2000*, Diario Oficial No. 44.097, 2000.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 1709 de 2014*, Diario Oficial No. 49.039, 2014.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario [CPC]*. Diario Oficial 40999, 1993.

CONPES 3828. Política Penitenciaria y carcelaria de Colombia. (2015).

Consejo Superior de Política Criminal. Plan Nacional de Política Criminal 2021-2024. (2012).

Dejusticia. *Mujeres en prisión: violencias que atraviesan muros*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Vida en Prisión, 2024.

Echavarría Luján, Ana Paulina, Jonathan David Tejada Areiza y Valentina Vélez Quintero. "Experiencia de vida sobre el proceso de resocialización a la vida social de hombres entre 18 y 35 años de edad que estuvieron privados de la libertad la ciudad de Medellín". Tesis pregrado, Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, 2023.

Escobar Vélez, Susana. "Capítulo 13. Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social". En *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa: Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal*, editado por Marcela Gutiérrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Farah Caicedo, Valeria. *"La estigmatización y el mundo del trabajo: el caso de dos ex convictos en la ciudad de Cali"*. Tesis pregrado, Universidad de San Buenaventura, Cali, 2014.

- Forero, María Claudia, y María Claudia Pinto Sandoval. "Análisis comparativo del código penitenciario y carcelario y la reforma de la ley 1709 de 2014". *Hipótesis Libre*, n.º8 (2014): 1-12.
- Goffman, Erving. *Estigma: La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
- Guiral Castañeda, Angy Paola, Diego Andrés Jaramillo Gómez y Juliana Naranjo Rendón. "Reincisión social de los presos en el ámbito económico y familiar en el Municipio de Andes Antioquia". Tesis pregrado. Universidad de Antioquia, 2022.
- Guirao Goris, Silamani J. Adolf. "Utilidad y tipos de revisión de literatura". ENE, Revista de Enfermería 9, n.º2 (2015).
- Hernández Jiménez, Norberto. "El fracaso de la resocialización en Colombia". *Revista de Derecho*, n.º49 (2018): 175–196.
- INPEC. *Informe estadístico*. Septiembre, 2018.
- Mendoza, Mónica y Paola Bustos. "Configuración de subjetivaciones en pospenados en Colombia". *Revista Derecho Penal y Criminología* 39, n.º 106 (2018): 145-169.
- Mogollón Villamizar, Adriana Alexandra. "Resocialización de la persona privada de la libertad en el contexto carcelario y penitenciario colombiano a través de la modalidad de enseñanza". *Revista CES Derecho* 15, n.º2 (2024): 30–48.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Plan de Intervención Inmediata para el Sistema Penitenciario y Carcelario. (2023).
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Lineamientos de resocialización. Con enfoque de justicia restaurativa. (2020).
- Molina Argüelles, María Paula. "Ser mujer y haber estado privada de la libertad: el estigma hacia las mujeres pospenadas". Tesis pregrado. Universidad Javeriana, 2021.
- Olarque, Alexander. "Factores que impiden que el sistema penitenciario y carcelario, garantice la resocialización de las personas privadas de la libertad (PPL) en Colombia". Tesis posgrado. Universidad Pontificia Bolivariana, 2023.
- Ordoñez Cifuentes, Karen Daniela. "Impacto de los programas de resocialización en la reincisión social de la población reclusa". Tesis Posgrado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2016.
- Preciado Burgos, Victoria Amalia. "Educación o resocialización: Problemática abordada desde la administración penitenciaria en Colombia". *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, n.º3 (2020): 139-153.

Michael Reed Hurtado. "Atrocidades en las cárceles colombianas: todos sabrán".

Razón Pública, Febrero 29, 2016. <https://razonpublica.com/atrocidades-en-las-cárceles-colombianas-todos-sabian/>

Sánchez Leguizamón, María Camila. "Inserción laboral ¿Una posibilidad para las personas pospenadas?" Tesis pregrado. Universidad Externado de Colombia, 2016.

Tamayo Arboleda, Fernando León y Libardo José Ariza. "Cuestiones relevantes de derecho penitenciario: la resocialización de los delincuentes de cuello blanco". En *Las respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Personas físicas*. Dirigido por Norberto Hernández Jiménez, Héctor Olasolo y María Soledad Gil Nobajas, 407-438. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2025.

Valcárcel Moreno, Juan Pablo. "Superando el estigma: Hacia una sociedad inclusiva para los privados de la libertad". *Centro de Investigación en Política Criminal. Universidad Externado de Colombia*, mayo 19, 2023.

Vargas Guzmán, Wilson Camilo y Mauricio García Alejo. "Resiliencia, comprensión psicosocial para los pospenados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en Colombia". *Revista de ciencias sociales*, 27, n.º3 (2021): 151-167.

Velásquez Trujillo, Daniela y Katherine Astrid Valbuena Martínez. "Ingreso al mercado laboral de condenados y pospenados en el sector público y privado en Colombia: una mirada desde el principio de igualdad". Tesis pregrado, Universidad Libre, 2023.

Declaración de coautoría

Todos y solo los investigadores que cumplen con los requisitos de autoría de este artículo figuran como autores; todos los coautores son totalmente responsables de este trabajo en su totalidad.

- **Manuel J. Gómez-Restrepo:** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.
- **Melissa Osorio Castañeda:** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.
- **Juan Pablo Madrid Bustamante:** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS, "La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz

Good Faith Without Fault and the Third-Party Opposition Proceeding to the Precautionary Measure in the Justice and Peace Law

NICOLÁS BUELVAS MENDOZA*

Fecha de recibo: 14/03/025. Fecha de aceptación: 19/05/2025

DOI: 10.1723/nfp21.105.2

Resumen

El presente artículo aborda el régimen especial de extinción de dominio introducido por la Ley 1592 de 2012 en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)⁶, centrándose en el concepto de "buena fe exenta de culpa" y su acreditación mediante el denominado incidente de oposición de terceros. A partir del desarrollo constitucional que esta figura ha tenido, se analizan los requisitos necesarios para que las demandas dependan de su capacidad para acreditar la buena fe cualificada, conforme a la doctrina constitucional,

* Abogado egresado de la Universidad del Sinú, Elías Bechara Zainum, Master en Derecho Penal Económico y de la Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Además, cuenta con estudios de maestría en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

6 Ley 1592 de 2012. *Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 "por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios"* y se dictan otras disposiciones. 3 de diciembre de 2012. DO N° 48.633.

jurisprudencial estándar ordinario en la adquisición de bienes sometidos a medidas de extinción de dominio. Desde una perspectiva constitucional, el estudio examina los elementos objetivos y subjetivos que conforman este estándar de buena fe, así como el impacto de la sentencia SU-424 de 2021⁷ en la consolidación y evolución de su desarrollo conceptual. De igual manera, se profundiza en la relevancia del debido proceso dentro del incidente de oposición regulado por el artículo 17C de la Ley 975 de 2005⁸, destacando sus objetivos, alcances y exigencias probatorias, orientadas a garantizar la participación efectiva de los terceros y la protección de sus derechos. Finalmente, se resalta la importancia de incorporar el control de convencionalidad en la actuación judicial, conforme a lo dispuesto en la sentencia C-146 de 2021⁹ y al artículo 93 de la Constitución Política, en armonía con las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰. El artículo concluye que la efectividad del incidente y la protección de los derechos de los terceros incidentantes dependen de su capacidad para acreditar la buena fe cualificada, conforme a la doctrina constitucional, jurisprudencial y convencional vigente.

Palabras clave

Extinción de Dominio; Buena Fe Cualificada; Buena Fe Simple Vs Cualificada; Incidente de Oposición de Terceros; Carga Probatoria del Incidentante; Justicia y Paz; Sentencia SU-424 de 2021; Debido Proceso Constitucional.

Abstract

This article examines the special asset forfeiture regime established by Law 1592 of 2012 within the Justice and Peace Law (Law 975 of 2005), with particular emphasis on the concept of "*good faith exempt from fault*" and its demonstration through the so-called third-party opposition proceeding. It analyzes the requirements for

- 7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-424 del 1 de diciembre de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
- 8 Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. 25 de julio de 2005. DO N° 45.980.
- 9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-146 del 21 de mayo de 2020. (M.P. Diana Fajardo Rivera).
- 10 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, tratados y acuerdos de la Organización de los Estados Americanos n.º B-32, https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm.

establishing "*qualified good faith*," understood as the level of diligence and prudence exceeding the ordinary standard when acquiring assets subject to forfeiture measures. From a constitutional perspective, the study explores both the objective and subjective components of this standard, as well as the impact of Judgment SU-424 of 2021 on the consolidation and evolution of its conceptual framework. The discussion also highlights the *centrality of due process* within the opposition proceeding under Article 17C of Law 975 of 2005, focusing on *its objectives, scope, and evidentiary requirements*, which are designed to ensure meaningful participation by third parties and the protection of their rights. Finally, the article underscores the *importance of integrating conventionality control into judicial practice*, in line with Judgment C-146 of 2021 and Article 93 of the Political Constitution, consistent with the guarantees established in Article 8 of the American Convention on Human Rights. The article concludes that the *effectiveness* of the opposition proceeding and the protection of third-party rights *depend* on the parties' ability to demonstrate qualified good faith, in accordance with prevailing constitutional, jurisprudential, and international human rights doctrine.

Keywords

Asset Forfeiture; Qualified Good Faith; Simple vs. Qualified Good Faith; Third-Party Opposition Proceeding; Burden of Proof on the Opposing Party; Justice and Peace; Judgment SU-424 of 2021; Constitutional Due Process.

Sumario

1. Introducción, 2. El concepto de la "buena fe cualificada" según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 3. Análisis de los elementos esenciales de la buena fe cualificada desde una perspectiva constitucional, 3.1. Impacto de la sentencia SU-424 de 2021 en la evolución de la doctrina de la buena fe cualificada, 4. El debido proceso constitucional y el incidente de oposición de terceros según el artículo 17c, 4.1. Sobre los objetivos que se persiguen en el incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa, 4.2. Aspectos probatorios del incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa, 5. Conclusiones y recomendaciones. 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La extinción de dominio no es un instituto exclusivo de la Ley 1708 de 2014⁶. En efecto, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen regímenes especiales de extinción de dominio que amplían su alcance más allá de la normativa ordinaria. Esto se puede constatar fácilmente al analizar detenidamente la reforma introducida por la Ley 1592 de 2012⁷ a la Ley de Justicia y Paz. A partir de dicha reforma, se observa un estatuto que consolidó diversas disposiciones con el fin de facilitar la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, con el objetivo de contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional.

En este marco normativo, el legislador estableció un trámite especial de extinción de dominio, centrado en la tramitación de incidentes de oposición presentados por aquellos que se consideran *terceros adquirentes de buena fe exentos de culpa*, sobre un bien o derecho al cual se le han impuesto medidas cautelares, con el fin de determinar si procede la extinción de dominio.

Este procedimiento permite que el *tercero intervenga para demostrar* que el bien en cuestión fue adquirido bajo el amparo de la buena fe cualificada. Específicamente, en el contexto regulado por la Ley 975 de 2005⁸, el trámite se aplica a aquellos terceros que han *adquirido* un bien sobre el cual se han impuesto medidas cautelares debido a que existe un grado de inferencia razonable, sobre su presunto origen ilícito, ya sea directo o indirecto, teniendo en cuenta que dicho origen ilícito *debe ser analizado* dentro del contexto del conflicto armado interno con los paramilitares.

En este sentido, corresponde al tercero demostrar que la adquisición del bien se realizó con el grado de *prudencia y diligencia requerido* para acreditar que, en el momento de la *adquisición*, se actuó con buena fe exenta de culpa. La *demostración* de este instituto *inhabilitaría* la procedencia de la extinción de dominio sobre el bien en disputa.

6 Ley 1708 de 2014. *Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio*. 20 de julio de 2014. Diario Oficial N° 49.039. (2014).

7 Ley 1592 de 2012. *Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”* y se dictan otras disposiciones. 3 de diciembre de 2012. Diario Oficial N° 48.633. (2012).

8 Ley 975 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. 25 de julio de 2005. Diario Oficial N° 45.980. (2005).

- 50 La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz
BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS

En este contexto, podemos constatar que, en virtud de lo establecido en los artículos 17A, 17B y 17C de la Ley 975 de 2005⁹, existe un régimen especial de extinción de dominio inscrito dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz. Así pues, en los artículos mencionados, se puede identificar, *en primer lugar*¹⁰, aquellos bienes que son susceptibles de ser objeto de extinción de dominio; *en segundo lugar*¹¹, es

-
- 9 Ley 975 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.* 25 de julio de 2005. Diario Oficial N° 45.980, artículos 17A, 17B y 17C. (2005).
- 10 Para identificar qué bienes son aptos para la extinción de dominio, según lo establecido en la Ley 975 de 2005, es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 17A, que establece lo siguiente: **"Artículo 17A. Bienes objeto de extinción de dominio.** Los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas, así como aquellos identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones, podrán ser cautelados de conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo 17B de la presente ley, para efectos de extinción de dominio. **Parágrafo 1º.** Se podrá extinguir el derecho de dominio de los bienes, aunque sean objeto de sucesión por causa de muerte o su titularidad esté en cabeza de los herederos de los postulados. **Parágrafo 2º.** La extinción de dominio de los bienes recaerá sobre los derechos reales principales y accesorios que tenga el bien, así como sobre sus frutos y rendimientos".
- 11 El procedimiento para la imposición de medidas cautelares está consagrado en el artículo 17B de la Ley 975 de 2005, el cual dispone lo siguiente: **"Artículo 17B. Imposición de medidas cautelares sobre bienes para efectos de extinción de dominio.** Cuando el postulado haya ofrecido bienes de su titularidad real o aparente o denunciado aquellos del grupo armado organizado al margen de la ley al que perteneció, o la Fiscalía haya identificado bienes no ofrecidos o denunciados por los postulados, el fiscal delegado dispondrá la realización de las labores investigativas pertinentes para la identificación plena de esos bienes y la documentación de las circunstancias relacionadas con la posesión, adquisición y titularidad de los mismos. La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – Fondo para la Reparación de las Víctimas – participará en las labores de alistamiento de los bienes susceptibles de ser cautelados, de conformidad con lo establecido en el artículo 11C, y suministrará toda la información disponible sobre los mismos. Esta información será soportada ante el magistrado con función de control de garantías en la respectiva audiencia para la decisión sobre la imposición de medidas cautelares. Cuando de los elementos materiales probatorios recaudados o de la información legalmente obtenida por la Fiscalía, sea posible inferir la titularidad real o aparente del postulado o del grupo armado organizado al margen de la ley, respecto de los bienes objeto de persecución, el fiscal delegado solicitará al magistrado con funciones de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para la solicitud y decisión de medidas cautelares, a la cual deberá convocarse a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –Fondo para la Reparación de las Víctimas–. En esta audiencia reservada, el fiscal delegado solicitará sin dilación al magistrado la adopción de medidas cautelares de embargo, secuestro o suspensión del poder dispositivo sobre los bienes; igualmente, procederá la medida sobre depósitos en entidades financieras, en el interior y en el exterior del país de conformidad con los acuerdos de cooperación judicial en vigor. En el caso de bienes muebles como títulos valores y sus rendimientos, el fiscal delegado solicitará la orden de no pagarlos, cuando fuere imposible su aprehensión física. En el caso de personas jurídicas, el magistrado al momento de decretar la medida cautelar ordenará que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas como administradora del Fondo para la Reparación de las Víctimas ejerza los derechos sociales que correspondan a las acciones, cuotas o partes de interés social objeto de la misma hasta que se produzca decisión judicial definitiva y mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios, miembros de los órganos sociales y demás órganos de administración, representante

posible identificar el trámite de imposición de medidas cautelares sobre dichos bienes para efectos de extinción de dominio; y finalmente, *en tercer lugar*, es posible constatar la regulación del eventual incidente de oposición de terceros a la medida cautelar, teniendo como parámetro rector dentro de dicho incidente la demostración por parte de ese tercero de que, en lo que respecta a la adquisición de los bienes, actuó con la diligencia y prudencia suficientes para acreditar la existencia de buena fe exenta de culpa.

El objeto de este artículo se circunscribe principalmente al incidente de oposición de los terceros de buena fe exentos de culpa. En el trámite de este incidente,

*legal o revisor fiscal, no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión sobre aquellas. Si el magistrado con función de control de garantías acepta la solicitud, las medidas cautelares serán adoptadas de manera inmediata. Los bienes afectados con medida cautelar serán puestos a disposición de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –Fondo para la Reparación de las Víctimas–, que tendrá la calidad de secuestre y estará a cargo de la administración provisional de los bienes, mientras se profiere sentencia de extinción de dominio. **Parágrafo 1º.** Si la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –Fondo para la Reparación de las Víctimas– se encuentra administrando bienes que no tengan medida cautelar, podrá solicitar al magistrado con función de control de garantías, directamente o a través de la Fiscalía General de la Nación, la imposición de medidas cautelares sobre los bienes. **Parágrafo 2º.** Cuando la medida cautelar se decrete sobre bienes respecto de los cuales con posterioridad se eleve solicitud de restitución, tales bienes y la solicitud de restitución serán transferidos al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, para efectos de su trámite a través de los procedimientos establecidos en la Ley 1448 de 2011 y su normatividad complementaria, sin que se requiera el levantamiento de la medida cautelar por parte de la magistratura. **Parágrafo 3º.** Si los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados o identificados por la Fiscalía General de la Nación en los términos del presente artículo, tuvieran solicitud de restitución ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas o ante la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –Fondo para la Reparación de las Víctimas–, el fiscal delegado solicitará la medida cautelar sobre los mismos y una vez decretada ordenará el traslado de la solicitud de restitución y los bienes de manera inmediata al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, para efectos de su trámite a través de los procedimientos establecidos en la Ley 1448 de 2011 y su normatividad complementaria. **Parágrafo 4º.** Cuando los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados estén involucrados en un trámite de extinción del derecho de dominio adelantado en el marco de la Ley 793 de 2002, el fiscal delegado de Justicia y Paz solicitará la medida cautelar sobre el bien. Una vez decretada la medida, el fiscal que conozca del trámite de extinción de dominio declarará la improcedencia de la acción de extinción de dominio sobre este bien y ordenará a la Dirección Nacional de Estupefacientes, o quien haga sus veces, que ponga de manera inmediata el bien a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas. En este caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 11C, los bienes sin vocación reparadora no podrán ingresar al Fondo para la Reparación de las Víctimas. **Parágrafo 5º.** Excepcionalmente, el fiscal delegado, atendiendo las circunstancias de riesgo inminente, perjuicio irreparable o pérdida de los bienes, podrá comparecer ante el magistrado con funciones de control de garantías para que tome las medidas urgentes y necesarias para la conservación de estos, a partir del momento mismo de 1a postulación del desmovilizado al procedimiento de la presente ley. **Parágrafo 6º.** Con posterioridad a la imposición de medidas cautelares y previo a la recepción del bien para su administración, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas –Fondo para la Reparación de las Víctimas– realizará conjuntamente con la Fiscalía General de la Nación y con las demás entidades que posean información relevante sobre el bien, la revisión del alistamiento de que trata el inciso final del artículo 11C de la presente ley”*

- 52 La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz
BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS

contemplado en el artículo 17C de la Ley 975 de 2005¹², se puede constatar la existencia de un escenario procesal en el que el tercero opositor *debe demostrar* que actuó de buena fe exenta de culpa.

Este precepto pone en evidencia, entonces, el reconocimiento del legislador de la buena fe cualificada como instituto *creador* de derechos, a través de la incorporación de un escenario procesal para que, sin suspender el curso del proceso y en defensa de los derechos que se estiman menoscabados con la imposición de las medidas cautelares para efectos de extinción de dominio, un tercero cuente con la ***oportunidad real de acreditar probatoriamente*** que ostenta sobre el bien afectado, en virtud del ofrecimiento o denuncia de un postulado, así como de la identificación en la materia a cargo de la Fiscalía General de la Nación, ***un mejor derecho que debe ser respetado***.

El artículo 17C¹³ indica que el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar se desarrollará así:

Artículo 17C. Incidente de oposición de terceros a la medida cautelar. En los casos en que haya terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa con derechos sobre los bienes cautelados para efectos de extinción de dominio en virtud del artículo 17B, el magistrado con función de control de garantías, a instancia del interesado, dispondrá el trámite de un incidente que se desarrollará así:

Presentada la solicitud por parte del interesado, en cualquier tiempo hasta antes de iniciarse la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, el magistrado

12 En la práctica, lo que se presenta en varios tribunales es que, respecto a los vacíos normativos de carácter procesal que se evidencian en el **artículo 17C**, los magistrados se remiten a la regulación contenida en el Código General del Proceso, en virtud de la cláusula de integración normativa prevista en el **artículo 1º de la Ley 1564 de 2012**. Este artículo establece lo siguiente: **"Artículo 1º. Objeto.** Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. **Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas**, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes" (negrillas y cursiva fuera del original). En consecuencia, el intérprete debe tener en cuenta que, respecto al trámite del incidente previsto en el **artículo 17C de la Ley 975 de 2005**, es necesario considerar los siguientes artículos del Código General del Proceso: **artículo 127**, que regula los incidentes y otras cuestiones accesoria; así como los **artículos 128** (preclusión de los incidentes), **129** (proposición, trámite y efecto de los incidentes), **130** (rechazo de incidentes) y **131** (cuestiones accesoriales que se susciten en el curso de un incidente).

13 Ley 975 de 2005. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.* 25 de julio de 2005. Diario Oficial N° 45.980, artículo 17C. (2005).

*con función de control de garantías convocará a una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes en la cual el solicitante **aportará las pruebas** que pretenda hacer valer y cuyo traslado se dará a la Fiscalía y a los demás intervenientes por un término de 5 días hábiles para que ejerzan el derecho de contradicción. Vencido este término, el magistrado decidirá el incidente y dispondrá las medidas a que haya lugar.*

*Si la decisión del incidente fuere **favorable** al interesado, el magistrado **ordenará** el levantamiento de la medida cautelar. En caso contrario, **el trámite de extinción de dominio** continuará su curso y la decisión será parte de la sentencia que ponga fin al proceso de Justicia y Paz.*

*Este incidente **no suspende** el curso del proceso* (negrillas y cursiva fuera del original).

Teniendo en cuenta los parámetros básicos sobre la estructura del incidente de oposición de terceros de buena fe exentos de culpa, resulta conveniente, desde una perspectiva metodológica, identificar inicialmente el alcance conceptual de la buena fe exenta de culpa, así como sus elementos. Esto permitirá desarrollar de manera coherente los componentes del incidente del artículo 17C. En consecuencia, la primera pregunta que debe ser respondida es la siguiente: ¿Qué es la buena fe exenta de culpa? Y, como no podría ser de otra manera en un Estado social y democrático de derecho, para dar respuesta a esta interrogante, es necesario partir de la Constitución Política, así como de la evolución jurisprudencial del concepto de buena fe exenta de culpa, a través de las diversas ocasiones en que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este instituto.

1. El concepto de la “buena fe cualificada” según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Un primer esbozo de lo que debe de entenderse como buena fe cualificada, partiendo de lo contemplado por la jurisprudencia de la corte constitucional, puede hallarse en la Sentencia C-1007 de 2002¹⁴.

En efecto, la CORTE CONSTITUCIONAL con ponencia de VARGAS HERNÁNDEZ definió a la buena fe cualificada en los siguientes términos:

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘Error communis facit jus’, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1007 del 18 de noviembre de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

que 'Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, **resulta que tal derecho o situación no existen** por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. **Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa** (negrillas y cursiva fuera del original).

De la definición anterior, se puede inferir que la buena fe cualificada debe entenderse como un conjunto de actuaciones en las que el sujeto adquirente de un derecho despliega de manera anticipada un *grado excepcional de prudencia y diligencia*, con el fin de constatar la naturaleza real (desde una perspectiva jurídica) del derecho que desea adquirir. Esto hasta el punto de que *cualquier persona* en su misma posición habría incurrido en el mismo error respecto al origen espurio del derecho adquirido, a pesar de haber actuado con un grado *extraordinario de diligencia*, al momento de indagar sobre la situación real del derecho objeto de adquisición.

2. Análisis de los elementos esenciales de la buena fe cualificada desde una perspectiva constitucional

Partiendo de una primera definición de la buena fe cualificada, basada en una interpretación jurisprudencial de rango constitucional, es pertinente responder a la siguiente pregunta: Si la Corte Constitucional ha entendido la buena fe cualificada como un error que crea derechos debido a su *invencibilidad*¹⁵, es decir, un error en el que *cualquier persona prudente y diligente* habría incurrido al tratarse de un derecho o situación aparentes, en los cuales resulta imposible descubrir la falsedad o inexistencia del derecho, ¿cuáles son los elementos que componen este instituto y cómo pueden

15 Personalmente, considero que, con el fin de otorgar un mayor nivel de racionalidad a la acreditación de los presupuestos necesarios para demostrar la buena fe exenta de culpa, es pertinente remitirse a lo que se conoce en derecho penal como el error de prohibición invencible, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se presentaría dicho error. En este sentido, considero que la dogmática de la buena fe cualificada puede enriquecerse considerablemente con los aportes que la doctrina ha brindado al error de prohibición en el derecho penal económico, especialmente en lo que respecta al tratamiento dado en la doctrina nacional, como lo expone: Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, 6^a ed., (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2024). Asimismo, en el ámbito del derecho penal económico, véase, entre otros: Leopoldo Puente Rodríguez, *El error de prohibición en el Derecho Penal Económico*, 1^a ed., (España: Atelier Libros, 2024).

demostrarse en el incidente de oposición de terceros, según lo dispuesto en la Ley 975 de 2005?

Una respuesta preliminar a esta pregunta puede encontrarse en la sentencia C-740 de 2003¹⁶, providencia mediante la cual la Corte Constitucional, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los presupuestos de la buena fe cualificada de la siguiente forma:

*La buena fe cualificada o creadora de derecho **exige dos elementos a saber:** uno **subjetivo** y otro **objetivo**. **El primero** hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y **el segundo** exige tener la seguridad de que el tradiente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige sólo conciencia, mientras que la **buena fe cualificada exige conciencia y certeza**. La buena fe cualificada o creadora de derecho **tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita**. Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, **si se actuó con buena fe exenta de culpa**, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, **y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio”** (Negrillas y cursiva fuera del original).*

Nótese cómo el alto tribunal constitucional desglosa los elementos de la buena fe cualificada, dividiéndolos en *dos categorías*: objetiva y subjetiva. Luego, procede a explicar su incidencia en los casos de *adquisición* de bienes con origen directo o indirecto en una actividad ilícita, para finalmente llegar a la siguiente conclusión: si se actuó con buena fe exenta de culpa, *no puede* recaer la extinción de dominio. ¿Qué implica esto? Que la extinción de dominio y la buena fe cualificada *deben entenderse* como dos caras de una misma moneda.

Si se *acredita* la buena fe exenta de culpa, el ordenamiento jurídico bloqueará la extinción del dominio sobre el bien respecto del cual se desplegaron las *actuaciones de diligencia* correspondientes. En cambio, si no se actuó con buena fe cualificada,

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-740 del 30 de agosto de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

no habrá lugar a *ningún amparo* por parte del ordenamiento jurídico, y procederá la extinción de dominio.

3.1 Impacto de la sentencia SU-424 de 2021 en la evolución de la doctrina de la buena fe cualificada

Antes de la expedición de esta sentencia, era considerado rutinario por parte de la jurisprudencia de las salas especiales de extinción de dominio de Justicia y Paz, así como por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, resaltar que la buena fe cualificada se compone de dos elementos que *deben acreditarse conjuntamente* para demostrar que un bien adquirido en el contexto del conflicto armado paramilitar *no tenía* ningún vínculo directo o indirecto con grupos organizados al margen de la ley.

Se sostenía que el sujeto adquirente debía actuar con certeza (*elemento subjetivo*) de que estaba cumpliendo con las exigencias del ordenamiento jurídico, y que debía probar, a través de actos (*elemento objetivo*), que la diligencia y prudencia desplegadas en el momento de la adquisición fueron de tal magnitud que ninguna persona en su misma situación hubiera podido detectar que el bien tenía un origen ilícito vinculado a un grupo al margen de la ley.

Sin embargo, este enfoque cambió con la expedición de la Sentencia SU-424 de 2021¹⁷. Es posible afirmar que esta sentencia marcó un *antes y un después* en los trámites relacionados con los incidentes de terceros de buena fe opositores a las medidas cautelares decretadas, ya que introdujo, por vía jurisprudencial, varias reglas de derecho que *elevaron* el estándar de acreditación de la buena fe cualificada a niveles *sumamente exigentes*. Además, se integraron diversas líneas jurisprudenciales que, hasta ese momento, había sostenido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, observemos entonces lo que dijo el alto tribunal:

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal sobre la Acreditación de la Buena Fe Exenta de Culpa por Parte de Terceros Opositores en el Marco de Justicia y Paz y los Elementos Necesarios para su Acreditación Según los Parámetros Constitucionales.

Para la Sala Plena resulta necesario identificar los parámetros utilizados en el examen de la actuación de los terceros y la prueba de la buena fe cualificada en el marco del incidente de oposición y levantamiento de las medidas cautelares, previsto en la Ley 975 de 2005. Para el efecto resulta relevante la jurisprudencia proferida por la Sala de Casación Penal

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-424 del 1 de diciembre de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

de la Corte Suprema de Justicia que se encarga de resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones emitidas por los magistrados con funciones de control de garantías de las distintas salas de Justicia y Paz. Con fundamento en la revisión de las decisiones emitidas, por lo menos, desde la vigencia de la Ley 1592 de 2012, la Sala extrae las siguientes reglas con respecto a la evaluación de la exigencia de la buena fe exenta de culpa, en el marco de incidentes de oposición a las cautelas, veamos:

(i) En primer lugar, el tercero opositor a la medida cautelar **debe demostrar el interés jurídico que le asiste y aportar los elementos de prueba que respalden tal interés**. Asimismo, tiene la carga de demostrar el supuesto de hecho exigido por la norma para la prosperidad de la oposición: la buena fe exenta de culpa.

(ii) En segundo lugar, la constatación de la buena fe exenta de culpa **se basa en el examen conjunto** de los actos y hechos asociados a la conducta del tercero **en la adquisición** del bien inmueble.

(iii) En tercer lugar, **el contexto de la adquisición del inmueble** es relevante para determinar si existían hechos que **le indicaran** al tercero que **debía adelantar acciones adicionales** a las que normalmente se harían en la compraventa de un inmueble para actuar prudente y diligentemente en la constatación de que no estaba adquiriendo un derecho aparente o de quien no era el verdadero propietario. Estos hechos pueden ser, a modo de ejemplo, la noticia previa a la negociación inmobiliaria de que los bienes en realidad pertenecían a alguien distinto del propietario inscrito¹⁸, que la zona donde se ubica el predio estaba dominada por un grupo armado antes o al momento de la negociación¹⁹, la poca claridad en las condiciones del negocio²⁰ o las dudas acerca de la

18 La Corte Constitucional se apoya en lo resuelto en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 28 de agosto de 2013. Rad. 41.719 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

19 En este punto, la Corte Constitucional toma postura por la línea pacífica que ha sostenido la corte, así pues: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP1610-2014 del 2 de abril de 2014. Rad. 43326 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández), AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46376 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP8086-2016 del 23 de noviembre de 2016. Rad. 46835 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), AP6261-2017 del 20 de septiembre de 2017. Rad. 50235 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P. Patricia Salazar Cuellar), AP2838-2019 del 17 de julio de 2019. Rad. 55636 (M.P. Eugenio Fernández Carlier), AP4463-2019 del 9 de octubre de 2019. Rad. 50712 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), AP4988-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 55171 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP5203-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 55584 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), AP5307-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 51893 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), y AP190-2021 del 27 de enero de 2021. Rad. 58267 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

20 Cfr. con Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46376 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP2798-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 52730 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P. Patricia Salazar Cuellar), AP4993-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 56075

- 58 La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz
BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS

capacidad económica del vendedor para la adquisición del inmueble ofrecido en venta²¹.

(iv) En cuarto lugar, las condiciones del tercero al momento de la negociación son relevantes para determinar si tenía la posibilidad de conocer sobre la titularidad aparente del inmueble que adquiere o de algún hecho indicativo de que debía realizar verificaciones adicionales al respecto. En particular, puede verificarse si el tercero habitaba en la zona para el momento en que la presencia de un actor armado hubiera afectado la negociación del predio²², si la información sobre los vínculos de determinada persona con un grupo armado al margen de la ley era pública antes o al momento de la negociación²³ y si, en razón de su actividad profesional y comercial, había tenido o podía tener conocimiento de irregularidades relacionadas con el predio²⁴.

(v) En quinto lugar, los actos que el común de la población realiza para la adquisición de un inmueble son aptos para acreditar la buena fe simple, mas no para demostrar la buena fe cualificada. En particular, conformarse con la consulta del certificado de tradición y libertad de un bien inmueble es insuficiente para probar la prudencia y diligencia propias de la buena fe exenta de culpa²⁵. La celebración de un

(M.P. Eugenio Fernández Carlier), y AP994-2020 del 13 de mayo de 2020. Rad. 56128 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

21 Véase Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2838-2019 del 17 de julio de 2019. Rad. 55636 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

22 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1610-2014 del 2 de abril de 2014. Rad. 43326 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

23 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP3992-2015 del 15 de julio de 2015. Rad. 45318 (M.P. Patricia Salazar Cuellar), AP1086-2017 del 22 de febrero de 2017. Rad. 49544 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP1512-2017 del 8 de marzo de 2017. Rad. 49753 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández), AP4506-2019 del 16 de octubre de 2019. Rad. 55127 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP4988-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 55171 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP1914-2020 del 19 de agosto de 2020. Rad. 57166 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), y AP190-2021 del 27 de enero de 2021. Rad. 58267 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

24 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP5307-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. . 51893 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

25 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46376 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP8086-2016 del 23 de noviembre de 2016. Rad. 46835 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), AP1086-2017 del 22 de febrero de 2017. Rad. 49544 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), AP6261-2017 del 20 de septiembre de 2017. Rad. 50235 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P. Patricia Salazar Cuellar), AP3536-2019 del 14 de agosto de 2019. Rad. 55446 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), AP4506-2019 del 16 de octubre de 2019. Rad. 55127 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP4988-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 55171 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP5203-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 55584 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), AP1914-2020 del 19 de agosto de 2020. Rad. 57166 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), y AP190-

*contrato de corretaje inmobiliario **no suple las obligaciones** derivadas de la buena fe exenta de culpa y no releva a quien adquiere el bien de asumir esa carga²⁶.*

*(vi) En sexto lugar, **el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece la ley para el perfeccionamiento de los actos y/o contratos por medio de los cuales el tercero adquiere el derecho de dominio** sobre un bien son aptos para acreditar la buena fe simple, **pero insuficientes por sí solos** para acreditar todos los elementos de la buena fe exenta de culpa²⁷.*

*(vii) En séptimo lugar, **entre las actuaciones adicionales dirigidas a mostrar un actuar precavido y diligente se encuentran las gestiones necesarias para conocer quiénes eran los propietarios anteriores y la situación material del bien**²⁸. Asimismo, **averiguaciones acerca del vínculo material (no solo jurídico) de la parte vendedora con el bien**, tales como indagar si conoce la ubicación exacta del inmueble o si los vecinos identifican a esa persona como la dueña.*

*Por último, **debe verificarse si al tercero le son atribuibles conductas** que, lejos de indicar su buena fe exenta de culpa, pueden catalogarse ajenas a esta en la adquisición del predio. Es el caso en el que la permanencia en el bien fue respaldada a través de medios violentos o con la aquiescencia de un actor armado irregular²⁹ o se realizan maniobras en el contrato de compraventa para evadir impuestos³⁰.*

2021 del 27 de enero de 2021. Rad. 58267 (M.P. Eugenio Fernández Carlier). En este aspecto, la corte se detiene para enfatizar lo siguiente: "En particular, este parámetro se sustenta en la regla de la experiencia de que rara vez los bienes que pertenecen a integrantes de grupos armados al margen de la ley aparecen a nombre de estos en los correspondientes folios de matrícula inmobiliaria. Luego, esta verificación del certificado de tradición y libertad no es un medio apto para diligentemente establecer que no se está adquiriendo un derecho aparente o inexistente".

26 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP4993-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 56075 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

27 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 28 de agosto de 2013. Rad. 41.719 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

28 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P. Patricia Salazar Cuellar), AP5415-2018 del 11 de diciembre de 2018. Rad. 50176 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero), AP4506-2019 del 16 de octubre de 2019. Rad. 55127 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero), AP4993-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 56075 (M.P. Eugenio Fernández Carlier), y AP5307-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 51893 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

29 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Autos AP1751-2016 del 30 de marzo de 2016. Rad. 44175 (M.P. Eyder Patiño Cabrera), AP6261-2017 del 20 de septiembre de 2017. Rad. 50235 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero), y AP3618-2019 del 27 de agosto de 2019. Rad. 51802 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).

30 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP994-2020 del 13 de mayo de 2020. Rad. 56128 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

Las reglas de derecho establecidas por la Sentencia SU-424 de 2021³¹ pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- 1) Es necesario *demostrar* el interés jurídico en la interposición del incidente, realizando un examen conjunto de los actos desplegados para acreditar la buena fe cualificada.
- 2) Esto incluye ***el contexto de la adquisición del inmueble***, así como una *indagación adicional* en caso de que surjan hechos indicativos de posibles irregularidades sobre la naturaleza jurídica real del bien.
- 3) También se debe *evaluar* la capacidad del tercero para conocer la situación real del bien, teniendo en cuenta el grado de escolaridad o profesionalismo del adquirente.
- 4) Se debe *descartar* de plano la pretensión de acreditar la buena fe cualificada únicamente a través de la revisión del certificado de libertad y tradición (aunque considero que esta revisión es necesaria, debe entenderse como un requisito indispensable, pero no suficiente, para acreditar el grado de diligencia en la actuación del adquirente).
- 5) De manera similar, será un *requisito necesario, pero no suficiente*, acreditar el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos por la ley para el perfeccionamiento de los actos o contratos.
- 6) Se considerará *una actuación indicativa* de buena fe cualificada la investigación histórica sobre los propietarios anteriores y la situación material del bien. La "*situación material del bien*" debe entenderse, a manera de ejemplo, como la acreditación del conocimiento de la ubicación exacta del inmueble.
- 7) Asimismo, si los vecinos *identifican* a la persona que está vendiendo el bien como la *legítima dueña*, esto servirá para desacreditar situaciones de testaferrato o lavado de activos.
- 8) Finalmente, se *deberá* tener en cuenta si al tercero se le pueden imputar conductas ilícitas en el desarrollo del iter contractual. Como ejemplo, si para la adquisición del bien se emplearon mecanismos para evadir impuestos.

Hasta el momento, se ha logrado definir el alcance conceptual de la buena fe cualificada, entendida como aquella situación en la que el sujeto adquirente incurre en un error de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo habría cometido, debido a que se trata de un derecho o situación aparentes, donde muy a pesar de la diligencia desplegada para verificar la situación real del bien adquirido, ni

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-424 del 1 de diciembre de 2021. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

el adquirente ni ninguna otra persona en su misma posición habría podido evitar el error en el que se encontraba. Este error, siendo invencible, hace imposible descubrir la falsedad o inexistencia de dicho derecho o situación, tal como lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Además, se han identificado los presupuestos que gobiernan la buena fe exenta de culpa. Por un lado, se reconoce que esta se compone de un elemento subjetivo, relacionado con la *creencia* del adquirente de estar obrando conforme al ordenamiento jurídico, es decir, con la *convicción* de ser un ciudadano fiel al derecho. Por otro lado, se destaca el elemento objetivo de la buena fe cualificada, que implica la acreditación de actos y comportamientos que demuestren que el adquirente actuó con un grado de diligencia y prudencia superior al ordinario. Este elemento objetivo es el foco de atención principal cuando se trata de acreditar la buena fe exenta de culpa. Desde el análisis de los actos externos desplegados y debidamente acreditados, es posible inferir el elemento subjetivo de la buena fe cualificada. Esto guarda una alta similitud con lo que la doctrina penal, dentro de la teoría jurídica del delito, denomina *dolus ex re*³², es decir, la prueba del dolo como elemento psicológico del sujeto, a partir de los actos objetivos o externos realizados en el momento de la acción.

Finalmente, habiendo abordado y expuesto la situación actual de la buena fe cualificada, a la luz de lo que hasta el momento puede considerarse la sentencia más relevante en el régimen de extinción de dominio especial consagrado en la Ley 975 de 2005, es momento de dar paso al análisis del trámite del incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exentos de culpa, conforme lo establece el artículo 17C de la Ley 975 de 2005.

3. El debido proceso constitucional y el incidente de oposición de terceros según el artículo 17C

La buena fe cualificada no fue el único instituto analizado a la luz de la sentencia SU-424 de 2021. En efecto, el incidente de oposición de terceros también fue objeto de estudio, con el objetivo de examinar su relación con el debido proceso constitucional.

32 Sobre el *dolus ex re* puede consultarse: Ramón Ragués i Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999), p. 280. El autor cita a su vez un artículo de Von Weber en alemán titulado "*Ueber die verschiedenen Arten des Dolus*", que en español se traduciría como "*Sobre las diferentes clases de dolo*": "Según Von Weber, el *dolus ex re* resuelve aquellos casos en los que, 'sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, **se puede conocer con seguridad [su dolo] a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta**'. Sin embargo, este mismo autor entiende que el *dolus ex re* 'no tiene, como su propio concepto indica, un carácter interno propio, **sino sólo un significado** con relación a la práctica de la prueba'" (negrillas y cursiva fuera del original).

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el debido proceso tiene una incidencia directa en el desarrollo del incidente de oposición de terceros, siendo esta incidencia transversal y presente en cada etapa del proceso, y respetando el principio de antecedente-consecuente en cada fase procesal.

En este sentido, el debido proceso constitucional se encuentra plenamente integrado en el incidente de oposición de terceros de buena fe de la siguiente manera: A partir de la mencionada sentencia, se pueden identificar ciertos estándares mínimos que deben regir el incidente de oposición en el marco del debido proceso constitucional. Estos estándares son los siguientes: el derecho de defensa, el derecho de contradicción, el derecho de confrontación y el debido proceso probatorio, en palabras de la corte constitucional³³:

En el escenario del incidente de oposición y levantamiento de medidas cautelares en Justicia y Paz, la protección de esas garantías procesales de los terceros se materializa específicamente en la valoración probatoria que adelantan los magistrados con la competencia para resolver sobre la buena fe exenta de culpa. **Esa valoración probatoria en el examen de esta buena fe cualificada debe respetar los siguientes parámetros**, de tal modo que se verifique que los derechos al debido proceso, la defensa y contradicción son una realidad.

(i) Primero, los jueces **tienen la obligación** de escuchar y considerar los argumentos de quienes promueven el incidente de oposición y levantamiento de las medidas cautelares. (derecho de confrontación).

(ii) Segundo, **se deben practicar todas las pruebas que soliciten oportunamente los intervenientes en el trámite y que sean conducentes** para determinar si los opositores son terceros de buena fe exenta de culpa en la adquisición del derecho de dominio (debido proceso probatorio).

(iii) Tercero, con observancia de la regulación legal y el carácter sumario del trámite, **debe garantizarse la oportunidad para que todos los intervenientes en el trámite incidental controviertan las pruebas**. Esto se materializa con la oportunidad y el lapso que prevé la ley para dar traslado el correspondiente. (derecho de contradicción).

(iv) Cuarto, **los análisis de contexto son admisibles**, más aún en procesos de justicia transicional como el previsto en la Ley 975 de 2005. No obstante, el contexto de una región determinada como elemento indicativo de un deber de diligencia más exigente al ordinario para acreditar la buena fe exenta de culpa debe ceñirse a los alcances probatorios del contexto. Particularmente, **el contexto no es en sí mismo un medio de acreditación, es un referente relevante en el que se evalúan las pruebas**. De manera que la demostración de las circunstancias concretas debe nutrirse de las fuentes

que a la postre demuestran los elementos relevantes para el proceso, esto es, de las pruebas legal y válidamente aportadas como, por ejemplo, estudios de técnicos y peritos, declaraciones, etc. (debido proceso probatorio).

(v) Quinto, los indicios que sustenten la conclusión de que el tercero podía conocer que el derecho era aparente o de que hubo intención de ocultar el negocio deben cumplir lo previsto en el Código General del Proceso sobre estos medios de prueba. Así, en particular, para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso y el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. Por lo tanto, **no son suficientes apreciaciones generales**, sino que debe establecer las condiciones que deben tener los indicios que sustenten que el tercero podía conocer que el derecho era aparente o de que hubo intención de ocultar el negocio (debido proceso probatorio).

Resulta igualmente relevante considerar la manera en que la Corte Suprema de Justicia ha caracterizado el incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa. En efecto, la **Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia** en el auto AP259-2021³⁴, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las características que definen el incidente de oposición de terceros. En este pronunciamiento, el alto tribunal señaló que el incidente de oposición está marcado por las siguientes particularidades:

El incidente de oposición de terceros a la medida cautelar, en el marco específico de la Ley de Justicia y Paz, está llamado a ser un trámite: i) Expedito; ii) Ajeno tanto a las discusiones sobre el compromiso penal de los postulados y del incidentante, como a las reglas probatorias propias del proceso penal; iii) Rodeado de garantías que aseguran que el derecho de contradicción permanezca incólume; iv) Sumario; v) Célebre; vi) Con un procedimiento sencillo y propio (Negrillas y cursiva fuera del original).

4.1 Sobre los objetivos que se persiguen en el incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa

Para la Corte Suprema de Justicia, en el Auto AP259-2021³⁵, el *principal* objetivo del incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa es *acreditar* la existencia de un derecho consolidado sobre los bienes en cuestión.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP259-2021 del 3 de febrero de 2021. Rad. 56.396 (M.P Eugenio Fernández Carlier).

³⁵ Ibidem.

En otras palabras, se busca *demostrar* que el adquirente actuó de buena fe al momento de adquirir el derecho. No obstante, esto conlleva una consecuencia adicional: el alto tribunal ha establecido que el incidentante opositor *no puede cuestionar* las cargas argumentativas presentadas por el fiscal ante el magistrado de garantías para la imposición de la medida cautelar, medida que se pretende levantar a través del incidente.

Para comprender adecuadamente el criterio de la Corte, es necesario, en primer lugar, recordar lo dispuesto en el artículo 17B de la Ley 975 de 2005:

*Cuando de los elementos materiales probatorios recaudados o de la información legalmente obtenida por la Fiscalía **sea posible inferir** la titularidad real o aparente del postulado o del grupo armado organizado al margen de la ley, ... **el fiscal delegado solicitará** al magistrado con funciones de control de garantías la programación de una audiencia preliminar para la solicitud y decisión de medidas cautelares,... **Si el magistrado con función de control de garantías acepta la solicitud**, las medidas cautelares serán adoptadas de manera inmediata (Negrilla y cursiva fuera del original).*

Ahora bien, retomando el planteamiento inicial de este acápite, para la Corte: “*lo que se excluye es la posibilidad de criticar subjetivamente las pruebas que justificaron la afectación de los bienes*³⁶.” Esto implica que el alcance del incidente de oposición presenta una limitación injustificada al derecho de contradicción, limitación que, curiosamente, se encuentra en la misma providencia que resalta una de sus características fundamentales: la facultad de preservar incólume el derecho de contradicción como manifestación del debido proceso constitucional

En este contexto, se evidencia la contradicción de dicho pronunciamiento al establecer la prohibición de ejercer el derecho de contradicción sobre el juicio inferencial utilizado para solicitar las medidas cautelares.

Es relevante señalar que, en cierto modo, el trámite del incidente sigue un modelo cercano al sistema procesal adversarial. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17B de la Ley 975 de 2005, respecto a la imposición de medidas cautelares sobre los bienes cuyo dominio se considere procedente extinguir, es importante destacar, en primer lugar, que el fiscal depende de la decisión del magistrado de garantías.

Esto implica que el legislador fue consciente de encomendar las decisiones que afectan derechos fundamentales exclusivamente al ámbito judicial, lo que permite postular la existencia tácita de un modelo adversarial dentro del incidente de oposición. El reconocimiento del principio de reserva judicial facilita una interpretación más

36 Ibidem.

coherente de los preceptos establecidos en los artículos 17A y 17B. En efecto, es el magistrado de garantías quien, tras valorar las cargas argumentativas presentadas por la Fiscalía, determina si se cumplen las reglas de imputación previamente enunciadas

Así, la imposición de medidas cautelares no depende exclusivamente de la Fiscalía ni de un mismo órgano encargado tanto de la investigación como de la afectación de derechos fundamentales, sino que esta última labor está encomendada a un órgano jurisdiccional independiente. Por lo tanto, si este planteamiento deductivo es razonable, y considerando la identificación tácita de ciertos aspectos que caracterizan el modelo instaurado en el incidente del artículo 17C, también debería ser razonable aceptar que las garantías mínimas de un proceso de corte adversarial se apliquen al incidente de oposición de terceros.

Es en este ámbito donde debe garantizarse de manera íntegra el derecho de contradicción, permitiendo al incidentante rebatir los argumentos expuestos por la contraparte, en un escenario que se acerque lo más posible a lo que, en derecho procesal penal, se conoce como igualdad de armas.

Aunque se reconoce que la naturaleza y los fines del incidente de oposición son completamente independientes de los fines y garantías del derecho penal, lo anterior no significa que lo sean también de la Constitución. Por ello, no parece razonable limitar el ámbito del derecho de contradicción a una visión exclusivamente positiva, en la que el incidentante se vea restringido a sustentar únicamente la buena fe cualificada.

Es necesario permitir al incidentante ejercer, además, el derecho de contradicción desde una vertiente negativa, lo que le facultaría para cuestionar y censurar lo expuesto por el fiscal, garantizando así la naturaleza compleja y el carácter compartimentalizado (visión positiva y negativa) del derecho constitucional a la contradicción. Es fundamental resaltar que el origen del incidente está necesariamente vinculado a los argumentos presentados por la Fiscalía.

Limitar el derecho de contradicción del incidentante a demostrar exclusivamente lo relacionado con su actuación para acreditar la buena fe exenta de culpa, sin permitir siquiera mencionar lo dicho inicialmente por la Fiscalía, parece entrar en conflicto con la interpretación de la Corte Constitucional sobre la irradiación del debido proceso constitucional en el incidente de terceros, conforme al artículo 17C.

Lo anterior no parece que vaya a cambiar en un futuro cercano, y es que en CSJ AP, 10 de mayo de 2023, 1545-2023, Rad. 62484³⁷, reiterando lo expresado en CSJ AP, 14 de noviembre de 2012, Rad. 40063, la Corte Suprema, sostuvo que *el objeto del trámite incidental* que pueden promover los terceros busca:

37 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1545-2023 del 10 de mayo de 2023. Rad. 62484 (M.P Gerson Chaverra Castro).

- 66 La buena fe exenta de culpa y el incidente de oposición de terceros a la medida cautelar en la Ley de Justicia y Paz
BUELVAS MENDOZA, NICOLÁS

(...) **Demostrar** que en relación con el bien ofrecido por el postulado y respecto del cual se ha decretado una medida cautelar, ese tercero tiene un mejor derecho que no puede verse afectado. Dado que las medidas cautelares tienden a afectar el derecho de dominio o la disponibilidad sobre el mismo o bien el derecho de posesión y sus derivados, **el incidente tendrá por objeto establecer en cabeza del tercero un mejor derecho de propiedad o de posesión que debe ser respetado**. Así, en el caso de la propiedad, el incidente **apuntará** a demostrar que el derecho radica en ese tercero, ya porque así aparece consignado en el registro inmobiliario, o bien por cuanto aunque el bien aparezca en cabeza del postulado es en realidad de propiedad del tercero, como cuando media una simulación, o como cuando a pesar de no estar inscrito el acto que materializa la propiedad, existen escrituras u otros documentos que indican que el postulado cedió la propiedad. **Se buscará entonces el levantamiento de la medida de embargo o de limitación o suspensión del poder dispositivo sobre el bien.**

4.2 Aspectos probatorios del incidente de oposición de terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa

Pasando ahora a los aspectos probatorios del incidente, es importante destacar que en el proceso probatorio propio del incidente de oposición no existen ritualidades estrictas. La discusión central no se refiere a lo investigado o aportado por el órgano de persecución penal, sino a la *demostración efectiva* de un actuar que se ajuste al concepto de buena fe exenta de culpa, de conformidad con la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema de Justicia³⁸.

Para demostrar probatoriamente lo anterior, es necesario tener en cuenta las distintas etapas del incidente. En primer lugar, después de presentar el incidente de oposición por escrito, se agendará la denominada *audiencia inicial*. En esta audiencia estarán presentes el respectivo magistrado de control de garantías, el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el representante de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – Fondo para la Reparación de las Víctimas.

38 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP259-2021 del 3 de febrero de 2021. Rad. 56.396 (M.P Eugenio Fernández Carlier). En similar sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46.376 (M.P Luis Antonio Hernández Barbosa):“*Acorde con dicho precepto (artículo 17C de la Ley 975 de 2005), quien ostente derechos sobre bienes cautelados con fines de extinción de dominio dentro del trámite de Justicia y Paz, puede instaurar incidente de oposición a efectos de demostrar que: i) Es tercero de buena fe exenta de culpa, ii) Su derecho debe prevalecer y, iii) Deben levantarse las cautelas*” (negrillas y cursiva fuera del original).

Tras sustentar el *interés jurídico* que justifica la interposición del recurso, el incidentante realizará una formulación breve, clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la afirmación de haber obrado con un grado de buena fe suficiente para ser considerado exento de culpa.

Es fundamental ser lo más específico posible en lo que respecta al desarrollo del iter contractual, ya que esto es esencial para acreditar el elemento objetivo de la buena fe calificada.

Luego de presentar el relato de los hechos jurídicamente relevantes, en circunstancias de tiempo, modo y lugar, y aclarar aspectos adicionales como quién, cómo, dónde, cuándo y por qué, se pasará a la etapa de *solicitudes probatorias*. En esta fase, el incidentante deberá sustentar ante el magistrado de control de garantías las pruebas que pretende hacer valer en el incidente, teniendo en cuenta el carácter sumario y expedito del mismo, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁹.

Siguiendo la línea pacífica establecida por el alto tribunal, parece que las reglas del derecho probatorio que deben aplicarse en el trámite incidental son las contempladas en el Código General del Proceso⁴⁰. Por ello, cobra pleno sentido que el incidentante

39 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP259-2021 del 3 de febrero de 2021. Rad. 56.396 (M.P Eugenio Fernández Carlier).

40 Es necesario destacar que la remisión a otros estatutos procesales, con el fin de integrar normativamente el procedimiento probatorio propio del incidente de oposición de terceros en Justicia y Paz con la Ley 906 de 2004, **está proscrita**. Esto, conforme a lo señalado en el Auto AP259-2021 y respaldado por lo establecido por: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P Patricia Salazar Cuellar),, en el que se afirmó lo siguiente:

“El procedimiento del trámite incidental de oposición a las medidas cautelares, fue diseñado por el legislador como un medio expedito, desprovisto de formalidades adicionales a las ya señaladas, todas tendientes a garantizar que los intervenientes conozcan las pruebas que servirán de soporte a la decisión del magistrado con la que se pone fin a dicho trámite. Incluyendo, por supuesto a las víctimas, como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia C-694 de noviembre de 2015. En modo alguno las citadas normas dan margen para que se interprete que el legislador pretendió aplicar las reglas de práctica probatoria previstas para los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, a este trámite especial de justicia transicional, menos, al incidente de oposición a medidas cautelares, en el que no se discute la responsabilidad penal de nadie, sino las acciones u omisiones de quienes han ostentado la propiedad real o aparente de un bien inmueble, desde el actuar de buena fe exenta de culpa. (...) con el establecimiento de procedimientos especiales para que en el proceso de Justicia y Paz se adelanten los trámites necesarios para cautelar los bienes ofrecidos por los postulados, con fines de extinción de dominio, así como para oponerse a dichas medidas, no era necesario que el magistrado se remitiera a otras leyes, por cuanto el principio de complementariedad opera para llenar los vacíos de las normas, que para el caso son la Ley 975 de 2005, Ley 1592 de 2012 y el Decreto Reglamentario 3011 de 2013 subrogado por el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.

argumente eficazmente los aspectos relativos a la conductencia, pertinencia y utilidad de las pruebas que se pretende que sean practicadas en una audiencia posterior. Cabe recordar que está vedado cuestionar o censurar los argumentos empleados para la solicitud y decreto de la medida cautelar inicial. Por lo tanto, toda solicitud probatoria debe centrarse en acreditar los presupuestos necesarios para demostrar la buena fe exenta de culpa.

Después de la práctica probatoria correspondiente, se llevará a cabo la audiencia de alegatos finales o de conclusión. Una vez realizada dicha audiencia, el expediente será remitido al despacho del magistrado de control de garantías, quien tomará su decisión.

Esta puede consistir en aceptar los planteamientos del incidentante y levantar las medidas cautelares impuestas sobre el bien, o, por el contrario, rechazar los argumentos presentados, lo que implicaría mantener las medidas cautelares en firme.

Finalmente, es importante destacar que, en virtud del derecho constitucional a la doble instancia, el tercero incidentante tiene la facultad de interponer un recurso de apelación si no logra que se levanten las medidas cautelares. En este caso, la revisión de los argumentos expuestos se llevará a cabo por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia.

4. Conclusiones y recomendaciones

El régimen especial de extinción de dominio introducido por la Ley 1592 de 2012 en la Ley de Justicia y Paz incluyó dentro de sus reformas la incorporación de la "buena fe exenta de culpa", así como su acreditación a través de un incidente en el que pueden intervenir terceros que, al considerar que ostentan un mejor derecho sobre los bienes objeto de cautela para efectos de extinción de dominio, logren acreditar que en el proceso de adquisición actuaron de buena fe exenta de culpa.

El desarrollo constitucional de este concepto exige que su acreditación se base en la demostración de dos elementos fundamentales: el objetivo y el subjetivo. Según lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2021⁴¹, la acreditación debe centrarse en los actos externos que permitan inferir que se desplegó un grado de diligencia y prudencia superior al ordinario, y que, a pesar de ello, no fue posible constatar la situación real del bien adquirido, incluso después de una labor investigativa extraordinaria sobre el bien y su titular.

Para demostrar la buena fe exenta de culpa, se deben seguir los pasos establecidos en el artículo 17C de la Ley 975 de 2005, así como el procedimiento contemplado en

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-424 del 1 de diciembre de 2021. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

el Código General del Proceso para el trámite de incidentes. Es crucial tener en cuenta que el debido proceso constitucional juega un papel transversal *en cada etapa* del incidente de oposición.

A pesar de las contradicciones internas que pueden surgir en el ejercicio de ciertos derechos de índole iusfundamental (como la limitación al derecho de contradicción), sería altamente recomendable para todos los sujetos procesales abrir el régimen procesal del incidente no solo a las garantías contempladas en la Constitución, sino también considerar el rol que la convencionalidad puede desempeñar en este ámbito.

En efecto, según lo dispuesto en la sentencia C-146 de 2021⁴², es un deber de todo funcionario estatal realizar un control difuso de convencionalidad frente a las decisiones que se deben tomar en virtud de su cargo o función. Esto cobra mayor relevancia si se armoniza con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, que permite aplicar las garantías del sistema interamericano de derechos humanos, especialmente a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia de la Corte IDH.

La protección de las garantías judiciales mínimas, consagradas en el artículo 8.2 de la Convención⁴³, tiene un papel crucial. En virtud del artículo 2 de la CADH, interpretado sistemáticamente con lo resuelto en el caso Baena Ricardo vs. Panamá⁴⁴, estas garantías son de aplicación obligatoria en toda actuación estatal, ya sea administrativa o judicial.

Por lo tanto, garantizar los derechos contemplados en el artículo 8 de la Convención es una exigencia convencional que, al ser implementada, brindará un mayor grado de garantías a todos los sujetos procesales dentro del trámite del incidente. Además, armonizará los escenarios procesales con el concepto de convencionalidad y con el estándar mínimo de protección interpretado a nivel internacional.

Finalmente, es necesario destacar que, en la actualidad, el destino del incidentante dependerá en gran medida de su capacidad para acreditar las reglas de derecho para la buena fe cualificada, desarrolladas en la sentencia SU-424 de 2021, así como en la jurisprudencia que paulatinamente ha construido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

42 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-146 del 20 de mayo de 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

43 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, tratados y acuerdos de la Organización de los Estados Americanos n.º B-32,
https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 2 de febrero 2001: Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/SerieC_72_esp.pdf.

Referencias bibliográficas

- Corte Constitucional. Sentencia C-1007 del 18 de noviembre de 2002. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-740 del 30 de agosto de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional de Colombia de Colombia. Sentencia SU-424 del 1 de diciembre de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1610-2014 del 2 de abril de 2014. Rad. 43326 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1751-2016 del 30 de marzo de 2016. Rad. 44175 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP190-2021 del 27 de enero de 2021. Rad. 58267 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1914-2020 del 19 de agosto de 2020. Rad. 57166 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP2798-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 52730 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP2813-2018 del 4 de julio de 2018. Rad. 51681 (M.P. Patricia Salazar Cuellar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP2838-2019 del 17 de julio de 2019. Rad. 55636 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46376 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP3536-2019 del 14 de agosto de 2019. Rad. 55446 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP4463-2019 del 9 de octubre de 2019. Rad. 50712 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP4506-2019 del 16 de octubre de 2019. Rad. 55127 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP4988-2019 del 20 de noviembre de 2019. Rad. 55171 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP5203-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 55584 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP5307-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 51893 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP6261-2017 del 20 de septiembre de 2017. Rad. 50235 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP8086-2016 del 23 de noviembre de 2016. Rad. 46835 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP994-2020 del 13 de mayo de 2020. Rad. 56128 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP259-2021 del 3 de febrero de 2021. Rad. 56.396 (M.P Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP3040-2016 del 18 de mayo de 2016. Rad. 46.376 (M.P Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 28 de agosto de 2013. Rad. 41.719 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. 25 de julio de 2005. DO N° 45.980.
- Puente Rodríguez, Leopoldo. *El error de prohibición en el Derecho Penal Económico*. 1.^a ed. España: Atelier Libros, 2024.
- Ragüés I Valles, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*. 6.^a ed. Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2024.



YEPES ORTEGA, SANTIAGO; GÜETTE HERNÁNDEZ, DAVID MODESTO, "Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías

*Formal imputation hearing: A prosecutorial act regulated
and subject to judicial oversight by the guarantee judge*

SANTIAGO YEPES ORTEGA*
DAVID MODESTO GÜETTE HERNÁNDEZ**

Fecha de recibo: 31/05/2025. Fecha de aceptación: 21/07/2025.

DOI: 10.17230/nfp21.105.3

* Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Especialista y maestrando en Derecho Penal y Criminología de la misma universidad. Abogado litigante. Investigador en proyectos jurídicos y socio-jurídicos. Miembro del Consejo Editorial del boletín académico *Diálogos Punitivos*.
Correo: Santiago-yepeso@unilibre.edu.co.

** Abogado egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros Egresado de la Universidad del Norte; Magister en Argumentación Jurídica egresado de la Universidad de Alicante; Magister en Derecho y Doctor en Derecho egresado de la Universidad del Norte de Barranquilla (Colombia), graduado con tesis suma cum laude.
Correo: davidm.guetteh@unilibre.edu.co.

Resumen

Este artículo analiza la formulación de imputación en el proceso penal colombiano como un acto de parte, pero sujeto a estrictos controles judiciales. A través de una revisión doctrinal, jurisprudencial y comparada, se sostiene que, aunque atribuida a la Fiscalía, la imputación no puede ser un acto arbitrario, oscuro o impreciso. Su carácter comunicativo, su impacto en derechos fundamentales y su función estructural en el proceso penal exigen controles materiales y formales por parte del juez de control de garantías. El texto muestra la evolución jurisprudencial que ha transitado desde una postura de intangibilidad hasta una doctrina garantista que permite incluso la nulidad del acto. A partir de referencias teóricas, se argumenta que una imputación no comprensible vulnera el debido proceso. Finalmente, se propone una ruta metodológica para que la defensa impugne actos defectuosos, reafirmando que el control judicial fortalece —y no debilita— el modelo acusatorio.

Palabras clave

Juez de garantías, acto de parte, comunicación procesal, hechos jurídicamente relevantes, debido proceso, garantismo.

Abstract

This article examines the formulation of charges (“indictment” in U.S. criminal procedure) in Colombian criminal procedure as a prosecutorial act that, despite being classified as a party-led action, is subject to judicial supervision. Through doctrinal, jurisprudential, and comparative analysis, the paper argues that the formulation of charges must meet formal and substantive standards to ensure it is clear, precise, and non-arbitrary. Its communicative nature, impact on fundamental rights, and foundational role in the criminal process demand that it be reviewed by the judge of preliminary control. The article traces the evolution of Colombian jurisprudence from rigid deference to prosecutorial discretion to a more rights-oriented approach that even allows for the annulment of defective charges. Grounded in legal theory, the article argues that an incomprehensible charge undermines due process. A methodological proposal is offered for defense attorneys to challenge deficient acts, reaffirming that judicial control strengthens—rather than undermines—the accusatory model.

Keywords

Preliminary hearing judge, prosecutorial discretion, procedural communication, legally relevant facts, due process, legal safeguards..

Sumario

1. Introducción, 2. ¿Qué es la formulación de imputación?, 3. Finalidad de los actos de comunicación en el proceso judicial, 4. Controles a la audiencia de formulación de imputación desde la jurisprudencia: del ocaso al amanecer, 5. Mirada desde el derecho comparado, 6. Reflexión del autor, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. Introducción

La formulación de imputación representa uno de los momentos más trascendentales dentro del proceso penal colombiano. A partir de ella, el ciudadano adquiere formalmente la condición de imputado y se activa, con ello, toda la maquinaria del sistema de justicia penal, con profundas consecuencias en sus derechos y garantías. Tradicionalmente concebida como un acto de parte, atribuido exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, esta actuación ha sido objeto de múltiples debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a su verdadera naturaleza, sus efectos y los controles que deben ejercerse sobre su validez y legalidad.

Este artículo parte de una tesis central: *aunque la imputación sea conocida como un acto de parte dentro de un sistema adversarial, no puede entenderse como tal, debido a que es un acto procesal, sujeto al control de garantías*. Su naturaleza comunicacional, no lo convierte en un acto de mera comunicación, más allá de su función estructural dentro del proceso penal y su impacto sobre los derechos fundamentales exigen que esté sometida a controles formales y materiales por parte del juez de control de garantías. De lo contrario, la imputación podría convertirse en una herramienta de persecución penal sin filtros, vulnerando el principio de legalidad y debilitando el debido proceso.

En este sentido, a partir de la investigación realizada, este escrito pretende definir con detalle qué es la formulación de imputación y cuál fue la intención del legislador al incorporar esta figura al proceso penal. De igual forma, se presentan unas consideraciones relacionadas con la teoría de la comunicación jurídica aplicadas al proceso penal, dentro de la cual el punto de partida —objeto de estudio— es el acto comunicacional de imputación que adelanta la fiscalía ante un juez de control de garantías y cuyo receptor es el procesado.

Asimismo, se analiza cómo la jurisprudencia nacional ha transitado desde una postura rígida e invariable sobre la imputación como acto exclusivo —sin controles judiciales— del fiscal, hasta una doctrina más garantista que admite controles formales y materiales. Para ello, se examinarán las distintas posturas que han

tenido lugar, tanto en la Corte Suprema de Justicia como en la Corte Constitucional, identificando sus hitos más importantes.

Posteriormente, se realizará un estudio a partir de modelos de derecho comparado, en particular con el sistema estadounidense y el puertorriqueño, para ilustrar cómo otros sistemas adversariales han resuelto esta tensión entre el poder acusatorio y el control judicial. El énfasis con estos sistemas es con ocasión a las similitudes que guardan con el proceso colombiano.

En consecuencia, presentaremos una sección que recoge una reflexión sobre los riesgos que implica una formulación de imputación deficiente, para así plantear una ruta técnica, procesalmente viable, para ejercer los controles correspondientes. Por último, se presentan unas conclusiones con una serie de consideraciones de derecho sustantivo, adjetivo y constitucional orientadas a fortalecer el rol del juez de control de garantías como garante efectivo de los derechos fundamentales en las fases iniciales del proceso penal.

Todo lo anterior, con la finalidad de ofrecer una mirada crítica, estructurada y propositiva sobre una de las figuras más sensibles del sistema penal contemporáneo: la formulación de imputación. Este es un acto que, lejos de ser una mera formalidad procesal, representa en muchos casos el primer contacto real —excluyendo los eventos de captura— entre el ciudadano y el poder punitivo del Estado. Esto, sin desconocer —por supuesto— la activación del ejercicio de defensa que tiene lugar en la fase de indagación, en el instante en que una persona tiene conocimiento que una investigación penal cursa en su contra, con todas las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para ello¹.

2. Naturaleza jurídica de la formulación de imputación

La formulación de imputación es definida en el artículo 286 de la Ley 906 de 2004 como un acto jurídico complejo, a través del cual se vincula formalmente a una persona al proceso penal. Con todo ha sido entendida al interior del proceso como un acto de parte —de la fiscalía—, ello en razón a que conforme al artículo 287 del Código de Procedimiento Penal colombiano, es en la audiencia de formulación de imputación donde el fiscal comunica, ante el juez de control de garantías, a una persona su calidad de imputado².

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

2 Colombia. Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*, (2004), artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los

Consideramos incluso que con esta audiencia puede entenderse iniciada la fase intermedia del proceso penal y por lo tanto, se activa de manera “formal” y concomitante el conjunto de derechos procesales propios del sujeto imputado³. Esto, sin perjuicio de la atemporalidad y prerrogativas del derecho de defensa, que nacen desde el momento que una persona tiene conocimiento que una investigación penal cursa en su contra.

La afirmación previa tiene su razón de ser, en el hecho que la aceptación de cargos en la imputación implicaría el inicio de la etapa intermedia en el proceso penal. Para dilucidar esta idea tomaremos como referencia a Camilo Quintero Jiménez quien indica que en Colombia no es tan fácil distinguir entre dicha “fase intermedia” del resto del proceso. Con todo, este autor señala unos requisitos que se debe tener en cuenta para tales efectos: debe estar precedida de una fase investigativa; debe ser previa a la etapa de juzgamiento en que se debate de manera definitiva la responsabilidad penal, y tercero, implica una necesaria valoración de la idoneidad del caso para ser llevada a juicio. Señala el mismo autor que, bajo esta idea, la verdadera etapa intermedia es la que surge después de formulada la acusación, porque la acusación tiene dos momentos, el de la presentación —del escrito— hasta su verbalización —en audiencia—⁴.

La idea que se quiere explicar bajo la conceptualización anterior es con ocasión a la respuesta de la pregunta sobre ¿qué sucede cuando el procesado acepta los cargos formulados en la imputación? En dicho escenario, la formulación de imputación que realizó el fiscal se convierte en acusación, por lo que éste acto procesal se verbalizaría —como sí ocurre en acusaciones sin aceptación de cargos—, requiriendo solo la audiencia de control posterior de dicho acto para verificar la legalidad de la aceptación⁵. Con el anterior ejemplo pretendemos señalar que la formulación de imputación no es un simple acto de trámite, y, más bien, puede consistir (en el evento que se acepten cargos) en el inicio de la etapa intermedia del proceso penal, en la medida que se insiste, se asume en ese evento o se equipara, a la etapa de verbalización de la acusación.

elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partípice del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

3 Yesid Ramírez Bastidas, *Sistema acusatorio colombiano* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005), 266.

4 Camilo Alberto Quintero Jiménez, *Fase intermedia y control de los actos acusatorios en el proceso penal* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 85-86.

5 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1379 de 2023, Rad. 58550 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

En idéntico sentido, Moreno Rivera sostiene que la imputación es un acto jurídico sometido a regulación, cuya validez constitucional y legal depende del cumplimiento de ciertas exigencias. Su carácter particular no está dado por el momento procesal en que se realiza, sino por los efectos que produce en la estructura, el desarrollo y la conclusión del proceso penal, especialmente en relación con el principio de congruencia. Para que este acto produzca consecuencias jurídicas válidas, debe cumplir con elementos estructurales mínimos, es decir, reunir las condiciones necesarias para ser considerado un acto procesal válido o "sano", conforme a la doctrina especializada⁶.

Como lo ha explicado María Isabel Arango, la formulación de imputación no puede ser entendida como un simple acto de impulso procesal, ya que sus efectos son profundos y comprometen principios constitucionales fundamentales del imputado. En efecto, a partir de ese momento se permite al Estado, por vía de la Fiscalía, solicitar medidas restrictivas de derechos fundamentales, entre ellas, medidas de aseguramiento privativas de la libertad o con impacto patrimonial, como la suspensión del poder dispositivo sobre bienes del imputado⁷. De este modo, la imputación no es un acto neutro, sino —en muchos casos— la primera manifestación "formal" del poder punitivo del Estado sobre un ciudadano. Recuérdese que, no en pocas ocasiones, los ciudadanos solamente se enteran de la existencia de un proceso penal en su contra cuando son llamados a la audiencia de imputación, o —incluso— cuando son capturados.

Las referencias previas se incorporan para dar cuenta que la formulación de imputación es transversal a diversas garantías que deben protegerse en el proceso penal. No se entiende entonces la razón por la que en un primer momento la figura fue concebida como un acto de información, o de mera comunicación. En la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, el entonces Fiscal General de la Nación, sostuvo que la imputación tiene como único objetivo informar al indiciado la existencia de una investigación en su contra por hechos que, eventualmente, podrían comprometer su responsabilidad penal, con el fin de permitirle comenzar a preparar su defensa⁸. En concreto, afirmó:

6 Moreno Rivera, coord., *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014), 171-194.

7 María Isabel Arango, "A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103)", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 6, n.º 75 (2010): 231-242.

8 José Luis González Jaramillo, *El control de la imputación: Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal* (Medellín: Universidad de Antioquia, 2019).

[...] se define como “el acto de comunicar, en audiencia ante el juez que ejerce la función de control de garantías, a la persona, su calidad de imputado”. Con este acto procesal se pretende única y exclusivamente informar a la persona que existe una investigación en su contra, por hechos que eventualmente pueden comprometer su responsabilidad penal, para que así el imputado en asocio de su defensor técnico pueda comenzar a preparar de modo eficaz su actividad defensiva respecto de la eventual acusación en cierres. En todo caso precísese, dada la naturaleza del proceso acusatorio, regido prioritariamente por los principios de inmediación y concentración, que por el hecho de la formulación de la imputación la Fiscalía no tiene la obligación de revelar los elementos materiales probatorios que haya recolectado, puesto que aquellos solamente serán dados a conocer a partir de la presentación de la acusación, razón por la cual, se entiende e impone que las actividades que puede desplegar la defensa en orden a preparar su estrategia, no se extienden a la contradicción y solicitud de práctica de pruebas, prohibición expresamente consagrada en el proyecto, cerrándose así las puertas para que la formulación de la imputación se convierta en un escenario sumarial o anticipación del juicio (Congreso de la República, 2002, abril 26).⁹

Esta construcción formalista a todas luces es errada, pues tiende a invisibilizar el verdadero alcance jurídico y material de este acto procesal, aunado a que desconoce cualquier filosofía procesal, dándole la naturaleza a un acto procesal, como algo que no es un acto. Si nos vamos a la teoría de las fuentes del derecho, podremos advertir que este (el derecho) surge de hechos o actos¹⁰, siendo los primeros los que no requieren de la voluntad y los segundos los que necesitan de ella. Un acto jurídico es así una fuente de derecho, debido a que genera efectos institucionales.

En efecto, Hinestrosa precisa que un acto jurídico es todo hecho del hombre consistente en una manifestación de voluntad, que tenga por objeto y por efecto producir un efecto jurídico¹¹. Couture, por su parte, señala que “un acto procesal es el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”¹². De esa forma, este autor señala que el acto procesal es una especie dentro del acto jurídico, caracterizado porque se refiere directa o indirectamente al proceso¹³. Carnelutti plantea la misma idea que Couture, cuando indica que “el

9 Ibid.

10 Al respecto: Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho* (Barcelona: Ariel, 2012).

11 Fernando Hinestrosa, *Tratado de obligaciones II*, vol. I (Bogotá: Externado, 2015).

12 Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: De Palma, 1958), 201.

13 Ibid.

acto procesal es una especie de acto jurídico denotado por el carácter procesal del cambio jurídico”¹⁴.

Con lo expuesto, se insiste, que la formulación de la imputación es una expresión de voluntad del fiscal, mediante el cual se modifica una situación jurídica, en la que un particular pasa a estar imputado, y, por lo tanto, se le aplica una condición especial frente al proceso. Con ello se concluye que es un acto jurídico que tiene consecuencias procesales, y, en consecuencia, es un acto procesal. Podría señalarse como oposición a esta regla que la comunicación solo declara, y no modifica la realidad. Esto es una forma de objetivismo ingenuo en torno a la realidad. Con ello se piensa que la imputación puede ser percibida de una sola forma, desconociendo, que para esa persona que antes no estaba vinculada a un proceso, al estarlo, su realidad cambia.

Desde esta perspectiva, resulta esencial recalcar el carácter comunicacional de la imputación. Este no puede asociarse a una mera comunicación, sino al de un acto procesal de comunicación o de petición. Esta idea ha sido desarrollada —entre otros— por Nelson Saray Botero, cuando indica que imputar no significa simplemente informar, sino comunicar con un propósito específico: hacer partícipe al otro de un contenido jurídico relevante. Esto implica que el acto debe cumplir con los elementos mínimos de toda comunicación: un emisor (Fiscalía), un receptor (ciudadano imputado), un canal adecuado (la audiencia pública con juez de garantías), un código jurídico procesal compartido y, sobre todo, un mensaje comprensible. Si cualquiera de estos elementos falla, la comunicación se rompe, y con ella, la legitimidad del acto¹⁵.

En esta línea, la imputación debe ser clara, concreta, integral y precisa, incluyendo una narración detallada de los hechos jurídicamente relevantes, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. No basta con reproducir denuncias o informes policiales: se exige una síntesis razonada y penalmente relevante de las conductas atribuidas, derivadas del análisis de los elementos cognoscitivos disponibles¹⁶.

Desde la práctica judicial, también se ha advertido cómo, en las llamadas audiencias concentradas —legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento—, la Fiscalía omite con frecuencia la exposición de los hechos jurídicamente relevantes, bajo el supuesto de economía procesal. Sin

14 Francesco Carnelutti, *Instituciones del derecho procesal civil*, Vol. I (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1956), 425.

15 Nelson Saray Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio (Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado)*, 2a ed. (Bogotá: Leyer Editores, 2017), 265.

16 Piedad Lucía Vanegas Villa, “La imputación”, en *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, eds. John Jaime Posada Orrego y Juan Guillermo Jaramillo Díaz (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008), 241-242.

embargo, esta práctica rompe con el carácter comunicativo del acto e impide al juez y a la defensa conocer con precisión la hipótesis penal, lo que afecta la legalidad del procedimiento y la preparación de la defensa¹⁷.

Aquí es donde adquiere sentido la labor constitucional que debe ejercer el juez de control de garantías. Se ha sostenido que los actos del ente acusador que afectan derechos fundamentales deben ser controlados por el juez, ya sea *ex ante* o *ex post*.¹⁸ En efecto, si el acto de imputación es oscuro, inconexo, contradictorio o arbitrario, el juez debe actuar para garantizar la legalidad de la actuación, proteger los derechos del imputado y evitar abusos del poder de persecución penal. Se hace la salvedad —tal y como se desarrollará en un acápite posterior— de que esta postura no ha sido pacífica —mucho menos por parte de la jurisprudencia.

Para este punto, es importante precisar qué se entiende, a nuestro criterio, por imputaciones “oscuras”, “contradictorias” o “inconexas”. Para el primer caso, nos referimos a las imputaciones que se alejan de un compromiso ético con la verdad, al presentar relatos distorsionados, fragmentarios o directamente falsos¹⁹. Para el segundo, hacemos alusión a imputaciones alternativas en las que, ante un mismo hecho, se formulan versiones fácticas o calificaciones jurídicas disyuntivas, buscando cubrir la incertidumbre o fragilidad probatoria mediante distintas vías que conduzcan a una condena²⁰. Por último, referenciamos imputaciones infladas o sobredimensionadas, en las que se exageran los cargos mediante una expansión injustificada de las conductas punibles, incurriendo a menudo en concursos aparentes de tipos penales o careciendo de los elementos mínimos necesarios para sustentar todos los delitos incluidos²¹.

17 Juan Diego Melo Vargas, “Comentario X. Los hechos jurídicamente relevantes presentados en la imputación: piedra angular del principio de congruencia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre del 2020, Rad. 54.996, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya”, en *Estudios Críticos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 9*, eds. Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez y Ricardo Molina López (Bogotá: Ediciones Uniandes, Grupo Editorial Ibáñez, 2024), 393–415.

18 Vanegas Villa, *La imputación*, 241-242.

19 Mauricio Pava Lugo, “Litigio estratégico y prevención de abuso del poder punitivo en Colombia”, en *Sostenibilidad y Proceso* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2023), 233–252.

20 “En definitiva, no es admisible la incorporación de acusaciones alternativas o subsidiarias porque afecta la garantía de certeza de la acusación, una de las garantías que fortalece el derecho a contradecir o defensa inviolable. La acusación alternativa no es administrable en la estructura de garantías previstas en la Constitución”. Alberto Binder, *Derecho procesal penal. Tomo II. Dimensión político–criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, (Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 2014), 408.

21 Pava Lugo, “Litigio estratégico y prevención de abuso del poder punitivo en Colombia”.

Incluso en otros sistemas de corte adversarial, como el estadounidense -haciendo la salvedad de que cada proceso tiene sus propias particularidades-, se han establecido controles mínimos judiciales para evitar que el fiscal se convierta en una "rueda suelta" que lleve a cualquier ciudadano ante el estrado sin un estándar mínimo de sustento. Al respecto, José Luis González Jaramillo señala que una imputación deficiente convierte el poder estatal en una fuerza de coacción descontrolada, afectando de forma grave a los ciudadanos, razón por la cual la imputación debe ser objeto de un control judicial de fondo, que atienda no solo lo formal, sino la existencia de hechos jurídicamente relevantes que den sustento a la atribución penal.²²

Como bien lo explicó Cornelutti²³, la imputación no es un acto menor: comporta un juicio —aunque sea preliminar— sobre la responsabilidad de una persona. Es, en esencia, una formulación de la pretensión penal. Y como tal, debe contar con una dosis mínima de convicción, basada en los elementos disponibles. No puede ser un acto vacío ni librado al arbitrio del fiscal²⁴.

Bajo dicho contexto, resulta imperativo la intervención del juez de control de garantías en dicho escenario, comoquiera que el funcionario tiene el deber de velar porque la fiscalía haga una descripción fáctica adecuada —que cumpla con todos los requisitos de la norma—, y, especialmente, una precisión y/o caracterización jurídica -mínima- de una conducta con relevancia penal. Los jueces deben asumir su rol de directores del proceso, en la procura de que la audiencia de imputación y de acusación se ajusten a los presupuestos formales previstos en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004²⁵.

Así, aunque la imputación es formalmente -bajo una interpretación exegética de la norma- un acto de parte dentro de un sistema adversarial, a nuestro criterio, ello no la exime de controles judiciales materiales y formales. Muy por el contrario: su impacto sobre los derechos fundamentales, su rol estructural dentro del proceso y su carácter comunicacional exigen que el juez de control de garantías verifique la

22 González Jaramillo, *El control de la imputación: Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal*, 100-106.

23 Vale la pena mencionar que Cornelutti se refería a la imputación en los términos en que esta era concebida en ese momento dentro del proceso penal italiano. En ese sentido, citamos a este autor no para comparar su concepto con la definición procesal que tiene la imputación en el proceso penal colombiano, sino para ilustrar lo que implica, desde una perspectiva procesal, imputar cargos a una persona.

24 Francesco Cornelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Librería El Foro, 1950), 138–140.

25 Nelson Saray Botero y José María Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica* (Bogotá: Leyer Editores, 2022).

existencia de hechos relevantes penalmente, la claridad del mensaje comunicado, y la conformidad de la actuación con los principios del debido proceso. La imputación no puede convertirse en una puerta de entrada sin filtros al sistema punitivo, ni en un trámite vacío que legitime prácticas de persecución sin control. Como piedra angular del proceso penal moderno, exige rigor, claridad y control.

Con base en lo expuesto, desarrollaremos la tesis completa en torno a la imputación y la necesidad de su control jurisdiccional.

3. Finalidad de los actos de comunicación en el proceso judicial: imputación como punto de partida

La imputación penal no puede ser entendida como un acto meramente declarativo o mecánico. Se trata de una actuación procesal estructural, con una finalidad precisa y unos efectos jurídicos significativos, que abre el tránsito formal de un ciudadano hacia la condición de imputado. Este tránsito no es simbólico ni menor: transforma su estatus jurídico, modifica el alcance de sus derechos e intensifica -comoquiera que ya estaba activada- toda la maquinaria judicial del Estado. En esa medida, la imputación debe ser comprendida —y valorada— como un auténtico acto comunicacional del Estado, y no solo como un impulso procesal carente de forma o contenido.

El proceso penal, en su integridad, puede ser conceptualizado como una práctica comunicativa institucionalizada, donde cada uno de los actos —desde la formulación de cargos hasta la sentencia— debe responder a reglas de lenguaje, claridad, racionalidad y finalidad. No se trata solo de transmitir información, sino de construir significados que permitan a todos los intervenientes del proceso comprender el conflicto, ejercer sus derechos, plantear su defensa y contribuir, con ello, a la búsqueda de la verdad procesal.

En este escenario, no puede perderse de vista que la imputación, como acto procesal con consecuencias sustanciales, debe cumplir una función comunicativa en sentido pleno y garantista. No basta con que el ciudadano escuche una serie de palabras o reciba una información parcial o formalmente correcta: debe poder comprender y asumir racionalmente la pretensión que se le formula, para ejercer su defensa en condiciones reales de contradicción. Como lo advierte Marina Martín González, los actos procesales de comunicación no son instrumentos neutros, sino verdaderos “elementos impulsores del procedimiento”, que garantizan la contradicción, la igualdad de armas y el derecho de audiencia, pilares del debido proceso.²⁶ Lejos de ser un acto instrumental, la imputación

26 Marina Martín González, *Los actos procesales de comunicación y su vinculación con el efectivo ejercicio del derecho de defensa*, (Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2023).

es uno de los momentos más delicados para asegurar que la relación jurídico-procesal se constituya legítimamente y que el imputado pueda participar en el proceso desde una posición activa y comprendida.

Desde esta óptica, la imputación constituye el primer gran acto comunicacional del poder punitivo. Es el momento en que el Estado, a través de su órgano investigador, le anuncia al ciudadano que ha reunido elementos para considerarlo presunto autor o partícipe de un hecho punible —bajo un inferencia razonable—. Pero este anuncio debe hacerse de forma tal que el ciudadano comprenda cabalmente qué se le reprocha, por qué se le vincula, bajo qué hechos y con qué implicaciones jurídicas. Si esto no ocurre, si el mensaje es confuso, incompleto o contradictorio, el acto pierde su valor como acto procesal válido. A continuación, se pretende demostrar que el llamado “acto de parte” por parte de los fiscales, es un acto reglado.

Como lo advierte Eric Pérez Sarmiento, los actos procesales son válidos y eficaces en tanto cumplen su finalidad de comunicación jurídica²⁷. Una imputación formulada de manera genérica, con hechos mal delimitados o con cargos ambiguos o disyuntivos, rompe la cadena de comprensión del proceso, genera inseguridad y deja al ciudadano en una posición de indefensión frente a un aparato estatal que sí comprende —y controla— lo que está ocurriendo.

Esta ruptura comunicativa, además de generar invalidez procesal, afecta la legitimidad del sistema penal. No se puede hablar de un debido proceso cuando el ciudadano no entiende el mensaje que le dirige el Estado. Por su parte, Habermas sostiene que, un acto de habla solo puede generar efectos normativos válidos si permite al destinatario adoptarlo racionalmente, si puede decir “sí” o “no” desde una posición de comprensión y autonomía. En su teoría de la acción comunicativa, la validez no depende únicamente del emisor, sino de las condiciones sociales, lingüísticas y normativas del contexto de recepción.²⁸ En el proceso penal, esto se traduce en el derecho a conocer, a comprender y a defenderse.

27 “El proceso penal, como ya hemos establecido previamente, es una sucesión de actos procesales, reglados por la ley, emanados fundamentalmente de los órganos estatales encargados de la persecución, investigación y represión del delito o de los particulares con derecho al ejercicio de la acción penal. En este sentido, son actos procesales, la denuncia, la querella, el auto de proceder u orden de inicio de la investigación, al instructiva de cargos o acto formal de imputación, el auto que impone una medida cautelar, al acusación, la audiencia preliminar, (...).” Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, *Manual General de Derecho Procesal Penal* (Bogotá: Ibáñez, 2021), 125-128.

28 Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (España: Taurus Humanidades, 1999), 379-380. “Con su afirmativa el oyente acepta la oferta hecha con el acto de habla y funda un acuerdo que se refiere, de un lado, al contenido de la

Esta lógica comunicacional cobra aún mayor sentido si se profundiza en lo que Habermas expone en el segundo tomo de su Teoría de la acción comunicativa. Allí señala que cuando un hablante emite un enunciado con intención comunicativa —como lo hace el fiscal al imputar— no solo busca transmitir una información, sino plantea una pretensión de verdad, frente a la cual el oyente puede responder afirmativamente o no. Ese enunciado —como ocurre con la imputación— solo puede vincular al interlocutor si este puede comprenderlo y evaluarlo racionalmente. Es esa fuerza vinculante entre pretensión de validez y razones lo que distingue una comunicación legítima de una mera imposición de poder²⁹.

En palabras del propio Habermas, “los actos comunicativos deben su fuerza vinculante a la interna relación que existe entre pretensiones de validez y razones”³⁰ y ello solo es posible cuando el destinatario comprende el contenido del acto y puede asumirlo libremente desde sus convicciones racionales. De allí que una imputación oscura, contradictoria o ininteligible no pueda generar un acuerdo motivado racionalmente, ni coordinar acciones procesales posteriores válidas, como el allanamiento o la defensa técnica. La comprensión no es un efecto decorativo del lenguaje judicial: es su condición de posibilidad y su fuente de legitimidad.

Por eso, la imputación exige algo más que la presencia del fiscal y del juez. Exige que el contenido del acto sea lingüísticamente claro, jurídicamente coherente y narrativamente comprensible. Esto implica —como afirma Luis Fernando Ramírez Contreras— que se delimiten con precisión los hechos jurídicamente relevantes, se eviten formulaciones vagas o disyuntivas, y se respete la neutralidad propia de quien ejerce una función pública con efectos vinculantes para los derechos del ciudadano.³¹ No basta con decir “se le imputa”: hay que construir un discurso sólido, riguroso, estructurado y comprensible.

emisión y, de otro, a las garantías inmanentes al acto de habla y a las obligaciones relevantes para la interacción posterior. (...) Al reconocer esa pretensión del hablante, el oyente acepta la oferta que se le hace con el acto de habla. Este éxito ilocucionario es relevante para la acción por cuanto que con él se establece una relación interpersonal entre hablante y oyente que tiene efectos coordinadores, que ordena los espacios de acción y las secuencias de la interacción y que, a través de las alternativas generales de acción con que el oyente cuenta, abre a este distintas posibilidades de proseguir la interacción”.

29 ürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista* (España: Taurus Humanidades, 1999).

30 Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*, 42.

31 Luis Fernando Ramírez Contreras, *Las audiencias en el sistema penal acusatorio. Teórico-práctico* (Bogotá: Leyer, 2007), 218-220.

Esto mismo lo ha sostenido la jurisprudencia colombiana más reciente, al reconocer que una imputación mal formulada no cumple su finalidad y debe considerarse inválida, incluso al punto de generar nulidades procesales —tal y como se expuso en acápite precedentes—. El contenido de la imputación debe expresar los hechos con claridad, indicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y permitir que el imputado comprenda el alcance de los cargos³², para decidir si se allana, si celebra un preacuerdo, o si se defiende en juicio. No hacerlo es violentar el derecho a la defensa desde su origen³³.

Esta visión encuentra también respaldo teórico en Jesús Miguel Hernández Galilea, quien desarrolla una concepción comunicativa del proceso judicial, destacando que el valor de los actos procesales no está en su emisión formal, sino en su capacidad de generar comprensión mutua. Para este autor, la claridad lingüística, la racionalidad argumentativa y la coherencia estructural no son requisitos accesorios, sino condiciones de posibilidad del proceso mismo³⁴.

Asimismo, Toro Lucena sostiene que la imputación debe cumplir exigencias de individualización y claridad, de modo que el imputado pueda oponerse o cooperar conscientemente. Cuando el acto no es comprensible, no se activa válidamente la relación jurídica procesal, y todo lo que se construye después se apoya en un cimiento defectuoso, jurídicamente ineficaz³⁵.

En esa misma línea, Joan Picó i Junoy y Joan Verger Grau coinciden en que el nacimiento de la relación jurídico-procesal penal solo puede entenderse como válido

32 Cfr. Saray Botero y Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica*.

33 Cfr. Santiago Yepes Ortega, "Hechos jurídicamente relevantes: la necesidad de un control material desde la imputación", *Diálogos Punitivos*, febrero 17, 2023, <https://dialogospunitivos.com/hechos-juridicamente-relevantes-la-necesidad-de-un-control-material-desde-la-imputacion/>

34 Jesús Miguel Hernández Galilea, "El proceso judicial como 'espacio comunicativo'", *Revista de Llengua i Dret*, n.º 64 (2015): 29-40.

35 Óscar Augusto Toro Lucena, "De la Imputación Penal Sustancial a la Imputación Penal Procesal Válida. Un diálogo de doble vía", en *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*, coord. Luis Gustavo Moreno Rivera (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014), 191. "El acto procesal de imputación es un acto jurídico reglado, que debe cumplir con una serie de exigencias para considerarlo constitucional y legalmente válido, cuya naturaleza especial reside en que genera diversos resultados y efectos en la constitución, el desarrollo y fin del proceso penal (principio de congruencia). Esto es lo que marca su naturaleza y no el lugar de su realización. Para que el acto procesal despliegue sus efectos procesales debe reunir ciertos elementos constitutivos, esto es, ser lo que la doctrina procesal llama un acto procesal sano. La carencia o presencia defectuosa de los elementos constitutivos del acto procesal condicionan su validez y, por lo tanto, impiden el que acto procesal produzca los efectos procesales procurados." P.191

si el ciudadano ha recibido, en condiciones procesales adecuadas, una comunicación clara, suficiente y comprensible de los cargos que se le atribuyen. De no ser así, cualquier forma de defensa posterior estará viciada de origen, porque se habrá construido sobre un mensaje que nunca fue verdaderamente recibido.³⁶

Esto también ha sido advertido por Montero Aroca³⁷, quien recalca que el derecho de defensa se activa con el conocimiento pleno y oportuno de los hechos, fundamentos y consecuencias jurídicas del acto de imputación³⁸. Por eso, la claridad comunicativa es un presupuesto de validez formal, pero también de eficacia material. La imputación no puede ser una caja cerrada, ni una fórmula ritual; debe ser un acto procesal cargado de contenido normativo y comunicacional.

Finalmente, como lo expresa Jesús Ignacio García Valencia, el control del juez debe orientarse precisamente a verificar que esta comunicación cumpla su finalidad. El juez de control de garantías no está allí para ratificar acríticamente lo que dice la Fiscalía, sino para garantizar que el acto cumple los mínimos exigidos por la ley, la Constitución y los estándares convencionales.³⁹ Esto no desnaturaliza el modelo acusatorio: lo fortalece, al introducir en él una lógica de racionalidad institucional y protección de derechos.

36 Joan Verger Grau, *La defensa del imputado y el principio acusatorio* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1994); Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1997).

37 Juan Montero Aroca, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 129.

38 Juan Guillermo Jaramillo Díaz, "Estructura básica de la actuación penal (Sistématica procesal penal mixta acusatoria - ley 906 de 2004)", en *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, comp. John Jaime Posada Orrego y Juan Guillermo Jaramillo Díaz (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008). "Queda de esa manera adecuadamente perfilada en la Constitución Política la fiscalía y en la ley 906 de 2004 claramente implementada en Colombia, de manera gradual, la sistemática procesal penal mixta con tendencia acusatoria con la cual se imponen los siguientes trascendentales y radicales cambios:

1. El método de la oralidad que se materializa a través de:

a) la contradicción, que no necesariamente se agota en el ámbito de lo probatorio sencillamente porque este tema es apenas una especie dentro del género que es el derecho de impugnación que surge con la ley de equilibrio procesal.

Contradicción significa, pues, oponerse a la pretensión, postulación probatoria, radicación de incidentes, participación efectiva en la actuación, ejercicio de defensa, entre otras actitudes.

El derecho de contradicción surge inmediatamente se procede contra una persona, bien porque se le interroga o porque se formula una imputación. Y más exactamente cuándo se formula en su contra la pretensión punitiva, pues configurada la relación jurídico-procesal, surge el concepto de parte que denotan fiscal que pretende y acusado que es contra quien se pretende", 16.

39 Jesús Ignacio García Valencia, *Conferencias sobre el proceso penal acusatorio* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005).

Bajo lo anterior, no sobra recordar que los actos como la imputación o la medida de aseguramiento son verdaderos pronósticos de culpabilidad, que solo son legítimos si se sustentan en criterios de necesidad, proporcionalidad y legalidad. No son simples anuncios: son actos performativos del Estado que pueden limitar derechos fundamentales, y por eso, deben estar sometidos a escrutinio y control judicial⁴⁰.

En definitiva, un acto procesal que no comunica, que no es comprensible, que no es claro, no puede ser válido. La imputación es un acto de poder, pero en un Estado constitucional de derecho, el poder debe expresarse en condiciones de legitimidad, control y racionalidad. La imputación es, entonces, una herramienta del Estado, pero también una garantía del ciudadano. Y esa doble naturaleza exige que no se le mida por su emisión, sino por su capacidad de comunicar con eficacia los fundamentos de la persecución penal.

4. Controles a la audiencia de formulación de imputación desde la jurisprudencia: del ocaso al amanecer

La jurisprudencia colombiana ha recorrido un complejo y progresivo camino interpretativo en relación con los controles judiciales que deben —o pueden— ejercerse sobre la audiencia de formulación de imputación. Este recorrido refleja una tensión estructural no resuelta entre dos principios rectores del proceso penal: de un lado, la pureza del modelo adversarial, que distribuye funciones de manera rígida y otorga a la Fiscalía el monopolio de la acción penal; y del otro, el imperativo constitucional de garantizar los derechos fundamentales de las personas sometidas a investigación penal, especialmente en actuaciones que, como la imputación, producen efectos jurídicos inmediatos y profundos.

En sus primeras etapas, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional—como se demostrará en lo que sigue—adoptaron una visión restrictiva y formalista, que entendía que cualquier intervención del juez de control de garantías en el contenido de la imputación podía implicar una injerencia indebida en el núcleo funcional del ente acusador. Se asumía que permitir tal control no solo transgredía la separación de roles en el proceso penal acusatorio, sino que además desdibujaba el principio de imparcialidad del juez. Bajo esta perspectiva, la audiencia de formulación de imputación fue concebida como un escenario técnico, cerrado, prácticamente ritual, cuyo valor residía más en su existencia formal que en su contenido sustantivo.

40 Mauricio Pava Lugo, *La defensa en el sistema acusatorio* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009).

No obstante, a medida que se desarrollaba la práctica judicial y se visibilizaban problemas recurrentes de imputaciones oscuras, inconexas o carentes de fundamento, comenzaron aemerger interpretaciones jurisprudenciales más abiertas. Se hizo evidente que la estructura adversarial, si bien necesaria para garantizar la paridad procesal, no puede convertirse en un escudo que legitime actuaciones arbitrarias, opacas o carentes de control. Así, progresivamente, se fue reconociendo que el juez de control de garantías tiene un rol indispensable no solo como garante de legalidad, sino como intérprete de los fines constitucionales del proceso penal.

Este tránsito interpretativo ha estado marcado por hitos clave: desde el rechazo absoluto al control judicial sobre el acto de imputación, pasando por el reconocimiento de controles formales mínimos (como la verificación de la claridad del relato fáctico), hasta llegar —en la actualidad— a una posición más garantista y coherente con el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, que admite controles materiales de legalidad, e incluso permite decretar nulidades cuando la formulación de cargos se presenta como un acto de poder arbitrario, carente de estructura comunicativa o sustento normativo.

En lo que sigue, intentamos sintetizar dicha evolución jurisprudencial:

4.1 El rechazo inicial: la imputación como acto exclusivo e intocable del fiscal

Durante los primeros años del sistema penal acusatorio, la jurisprudencia asumió que la imputación era un acto exclusivo de parte, sobre el cual el juez de control de garantías no podía pronunciarse ni ejercer control alguno. Se consideraba que permitirlo supondría desnaturalizar el modelo adversarial, convirtiendo al juez en parte activa del proceso. Así, en la Sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional dejó claro que el nuevo modelo le asigna a la Fiscalía un papel protagónico en la investigación y al imputado una participación activa, pero dentro de un esquema de estricta separación de roles⁴¹

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, adoptó una postura rígida en la Sentencia de Casación del 8 de octubre de 2008 (Rad. 29338), al afirmar que:

41 Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández): “(...) el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes en el que (i) la Fiscalía tiene un rol esencial en la etapa investigativa, y (ii) el imputado “(...) ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos”.

La formulación de la imputación en el sistema procesal actual constituye, además de un acto de formalización de la investigación, ante todo un acto de comunicación [...] sin que por tanto se pueda confundir y menos identificar este señalamiento delimitador [...] con los cargos, que pertenecen a una actuación procesal posterior (Corte Suprema de Justicia, Rad. 29338/08).

En esta misma línea, la Corte Suprema concluyó -en lo que, para el momento, fue una jurisprudencia “hito” respecto de la oposición a los controles judiciales de la imputación- en la decisión T-44103 del 22 de septiembre de 2009 que: “no se encuentra norma alguna que convine o autorice [al juez] a aprobar o improbar la imputación [...], precisamente porque nuestro sistema jurídico concibe tal actividad como un acto de parte”.⁴²

Este enfoque también fue adoptado por la decisión de segunda instancia del 16 de octubre de 2013 (Rad. 39886), donde la Sala sostuvo que permitir al juez revisar la imputación lo convertiría en coacusador:

[...] Por tanto, si se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso-, mediante la cual obliga al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, se desestructura la sistemática adversarial, dado que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, probarla. Pero además, compromete el programa metodológico, y por sobre todo, la iniciativa y responsabilidad de la fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio, argumentativo y a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.

Estas decisiones reflejan la fidelidad de ambas Cortes al modelo de separación de funciones, pero también muestran una lectura limitada del rol del juez de control de garantías como garante de los derechos fundamentales desde el inicio de la actuación penal.

42 En posteriores decisiones, se insistió en que este acto solo tenía un carácter “comunicativo”. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 10 de marzo del 2010, radicado 32.422 (M. P. Julio Enrique Socha Salamanca): “de ahí que la formulación de la imputación implica para el respectivo funcionario investigador la obligación de comunicar (...) sin asomo de duda los hechos jurídicamente relevantes y la forma como éstos se acomodan en las normas que contienen los respectivos presupuestos fácticos.”

5. Apertura a controles formales: exigencia de claridad y estructuración del acto de imputación

Con el tiempo, tanto la Corte Suprema como la Corte Constitucional comenzaron a reconocer que, si bien el acto de imputación es de parte, su falta de claridad, estructura o contenido puede comprometer garantías básicas. Entre estas, el derecho de defensa, el principio de contradicción, la legalidad de las medidas cautelares o la validez de la acusación posterior.

En este sentido, la Corte Constitucional avanzó hacia una posición intermedia en la Sentencia C-559 de 2019, al reiterar que el modelo acusatorio no excluye la vigencia plena del control judicial sobre actos que puedan afectar derechos fundamentales. Del mismo modo, en la Sentencia C-067 de 2021, reconoció que la imputación es un acto procesal esencial para la garantía del debido proceso, en la medida en que delimita el objeto de la defensa, e implica el inicio formal de la vinculación al proceso.

Por parte de la Corte Suprema de Justicia, la corporación atravesó por una de las etapas más significativas respecto del control judicial de la imputación (en paralelo, con la formulación de acusación, ambos concebidos “actos de parte”). Aquí reconoció que aunque el acto de imputar es de parte y escapa al control material del juez, sí está sujeto a un control formal estricto, cuyas deficiencias pueden generar efectos sustanciales. Este enfoque intermedio busca preservar la estructura adversarial del sistema sin renunciar al deber del juez de controlar que la imputación cumpla con su finalidad jurídica y comunicacional, garantizando derechos fundamentales como el de defensa, el debido proceso, la legalidad y la congruencia procesal.

El punto de partida para esta línea interpretativa, está en la Sentencia SP14191-2016 (Rad. 45594), donde la Corte Suprema de Justicia identificó tres posturas jurisprudenciales: una que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación e imputación; otra que permite un control material amplio, incluso sobre aspectos como la tipicidad o el debido proceso; y una tercera —que la Sala acoge— que admite un control material restringido o excepcional, limitado a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales. Esta última postura, si bien conservadora, fue clave para abrir paso a una noción más amplia -con posterioridad- que es la de “control formal con efectos sustanciales”⁴³.

43 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 6 de febrero de 2013, Rad. 39892, (M.P. José Luis Barceló Camacho); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP9853 de 2014, Rad. 40.871 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez); Corte Suprema de Justicia de Colombia. AP6049 de 2014, Rad. 42452 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP13939 de 2014, Rad. 42184 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández); y Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Esta fórmula fue desarrollada con mayor claridad por la Sala en la Sentencia SP2042-2019 (Rad. 51007), donde se precisó que:

El control formal con efectos sustanciales es la revisión que realiza la judicatura de que los aspectos formales del contenido de la acusación que realice la fiscalía no transgredan garantías fundamentales del procesado. Esto es, que todos los requisitos formales de la acusación estén completos y debidamente formulados, sin que afecten garantías procesales⁴⁴.

Aunque este pronunciamiento se refiere a la acusación, ha sido aplicado por analogía a la imputación, en tanto ambas comparten elementos estructurales y funcionales como actos de comunicación jurídica. La Corte ha aclarado que el “juicio de imputación” —es decir, la valoración fáctico-probatoria del fiscal— no puede ser rebatido por la defensa, ni controlado materialmente por el juez, pero eso no impide que se verifique la legalidad y estructura comunicativa del acto. Como precisó la misma sentencia “el investigado no tiene la posibilidad de controvertir los cargos, pues la finalidad de esa actuación es que tenga conocimiento de los mismos y, así, pueda preparar la defensa”⁴⁵.

En esta línea, la Corte ha señalado que el juez, como director del proceso, está llamado a ejercer una vigilancia activa sobre los aspectos legales del acto de imputación, particularmente en lo que atañe a los hechos jurídicamente relevantes. Así lo indicó en SP4045-2019 (Rad. 53264):

El funcionario judicial no puede ser un convidado de piedra y, atendiendo su obligación constitucional de velar por las garantías de las partes e intervenientes, le corresponde ejercer vigilancia en torno a que dicho acto observe los presupuestos legales, entre ellos, justamente, el de contener la relación clara de los hechos jurídicamente relevantes.

SP14842 de 2015, Rad. 43436 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar). “Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos , (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso , y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.”

44 Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP2042 de 2019, Rad. 51007, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP 4792 de 2018, Rad. 52507 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-560 de 2018, Rad. 52311, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-594 de 2019, Rad. 51596 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); entre otras.

45 Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP2042 de 2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Esta intervención judicial, si bien excepcional, tiene efectos procesales de fondo, especialmente cuando la imputación sirve de base para allanamientos o preacuerdos. Como señaló la misma providencia “la claridad de los términos del acuerdo o de la imputación, según el caso, determinan la viabilidad del proferimiento de la sentencia condenatoria [...] la imputación bajo estrictos parámetros de legalidad es la base que viabiliza las negociaciones, incluido el allanamiento”.

En igual sentido, y para resaltar el papel del juez en la formulación de imputación, la Corte mencionó en el 2019 (siguiendo la corriente jurisprudencial de ese entonces) que los jueces, como directores del proceso “deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley”⁴⁶.

Así, una imputación ambigua puede afectar no solo al derecho de defensa, sino también al correcto desarrollo de los mecanismos de terminación anticipada, a la congruencia entre la acusación y la sentencia, y al rol del juez como garante del proceso. De allí que una imputación mal construida puede tener efectos invalidantes que obligan a retrotraer el trámite procesal completo.

Con anterioridad ya la Corte, de forma excepcional y en sede del recurso de casación, había decretado nulidades de la formulación de imputación por una mala concración de hechos jurídicamente relevantes:

Todo ello, como se anotó antes, provino de la indeterminación contenida en la formulación de imputación y es desde allí que debe rehacerse el trámite [...] en atención a que la naturaleza insoslayable de la diligencia en cuestión, que la erige fundamental para el adelantamiento de las diferentes fases que estructuran el procedimiento, obliga rehacerlo desde su origen⁴⁷.

Bajo la premisa de que una errónea formulación de imputación termina por viciar todo el proceso, la Corte continuó reafirmado su postura de que, en dichos eventos, y aún, de forma excepcional (que se demuestre las irregularidades en sede de casación) es procedente decretar la nulidad de todo lo actuado desde la formulación de imputación. Ello, a partir de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes:

46 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 05 de junio de 2019, Rad. 2042-2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-4792 de 2018, Rad. 52507 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-560 de 2018, Rad. 52311 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-594 de 2019, Rad. 51596 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

47 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP16913 de 2016, (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

La Fiscalía tiene la obligación de expresar con claridad los hechos jurídicamente relevantes [...] si no se cumplen estos requisitos mínimos, la imputación no cumplirá los fines que le son inherentes, entre otras cosas porque: (i) el imputado no tendrá suficiente claridad frente a los cargos, con la consecuente limitación del derecho de defensa; (ii) no contará con elementos de juicio suficientes para decidir si se allana o celebra un acuerdo; y (iii) las imprecisiones pueden afectar la labor del juez, especialmente la concreción de los hechos en la sentencia⁴⁸.

De ahí que el juez no solo pueda, sino deba verificar que el acto de imputación cumpla con requisitos mínimos de forma y fondo, como: no confundir hechos jurídicamente relevantes con medios de prueba; identificar claramente el referente fáctico de la imputación; y, en casos de coparticipación, indicar el grado de participación atribuido a cada sujeto.

Estas exigencias han sido reforzadas por pronunciamientos (algo) recientes como la Sentencia SP3329-2020, donde la Corte criticó que el juez de garantías omitiera el control de legalidad y que el defensor convalidara un allanamiento con base en cargos ambiguos. Asimismo, en el auto AP1086-2023 (Rad. 62206) se reiteró que las irregularidades en la imputación son materia válida de nulidad en la audiencia de formulación de acusación, reconociendo así su centralidad estructural en la legalidad del proceso⁴⁹.

En definitiva, esta línea jurisprudencial muestra que el control judicial sobre la imputación no se agota en una función decorativa ni se reduce a verificar la presencia física de los intervenientes. El juez debe verificar que la imputación exista, tenga forma legal, y cumpla los fines de un acto comunicacional válido: claridad, coherencia y delimitación precisa de los hechos. Cuando esto no se cumple, los efectos son reales: puede haber nulidades, retroacción del proceso y restricciones a las salidas alternativas. Este equilibrio entre el respeto al rol de la Fiscalía y la función garantista del juez es lo que define, actualmente, la fase más avanzada del proceso de consolidación del sistema penal acusatorio colombiano.

48 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP2446 de 2019. Rad. 52967 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

49 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1086 de 2023, Rad. 62206 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán). "De esta manera, para concluir el tópico, la nulidad contemplada como primera solicitud posible de presentar por las partes en la audiencia de formulación de acusación, corresponde únicamente a las irregularidades ocurridas en la diligencia de formulación de imputación; y, si se encuentran irregularidades, omisiones, contradicciones o confusión en el escrito de acusación, así se trate de los hechos jurídicamente relevantes consignados allí, lo propio es acudir al posterior trámite de aclaración, corrección o adición."

94 Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías
YEPES ORTEGA, SANTIAGO; GUETTE HERNÁNDEZ, DAVID MODESTO

6. Consolidación de una postura garantista: controles materiales y control de convencionalidad

Ahora bien, recientemente, tanto la Corte Suprema como la Corte Constitucional han consolidado una postura más garantista. La Corte Constitucional, en una decisión que cambió la dinámica litigiosa en materia penal, realizó un ejercicio de unificación jurisprudencial en el que dejó en claro que:

Frente a la posibilidad de que los jueces realicen un control material más o menos amplio de la imputación o acusación realizada por parte de la Fiscalía, la Sala Plena abordó las tres posturas jurisprudenciales frente a esta acción judicial.

La Sala Plena unificó su jurisprudencia y determinó la posibilidad de que los jueces penales realicen un control material más o menos amplio a los actos de imputación o acusación en temas como la tipicidad, la legalidad o la vulneración al debido proceso⁵⁰.

Este hito marca una línea contundente, al establecer que los jueces no solo pueden —sino que deben— ejercer controles de legalidad sobre los actos de imputación cuando estos comprometan garantías procesales, sustanciales o convencionales.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió el año pasado una decisión hito dentro de este tema. Se trata de la decisión AP1571-2024 (Rad. 64442), por medio de la cual la Corporación confirmó el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia del 23 de junio de 2023, mediante el cual declaró la nulidad de la decisión del Magistrado de Control de Garantías de impartir legalidad a la imputación realizada por la Fiscalía el 20 de abril de 2021, además de no impartir legalidad a la formulación de acusación de la Fiscalía en contra de unos ciudadanos por la ambigüedad con la que se presentaron los hechos jurídicamente relevantes⁵¹.

50 Corte Constitucional de Colombia. SU-360 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

51 En este asunto, en la audiencia de imputación, la Fiscalía atribuyó a los ex gobernadores la calidad de coautores-intervinientes, de modo que de forma ambigua e ilógica, desconoció su carácter de servidores públicos, en cuanto esa es la condición que el legislador señala en el inciso final del artículo 30 del Código Penal, al definir que es intervintente quien “no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización”. (...) En forma contradictoria, la Fiscalía atribuyó a Vásquez Sánchez y Jara Urzola, de manera simultánea, las condiciones especiales del sujeto agente con dominio funcional de la conducta punible al señalar que el primero era el ordenador del gasto y jefe de la administración departamental con facultades en todas las fases de la contratación, mientras el segundo era el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento, esto es, servidores públicos, pero a la vez, desconoció tales calidades para tratarlos como particulares, al imputarlos como “coautores-intervinientes”, es decir, por precisamente carecer de la condición cualificada exigida para el sujeto activo en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. (...) Así, se advierte que la comunicación en la imputación no fue clara y precisa respecto de ambos procesados, falencia que impone, como lo hizo la Sala de

Este panorama jurisprudencial encuentra su punto más alto en recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que reconocen no solo los efectos procesales, sino también las consecuencias disciplinarias y penales que puede generar una imputación mal formulada o arbitraria. En otras palabras, la imputación no es un acto inocuo ni exento de responsabilidad: su ejercicio debe enmarcarse en el principio de legalidad, el respeto por los derechos fundamentales y la objetividad que exige el deber constitucional de investigar y acusar.

Esta obligación de construir una hipótesis fáctica plausible no es una exigencia baladí: su incumplimiento puede comprometer penalmente al fiscal, como lo recordó expresamente la Corte al advertir que en el ejercicio de imputar o abstenerse de imputar, el funcionario puede incurrir en los delitos de prevaricato por acción u omisión, respectivamente⁵². Esta afirmación fue reiterada en la Providencia AP2880-2023 (Rad. 62296), donde se precisó que:

“[...] el fiscal en el ejercicio de su función al formular imputación o acusación o abstenerse de hacerlo, es posible que incurra en los delitos de prevaricato por acción u omisión, respectivamente, y quebrante derechos fundamentales, frente a lo cual, el juez está llamado a intervenir por solicitud del afectado [...], sin perjuicio de las funciones del juez como director de la actuación, que le impone el deber de corregir los actos irregulares y propender por la buena marcha de la administración de justicia”.

Así, se tiene también la Sentencia SP322-2025 (Rad. 58474), la Sala de Casación Penal fue contundente al recordar que la decisión de imputar o acusar afecta profundamente la esfera jurídica del ciudadano, incluso antes de cualquier condena. Entre las afectaciones que identificó se encuentran el buen nombre, la posibilidad de ser objeto de una medida de aseguramiento, la restricción sobre bienes, la afectación emocional y patrimonial del procesado, y la carga que implica para él y su familia el solo hecho de verse sometido a un proceso penal. Por ello, subrayó que:

Primera Instancia, invalidar la legalidad que respecto de las imputaciones impartió el Magistrado de Control de Garantías, precisando que no se anula la formulación de imputación, en cuanto se trata de un acto de parte gobernado por los principios de independencia e imparcialidad. (...).

52 En concreto, el prevaricato por acción se tipificaría con la formulación de una imputación jurídica que no corresponda con los hechos del caso. Particularmente, si bien existen situaciones que, dogmáticamente, hay discusiones sobre la tipificación de una conducta, hay casos en los que la calificación jurídica que hacen los fiscales desborda con flagrancia el mínimo de inferencia razonable que se necesita para imputar un delito. Por otra parte, si un fiscal tiene el deber legal y constitucional de formular una imputación frente a unos hechos que ya están respaldados con suficiente elementos materiales probatorios, y cuya tipicidad es -de igual forma- notario, y no lo hace, podría incurrir en prevaricato por omisión.

Esta función está asociada al principio de legalidad en materia penal [...], la imposibilidad de que un ciudadano sea sometido a los rigores del proceso penal si no existe suficiente claridad sobre los cargos, tanto en el ámbito fáctico como jurídico [...]. La decisión de imputar y/o acusar también incide en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.⁵³

Este pronunciamiento refuerza la tesis de que la imputación no puede ser una fórmula vacía ni una herramienta de presión o persecución: debe estar respaldada en una teoría del caso sustentada en hechos y derecho, comunicada de manera clara, estructurada y respetuosa del debido proceso. Solo así se salvaguarda no solo el derecho de defensa, sino también los principios de legalidad, congruencia y racionalidad del ejercicio penal.

Más aún, en la Sentencia SP106-2025, Rad. 68243, la Corte afirmó de manera explícita que el fiscal no solo debe comunicar, sino construir una imputación basada en evidencia objetiva, formulada con neutralidad, precisión fáctica y rigor argumentativo, destacando que:

Del Fiscal se reclama [...] que en el componente fáctico de la imputación [...] sintetice [...] todos los medios de conocimiento recogidos y de allí extraiga una hipótesis plausible, que se traduce en la narración neutra de lo que, estima, sucedió, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gobiernan los hechos.⁵⁴

Por último, el 30 de abril de 2025, la Sala de Casación Penal profirió una sentencia que consolidó todas las anteriores decisiones. La Corporación afirmó que la labor de imputación y acusación por parte de la Fiscalía no es un ejercicio discrecional o exento de controles, sino que exige un deber de objetividad y una construcción seria de la teoría del caso⁵⁵. Según la Corte, esta labor debe fundarse en una descripción clara y precisa de los hechos, con detalle de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ajustadas a la hipótesis fáctica y jurídica del tipo penal aplicable. La imputación debe estar debidamente estructurada desde sus etapas más primigenias, como garantía de legalidad, defensa y contradicción. En este sentido, el juez penal, como director del proceso, tiene el deber constitucional de ejercer control sobre los hechos

53 Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP322 de 2025, Rad. 58474 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito)

54 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP106 de 2025, Rad.68243 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

55 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP1148 de 2025, Rad. 60117 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

imputados, la calificación jurídica y la suficiencia probatoria. Aunque ese control puede tener límites frente a la tipicidad, la Corte admite que, ante imputaciones manifiestamente ilegales —por ser contra fácticas, contradictorias o excesivas—, el juez no solo puede sino que debe intervenir, absteniéndose de convalidar el acto. Así, se reconoce abiertamente que el control judicial material sobre la imputación es una exigencia de legalidad, y se legitima especialmente en las terminaciones anticipadas del proceso cuando las evidencias presentadas ponen de manifiesto graves defectos en la delimitación fáctica⁵⁶.

Estas decisiones evidencian que el acto de imputación ha dejado de ser visto como una actuación meramente instrumental o unilateral: hoy se le reconoce su papel estructural dentro del proceso penal y su potencial para afectar de manera sustancial y legítima —o ilegítima— los derechos del imputado y de la víctima. La Fiscalía no es una parte “ordinaria” dentro del proceso, sino una autoridad pública que ostenta poder punitivo del Estado, y por ello, su actuación debe estar sometida a la legalidad, la razonabilidad y el control.

Desde esta óptica, el juez de control de garantías no puede permanecer pasivo cuando el acto de imputación se presenta sin sustento, de forma oscura, arbitraria o ilegítima. Su deber de dirección del proceso, la salvaguarda del bloque de constitucionalidad y su rol como protector de las garantías procesales le imponen la obligación de intervenir —cuando corresponda y en las fases procesales pertinentes— para corregir, rechazar o declarar inválida una imputación mal hecha. Así lo exige no solo el derecho interno, sino el estándar convencional en materia de debido proceso y legalidad penal.

Corolario de lo anterior, la evolución jurisprudencial colombiana ha transitado desde la rigidez doctrinal del modelo acusatorio puro hacia una concepción más equilibrada, donde el juez de control de garantías recupera su rol como garante de los derechos fundamentales.

7. Mirada desde el derecho comparado

La tensión entre el carácter adversarial del proceso penal y la necesidad de controlar actos unilaterales del órgano de persecución penal no es exclusiva del sistema colombiano. En efecto, el debate sobre la legitimidad y los límites del acto de

56 Ibid. “En consecuencia, no es cierto que la función de acusación en cabeza de la fiscalía implique la ausencia de control en su ejercicio investigativo y acusatorio. El deber de objetividad que le corresponde, así como la prevalencia del principio de legalidad en nuestro modelo acusatorio, requiere necesariamente el control del director del proceso penal: el juez. Control que, por supuesto, deberá ser ejercido bajo los márgenes dispuestos para la función que le corresponde.”

imputación ha sido abordado, con diferentes matices, por múltiples sistemas jurídicos alrededor del mundo, en especial aquellos que adoptaron esquemas acusatorios inspirados en el modelo anglosajón. Colombia no es ajena a esa influencia: la Ley 906 de 2004 recoge elementos propios del sistema estadounidense, sin embargo, y en lo que concierne a nuestro objeto de estudio, el punto de comparación más cercano es el modelo puertorriqueño, que contempla controles judiciales más sólidos sobre el inicio formal del proceso penal.

Históricamente, los sistemas de justicia penal han oscilado entre esquemas inquisitivos y acusatorios. Mientras que en el sistema inquisitivo las funciones de investigar, acusar y juzgar se concentran en una sola instancia estatal, en el modelo acusatorio se promueve la separación funcional de estos roles como garantía de imparcialidad y contradicción. Esta evolución fue marcada por la influencia de la Ilustración y la Declaración de Derechos de 1789, que propugnó por el control del poder estatal punitivo y la garantía del debido proceso⁵⁷.

Comenta Urbano que en los sistemas donde no había separación entre quien acusaba y quien juzgaba, no se discutía la necesidad de controles externos, porque el juez tenía el monopolio del poder punitivo. Pero al dividir las funciones, se hizo evidente que el poder de iniciar una persecución penal no podía quedar librado al arbitrio exclusivo de una parte, por más pública que fuese. Por eso surgió la necesidad de que existiera un tercero imparcial —el juez— que verificara la legalidad y razonabilidad de la decisión de iniciar el proceso formal⁵⁸.

Veamos, en gracia de discusión, el modelo norteamericano. En el sistema penal de los Estados Unidos, la acusación y la imputación (a efectos prácticos del artículo, le llamaremos así al estudio del caso por parte del Gran Jurado) están bajo la responsabilidad del poder ejecutivo. Los fiscales federales, adscritos al Departamento de Justicia, tienen la facultad de decidir cuándo y a quién imputar y acusar⁵⁹.

57 José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 45-46. "Ahora, en aquellos ámbitos en los que no había separación entre quien acusaba y quien juzgaba, no se discutía la legitimidad del juez para afectar los derechos del investigado, acusado y condenado pues el poder para hacerlo estaba incluido en el monopolio que ejercía sobre la acción penal y el juzgamiento. El escenario era distinto en aquellos medios en los que las funciones de investigación y acusación se separaron, pues si bien inicialmente se asumió que el investigador tenía legitimidad para formalizar una investigación y afectar los derechos del investigado, paulatinamente se comprendió la necesidad de que tales atribuciones, por su trascendencia, se desvincularan del ámbito de decisión de una parte procesal y se radicaran en un tercero imparcial"

58 Ibid.

59 Sin perjuicio de esto, es importante resaltar que, si bien el sistema colombiano tomó como punto de referencia algunos procedimientos del sistema estadounidense, también es cierto que ambos

Esta decisión se basa en la evidencia recolectada por agencias como el FBI o la DEA, que es evaluada por fiscales auxiliares para determinar si existe causa probable para formular cargos⁶⁰.

Si la evidencia no es suficiente, el caso se archiva o se continúa investigando. En otros casos, la evidencia se somete al Gran Jurado, una institución histórica que actúa como filtro previo a la acusación formal. Aunque su función originalmente fue inquisitiva, hoy se considera una herramienta de control democrático del ejercicio punitivo, pues impide que una persona sea sometida a juicio sin una revisión previa por parte de un cuerpo colegiado que verifique si existen elementos suficientes de causa probable⁶¹.

El procedimiento ante el Gran Jurado es reservado, y no permite la participación activa de la defensa dentro de la sala. Sin embargo, el imputado puede pedir recesos para consultar con su abogado, quien lo espera fuera del recinto⁶². En todo caso, el estándar para acusar exige que el fiscal muestre evidencia prima facie de que se ha cometido un delito y que el acusado participó culpablemente⁶³.

Como regla general, en los sistemas federales de EE.UU., el control está en manos del Gran Jurado, mientras que en los sistemas estatales puede estar a cargo de un juez de audiencias preliminares. En ambos casos, el objetivo es determinar si existen motivos suficientes para que el caso avance.

A diferencia del modelo estadounidense, el sistema penal puertorriqueño —aunque influido por el *common law*— ha evolucionado hacia un esquema de control judicial más garantista y equilibrado. El proceso comienza con una vista preliminar, equivalente funcional a nuestra audiencia de formulación de imputación, en la cual un juez evalúa si existe causa probable para acusar. Esta audiencia busca evitar que el ciudadano sea sometido a juicio de manera arbitraria o infundada⁶⁴.

sistemas guardan diferencias estructurales muy relevantes. Por ejemplo, los fiscales del distrito son elegidos por voto popular. A su vez, el Fiscal General (jefe de los fiscales federales) lo designa el Presidente de Estados Unidos.

60 Heliodo Fierro-Méndez, *La imputación y acusación en el sistema penal acusatorio* (Bogotá: Leyer, 2012), 103.

61 Urbano Martínez, El control de la acusación. 55; Fierro-Méndez. La imputación y acusación en el sistema penal acusatorio, 103.

62 Fierro-Méndez. La imputación y acusación en el sistema penal acusatorio, 104.

63 Stephen Thaman, “Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos”, en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coord. Lorena Bachmaier Winter (Marcial Pons, 2008): 161-176.

64 Fierro-Méndez. La imputación y acusación en el sistema penal acusatorio, 105.

Durante esta audiencia, el imputado tiene derecho a asistencia letrada y puede contrainterrogar a los testigos presentados por la Fiscalía. Incluso puede solicitar pruebas en su defensa. Aunque no todos los elementos de prueba son de acceso inmediato, se reconoce la posibilidad de que la defensa los solicite y justifique su necesidad. Así, el control no solo es formal: el juez entra a valorar la razonabilidad de la acusación, bajo el estándar de causa probable, y puede rechazarla si no encuentra sustento suficiente.

Este modelo es particularmente relevante para el sistema colombiano actual, ya que reconoce el rol activo del juez de control de garantías en el inicio del proceso penal, pero sin desdibujar el principio de separación de funciones. El fiscal sigue siendo el titular de la acción penal, pero el juez garantiza que esa potestad se ejerza conforme a los principios de legalidad, racionalidad y protección de derechos fundamentales.

En Europa continental, donde predomina el modelo mixto, también existen mecanismos intermedios de control. En Italia, por ejemplo, una vez finalizada la investigación, se realiza una audiencia preliminar ante un juez, quien evalúa la regularidad de los actos realizados y decide si procede o no la acusación. El juez puede dictar auto de sobreseimiento o citar a juicio, y debe presentar una narración clara y precisa de los hechos y pruebas⁶⁵.

De manera similar, en el procedimiento intermedio alemán, el tribunal evalúa si la acusación satisface un estándar de “sospecha suficiente” y puede rechazar la apertura del juicio si no se cumple dicho umbral. Este control, aunque limitado, permite proteger al acusado de acusaciones infundadas o arbitrarias, y asegura que el juicio solo se abra cuando existe una base mínima razonable⁶⁶.

Por su parte, la Corte Penal Internacional prevé un control judicial detallado sobre la acusación. La Sala de Cuestiones Preliminares celebra una audiencia para confirmar los cargos, en la cual el fiscal debe presentar pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen. La defensa puede contradecir los cargos y aportar pruebas. El juez puede confirmarlos, modificarlos o rechazar la acusación, lo que muestra un modelo robusto de control material, incluso en la fase previa al juicio⁶⁷.

Aunque el sistema penal colombiano adoptó formalmente una estructura adversarial inspirada en el modelo estadounidense, en la práctica ha venido

65 Urbano Martínez. El control de la acusación, 50.

66 Kai Ambos. *Proceso Penal. Perspectiva internacional, comparada y latinoamericana* (México: Ubijus, 2004), 186 y 189.

67 Urbano Martínez. El control de la acusación, 57.

acerándose más al esquema puertorriqueño, en el que el control judicial sobre el acto de imputación cumple un papel central. El juez de control de garantías, en Colombia, no solo verifica aspectos formales, sino que está llamado a asegurar que el acto de imputación cumpla con su finalidad comunicacional, sea claro, fundado y no arbitrario

Esta tendencia no implica una traición al modelo acusatorio, sino su maduración. Los sistemas comparados muestran que ningún modelo acusatorio puro ha renunciado completamente al control judicial, y que el respeto por la imparcialidad judicial no impide verificar la razonabilidad y legalidad del inicio de la persecución penal.

En suma, la experiencia comparada confirma que el control judicial sobre actos como la imputación no solo es posible, sino deseable. Así se evita el riesgo de convertir al ciudadano en víctima de una actuación unilateral e incontrolada del aparato punitivo. Como lo advierte Urbano Martínez, una imputación infundada equivale a imponer “la pena del banquillo”⁶⁸, esto es, una sanción procesal anticipada e injusta⁶⁹. Por eso, la garantía judicial del inicio del proceso penal es, en todos los sistemas modernos, una expresión del principio de legalidad y una salvaguarda de la dignidad humana.

8. Reflexión del autor

Durante varios años, el proceso penal colombiano convivió con un uso expansivo —e incluso desmedido— de la imputación penal, sin que existiera un control judicial real o efectivo sobre esta actuación procesal. El carácter de “acto de parte” que se le asignó en los primeros años del sistema adversarial fue interpretado por muchos operadores como una suerte de licencia institucional para formular imputaciones sin mayor exigencia estructural, sin precisión fáctica, sin filtro de legalidad y, lo más preocupante, sin conciencia del impacto que una formulación deficiente podía tener sobre los derechos fundamentales del ciudadano imputado.

La ausencia de un control riguroso de legalidad y de finalidad comunicacional sobre la imputación propició, en muchos casos, la judicialización irreflexiva de

68 Mauricio Pava Lugo, “Cuando le apostamos a la ‘pena del banquillo’”, *Diálogos Punitivos*, agosto 30, 2019, <https://dialogospunitivos.com/cuando-le-apostamos-a-la-pena-del-banquillo/> “La pena del banquillo, la potencializa la necesidad de generar reportes y chivas que, con seguridad, serán tuiteados y circulados en las revistas, y cuyo rating permitirá la sostenibilidad económica del programa periodístico o de los medios mismos por los cuales se difunde. Por otro lado, la necesidad de obtener justicia (así sea aparente), cuando, como comunidad, recibimos la noticia de que, frente a determinados hechos, son llevados a imputación o encarcelados preventivamente individuos cuya identidad y efectiva participación en los hechos nos importa poco. Por supuesto, cuando la identidad del procesado valoriza la noticia, la sensación de justicia es mayor.”

69 Urbano Martínez. El control de la acusación, 50.

ciudadanos que no debieron sentarse en el banquillo de los acusados. Personas que, quizás, con una adecuada revisión de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos, nunca habrían cruzado el umbral del juicio penal. Este uso acrítico y extensivo de la imputación no fue inocuo: afectó libertades, destruyó reputaciones, desdibujó el principio de inocencia y comprometió la eficacia del sistema penal como garantía democrática. Debido a lo anterior —quizás— obedeció las cifras de derrota en la fiscalía en juicios orales (de un tiempo para acá):

Año	Sentencia en juicio oral	Absolutorias	Condenatorias
2023	21.817	56.3%	43.7%
2022	19.302	56.0%	44.0%
2021	19.416	60.5%	39.5%
2020	15.184	58.3%	41.7%
2019	18.467	57.0%	43.0%
2018	18.366	52.5%	47.5%
2017	18.341	50.8%	49.2%
2016	18.629	49.0%	51.0%
2015	15.682	45.9%	54.1%
2014	10.997	41.4%	58.6%
2013	8.457	38.4%	61.6%
2012	5.194	34.4%	65.6%
2011	1.786	27.9%	72.1%

Fuente: Corporación Excelencia para la Justicia⁷⁰

En ese contexto, la técnica jurídica adecuada para enfrentar estas falencias debe orientarse a corregir el acto desde su base, sin acudir a atajos ni renunciar a los cauces procesales disponibles. Así, la defensa —una vez culminada la formulación de imputación— debe solicitar al fiscal que aclare, corrija o adicione aspectos que resulten oscuros, contradictorios o incompletos, en especial aquellos relacionados con la identificación de los hechos jurídicamente relevantes, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y la participación atribuida al imputado⁷¹.

70 Tomado de Corporación Excelencia para la Justicia, “Composición de las sentencias emitidas en juicio oral en el Sistema Penal Acusatorio colombiano”, Indicadores de Justicia-Criminalidad, actualizado octubre 4, 2025, <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/composicion-de-las-sentencias-emitidas-en-juicio-oral-en-el-sistema-penal-acusatorio-colombiano/>

71 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1571 de 2024, Rad. 64442 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Si el fiscal accede a la solicitud y subsana adecuadamente las deficiencias, se habrá restablecido la regularidad del acto y con ello, su capacidad para surtir efectos procesales válidos. Pero si el fiscal no lo hace, o lo hace de forma deficiente, corresponde entonces formular solicitud al juez de control de garantías para que se abstenga de impartir legalidad al acto de imputación, en tanto no cumple con los requisitos constitucionales y procesales exigidos para su validez⁷².

Ahora bien, si el juez no atiende la solicitud o convalida el acto irregular, la defensa debe esperar la siguiente oportunidad procesal, esto es, la audiencia de formulación de acusación. Allí se verificará si en el escrito de acusación persisten las inconsistencias que se arrastran desde la imputación. De persistir, se deberá solicitar al fiscal que corrija, complemente o modifique el escrito de acusación, como mecanismo para salvaguardar la congruencia, la claridad del proceso y el derecho de defensa. Y si el fiscal tampoco lo hace, o lo hace de manera insuficiente, la defensa podrá acudir al remedio extremo pero legítimo: la solicitud de nulidad del acto jurisdiccional que declaró la legalidad del acto de parte, en tanto este no reunía los requisitos mínimos exigidos por el ordenamiento procesal para desplegar efectos válidos.

Este recorrido metodológico —basado en el principio de corrección progresiva, pero también en la exigencia de garantías efectivas— no es un capricho ni una táctica defensiva más. Es, en realidad, una manifestación del principio de legalidad procesal que, como lo recuerda Alberto Binder, no puede ser renunciado por los actores del proceso penal. Para este autor, “toda la actividad que se realiza en la justicia penal está sometida a formas [...], reglas de cumplimiento obligatorio cuyo incumplimiento acarrea graves consecuencias [...]; en fin, la justicia penal es formal y puede ser vista como un conjunto de formas cuyo cumplimiento asegura la consecución de muchas de sus finalidades y cuya distorsión produce graves males”⁷³. Las formas no son tecnicismos: son estructuras normativas que aseguran la transparencia, la igualdad y el control del poder punitivo.

En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli advierte que el proceso penal es un límite institucional al ejercicio del poder y que “la investigación judicial no es una búsqueda puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre las libertades de los ciudadanos en las que el poder, en ausencia de límites normativos, tiende indefectiblemente a prevalecer sobre el saber”⁷⁴. Por eso, en un modelo garantista,

72 Ibid.

73 Alberto Binder, *Derecho procesal penal. Tomo III. Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades* (Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 2017).

74 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1989), 154.

ningún acto de poder —como la imputación— puede operar sin estar sometido a límites normativos, a estructuras de validación racional y a controles institucionales eficaces.

Ferrajoli también recuerda que el garantismo no es legalismo ciego ni mecanicismo ritual, sino crítica activa del abuso del derecho. Para él, el juez no es una máquina automática que convalida sin pensar; debe ser un garante activo de los derechos. “Ningún consenso político [...] puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria [...]. Ningún principio de autoridad puede hacer verdadero lo falso, o viceversa”⁷⁵. Esa lógica se aplica a la imputación: ninguna institucionalización de la práctica puede convertir en válida una imputación mal formulada.

Ahora bien, algunas posturas recientes han sostenido que, debido al carácter de acto de parte que tiene la imputación, no es viable que el juez de control de garantías ejerza ningún control material sobre su contenido, más allá de verificar su estructura formal. Desde esta perspectiva, la exigencia de claridad en la imputación no permitiría evaluar si los hechos atribuidos tienen soporte o coherencia suficiente, sino únicamente si fueron expuestos de forma gramaticalmente comprensible. Incluso se ha sugerido que los estándares probatorios aplicables a la imputación no pueden ser controlados judicialmente, y que su utilidad radicaría en promover un autocontrol discrecional por parte del fiscal⁷⁶.

Esta interpretación, sin embargo, parece desconocer tanto la evolución jurisprudencial como los fundamentos constitucionales del modelo penal garantista. Limitar el control judicial a un análisis meramente sintáctico de la imputación implica asumir que el acto comunicacional fundacional del proceso penal puede estar vacío de racionalidad sustantiva sin que ello tenga consecuencias procesales. Afirmar que los umbrales de suficiencia probatoria son imprecisos —y que, por tanto, deben quedar

75 Ibid., 554

76 “De hecho, la imputación puede ser el único referente para la sentencia condenatoria en casos de terminación anticipada, por lo que, frente a un acuerdo, el juez debe verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable demostrada con evidencia relevante, por lo que el estándar para proferir condena en este caso tiene que abarcar el peso probatorio, es decir, la riqueza del conjunto de elementos materiales probatorios a disposición del juzgador. Siendo un acto de parte, este nivel de suficiencia probatoria sugerido para la imputación no puede ser controlado por el juez de control de garantías, quien debe limitarse a analizar la corrección formal de ese acto procesal según lo dispuesto en la ley, la cual, por lo demás, exige que la narración de los hechos jurídicamente relevantes sea clara, sucinta y en lenguaje comprensible. Luego, el estándar sugerido para la imputación podría servir únicamente como un mecanismo de autocontrol para la fiscalía, pues la inhibiría de presentar ante el juez casos débiles sin el soporte probatorio mínimo para satisfacer ese nivel de suficiencia probatoria”. Miguel Ángel Muñoz García, *El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva. Dogmática penal y estándares de prueba* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez, 2023), 558-559.

librados al buen juicio del ente acusador— naturaliza la inseguridad jurídica que tales ambigüedades generan, y vacía de contenido la función de garantía que debe ejercer el juez. En un sistema constitucional de derecho, la legalidad procesal no puede depender del “autocontrol” del poder punitivo, sino del control efectivo que ejerzan los jueces frente a actos que afectan derechos fundamentales.

En suma, la invitación que aquí se formula es a repensar el lugar que ocupa la imputación en el sistema penal colombiano. A entenderla no como una simple fórmula de apertura del proceso, sino como un acto comunicacional complejo, con efectos procesales serios, que debe ser controlado, corregido y, si es necesario, invalidado. El respeto por las formas, el ejercicio de los controles y el uso adecuado de las nulidades no son obstáculos para la justicia: son garantías de que ésta se construya sobre bases legítimas, racionales y respetuosas de la dignidad humana.

9. Conclusiones

La formulación de imputación no puede ser comprendida como un acto procesal meramente ritual o simbólico. Se trata de un acto de poder del Estado, estructurado como acto de parte dentro de un sistema acusatorio, pero cargado de consecuencias jurídicas sustanciales para el ciudadano. Esta doble naturaleza —formalmente adversarial, pero sustancialmente garantista— exige que el acto sea controlado por el juez de control de garantías, tanto en su aspecto formal como en su contenido comunicacional y material.

A lo largo del desarrollo del artículo se ha demostrado que la jurisprudencia nacional ha transitado desde una postura de absoluto respeto por la “intocabilidad” del acto de imputación —por considerarlo exclusivo del fiscal— hasta una doctrina más garantista, que reconoce su dimensión estructural en el proceso y su impacto sobre los derechos fundamentales del imputado. Esta evolución ha permitido consolidar un estándar mínimo de control que hoy exige claridad, precisión y neutralidad en la presentación de los hechos jurídicamente relevantes.

Desde la perspectiva teórica, el artículo ha planteado la comprensión de la imputación como un acto comunicativo jurídico, a partir de la teoría de la acción comunicativa de Habermas y el análisis de la dogmática procesal. Esto permite afirmar que el valor del acto de imputación no depende solo de su emisión, sino de su capacidad para ser comprendido, respondido y asumido racionalmente por el imputado. La imputación que no comunica adecuadamente —por ambigüedad, contradicción o imprecisión— es inválida, y no puede surtir efectos legítimos en el proceso.

También se presentó una propuesta metodológica clara para la defensa, orientada a corregir, cuestionar y, si es necesario, solicitar la nulidad del acto de imputación cuando este no cumple su finalidad estructural. Esta ruta garantiza que los actos procesales no se impongan de forma arbitraria, sino que se sometan a reglas, controles y principios de legalidad, como exige un Estado social y democrático de derecho.

Finalmente, el estudio comparado permitió corroborar que el modelo colombiano, aunque formalmente inspirado en el sistema anglosajón, se ha aproximado al modelo puertorriqueño, en el que el juez desempeña un rol activo y garantista frente a la pretensión acusatoria. Ello confirma que el control judicial sobre la imputación no desnaturaliza el sistema acusatorio, sino que lo fortalece desde la perspectiva de los derechos fundamentales y del respeto por la racionalidad procesal.

La imputación, en suma, es mucho más que un acto de parte: es un acto fundacional del proceso penal, que debe cumplir estrictas exigencias normativas, comunicacionales y constitucionales. Solo así podrá cumplir su verdadera función: la de permitir que un ciudadano comprenda por qué está siendo llamado a responder penalmente y pueda ejercer una defensa real, efectiva y legítima.

Bibliografía

- Ambos, Kai. *Proceso penal. Perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*. México: Ubijus, 2004.
- Arango, María Isabel. "A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103)". *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 6, n.º 75 (2010): 231–242
- Bachmaier Winter, Lorena, coord. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Binder, Alberto. *Derecho procesal penal. Tomo II. Dimensión político–criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 2014.
- Binder, Alberto. *Derecho procesal penal. Tomo III, Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 2017.
- Carnelutti, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1950.

- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del derecho procesal civil. Volumen I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-559 de 2019 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-360 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia T-44103 del 22 de septiembre de 2009, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1086 de 2023, Rad. 62206 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP1571 de 2024, Rad. 64442 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP2880 de 2023, Rad. 62296 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. AP6049 de 2014, (segunda instancia), Rad. 42452 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Providencia del 8 de octubre de 2008, Rad. 29338, (M.P. Alfredo Gómez Quintero).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Providencia del 10 de marzo del 2010, Rad. 32422, (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Providencia del 16 de octubre de 2013 (segunda instancia), Rad. 39886 (M.P. José Leonidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP106 de 2025, Rad. 68243 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP1148 de 2025, Rad. 60117 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

- 108 Formulación de imputación: un acto de parte reglado sometido a control jurisdiccional por parte de los jueces de control de garantías
YEPES ORTEGA, SANTIAGO; GÜETTE HERNÁNDEZ, DAVID MODESTO

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP13939 de 2014, Rad. 42184 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP14191 de 2016, Rad. 45594 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP14842 de 2015, Rad. 43436 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP16913 de 2016 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP2042 de 2019, Rad. 51007 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP2446 de 2019, Rad. 52967 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP322 de 2025, Rad. 58474 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP3329 de 2020 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. SP9853 de 2014, Rad. 40871 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP1379 de 2023, Rad. 58550, (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 6 de febrero de 2013, Rad. 39892, (M.P. José Luis Barceló Camacho).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP9853 de 2014, Rad. 40.871 (M.P: José Leonidas Bustos Martínez).

Corte Suprema de Justicia. AP6049 de 2014 (segunda instancia), Rad. 42452 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar)

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP13939 de 2014, Rad. 42184 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández)

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP14842 de 2015, Rad. 43436 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP2042 de 2019, Rad. 51007, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP 4792 de 2018, Rad. 52507 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-560 de 2018, Rad. 52311, (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP-594 de 2019, Rad. 51596 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP2042 de 2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP16913 de 2016 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP106 de 2025, Rad.68243 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP1148 de 2025, Rad. 60117 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: De Palma, 1958.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989.
- Fierro-Méndez, Heliodo. *La imputación y acusación en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer, 2012.
- García Valencia, Jesús Ignacio. *Conferencias sobre el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- González Jaramillo, José Luis. *El control de la imputación: una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2019.
- Grau, Joan Verger. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.
- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus Humanidades, 1999
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de obligaciones II, volumen I*. Bogotá: Externado, 2015.

Jaramillo Díaz, Juan Guillermo. "Estructura básica de la actuación penal (Sistématica procesal penal mixta acusatoria - Ley 906 de 2004)". En *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, compilado por John Jaime Posada Orrego y Juan Guillermo Jaramillo Díaz. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008.

Martín González, Marina. *Los actos procesales de comunicación y su vinculación con el efectivo ejercicio del derecho de defensa*. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2023.

Melo Vargas, Juan Diego. "Comentario X. Los hechos jurídicamente relevantes presentados en la imputación: piedra angular del principio de congruencia". En *Estudios Críticos: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 9*, coordinado por Ricardo Posada Maya, Fernando Velásquez Velásquez y Ricardo Molina López. Bogotá: Ediciones Uniandes – Grupo Editorial Ibáñez, 2024.

Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

Moreno Rivera, Luis Gustavo. Coord. *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014.

Muñoz García, Miguel Ángel. *El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva. Dogmática penal y estándares de prueba*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez, 2023.

Pava Lugo, Mauricio. "Cuando le apostamos a la 'pena del banquillo'". *Diálogos Punitivos*, agotos 30, 2019. <https://dialogospunitivos.com/cuando-le-apostamos-a-la-pena-del-banquillo/>

Pava Lugo, Mauricio. "Litigio estratégico y prevención de abuso del poder punitivo en Colombia". En *Sostenibilidad y Proceso*, 233–252. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2023.

Pava Lugo, Mauricio. *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

Peláez Mejía, José María y Nelson Saray Botero. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica*. Bogotá: Leyer Editores, 2022.

Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

Quintero Jiménez, Camilo Alberto. *Fase intermedia y control de los actos acusatorios en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

- Ramírez Bastidas, Yesid. *Sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- Ramírez Contreras, Luis Fernando. *Las audiencias en el sistema penal acusatorio. Teórico – práctico*. Bogotá: Leyer, 2007.
- Saray Botero, Nelson. *Procedimiento penal acusatorio (Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado)*. 2.^a ed. Bogotá: Leyer Editores, 2017.
- Thaman, Stephen. "Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos". En *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Coordinado por Lorena Bachmaier Winter. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Toro Lucena, Óscar Augusto. "De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía". En *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Coordinado por Luis Gustavo Moreno Rivera. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014.
- Urbano Martínez, José Joaquín. *El control de la acusación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Vanegas Villa, Piedad Lucía. "La imputación". En *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, compilado por John Jaime Posada Orrego y Juan Guillermo Jaramillo Díaz. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2008.
- Yepes Ortega, Santiago, "Hechos jurídicamente relevantes: la necesidad de un control material desde la imputación", *Diálogos Punitivos*, febrero 17, 2023, <https://dialogospunitivos.com/hechos-juridicamente-relevantes-la-necesidad-de-un-control-material-desde-la-imputacion/>

Declaración de coautoría

Todos y solo los investigadores que cumplen con los requisitos de autoría de este artículo figuran como autores; todos los coautores son totalmente responsables de este trabajo en su totalidad.

- **Santiago Yepes Ortega:** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, aprobación de la versión final.
- **David Modesto Güette Hernández:** conceptualización, metodología, investigación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.



NÁJERA GONZÁLEZ, XAVIER, "Breves comentarios sobre aspectos esenciales del criminal compliance", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Breves comentarios sobre aspectos esenciales del criminal compliance

Brief comments on essential aspects of criminal compliance

XAVIER NÁJERA GONZÁLEZ*

Fecha de recibo: 16/07/2025. Fecha de aceptación: 30/08/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.4

Resumen

El artículo aborda la explicación de diferentes aspectos del cumplimiento normativo penal. Comienza con la definición del concepto. A continuación, aborda la importancia de prevenir delitos mediante el cumplimiento normativo penal y el papel del oficial de cumplimiento en este proceso. Posteriormente, explica los diferentes marcos regulatorios que han surgido a nivel mundial, incluyendo diferentes estándares y requisitos para que esta tarea sea más fiable para las personas jurídicas. Todo para finalizar en ciertas reflexiones de la temática en general.

Palabras clave

Oficial de cumplimiento, cumplimiento penal, personas jurídicas.

* Doctor en derecho penal, procesal penal y derechos humanos por la Universidad de Salamanca, España. Maestro y Doctor en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Ex Secretario de Juzgado y de Tribunal en el Poder Judicial de la Federación (10 años). Catedrático de Derecho Penal y Criminología en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (19 años). Abogado en ejercicio (15 años). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en el Nivel I, de la Secretaría de Ciencias, Humanidades, Tecnología e Innovación (SECIHTI) en México. Contacto: xnajerag@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-8236-7612>

Abstract

This article addresses various aspects of criminal law compliance. It begins with a definition of the concept. It then addresses the importance of preventing crimes through criminal law compliance and the role of the compliance officer in this process. It then explains the various regulatory frameworks that have emerged worldwide, including different standards and requirements to make this task more reliable for legal entities. All this will lead me to establish certain thoughts on the subject in general.

Keywords

Compliance Officer, Criminal Compliance, Legal Entities.

Sumario

1. Introducción.
2. Normativa en España: Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015.
3. Prevención de delitos en el interior de la empresa.
4. El oficial de cumplimiento normativo.
5. El Pacto Mundial de la ONU (UN Global Compact).
6. Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.
7. Recomendaciones de la OCDE.
8. Norma ISO 19600 sobre Sistemas de Gestión de Compliance; Norma UNE 19601 sobre Implementación y Certificación de Sistemas de Compliance Penal y Norma ISO 37301: 2021.
9. Reflexiones finales sobre el criminal compliance en general, como herramienta de exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica.
10. Bibliografía.

1. Introducción

El presente trabajo no pretende agotar todos los subtemas variados y complejos del *criminal compliance* en materia empresarial como si fuera un tratado sobre la materia. Simplemente se limita a dar una visión panorámica de los aspectos más esenciales de este tema. Esto es así, pues el enfoque de este trabajo de investigación parte de un método inductivo, que va de lo particular a lo general, y por ende, toca el tema del *criminal compliance* como una problemática en particular, digna de ser expuesta, con miras a la comprensión de sus aspectos esenciales en general. Esto tiene el objetivo de resaltar la importancia de la aplicación de estas particulares artistas, en el seno de cualquier empresa en general. Por tanto, no se utiliza un método deductivo, que a la inversa, pretenda particularizar a grado máximo cada uno de dichos subtemas que lo componen, con el consecuente establecimiento de conclusiones sumamente particulares de lo ahí manifestado. El objetivo de este trabajo, simplemente, gira en establecer una serie de problemáticas concretas del

criminal compliance, para que al final, se brinden algunas reflexiones personales sobre dicha temática en general.

Dicho lo anterior, es menester indicar que el actuar bajo *compliance* consiste en adecuar la actuación de los directivos, empleados y agentes de una determinada empresa, conforme a las políticas, procedimientos, y normas aplicables en ese particular campo productivo. Este término anglosajón que significa "cumplimiento normativo" (compliance), se configura por una serie de pautas, líneas, directrices o reglas que es preciso cumplir para que los particularmente interesados en hacerlo, puedan considerar su actuación en consonancia con el ordenamiento legal¹.

En efecto, este marco normativo no se conforma solo por normas, leyes o reglamentos, ya que también debe incluir las políticas internas, los compromisos adquiridos con los clientes en lo particular, y sobre todo, la aplicación de códigos éticos que la empresa se ha comprometido a respetar. Todo ello es así, pues puede haber actuaciones que sean legales, pero carentes de ética en general, lo que también influye en la imagen y reputación misma de la empresa².

Esta figura del *compliance*, proviene del término "*to comply with*" (cumplir con), que tuvo sus primeros logros internacionales en la regulación del comercio internacional en torno a la prevención del soborno³. Aunado a ello, tuvo mucho éxito en sus inicios dentro del sector financiero, porque esta clase de entidades, con frecuencia se enfrentaban a una diversidad de normas complejas, que estaban revestidas de sanciones muy altas⁴.

1 Miguel Ontiveros Alonso, "¿Para qué sirve el compliance en materia penal? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)", en *El Código Nacional de Procedimientos Penales*. Estudios, coord. Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015), 141.

2 Juan Carlos Ferré Olivé, "Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa", *Revista Penal México* 9, n.º16 -17 (Marzo 2019 - febrero 2020): 64.

3 Así, en 1997, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), celebró en París, Francia, la Convención sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Derivado de los compromisos adoptados por los estados firmantes, se establecieron medidas anticorrupción, que representaron la adopción de medidas de autocumplimiento empresarial. Con ello, se creó una cultura de *compliance* con directrices legales y reglamentarias que se han venido extendiendo con el tiempo. Leandro Sarcedo, "Compliance e Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica: Construção, baseado na culpabilidade Corporativa" (Tesis de doctorado, Facultade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014), 1-325.

4 Juan R. Quintás Seoane, "La gestión del riesgo normativo en el sistema financiero", *Revista Galega de Economía* 16, (2007): 3-6.

Por tanto, se vieron en la necesidad de crear departamentos especiales, que estaban dedicados a asegurar el cumplimiento con dichas normas, para evitar a toda costa ser infraccionados, con lo cual se creó en 1977 la figura del compliance officer (oficial de cumplimiento)⁵. Persona que se encarga de dar cumplimiento de las normas regulatorias, lo que garantiza que los estados financieros y la información revelada reflejen con precisión la situación financiera y el rendimiento de la organización.

Esta figura es crucial, pues garantiza la fiabilidad para la toma de decisiones informada por parte de las partes interesadas, incluyendo inversores, acreedores y organismos reguladores⁶. Estos nuevos departamentos se establecen separados del área de asesoría legal, que hasta entonces era la encargada de esta función⁷.

Actualmente, se ha popularizado la figura por despachos que tratan de ofrecer servicios de blindaje mediante criminal compliance, para prevenir delitos en el seno de la empresa. Sin embargo, el compliance debe abarcar aspectos que escapan las fronteras del derecho penal propiamente dicho, pues todas las demás áreas legales también deben ser objeto de prevención mediante cumplimiento normativo con las mismas⁸.

En España, el impulso definitivo al compliance viene por parte del legislador, que reforma el Código Penal en 2010 y 2015 e introduce la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente de los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de sus representantes legales o administradores y personas sometidas a su autoridad⁹.

5 Alejandro Turienzo Fernández, "La responsabilidad penal del compliance officer", (Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2020), 23.

6 Maxwell Nana Ameyaw, Courage Idemudia, & Toluwalase Vanessa Iyelolu, "Financial compliance as a pillar of corporate integrity: A thorough analysis of fraud prevention", *Finance & Accounting Research Journal* 6, n.º7 (July 2024): 1160.

7 Por lo que se refiere a México, el compliance llega a través de las empresas multinacionales con filiales en el extranjero y empresas nacionales con conexiones fuera de sus fronteras. Sin embargo, ello ha tenido poca repercusión en las micro, pequeñas y medianas empresas, que son casi siempre de índole familiar, y son las que más comúnmente existen en México. Yolanda Cristina Ramírez Soltero y Gabriel Abraham Chapa Abrego, "Reflexiones sobre el cumplimiento normativo en México. Compliance en México", Revista del posgrado en derecho de la UNAM. *Revista especial de la facultad de derecho* (2022): 270-271.

8 Ramírez Soltero y Chapa Abrego, "Reflexiones sobre el cumplimiento normativo en México. Compliance en México".

9 Álvaro Mendo Estrella, "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (ADPDCP) LXX (2017): 114.

Atendiendo a estas reformas, “compliance” se equipara a la figura del “devido control”¹⁰, introducida en la legislación española mediante las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015 de modificación del Código Penal. Aquí, lo novedoso con relación a este tema, fue la necesidad de crear un departamento o establecer una función específica para llevar a cabo estas funciones de control organizacional de las empresas, con el fin de evitar la responsabilidad jurídico-penal en que pudiera incurrir la empresa misma, por incumplimiento de los baremos de control debido de su actuar con relación a la normatividad incumplida¹¹.

2. Normativa en España: Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015

La Ley Orgánica 5/2010 (según modificación de 23 de junio de 2010 relativa al Código Penal Español, publicada en el Boletín Oficial del Estado), introdujo por primera vez en el ordenamiento español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por los actos cometidos por sus directivos y personas sometidas a la autoridad de éstos¹².

A manera de justificación de dicha reforma legislativa, en el apartado “VII” del “Preámbulo”, se lee lo siguiente¹³:

VII

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil,

10 Para Ontiveros el debido control de la organización es “la gestión del riesgo organizacional en el marco de lo permitido”. Lo que se traducirá en tipicidad, cuando la empresa opera en el marco del riesgo permitido, pues al hacerlo, ejerce un debido control de sí misma dentro del marco de su labor organizacional interna. Miguel Ontiveros Alonso, “¿Qué es el debido control de la organización?”, *Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año XCI, n.º3, (Diciembre-2024): 137.

11 De lo que surge la idea de que en derecho español, la persona jurídica sólo puede ser responsable por el hecho propio, debido a la falta de organización, y no por el cometido por la persona individual (administrador). Esto para no violar el principio de *ne bis in idem*. Adán Nieto Martín, “Introducción”, en *El derecho penal económico en la era compliance*, dir. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (Méjico: Tirant lo Blanch, 2013): 17.

12 José Luis de la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, *Revista electrónica de la AIDP* (2011): 9-10.

13 Vid. BOE núm. 152, Miércoles 23 de junio de 2010, Preámbulo apartado VII, Sec. I. Pág. 54814. Recuperado de: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...), la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

Como puede leerse de dicho texto, en la modificación legislativa de 23 de junio de 2010, de inspiración internacional¹⁴, se puso énfasis en que dejara de haber impunidad en la persona jurídica, que se empleaba como “empresa fachada” para cometer delitos como: corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, entre otros. Optándose por un sistema de *numerus clausus* para definir que conductas eran susceptibles de punición, con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁵.

También destaca que se introduce la figura del llamado “control debido” sobre sus empleados, tomando en cuenta circunstancias propias del caso concreto. Lo que constituye un avance respecto a sólo hacer imputable a la persona jurídica, con relación a aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas.

Antes de todo ello, la norma abolía en el ordenamiento jurídico penal español, la responsabilidad penal de personas jurídicas, basados en el principio romano de *societas delinquere non potest*, por el cual una persona jurídica no podía cometer delitos¹⁶.

Esta incorporación se realizó mediante la modificación de los artículos 31 bis del Código Penal (responsabilidad de las personas jurídicas), art. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de

14 Cabe señalar que la Convención de Palermo y sus Protocolos (contra la Delincuencia Organizada Transnacional) y la Convención de Mérida (contra la Corrupción), fueron instrumentos de la ONU, que no se centraron en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, crearon las condiciones propicias para que los Estados implementaran mecanismos y sanciones, en contra de individuos o entidades que, por sí mismos o a través de éstas, cometieran esta clase de delitos. Véase, una interesante comparativa entre la Convención de Palermo y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en México, en Miriam Elsa Contreras López, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, *Letras Jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Veracruzana*, n.º13 (2006): 1-11. Otro enfoque interesante en: Samuel González-Ruiz, Gleb Zingerman, Moisés Moreno Hernández. “Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los derechos humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo”, en *Terrorismo y Delincuencia Organizada. Un enfoque de derecho y economía*, comp. Andrés Roemer y Edgardo Buscaglia (México: UNAM, 2006), 203-220. Respecto a la Convención de Mérida (México), véase: Guillermo A. Hernández Salmerón, “Méjico y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, n.º78 (2006): 125-142.

15 Existe quien se manifiesta en contra de tal postura, optando por un régimen abierto de delitos susceptibles de ser cometidos por las personas jurídicas. Así, María Alejandra Vargas Ovalle, “¿Numerus clausus? Crítica al sistema de incriminación de los delitos de las personas jurídicas”, (Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra (UPF), 2017), 449-451.

16 De la Cuesta, *Ibid*, 9-10.

multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades)¹⁷.

Conforme a la redacción del año 2010 se establecía que las personas jurídicas serían declaradas penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes “han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el *debido control* atendidas las concretas circunstancias del caso”.

De la lectura de ese texto, parecía claro que la falta de diligencia en el “debido control”, que era el elemento que debía tenerse en cuenta para medir la responsabilidad penal de la persona jurídica en 2010, era aplicable únicamente al caso en que el delito hubiese sido cometido por el personal subordinado. En ese sentido, la responsabilidad de la persona jurídica caía en automático, cuando el delito hubiese sido ejecutado por los administradores de hecho o de derecho, lo que en opinión de la doctrina no era correcto¹⁸.

Serie de críticas que dieron lugar a la posterior reforma contenida en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en que se modificaron algunos de los artículos anteriormente mencionados con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control” y con ello poner fin a las dudas que el planteamiento de los preceptos legales pudiera plantear.

El fin de esta segunda reforma, si atendemos a su preámbulo, no fue modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sino aclarar el modelo establecido en 2010. La Ley Orgánica 1/2015 sí modifica, por ejemplo, el art. 31 bis e introduce tres nuevos artículos: 31 ter, 31 quater y 31 quinquies que extienden la responsabilidad penal a las responsabilidades mercantiles públicas.

De esa manera, tras la reforma de 2015, el precepto establece que serán declaradas penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”. En definitiva, la reforma de 2015 sustituyó la forma

17 Fiscalía General del Estado de España, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, Gp. 1.

18 Antes de dicha reforma, ya criticaba el Anteproyecto existente en ese sentido: Ricardo Robles Planas, “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *In Dret* 2 (2009): 3; Posteriormente, ya durante la citada reforma: Víctor Gómez Martín, “La reforma de la parte general del código penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿avance o retroceso?”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo (2011): 167. Más recientemente, también lo criticó: Carlos Manuel Cuevas Oltra, “El «debido control» en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.^a Época, n.º 18, julio (2017): 15.

impersonal “no haberse ejercido” por la directa “haberse incumplido”; además, el incumplimiento ahora tiene que ser grave (“gravemente”); finalmente, la referencia genérica al “debe control” se amplió a los “deberes de supervisión, vigilancia y control”¹⁹.

3. Prevención de delitos en el interior de la empresa

Para evitar que las empresas cometan delitos y sean sancionadas penalmente por los mismos, deben cerciorarse que en su funcionamiento exista un programa de cumplimiento eficaz e idóneo²⁰, que puede consistir en que:

- 1^a El órgano de administración adopte y ejecute con eficacia, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
- 2^a Supervise el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención implantado, y cerciorarse que éste ha sido confiado a un órgano de la empresa con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la empresa;
- 3^a Evite que autores individuales cometan delitos, eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y
- 4^a Vigile que no se produzca una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que supervise la eficacia de los controles internos de la empresa.

Para que esto sea posible, los modelos de organización y gestión deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 1^o Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2^o Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

19 Javier Gustavo Fernández Teruelo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), n.º21(2019): 3.

20 Para lograr que un programa de cumplimiento sea jurídicamente eficaz, debe contener medidas idóneas para prevenir o reducir el riesgo de comisión de delitos de la “misma naturaleza”. José Luis González Cussac, “La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX (2019): 606.

- 3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En tales supuestos, con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno, el órgano de cumplimiento es conocido como oficial de cumplimiento o *compliance officer*, y dependiendo del tamaño de la empresa, esta función puede ser desempeñada por una o por varias personas, que deben contar con la suficiente formación y autoridad para cerciorarse de que la compañía cumpla con las normativas internas y externas aplicables en la materia, incluida la prevención de delitos²¹.

4. El oficial de cumplimiento normativo

El oficial de cumplimiento deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos, y asegurar su buen funcionamiento. Además, debe establecer sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo de organización interna de la empresa²².

21 Es importante hacer notar que la responsabilidad penal en que puede incurrir el oficial de cumplimiento puede ser diferente dependiendo de si se trata de un *compliance officer* externo a la organización o ligado a la misma. Aunado al hecho de que existe más probabilidad que pueda incurrir en delitos de comisión por omisión, que en delitos de acción. No obstante, puede llegar a ser autor individual o coautor de un delito que comete una persona jurídica, si se llega a comprobar que el resultado le es imputable a sus funciones. Por otra parte, puede ser eximido de responsabilidad penal, si se demuestra que el sistema de compliance instaurado por él probó ser eficaz y que el delito se cometió por causas que no imputables a su condición laboral. Sara García Badallo, "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", (Trabajo para obtener el Master Universitario en Abogacía, Universidad de León, Curso 2021-2022), 36.

22 Todo ello exige que el oficial de cumplimiento oriente, divulga y refuerce la normativa interna, participe en la formación de los empleados, investigue indicios de incumplimiento en coordinación

Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda²³.

Es recomendable que el oficial de cumplimiento forme parte de un órgano de la persona jurídica, pues esto facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Sin embargo, esto no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo. En efecto, es posible que estas actividades se diversifiquen en otros órganos o unidades distintos, como puede acontecer con la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo.

Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas. Todo ello es importante, pues para prevenir la criminalidad económica empresarial, es determinante que en el seno de sus funciones, se transmita sus valores éticos, y se fomente una cultura organizativa sólida y se estandaricen los beneficios de cumplir con la normatividad aplicable, incluso disuadiendo a potenciales delincuentes con el riesgo de la sanción penal²⁴.

Pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben

con los responsables de auditoría, *controlling* o las correspondientes instancias disciplinarias, haciendo reportes constantes de sus actividades a la alta dirección o al Consejo de Administración. Jacobo Dópico Gómez-Aller, "Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica", en *El derecho penal económico en la era compliance*, dir. Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (México: Tirant lo blanch, 2013), 166.

23 Como dice Nieto, al momento de fijar el deber de garantía de vigilancia de un oficial de cumplimiento, debe establecerse con precisión, la diferencia de conceptualizarlo como un perro de presa que realiza supervisión activa; o bien, como un perro guardián, que realiza supervisión pasiva, que simplemente opera en un marco de relaciones al amparo de un principio de confianza, bajo la idea que los supervisados actúan de manera correcta, y sólo cuando surgen indicios de conducta irregular, debe activas sus deberes de supervisión propiamente dichos. En la mayoría de los casos, sus funciones se acomodan a la segunda concepción, ya que sus riesgos penales van asociados sólo a denunciar irregularidades de las que llegue a tener noticias con motivo de su encargo. Nieto Martín, "Introducción", 28.

24 Ulrich Sieber, "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en *El derecho penal económico en la era compliance*, dir. Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (México: Tirant lo blanch, 2013), 96-97.

prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o por lo menos, no en su totalidad.

Es preciso especificar cuál es la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica. Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la empresa, puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma²⁵.

Por otro lado, puede ser una de las personas que, al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado.

Esto es así, pues la posición de garante del *compliance officer*, como la de otros a los que el garante administrador delega responsabilidad, corresponde a un deber derivado, no originario. Por tanto, sus funciones de información y vigilancia (que son derivadas) complementan las funciones de conocimiento y supervisión (que son las funciones originales) del administrador²⁶. Lo que debe hacerse extensible a responder por las omisiones de los subordinados, salvo que se demuestre que el oficial de cumplimiento realizó todo lo posible para que su subordinado evitara el resultado lesivo del bien jurídico que se causó²⁷.

25 En efecto, el oficial de cumplimiento es responsable de tareas de prevención o detección de delitos, y asume al igual que el empresario, algunas de las funciones integrantes de la posición de garante de éste, como son: asumir los deberes de control de la peligrosidad de la actividad empresarial llevada a cabo, y los deberes de supervisión y vigilancia de la actividad de otros. Dópico Gómez-Aller, "Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica", 176.

26 Fabrizio Bon Vecchio y Francis Rafael Beck, "La responsabilidad penal del compliance officer", *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, n.º 2, Diciembre (2022): 4.

27 Más aún, si se tiene en cuenta con Luzón, que "cuando se trata de deberes de garante de vigilancia y control de peligros provenientes de una actividad humana ajena, concretamente de la posible comisión de delitos por otros, los únicos que tienen el dominio del hecho, o sea la decisión sobre si, cuándo y cómo se realiza el hecho, y que por ello pueden ser autores son los terceros y no el garante. Por ello, en caso de que normativamente se pudiera dar por seguro que el garante iba a ejercer su control (p. ej. que, si dentro de un programa de "compliance" el encargado de la supervisión y vigilancia de la legalidad de las operaciones en una empresa detecta graves irregularidades en un departamento, lo va denunciar) y se pudiera por eso afirmar que la omisión del garante crea o aumenta un peligro, será un peligro de favorecimiento, o sea de participación, no de autoría del delito ajeno mediante omisión impropia". Diego M. Luzón Peña, "Comisión por omisión: creación

5. El Pacto Mundial de la ONU (UN Global Compact)

El Pacto Mundial de la ONU (UN Global Compact) es un instrumento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la mayor iniciativa voluntaria de responsabilidad empresarial en el mundo.

El Pacto Mundial no es un instrumento normativo. Esto es así, pues no ejerce funciones de vigilancia, no impone criterios y no evalúa la conducta ni las acciones de las empresas. Sólo se basa en la responsabilidad pública, en la transparencia y en la sana defensa de los propios intereses de las empresas, las organizaciones laborales y la sociedad civil. Por lo tanto, promueve y ejecuta lo que podría llamarse “autoregulación” de los organismos interesados, a través de la aplicación de medidas encaminadas al logro de sus objetivos²⁸.

El Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, propuso por primera vez el Pacto Mundial en un discurso pronunciado ante el Foro Económico Mundial el 31 de enero de 1999. La fase operacional del Pacto Mundial se inició en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 26 de julio de 2000²⁹.

En dicho Pacto, se convocó a los líderes y responsables de las compañías del mundo, para plasmar oficialmente el compromiso de sincronizar las necesidades y actividades de las empresas, con los objetivos y principios de la acción política e institucional de las Naciones Unidas, de las organizaciones laborales y de la sociedad civil³⁰.

Su fin principal es transformar la economía global a través de la promoción de un sector privado sostenible y responsable sobre la base de 10 principios en áreas relacionadas con los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la corrupción³¹:

o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa”, (Ponencia, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Universidad de Alcalá, Madrid, 2017), 8.

28 Naciones Unidas, “La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial, El pacto mundial”, (Documento de trabajo 05-24207, S), 2.

29 Naciones Unidas, *Ibid*, 2.

30 Dilia Paola Gómez Patiño, “El pacto global de las naciones unidas: sobre la responsabilidad social, la anticorrupción y la seguridad”, *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, Vol. XIV, n.º28, Julio - Diciembre (2011): 220.

31 Pacto Global. Red México, “Diez principios del pacto mundial”. Recuperado de: <https://pactoglobal.org.mx/diez-principios-del-pacto-mundial/>

1. Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos.
2. No ser cómplice de abusos de los derechos.
3. Apoyar los principios de la libertad de asociación y sindical y el derecho a la negociación colectiva.
4. Eliminar el trabajo forzoso y obligatorio.
5. Abolir cualquier forma de trabajo infantil.
6. Eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación.
7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente.
10. Las empresas e instituciones deberán trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidos extorsión y soborno.

Así, se pide a las empresas adoptar, apoyar y promulgar, dentro de su esfera de influencia, un conjunto de valores fundamentales en las áreas de derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y anticorrupción³². Situación que por tanto, no debe ser ajena al *compliance*, ni al *compliance officer*.

6. Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas

En España, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), completa la legislación positiva sobre algunas cuestiones emparentadas con el *compliance*.

El Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas fue aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en febrero de 2015³³, después de quedar incorporadas a la Ley de Sociedades de Capital gran parte de las recomendaciones contenidas en el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2006³⁴.

32 La comunicación de Progreso (CdP) es el mecanismo de rendición de cuentas del Pacto Mundial de las Naciones Unidas. El plazo de presentación obligatoria de la comunicación de progreso para 2025, se apertura el 1 de abril y finaliza el 31 de julio de este mismo año. United Nations. Global Compact, “The Communication on Progress”. Recuperado de: <https://unglobalcompact.org/participation/report/cop>

33 Rafael Perea Ortega, “Principales novedades del texto revisado del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, *Extoikos*, n.º23 (2020): 21.

34 El contenido y alcance del Código de Buen Gobierno, se relaciona directamente con el apartado g) del

Sin embargo, el Código ha sufrido una revisión en 2020, para intentar distinguir e identificar los principios que inspirarán las recomendaciones de carácter concreto y específico en la actividad de las empresas.

El texto, de carácter voluntario³⁵, está destinado al conjunto de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización. No obstante, permite que otras empresas inspiren su actuación interna y externa en los principios que la norma enumera³⁶.

Así, el Código otorga gran importancia a la comisión de responsabilidad social corporativa (RSC), que puede asumir roles relevantes en materia de compliance³⁷. Por ejemplo, se le reconoce la capacidad para supervisar el cumplimiento de los códigos internos conducta, así como para evaluar todo lo relativo a riesgos no financieros de la empresa (incluyendo legales y reputacionales)³⁸.

Así, las labores de compliance quedan divididas entre la comisión de responsabilidad social corporativa (RSC) y la de auditoría, estando encargadas de riesgos no financieros y financieros respectivamente³⁹.

artículo 540 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 2 de julio. KPMG, *Modificación del Código de Buen Gobierno, Legal Alert, Julio 2020*, 2. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2020/07/legal-alert-modificacion-codigo- buen-gobierno-cotizadas.pdf>

- 35 El empleo de códigos de buen gobierno de carácter voluntario, a la par del principio de “cumplir o explicar”, son un sistema útil para lograr parte de los objetivos del buen gobierno corporativo ya que este sistema es seguido de forma consistente en la Unión Europea y otros países desarrollados. Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, (Madrid-Barcelona: Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2015, revisado en junio de 2020), 9.
- 36 No descarta el Código de Buen Gobierno que algunas de sus recomendaciones pueden acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor tamaño. Ante tal situación, señala que basta con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas para no aplicarlas, dado que su libertad y autonomía de organización siempre quedan salvaguardadas. Comisión Nacional del Mercado de Valores, *Ibid*, 4.
- 37 En efecto, en la recomendación 53, se establece que “*la supervisión del cumplimiento de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de los códigos internos de conducta, se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración, que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de autoorganización, haya decidido crear...*”. Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Código de...”, *Ibid*, p. 46.
- 38 Por ejemplo, la recomendación 4, habla entre otras cosas, de las obligaciones legales que tienen estas empresas con relación a la difusión de información privilegiada y otro tipo de información regulada, y de contar con una política general relativa a la comunicación de información económico-financiera, no financiera y corporativa a través de los canales que considere adecuados. Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Código de...”, *Ibid*, p. 20.
- 39 Por ello, se establece que la sociedad debe disponer de una función de control y gestión de riesgos

7. Recomendaciones de la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha elaborado numerosos documentos que contienen recomendaciones para las empresas en temas de compliance.

Por ejemplo, el manual “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento”⁴⁰, pretende ser una herramienta útil y práctica para las compañías que busquen asesoría sobre compliance.

El manual se divide en tres secciones: la primera contiene el marco internacional legal sobre corrupción; la segunda contempla las formas en las que las empresas pueden evaluar el riesgo y desarrollar un programa para prevenirla; y la tercera que contiene instrumentos que las empresas pueden utilizar para ello.

El documento “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 - 2023”⁴¹, es un instrumento de obligada referencia para responsables políticos, inversores y empresas. Constituye una ayuda para quienes formulan políticas tendientes a evaluar y mejorar el marco legal regulatorio e institucional para el gobierno corporativo. Es valioso como un documento que permite identificar los elementos clave para crear un marco sólido de gobierno corporativo. Por otra parte, ofrece orientación para la implementación práctica en el ámbito de cada nación. Orienta a las bolsas de valores, inversores y corporaciones para la buena gobernanza corporativa.

Por último, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales⁴², contienen una serie de recomendaciones con el fin de asegurar una conducta responsable por parte de las empresas en el contexto de su internacionalización o inversión exterior, aunque son también de aplicación a nivel local o nacional. El texto contiene principios generales que deberán informar la actividad empresarial, como la contribución al proceso económico, el buen gobierno empresarial, ejercitar una debida diligencia o no discriminar.

El documento pasa luego a recordar a las empresas su deber de respetar los derechos humanos y el medio ambiente, y a combatir la corrupción, tanto activa

que debe ser ejercida por una unidad o departamento interno. Este departamento debe quedar bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración. Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Código de...”, *Ibid*, p. 41.

40 OCDE – UNODC – Banco Mundial, *Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas*, (OCDE – UNODC – Banco Mundial, 2013).

41 OECD, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023*, (París: OECD Publishing, 2024).

42 OECD, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*, (París: OECD Publishing, 2023).

como pasiva. Los textos enunciados (unos pocos de los numerosos que ha elaborado la OCDE) son ejemplos de compendios con principios, recomendaciones e ideas para que las empresas desarrollen su actividad con el debido respeto al ordenamiento jurídico y las buenas prácticas, que, aunque pensados para un nivel supranacional, pueden ser aplicados a cualquier nivel en el que la empresa lleve a cabo su negocio.

8. Norma ISO 19600 sobre Sistemas de Gestión de Compliance; Norma UNE 19601 sobre Implementación y Certificación de Sistemas de Compliance Penal y Norma ISO 37301: 2021

En España, en abril de 2014 se publica la Norma ISO 19600 sobre Sistemas de Gestión de Compliance. Luego, en mayo de 2017, la Asociación Española de Normalización (UNE), publica la Norma UNE 19601 sobre Sistemas de Gestión de Compliance Penal. Finalmente, en abril de 2021, se publica la Norma ISO 37301: 2021.

Así, en 2014, la Norma ISO 19600 de Sistemas de Gestión de Compliance suponía la estandarización y unificación de las normas de compliance a nivel supranacional. Perseguía los principios de buena gobernanza, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. La norma se aprobó con miras a ayudar a las empresas y otras organizaciones a establecer, desarrollar, mejorar, evaluar y mantener un sistema de compliance que gestionara y detectara los riesgos relacionados con el incumplimiento de las normas.

Así, la Norma ISO 19600 no creó obligaciones legales para las empresas, sino que recogió recomendaciones válidas para todo tipo de empresas según su naturaleza, complejidad, estructura y tamaño, como fueron:

- Recomendaciones sobre la integración, evaluación y supervisión de los acuerdos de contratación externa relacionadas con el compliance.
- Instrucciones para implantar, evaluar, conservar y mejorar un sistema de gestión de compliance eficiente.
- Recomendaciones acerca de la formación a la plantilla y mantenimiento al día de los cambios en los campos legislativos, organizativos y vinculados a los compromisos con los grupos de interés.
- Recomendaciones acerca de los recursos con los que la empresa debía contar para cumplir la política de compliance y las obligaciones que conllevaba.

La Norma también ofrecía un análisis de liderazgos, responsabilidades, roles y autoridades en el seno de las organizaciones. También, abordaba las diferentes fases organizativas del funcionamiento de las empresas, como eran: planificación, apoyo, operación, evaluación y mejora.

Por su parte, la Norma UNE 19601⁴³, estableció a partir de 2017, un lenguaje de entendimiento común en sistemas de gestión de compliance penal, y recogió los requisitos para implantar un sistema de gestión de compliance criminal, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos y reducir el riesgo penal en las empresas.

Esta Norma, elaborada por la entidad responsable del desarrollo de las normas técnicas en España, era certificable. De esa manera, ofrecía a las empresas la posibilidad de demostrar la debida diligencia y eficacia de aplicación de los preceptos de compliance a la hora de prevenir y detectar la comisión de delitos. Esto era importante, pues contribuía a que potencialmente, las empresas podían ser eximidas de responsabilidad penal, mediante el desarrollo de los modelos de gestión y prevención de delitos aplicables a su propio ámbito de experticia.

Para ello, esta Norma establecía que las organizaciones debían:

- Identificar, analizar y evaluar los riesgos penales.
- Disponer de recursos financieros, adecuados y suficientes para conseguir los objetivos del modelo. Y, usar procedimientos para la puesta en conocimiento de las conductas potencialmente delictivas.
- Adoptar acciones disciplinarias si se producen incumplimientos de los elementos del sistema de gestión.
- Supervisar el sistema por parte del órgano de compliance penal.
- Crear una cultura en la que se integren la política y el sistema de gestión de compliance.

Esta Norma UNE 19601 estaba dirigida a todo tipo de organizaciones, sin importar tamaño, actividad o sector al que pertenezcan.

43 Fue creada por la Asociación Española de Normalización, denominada UNE (acrónimo de una norma española), a partir de la ISO 19600 sobre buenas prácticas de compliance (Word Compliance Asosociation, 2019) y de la ISO 37001 antisoborno, para elaborar, estandarizar y normalizar documentos técnicos elaborados mediante consenso y la experiencia de órganos técnicos y buenas prácticas internacionales a efecto de garantizar eficacia y eficiencia de productos, procesos, proyectos y servicios. Se publicó el 18 de mayo de 2017 como la "UNE 19601 – Sistemas de gestión de compliance penal. En México el 8 de junio de 2017 se publica en el Diario Oficial de la Federación la declaración de vigencia de la Norma Mexicana NMX-CC19600-IMCN-2017, equivalente a la ISO 19600 (COEM Corporativo). Aníbal Serafín Camacho Balderas, y Nohemí Bello Gallardo "Normativa ISO en la aplicación del Criminal Compliance en México", *Revista Misión Jurídica* 16, n.º24, Enero - Junio (2023): 198.

Finalmente, a partir de 2021, con la Norma ISO 37301⁴⁴, referida a los Sistemas de gestión de compliance, se establecen requisitos orientados para lograr un empleo de sus principios en forma más adecuada. Esto es así, debido a que esta norma ofrece una visión más madura y evolucionada del compliance, porque encamina sus objetivos para lograr que el sistema de gestión de las organizaciones, verdaderamente demuestre su compromiso de cumplir con las leyes y con otros compromisos éticos asumidos voluntariamente. Y, todo ello se hace posible, gracias a un proceso de certificación de quienes se interesen en cumplirlos. Esta situación brinda un proceso más fiable de incorporación de los estándares que ahí se establecen para su debida implementación empresarial.

Su contenido incluye aspectos referidos a la contextualización organización, al liderazgo y al compromiso de la dirección, planificación y evaluación de riesgos empresariales. También, se centra en la operación y control de procesos de cumplimiento, así como la evaluación del desempeño y mejora continua de todos los procesos. Es una norma totalmente certificable, y ofrece un enfoque estructurado para gestionar riesgos de incumplimiento, reducir sanciones legales, fomentar la integridad y buena gobernanza corporativa.

Es muy importante porque:

- Tiene el acierto de exigir a las organizaciones la comprensión de su contexto operativo. Además, obliga a la identificación de sus partes interesadas y al análisis de los requisitos legales, reglamentarios y otras obligaciones normativas aplicables para el cumplimiento.
- Exige de la alta dirección, una participación activa y liderazgo visible. También, el establecimiento de políticas y objetivos de cumplimiento. Se esmera en la asignación de roles y responsabilidades que integren el cumplimiento a lo largo de toda la estructura organizativa.
- Determina la identificación, evaluación y el abordaje de riesgos de incumplimiento asociados a las actividades propias de la empresa, incidiendo en el establecimiento de los controles que sean necesarios para una gestión proactiva.
- Establece procesos y controles para el aseguramiento del cumplimiento normativo. Situación que abarca la formación del personal, la actualización de políticas y procedimientos, y la implementación de mecanismos de detección y prevención.

44 Alain Casanovas Ysla, *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021* (España: Aenor Internacional S.A.U., 2021), 14.

- Pone hincapié en la existencia de procesos de monitoreo y de revisión del desempeño del sistema de gobernanza corporativa, a través de la realización de auditorías internas, y la toma de acciones encaminadas a la mejora continua de todo el sistema.

9. Reflexiones finales sobre el criminal compliance en general, como herramienta de exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica

Expuesto que ha sido a lo largo de este trabajo, las diferentes aristas que componen la temática del *criminal compliance* en general, con miras a asegurarse que el *compliance officer* ejerza una adecuada labor de vigilancia, supervisión y control de las actividades empresariales, para que éstas guarden conformidad con la normatividad que al respecto resulte aplicable, con el fin de evitar la responsabilidad penal de la empresa por dicho incumplimiento; debo ahora manifestar lo siguiente:

- 1) El *criminal compliance* es otra muestra de la anglosajonización que ha sufrido el derecho mundial en los últimos años. Proviene, de una tendencia ajena al sistema romano germánico que poco a poco se ha venido implantando en nuestros días. Funciona como una normatividad "soft law", que debe guardar armonía con el "hard law" impuesto por el Estado. Esto es así, pues, al final de cuentas, el compliance pretende que mediante la autorregulación misma de las empresas, se prevengan delitos en forma más eficaz, que el mero castigo fallido que imponga *ex post* el Estado, una vez que éste ya se ha ejecutado y consumado.
- 2) Al hilo de esta idea, es plausible que desde la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se materializó un sueño de la doctrina y los convenios internacionales de Palermo y Mérida, encaminados a no dejar impunes la conductas delictuosas que se perpetraban por estas entidades, y que servían como fachada para delitos tan graves como la corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, entre otros.
- 3) Por ello, llama la atención que cuando el delito ya se ha perpetrado en perjuicio de los bienes jurídicos correspondientes, funciona el *criminal compliance* como una herramienta hermenéutica que permite al juez,

incluso exonerar a la empresa que demuestre llevar adecuadamente sus controles internos. Situación que obliga de alguna manera a las empresas, a establecer departamentos específicos de cumplimiento normativo, para que, llegado el caso, no sufran las consecuentes sanciones que para ello resulten aplicables.

- 4) En efecto, este esquema funciona muy bien en empresas con fines lícitos, en el que la labor del *compliance officer* resulta esencial para que esta clase de corporaciones adeguren su actuar a la normatividad aplicable, y de esta manera, evadan la responsabilidad penal.
- 5) Sin embargo, debe tenerse cuidado con empresas que funcionen con un fin “aparentemente lícito”, y que se valgan de un *compliance officer* con actitud “no ética”, que les auxilie en asegurarse que dicha entidad moral guarde “aparente” conformidad con el marco legal, sin que así lo sea, con el fin de evadir responsabilidad punitiva.
- 6) Más aún, puede abrirse una brecha de impunidad de mayor consideración, cuando la actuación delictuosa de una persona jurídica resulte impune, a pesar de tener o no un *compliance officer*, por el sólo hecho de que su actividad delictiva no se enmarque en el catálogo *numerus clausus* que al efecto haya sido diseñado por el legislador.
- 7) Por ello, sigue siendo objeto de reflexión, el hecho de que se haya impuesto un sistema de *numerus clausus* en los delitos que puedan ser perpetrados por las personas jurídicas, pues ello asegura que las empresas que se vean involucradas en un problema de naturaleza penal, sólo deban preocuparse por no cometer unos determinados delitos, pero no todos.
- 8) En este sentido, reconozco la labor de incorporar la responsabilidad penal de las empresas en la legislación vigente mexicana (artículos 421 a 425 del Código Nacional de Procedimientos Penales), como ha sucedido en legislaciones extranjeras como la española (artículos 31, 31 bis, 31 ter, 31 quater y 31 quinquies). Sin embargo, coincido con entender que la responsabilidad penal de la persona jurídica (empresa) se sustenta en una participación objetiva a título de cooperación necesaria en comisión por omisión de los delitos cometidos por la persona física.
- 9) En ese sentido, también estimo que la imputación subjetiva de la persona jurídica (empresa), puede ser factible en la vía del delito imprudente, en la medida en que la conducta delictiva de la persona natural haya resultado previsible y evitable, si hubiesen funcionado correctamente

las medidas de vigilancia y control establecidas en el programa de cumplimiento normativo previo.

- 10) Por tal motivo, descarto por completo la posibilidad de entender una imputación subjetiva de índole dolosa en la persona jurídica, porque esta sencillamente resulta imposible en la realidad. Esto es debido a que resultan infructuoso cualquier intento por construir una culpabilidad propia de la persona moral, que no es capaz de decidir por sí misma, sobre comportarse o no, conforme a derecho. Esto sólo es posible en la realidad, mediante la función de motivación normativa propia de las personas físicas, y por tanto, la supuesta culpabilidad penal de una persona moral (que para mí es sólo una ficción legal), en todo caso, descansa en una responsabilidad especial ampliada o conexa a la de una persona física que ha delinquido.
- 11) De ahí que, sólo por accesoria, la persona moral pueda ser capaz de tener una culpabilidad objetiva "ficticia", que, en todo caso, pudiera entenderse derivada del peligro que asumen sus administradores de hecho y de derecho, en virtud del riesgo permitido en su particular actividad social. Por lo que sólo en la medida en que una persona física, imprudentemente encuadre su actuar en un delito que *numerus clausus* sea posible de ser imputado a una persona jurídica, podrá hablarse de culpabilidad legal, pero "ficticia", de esta última.

Bibliografía

BOE núm. 152, Miércoles 23 de junio de 2010, Preámbulo apartado VII, Sec. I. Pág. 54814.

Bon Vecchio, Fabrizio y Francis Rafael Beck. "La responsabilidad penal del compliance officer". *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, n.º2, Diciembre (2022): 1–10.

Camacho Balderas, Aníbal Serafín y Nohemí Bello Gallardo. "Normatividad ISO en la aplicación del Criminal Compliance en México". *Revista Misión Jurídica* 16, n.º24, Enero–Junio (2023): 193–214.

Casanovas Ysla, Alain. *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*. España: Aenor Internacional S.A.U., 2021, 14.

Contreras López, Miriam Elsa. "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". *Letras jurídicas: revista de los*

- investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Veracruzana, n.º13 (2006): 1–11.*
- Cuevas Oltra, Carlos Manuel. "El «debido control» en la responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 18, julio (2017): 13–38.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid-Barcelona: Comisión Nacional del Mercado de Valores, 2015, revisado en junio de 2020, 9.
- De la Cuesta, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español". *Revue électronique de l'AIDP* (2011): 1-29.
- Dópico Gómez-Aller, Jacobo. "Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica". En *El derecho penal económico en la era compliance*. Dirigido por Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, 165–190. México: Tirant lo blanch, 2013.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n.º21 (2019): 1–25.
- Ferré Olivé, Juan Carlos. "Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa". *Revista Penal México* 9, n.º16 -17 (Marzo 2019–febrero 2020): 63–84.
- Fiscalía General del Estado (España). "Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015". Gp. 1, Madrid (2016): 1-65.
- García Badallo, Sara. "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento". Trabajo para obtener el Master Universitario en Abogacía, Universidad de León, 2021–2022.
- Gómez Martín, Víctor. "La reforma de la parte general del código penal (LO 5/2010, de 22 de junio): ¿avance o retroceso?". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo (2011): 159–199.
- Gómez Patiño, Dilia Paola. "El pacto global de las naciones unidas: sobre la responsabilidad social, la anticorrupción y la seguridad". *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores* XIV, n.º28, Julio–Diciembre (2011): 217–231.

González Cussac, José Luis. "La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos". *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIX (2019): 593–654.

González-Ruiz, Samuel, Moisés Moreno Hernández y Gleb Zingerman. "Lucha contra la delincuencia organizada y respeto a los derechos humanos: un marco de referencia en la lucha contra el terrorismo". En *Terrorismo y Delincuencia Organizada. Un enfoque de derecho y economía*, compilado por Andrés Roemer y Edgardo Buscaglia, 203-220. México: UNAM, 2006.

Hernández Salmerón, Guillermo A. "México y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", *Revista Mexicana de Política Exterior*, n.º78, Octubre (2006): 125–142.

KPMG, *Modificación del Código de Buen Gobierno, Legal Alert*, Julio 2020, 2. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2020/07/legal-alert-modificacion-codigo-buen-gobierno-cotizadas.pdf>

Luzón Peña, Diego M. "Comisión por omisión: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa". Ponencia, Fundación Internacional de Ciencias Penales, Universidad de Alcalá, Madrid, 2017.

Mendo Estrella, Álvaro. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo". *Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)* LXX (2017): 113–118.

Naciones Unidas, "La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial, El pacto mundial", (Documento de trabajo 05-24207, S), 2.

Nana Ameyaw, Maxwell, Idemudia, Courage, & Vanessa Iyelolu, Toluwalase, "Financial compliance as a pillar of corporate integrity: A thorough analysis of fraud prevention". *Finance & Accounting Research Journal* 6, n.º7, July (2024): 1157–1177.

Nieto Martín, Adán. "Introducción". En *El derecho penal económico en la era compliance*. Dirigido por Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, 11–30. México: Tirant lo blanch, 2013.

OCDE – UNODC – Banco Mundial. *Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas*. OCDE – UNODC – Banco Mundial, 2013.

OECD. *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023*. París: OECD Publishing, 2024.

OECD. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable*. París: OECD Publishing, 2023.

Ontiveros Alonso, Miguel. “¿Para qué sirve el compliance en materia penal? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)”. En *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, coordinado por Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, 139-154. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015.

Ontiveros Alonso, Miguel, “*¿Qué es el debido control de la organización?*”, *Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año XCI, n.º3, Diciembre (2024): 137–138.

Perea Ortega, Rafael. “Principales novedades del texto revisado del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”. *Extoikos*, n.º23 (2020): 21–25.

Quintás Seoane, Juan R. “La gestión del riesgo normativo en el sistema financiero”. *Revista Galega de Economía* 16 (2007): 1–17.

Ramírez Soltero, Yolanda Cristina y Chapa Abrego, Gabriel Abraham. “Reflexiones sobre el cumplimiento normativo en México. Compliance en México”. *Revista del posgrado en Derecho de la UNAM, Revista especial de la Facultad de Derecho* (2022): 270–271.

Robles Planas, Ricardo. “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”. *In Dret*, n.º2 (2009): 1–12.

Sarcedo, Leandro. “Compliance e Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica: Construção, baseado na culpabilidade Corporativa”. Tesis doctoral, Facultade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

Sieber, Ulrich. “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”. En *El derecho penal económico en la era del Compliance*. Dirigido por Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, 63–110. México: Tirant lo blanch, 2013.

Turienzo Fernández, Alejandro. “La responsabilidad penal del *compliance officer*”, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2020.



ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN, "Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024¹

ICrimes motivated by prejudice toward sexual orientation, gender identity, or non-normative gender expression, and the "more or less broad control" of the indictment or accusation according to ruling SU-360 of 2024

BERNARDO ESTEBAN ARENAS BLANCO*

Fecha de recibo: 03/02/2025. Fecha de aceptación: 02/06/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.5

1 Este texto es resultado del proyecto de investigación construido en el grupo de Género y Derecho Penal del Semillero de Investigación en Derecho Penal: Telos.

* Egresado no graduado del programa de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Colombia; Empleado Judicial; y, Miembro Fundador e Investigador del Semillero de Investigación en Derecho Penal: Telos, adscrito a la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la UNAB. Correo electrónico: barenas76@unab.edu.co

Resumen

Las personas LGBTIQ+ padecen de una discriminación histórica y sistemática, en razón a su orientación sexual, identidad de género o expresión de género (real o percibida). Este fenómeno es denominado por la doctrina como violencia por prejuicio, el cual puede llegar a ser invisibilizado por los operadores judiciales a la hora de investigar y judicializar los delitos cometidos en contra del grupo poblacional, concretamente, al momento de delimitar los hechos jurídicamente relevantes en las diligencias de imputación o acusación. Por lo tanto, este artículo efectúa un análisis a la sentencia SU-360 de 2024, con el objetivo de postular el control judicial de estos actos procesales, como un método de solución a las situaciones en las que se advierte una errónea precisión de los enunciados fácticos o calificación jurídica que genera una victimización secundaria, al ignorar la violencia por prejuicio padecida por la población sexualmente no normativa², actos que constituyen violencia institucional.

Palabras clave

Violencia por prejuicio, personas LGBTIQ+, derecho penal, procedimiento penal.

Abstract

LGBTIQ+ people suffer from historical and systematic discrimination based on their sexual orientation, gender identity or gender expression (real or perceived). This phenomenon is referred to by the doctrine as violence by prejudice, which can become invisible to judicial operators when investigating and prosecuting crimes committed against this population group, specifically, when delimiting the legally relevant facts in the indictment or accusation proceedings. Therefore, this article analyses Ruling SU-360 of 2024, with the objective of postulating the judicial control of these procedural acts, as a method of solution to situations in which there is an erroneous precision of the factual statements or legal qualification that generates a secondary victimisation by ignoring the violence due to prejudice suffered by the sexually non-normative population, acts that constitute institutional violence.

Keywords

Prejudice based violence, LGBTIQ+ people, criminal law, criminal procedure.

2 Comúnmente, las personas LGBTIQ+ suelen ser conocidas como personas con sexualidades "diversas", no obstante, la doctrina ha elegido que tal denominación es discriminatoria, debido a que concibe a las orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas como categorías excluyentes o desigual, por lo tanto, se prefiere el término no normativo.

Sumario

Introducción 1. La violencia por prejuicio motivada por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa y su regulación legal en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. 2. La sentencia SU-360 de 2024 y el control material de la imputación o la acusación en los asuntos penales originados por la consumación de una conducta punible motivada por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima. 3. Conclusiones.

Introducción

Este trabajo pretende estudiar la judicialización de los delitos motivados por el prejuicio en contra de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género con base en la sentencia SU-360 de 2024 proferida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual resaltó el deber de los jueces penales de realizar un control más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, legalidad y debido proceso. Dicho pronunciamiento afianzó la postura que venía adoptando la Corporación desde la sentencia C-1260 de 2005, al entender que la Fiscalía General de la Nación no puede, en ejercicio de la acción penal, crear tipos penales o atribuirles a los hechos jurídicamente relevantes una calificación jurídica que no corresponda conforme a la ley preexistente.

El control judicial, concretamente de la acusación, es concebido por algunos juristas como una necesidad constitucional y convencional orientada a otorgarle a los juzgadores el deber de verificar el cumplimiento de las exigencias formales y sustanciales de la acusación, así como el estándar mínimo para acusar conforme a la normatividad procesal penal de cada ordenamiento jurídico³. Lo anterior con el objetivo, no solo de impedir la concurrencia de arbitrariedades en la acusación, sino también fortalecer la protección de los derechos fundamentales de las víctimas que acuden a la administración de justicia con el objetivo de obtener un resarcimiento de los daños ocasionados por la consumación de un delito en su contra.

A criterio del Tribunal Constitucional, el control más o menos amplio de la imputación o la acusación:

3 Cesar Valencia Caballero, *Control judicial de los hechos de la acusación* (Bogotá: Editorial Leyer, 2022), 39. Ver también: José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

es compatible con la Constitución porque respeta, en mayor medida, la garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes y los intervenientes -*en especial, las víctimas*-; el principio de legalidad -y de tipicidad que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad-, y los fines de la administración de justicia y del proceso penal⁴.

Aun cuando se piense que dicha postura jurisprudencial es novedosa, lo cierto es que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya había construido una línea que desglosaba tal planteamiento, al permitir a los operadores judiciales realizar un control material de la acusación para preservar los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección del principio de legalidad⁵. Entonces, por ejemplo, cuando el cognosciente evidencia una errónea adecuación típica que infrinja el principio de legalidad, el juez penal, para subsanar lo anterior, ostenta la facultad de anular la acusación, inclusive la imputación, con el fin de proteger los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas.

En otras palabras, el control de la acusación no es un tema ajeno a la jurisprudencia consolidada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y así lo reconoce la Corte Constitucional, toda vez que, antes de la publicación oficial de la sentencia SU-360 de 2024, la jurisdicción ordinaria viene sosteniendo que, excepcionalmente, se acepta un control material restringido de la acusación, incluso de la imputación, y de los acuerdos "cuando se advierta la vulneración palmaria de garantías fundamentales"⁶. Esto implica que el juez, de oficio o a petición de parte, puede entrometerse en el análisis de aspectos sustanciales, materiales, de la imputación o acusación, pero únicamente cuando se trate de actuaciones procesales que de forma grosera y arbitraria comprometan los derechos fundamentales de las partes o intervenientes.

En la sentencia objeto de estudio, esta figura ha sido interpretada como una forma de materializar la perspectiva de género en el proceso penal en aras de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en materia de protección de los derechos humanos de las víctimas de violencia de género, especialmente los de las mujeres, esto acorde con los artículos 13 y 43 de la

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del 29 de agosto de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 56.

5 Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del 29 de agosto de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 54.

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 22 de marzo de 2023, radicado 59629 (M.P. Myriam Ávila Roldan), 31.

- 142 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Constitución Política, así como la Convención de Belém Do Pará⁷ y la CEDAW⁸.

Es decir, en virtud del enfoque diferencial de género, la Corte Constitucional ordenó a los jueces y juezas efectuar un control más o menos amplio de la imputación o de la acusación en temas como la legalidad, tipicidad y el debido proceso en los asuntos penales de violencia de género producto de una relación asimétrica de poder entre el sexo femenino y masculino, ya que tal ejercicio jurídico favorece la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las mujeres víctimas de conductas punibles⁹.

No obstantes, debe advertirse que la violencia de género no es sinónimo de violencia en contra de la mujer, y la perspectiva de género no es un instrumento hermeneútico que se emplee para proteger, exclusivamente, los derechos humanos de las mujeres, sino también los de otros grupos poblacionales que son víctimas de los estereotipos y prejuicios de género que se perpetúan en los sistemas sociales heteropatriarcales como sucede con las personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, intersexuales, queer, entre otras¹⁰. Por ello, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, la perspectiva de género es la figura a la que deben acudir los juristas para evitar la propagación o consolidación de conductas discriminatorias en contra de la población LGBTIQ+ en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género en un proceso penal¹¹.

Bajo este panorama, se plantea el siguiente problema de investigación: ¿deben los jueces realizar un control de la imputación o acusación en temas como la legalidad, tipicidad o debido proceso en los asuntos penales de violencia de género en contra de las personas LGBTIQ+ con el fin de garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación? Este escrito sostiene una respuesta afirmativa, la cual se sustenta en los argumentos de la sentencia SU-360 de 2024, y además en los lineamientos

7 "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención De Belem Do Para', " ratificada el 29 de diciembre de 1995, tratados y acuerdos de la Organización de los Estados Americanos n.ºA-61, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>.

8 Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del 29 de agosto de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 77.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-360 del 29 de agosto de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 81-82.

10 Bernardo Arenas Blanco, "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano: un análisis desde los derechos humanos de las personas de la población LGBTIQ+", *Revista IusGénero América Latina* 2, n.º2 (2024): 42-61.

11 Ibid.

convencionales y constitucionales que imponen el deber de investigar, judicializar y sancionar con una debida diligencia los delitos cometidos en contra de las personas sexualmente no normativas¹².

Para demostrar lo anterior, este trabajo se desarrollará en tres apartados: *(i)* la violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+ y su regulación legal en el ordenamiento jurídico-penal colombiano; *(ii)* la sentencia SU-360 de 2024 y el control material de la imputación y la acusación en los asuntos penales originados por la ejecución de una conducta punible motivada por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima; y, *(iii)* Conclusiones.

Por último, no es misión del texto inmiscuirse en la discusión jurisprudencial y doctrinaria acerca de la viabilidad procesal del control material de la imputación o la acusación conforme a la Ley 906 de 2004¹³, pues se parte del razonamiento inaugurado por la Corte Constitucional que avala y ordena realizar dicha actividad de verificación; es decir, en el estado actual, no es una posibilidad, sino un deber de los jueces y juezas de la República. Lo verdaderamente importante para este artículo es estudiar la situación de discriminación que padecen las personas con sexualidades no normativas, y explicar por qué el control más o menos amplio de la imputación o la acusación es una medida afirmativa idónea para: *(i)* combatir (investigar, sancionar y erradicar) la discriminación en contra de aquellas personas; y, *(ii)* garantizar sus derechos fundamentales como víctimas de violencia de género en un proceso penal.

1. La violencia por prejuicio motivada por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa y su regulación legal en el ordenamiento jurídico-penal colombiano

1.1 Concepto y características de la violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+

La violencia que sufren las personas LGBTIQ+ es explicada por la profesora María Mercedes Gómez bajo el concepto de violencia por prejuicio. El prejuicio,

12 Esta conclusión se puede observar en los siguientes casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012: caso Átala Rifo y niñas vs. Chile, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de marzo de 2020: caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de marzo de 2021: caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Entre otros.

13 Colombia. Congreso de la República. *Ley 906 de 2004*, (2004).

144 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

como categoría, es previo al juicio fundado; es un conocimiento anterior al juicio por lo que es infundado e injustificado, pero que, para el sujeto activo de la agresión, se presenta como justificado y fundado. Con base en ello, se afirma que la violencia por prejuicio es una clase de violencia de género, en tanto está motivada por “racionalizaciones” mediante las cuales las personas se justifican a sí mismos y a su grupo social las reacciones, generalmente negativas, acerca de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativas de las víctimas. Estos actos violentos pueden dividirse en dos grupos: *(i)* violencia jerárquica, la cual se consuma para recordarle a la persona afectada su condición de inferioridad o subordinación; y, *(ii)* violencia excluyente, ejercida con el fin de liquidar lo que la víctima representa, para hacerlo desaparecer¹⁴.

Estas conductas se caracterizan por la terquedad, la resistencia a la diferencia y al cambio acerca de las orientaciones sexuales, identidades de género o expresiones de género no hegemónicas, comúnmente conocidas como diversas, pues estos rasgos -terquedad, resistencia a la diferencia y al cambio- son insignias del prejuicio, concretamente hacia las sexualidades no normativas¹⁵.

Se debe entender que los prejuicios son siempre sociales, porque se requiere de una complicidad social que los apoye, propague y legitime; por tanto, para entender la violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+, se debe partir de un contexto o un hecho notorio: las sociedades se construyen sobre una óptica de heterosexualidad obligatoria, esto es, un régimen político integrado por normas, culturas y políticas incompatibles con las sexualidades no normativas y que otorga a sus seguidores diversas *creencias masculinas* o privilegios de género.

Ello quiere decir que, la violencia por prejuicio, en contra del grupo poblacional en cuestión, es la materialización de aquella perspectiva social, toda vez que los actos violentos motivados por el prejuicio hacia las sexualidades no normativas, no solo representa un rechazo u opinión negativa en contra de éstas, sino también es la manifestación de un miedo de los individuos de perder esos beneficios de género. Es un mundo en donde se desprecia y quita poder a las personas LGBTIQ+, así como se castiga y excluye las conductas consideradas como transgresoras de las *buenas costumbres heterosexuales*¹⁶.

14 María Mercedes Gómez, “Violencia por prejuicio”, en *La mirada de los jueces*. Tomo II, eds. Cristina Motta y Macarena Sáez (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008), 89-190.

15 Gómez, “Violencia por perjuicio”, 89-190.

16 Gómez, “Violencia por perjuicio”, 89-190.

Los seres humanos somos diversos en relación con diferentes características, ya sean éstas biológicas o culturales; por ejemplo, la raza, la edad, la orientación sexual, el sexo, la identidad de género, situación socio-económica, entre otras; pero, estas diferencias deben entenderse como sociales, ya que las personas les han otorgado un valor a estas variantes estableciendo una división social: los “nosotros” y los “ellos”¹⁷. Este es el fundamento que ha legitimado por muchos años la discriminación, *verbi gratia*, racial, de género, de discapacidad o económica, privilegiando la hegemonía fabricada por los “nosotros” que está integrada por categorías que se consideran superiores y privilegiadas en referencia con las no hegemónicas o las representadas por los “ellos” como lo son la raza blanca frente a la población afro, el hombre frente a la mujer, los ricos frente a los pobres, etc.

En el caso de las personas LGBTIQ+, la heterosexualidad obligatoria ha fraccionado la sociedad en sexualidades hegemónicas y sexualidades no normativas, estas últimas desafían aquel ideal de homogeneidad y cohesión que desea la heteronormatividad, pero, aunque resulte paradójico, los individuos heterosexuales consideran necesario marcar aquella línea divisoria para así ser beneficiarios de privilegios que los “ellos” -personas LGBTIQ+- no poseen al ser diferentes a los “nosotros”¹⁸. Además, lo que desean los ejecutores de tales actos es castigar las identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que atentan contra las normas y roles de género tradicionales contrarias al binarismo hombre/mujer en concordancia con la heteronormatividad¹⁹, de ahí que se destaca que estas acciones son violencia de género.

En el campo internacional de los derechos humanos, la Organización de Naciones Unidas entiende que la violencia por prejuicio es un conjunto de conductas violatorias de derechos humanos que deben ser acogidas como verdaderos casos de tortura, y que se ejecutan con el fin de castigar a cualquier persona que traspase las barreras del género o cuestione las ideas predominantes respecto al papel de cada sexo²⁰. Son actos de violencia de género dirigidos a satisfacer un deseo retributivo

17 María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en *Más allá del Derecho*, eds. Luisa Cabal y Cristina Motta (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005), 22.

18 Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, 23.

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas LGBTI*, (Washington D.C.: OEA, 2015), 37, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbt.pdf>.

20 Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, A/56/156, julio 3, 2001, 6, <https://docs.un.org/es/A/56/156>.

- 146 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

del perpetrador en contra de quienes se consideran rebeldes de los parámetros de género y que se materializa a través de diferentes conductas como agresiones físicas, abuso sexual, violencia intrafamiliar, violencia institucional y/o policial, entre otros²¹.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) acogió el concepto de violencia por prejuicio para explicar las conductas agresivas que sufren las personas LGBTIQ+ en razón a su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y agrega que esta violencia “es el resultado de percepciones negativas basadas en generalizaciones falsas, así como en reacciones negativas a situaciones que son ajenas a las nuestras”; igualmente, se efectúan con un fin simbólico: enviar un mensaje de rechazo social a las personas con sexualidades no normativas²². En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que la violencia en contra de las personas en estudio, constituye un tipo de violencia de género que se efectúa motivándose en prejuicios en contra de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género, así como que tiene un propósito retributivo al reprender brutalmente las sexualidades no hegemónicas mediante la violación de sus derechos humanos en el ámbito familiar y comunitario²³.

A nivel estatal, la Corte Constitucional de Colombia ha decantado que la violencia en contra de las personas sexualmente no normativas es una forma de discriminación estructural e histórica, en razón a las orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género diversas²⁴, ocasionada por una preponderancia contextual de patrones sexistas y estándares de normalización regidos por principios heteronormativos y cismnormativos que se imponen a partir de un sistema binario de sexo y género²⁵. Es una agresión con un impacto simbólico

21 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, A/HRC/19/41, noviembre 17, 2011, 9,
https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas LGBTI*, 48.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24 de 24 de noviembre de 2017, OC-24/17, 24, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012: caso Átala Riffó y niñas vs. Chile, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf., Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de marzo de 2020: caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf., Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de marzo de 2021: caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf.

24 Aun cuando la Corte Constitucional utiliza el término diversa, con el objetivo de emplear un lenguaje inclusivo y no discriminador se preferirá el uso del término no normativo o no hegemónico.

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-068 del 19 de marzo de 2021 (M.P. Diana Fajardo Rivera), p. 25.

que se ejerce en contra de cuerpos sexualmente no normativos por ser lo que son, producto de una sociedad construida sobre axiomas que privilegian la sexualidad masculina y heterosexual, considerada estas como legítimas y naturales²⁶.

Resulta interesante abordar el carácter simbólico mencionado por la CIDH y el Tribunal Constitucional como una condición sustancial de la violencia por prejuicio en contra de la población LGBTIQ+, y la razón no tiene mayor complejidad: la violencia en contra de las personas lesbianas, gay, transexuales, bisexuales, intersexuales y queer se ejerce, no únicamente para dañar su integridad personal, sino además para aterrorizar a las personas que comparten los mismos atributos que las víctimas sobre las cuales el victimario siente hostilidad²⁷. Es así como Estados Unidos, con su estudio denominado *Hate Crimes Confronting Violence Against Lesbian and Gay Men*²⁸, implementó el *estatus simbólico de la víctima* como un criterio para diferenciar entre los crímenes motivados por el prejuicio y los crímenes ordinarios. Es decir, el agresor ostenta el poder para dañar a una multiplicidad de cuerpos, así como el de la víctima, sin la necesidad de tocarlos físicamente²⁹.

Aunque el criterio simbólico resulte relevante para identificar un delito motivado por el prejuicio, no es el único al que podemos acudir para diferenciarlo de los crímenes ordinarios, pues existen los llamados crímenes instrumentales, los cuales no tienen fines o propósitos simbólicos, pero que sí se basan en la percepción del estatus simbólico de la víctima³⁰. En otros términos, el autor ejecuta el punible a partir de la adjudicación de estereotipos en contra de la víctima o de rasgos que la hagan parecer más vulnerables como la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, pero no se requiere forzosamente de un elemento subjetivo de animosidad, hostilidad u odio en el sujeto activo como si lo impone el crimen simbólico. Aun así, ambos crímenes -simbólicos e instrumentales- son producto del prejuicio como condición general.

26 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-188 del 23 de mayo del 2024 (M.P. Natalia Ángel Cabo), p. 55.

27 Gómez, "Violencia por prejuicio", 100-101.

28 En este estudio, los académicos Gregory M. Herek y Kevin T. Berrill examinan el contexto social, la motivación de los agresores y las experiencias de las víctimas en los delitos cometidos en contra de las personas LGBTIQ+.

29 Gregory M. Herek y Kevin T. Berrill, *Hate Crimes Confronting Violence Against Lesbian and Gay Men*, (Estados Unidos: Sage Publications, 1992).

30 Gómez, "Violencia por prejuicio", 101.

- 148 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

3. **Violencia por prejuicio institucional**

Uno de los temas de estudio del presente texto es el análisis del control de la imputación o acusación en temas como la legalidad, tipicidad o el debido proceso. Se trata pues de un ejercicio que efectúa el operador judicial en un proceso penal sobre los requisitos formales y sustanciales en la imputación o acusación limitándose a los tópicos antedichos, lo que implica que, al ser un deber en cabeza de los jueces y juezas, este escrito deberá adentrarse en la violencia por prejuicio institucional tomando como referente los lineamientos judiciales acerca de la violencia de género institucional. Esto de forma general, sin discutir temas relacionados con la sentencia SU-360 de 2024, los cuales serán tratados en el capítulo segundo del texto.

La violencia institucional es una crítica a la actividad del Estado, en tanto es ejercida por las instituciones formales de aquel o de sus ordenamientos funcionales; por ello, estos actos se entienden ejecutados a través de la coacción o el uso de la fuerza estatal, no necesariamente física, en contra de los derechos humanos de las personas y que estarían cubiertos por un manto de "legitimidad"³¹. Esta ofensa se manifiesta cuando el Estado no garantiza el correcto ejercicio de la función pública mediante los principios o valores constitucionales y, además, impone barreras que impiden el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos³² que es su principal misión como lo establece el artículo 2° de la Constitución Política al señalar que unos de los fines esenciales del Estado colombiano es "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución".

La jurisprudencia constitucional entiende que la violencia institucional es una forma de violencia de género que abarca "las actuaciones de distintos operadores judiciales, quienes toman decisiones con fundamento en actitudes sociales discriminatorias que perpetúan la impunidad para los actos de violencia contra la mujer"³³. Si bien hay una fuerte relación de estas agresiones con el poder judicial, la violencia institucional también puede ser ejercida por las autoridades administrativas, pero en general, mediante estas actuaciones, el Estado se convierte en un segundo agresor de las víctimas de violencia que acuden a las

31 Josefina Doz Costa, "Violencia institucional y cultura política", *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, (2010): 152.

32 Doz Costa, "Violencia institucional y cultura política", 152.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-121 del 15 de abril de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 21.

instituciones estatales para lograr la protección y la restitución de los derechos fundamentales que les han sido vulnerados³⁴.

Según el Tribunal Constitucional, esta forma de violencia refuerza el sistema patriarcal y de indiferencia que enfrentan las mujeres cuando acuden a las instituciones estatales y a los servidores públicos, entre estos los operadores judiciales, quienes tienen el deber de impedir la violencia de género y proteger a las mujeres de aquella coyuntura discriminatoria³⁵. Así mismo, estas prácticas institucionales no son actos de maltrato aislados, sino que verdaderamente invisibilizan la violencia sustentada en estereotipos o prejuicios de género³⁶.

Se evidencia que el análisis efectuado por la Corte Constitucional sobre la violencia institucional tiene un enfoque femenino, pues reduce su examen a los asuntos de violación de derechos humanos de las mujeres, pero debe destacarse que la violencia de género también afecta los derechos humanos de las personas LGBTIQ+ y, por ende, la violencia institucional también lo hace³⁷. La doctrina afirma que la violencia de género es un fenómeno estructural, social y político que afecta los derechos humanos de las mujeres y las personas sexualmente no normativas, sustentado en conceptos binarios y heteronormativos que se expresan mediante normas e instituciones que marcan una superioridad de lo masculino y heterosexual abriendo paso a la discriminación de género³⁸.

Esto permite entender que, aunque se está frente a aquella restricción conceptual con base en el sujeto que se protege -las mujeres-, la población que se estudia también padece de violencia institucional, esto es, actos de discriminación de género efectuados por autoridades administrativas y judiciales en razón de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no hegemónica de la persona que acude a las instituciones estatales. Un claro ejemplo que avala tal postura es la sentencia SU-067 de 2023, en la cual la Corte Constitucional conoció de un caso de discriminación efectuado por un juez laboral en contra de Daniela, una mujer trans, en razón de su identidad de género no normativa como parte

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-121 del 15 de abril de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 21.

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-172 del 23 de mayo de 2023 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), 39.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-172 del 23 de mayo de 2023 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), 39.

37 Arenas Blanco, "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano", 53.

38 Arenas Blanco, "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano", 53.

150 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

demandante dentro un proceso ordinario laboral³⁹. La conclusión a la que llega el Tribunal es que los operadores judiciales también son individuos que pueden llegar a ejercer violencia por prejuicio mediante sus decisiones o actuaciones judiciales, ya sea de forma directa o indirecta, comportamientos que al final generan revictimización⁴⁰.

La violencia institucional, como una forma de violencia de género, se agrega, no se consuma únicamente mediante acciones, sino también mediante omisiones, entendiendo este término como lo concibe la dogmática penal al establecer la omisión como una infracción a un deber legal. El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 13 de la Constitución Política, aparte de prohibir cualquier trato discriminatorio en razón de los criterios sospechosos de discriminación, en este caso orientación sexual e identidad de género, ordena al Estado y sus representantes implementar medidas positivas tendientes a prevenir, erradicar y juzgar la violencia de género, ya sea contra las mujeres o personas LGBTIQ+. Esto quiere decir que, si ante una situación de discriminación motivada por el género, el servidor público, en ejercicio de sus funciones, no implementa mecanismos dirigidos a corregir el escenario de discriminación estaría vulnerando los artículos mencionados, así como ejerciendo violencia institucional.

Tanto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴¹ como la jurisdicción administrativa⁴² sostienen que la responsabilidad estatal no se erige únicamente sobre los actos ilícitos que cometen, sino también por el incumplimiento de deberes que le impone la Constitución Política y la Ley que, en la violencia de género, se consuma cuando el Estado no cumple con su deber de prevenir, erradicar y juzgar la violencia motivada por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

Los efectos primarios de la violencia institucional, cuando es ejercida en contra de las personas LGBTIQ+ en el campo judicial, son la persecución jurídica y la invisibilización de la discriminación por prejuicio. Sobre el primero, no se hace referencia en estricto sentido a las acciones u omisiones prejuiciosas de los operadores judiciales, sino a la interpretación legal que estos efectúan sobre el

39 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 del 16 de marzo de 2023 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera), 34 -36.

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 del 16 de marzo de 2023 (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera), 34 -36.

41 Asdrúbal Aguilar, "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos: apreciaciones sobre el Pacto de San José", *Revista IIDH*, n.º17 (1993): 28.

42 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de radicado n°13001-23-31-000-2010-00793-01 del 8 de mayo de 2023 (C.P. José Roberto Sáchica Méndez), 8 – 17.

ordenamiento jurídico que llega a convertirse en un discurso estatal con el poder suficiente de hacer daño⁴³. La lectura que realizan los jueces de la ley contribuye a crear o legitimar un contexto que directa o indirectamente propicia la violencia por prejuicio, debido al poder creador o generador del lenguaje⁴⁴.

Ahora, respecto al problema de la invisibilización, no se habla de una imposibilidad de ver o captar una situación; sino que se hace mención a aquellas circunstancias y contextos que son ignorados o camuflados con o sin plena conciencia. Las causas que ha identificado la doctrina acerca de este efecto de la violencia institucional son la ausencia de tipificación de la violencia por prejuicio como delito autónomo y la renuencia o desconocimiento de usar las categorías de orientación sexual o identidad de género en las actuaciones procesales y decisiones judiciales, lo que facilita que el fenómeno discriminador sea ignorado por el poder judicial ocasionando así una revictimización secundaria⁴⁵. El servidor judicial, sea fiscal o juez, debe abstenerse de llevar a cabo acciones prejuiciosas en razón de la orientación sexual o identidad de género; además, necesita reconocer en sus actuaciones que existe un contexto de discriminación histórica y sistemática en contra de las personas LGBTIQ+ y, con base en ello, ejecutar sus funciones⁴⁶. Véase lo anterior con un ejemplo:

Si un hombre gay acude a la Fiscalía General de la Nación para interponer una querella penal en contra de su vecino toda vez que fue víctima del delito de lesiones personales, y en el desarrollo del programa metodológico se advierte que el motivo que llevó al agresor a consumar dicha conducta fue la orientación sexual no normativa de la víctima; debe el servidor del ente acusador fijar como primera hipótesis la violencia por prejuicio en razón de la orientación sexual del afectado, y, si ésta encuentra soporte en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, debe ser plasmado en la imputación, acusación y sentencia, claro está, siempre y cuando se supere el estándar probatorio señalado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir un fallo condenatorio. De lo

43 Resulta interesante lo mencionado por la profesora María Mercedes Gómez al afirmar que “el derecho no es ajeno a la construcción de estos contextos, sus palabras o sus silencios son poderosos”. Gómez, “Violencia por prejuicio”, 120.

44 Gómez, “Violencia por prejuicio”, 120.

45 Gómez, “Violencia por prejuicio”, 134.

46 Un ejemplo de esto es la recomendación contemplada en el artículo 19 de la Ley 1719 de 2024 sobre la investigación de los delitos sexuales: “ante la existencia de una víctima con orientación sexual diversa se investigará a profundidad los hechos ocurridos, sin calificarlos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales. La investigación debe garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia”.

- 152 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

contrario, se estaría incurriendo en un caso de violencia institucional al ignorar la violencia de género padecida por el lesionado lo que provoca una situación de revictimización y una violación a los derechos fundamentales del querellante.

Por todo lo anterior, se colige que cuando una autoridad judicial, en ejercicio de su actividad judicial, ejecuta actos de discriminación o violencia motivados por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de alguna de las partes, intervenientes o sujetos procesales u omite adoptar medidas positivas dirigidas a prevenir, erradicar o sancionar la violencia de género en contra de las personas sexualmente no normativas en un asunto judicial, se está ante una situación de violencia por prejuicio institucional, la cual se encuentra prohibida por la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos. Son conductas efectuadas por el Estado o sus servidores públicos que, aparte de vulnerar los derechos a la dignidad humana, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, ultrajan los derechos al acceso a la administración de justicia y debido proceso de las víctimas de una conducta delictiva constitutiva de violencia por prejuicio.

1.3 Los mecanismos jurídico penales que regulan la violencia por prejuicio motivada por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género real o percibida

El tipo penal es “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas”⁴⁷; es decir, es la norma que describe la conducta penalmente relevante o es la descripción objetivo-subjetiva de la conducta⁴⁸ creada por el legislador. Así las cosas, el juicio de tipicidad es la valoración que realiza el jurista con el fin de determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la norma penal o con esa descripción objetivo-subjetiva contenida en la ley⁴⁹. Es por eso que, cuando el estudioso del derecho se detiene en el eslabón de la tipicidad en la teoría del delito, deberá analizar la adecuación típica de la conducta, y concluirá que es típica si el comportamiento se ajusta a un tipo penal; si se subsume en él⁵⁰.

Precisado lo anterior, y tomando en cuenta que los aspectos sobre los cuales el juez puede realizar un control material de la imputación y la acusación es la tipicidad

47 Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal. Parte general* (Bogotá: Tirant lo blanch, 2023), 344.

48 Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 345.

49 Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 345.

50 Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 345.

y la legalidad, a continuación se explicará los comportamientos de violencia por prejuicio que ha implementado el legislador, advirtiendo que en la actualidad no existe un tipo que criminalice de forma autónoma la violencia de género en razón de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima como sucede con el feminicidio. Esta exposición será breve, y no es su objetivo hacer una crítica al ordenamiento jurídico penal, sino contextualizar al lector para cumplir con los fines propuestos en la parte introductoria.

1.3.1 Dignidad humana

La Constitución Política consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, la cual es concebida por el ordenamiento jurídico como un principio, valor y derecho de todas las personas. Este derecho fundamental justifica la existencia misma del Estado, ya que es un valor superior y principio fundante que exige que todas las personas deben recibir un trato acorde a su naturaleza humana⁵¹. Tal concepción influye en la interpretación de las normas penales, toda vez que el derecho penal pasa de ostentar una perspectiva legal a una constitucional, en el que la Constitución Política es la principal protagonista en la solución de los asuntos criminales por lo que los administradores de justicia deben obrar conforme a ella.

Es así como la Ley 599 de 2000⁵² y la Ley 906 de 2004⁵³ consagran como primer artículo la dignidad humana, pues es un pilar que gobierna la normatividad jurídico penal y que debe prevalecer aun cuando exista una contradicción o incongruencia con la ley en virtud de la supremacía de la Carta Política.

Pero, ¿qué implicaciones tiene la dignidad humana? Son tres sus alcances: *(i)* como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; *(ii)* entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y, *(iii)* como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral o, en otras palabras, la garantía de que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de trato degradante o humillante⁵⁴.

51 Corte Constitucional. Sala Quina de Revisión de Tutela. Sentencia T-030 de enero 24 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), 26.

52 Artículo 1º. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

53 Artículo 1º. Los intervenientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

54 Corte Constitucional. Sala Quina de Revisión de Tutela. Sentencia T-030 de enero 24 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), 26.

154 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

En el ámbito de los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ+, la Corte Constitucional entiende que el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para que aquellas vivan de forma apropiada y acorde con su proyecto de vida, privilegiando su autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad, los cuales son elementos esenciales en toda sociedad democrática y pluralista⁵⁵. Por ello, los servidores públicos, no solamente tienen prohibido ejercer cualquier acto arbitrario, directo o indirecto, dirigido a anular, dominar o ignorar la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de una persona, sino que también tiene el deber de garantizarles a las personas sexualmente no normativas una vida libre de violencia.

De igual forma, en virtud del principio, valor y derecho de la dignidad humana, el ordenamiento jurídico reconoce que las personas del grupo poblacional en estudio son sujetos de especial protección constitucional y convencional al ser víctimas de una discriminación histórica y sistemática originada por la égida de una sociedad heteropatriarcal. Así, la orientación sexual y la identidad de género se han convertidos en criterios sospechosos de discriminación y categorías protegidas por el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En consonancia con lo anterior, correctamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las personas LGBTIQ+ ostentan una protección jurídica reforzada, debido a los obstáculos que enfrentan en el reconocimiento de sus derechos fundamentales; por lo tanto, las autoridades judiciales encabezan el deber de respetar y garantizar la protección de la identidad y proyecto de vida de los ciudadanos y así asegurar su dignidad humana dentro de la investigación y proceso penal⁵⁶.

En conclusión, tal como lo reconoce el principio 1º de los Principios de Yogyakarta: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”⁵⁷.

55 Corte Constitucional. Sala Quina de Revisión de Tutela. Sentencia T-030 de enero 24 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), 26.

56 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4888 del 28 de agosto de 2024 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito), 10.

57 “Principios De Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, *yogyakartaprinciples.org*, Marzo de 2007, https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

1.3.2 La circunstancia de mayor punibilidad del numeral 3 del artículo 58 del Código Penal

Las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, también conocidas como circunstancias genéricas de agravación punitiva, son aquellos presupuestos normativos que consagran diversas causales que agravan la conducta consumada por determinar un mayor grado de injusto y culpabilidad y, por ende, tal aumento se reflejara en la pena a imponer siempre y cuando se entiendan configurados conforme a los hechos jurídicamente relevantes y a las pruebas practicadas en juicio⁵⁸. Esto implica que dichas circunstancias de mayor punibilidad deberán tenerse en cuenta cuando han sido debidamente imputadas de forma fáctica y jurídica con el fin de no quebrantar los principios de congruencia y el derecho de defensa del procesado⁵⁹.

Además, con base en el artículo 61 de la norma antedicha, estas tienen el objetivo de guiar el ámbito de movilidad punitiva que efectúa el juez a la hora de imponer una sanción penal; es decir, funge como criterio de determinación de la punibilidad conforme a las reglas del citado precepto normativo.

El numeral 3 del artículo 58 de la Ley 599 del 2000 consagra:

Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

(...)

3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u *orientación sexual*, o alguna enfermedad o situación de discapacidad de la víctima (...).

No se requiere mayor explicación, pues de la lectura de la norma se colige que cuando la consumación de la conducta punible estuvo motivada por la orientación sexual de la víctima, se deberá aplicar una agravación punitiva al procesado en la determinación de su pena siempre que dicha circunstancia haya sido debidamente imputada y se hubiera desvirtuado la presunción de inocencia del justiciable. Sin embargo, *prima facie* puede extrañarse la consagración de la identidad de género dentro de las categorías señaladas por el numeral 3º que, como se pudo analizar

58 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4037 del 8 de septiembre de 2021 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), 13.

59 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 24939 del 23 de noviembre de 2006 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez), 8.

156 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

anteriormente, constituiría una invisibilización de la violencia por prejuicio en razón de la identidad de género y al mismo tiempo una vulneración al principio de igualdad al incluir una categoría y excluir otra, cuando ambas merecen una tutela jurídica al ser criterios sospechosos de discriminación.

En aras de solucionar tal problemática, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, pero entendiendo que la categoría sexo también incluía los casos en que la conducta punible se hubiera ejecutado en razón del prejuicio hacia la identidad de género de la víctima, ya que “dentro de una interpretación sistemática y evolutiva del ordenamiento legal, el sexo que se atribuye a las personas no se encuentra determinado únicamente por las condiciones biológicas de los individuos según la clasificación general entre hombre y mujeres, sino también, por la percepción de la propia persona sobre su género”⁶⁰. No se ahondará en el razonamiento del Tribunal Constitucional, pues no es el objetivo de este escrito, pero se deberá advertir que aquella conclusión desconoce los derechos de las personas con identidad de género no normativa, así como la discriminación que sufren ocasionada por la falta de literalidad de la categoría.

Entonces, cuando el ente investigador encuentre evidencias o información legalmente obtenida que permitan concluir que la conducta fue consumada en razón de móviles de discriminación y prejuicio hacia la identidad de género u orientación sexual, la fiscalía debe entender por configurado la causal de mayor punibilidad del artículo 58.3 de la Ley 599 de 2000, en la medida en que el tipo penal imputado no contemple la violencia por prejuicio; esto con el fin de no violar el principio del derecho penal del *non bis in idem*⁶¹.

1.3.3 El tipo penal de feminicidio

El artículo 104A de la Ley 599 de 2000 reza:

Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su *identidad de género* o en donde haya ocurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses (...).

60 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-257 del 18 de mayo de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 80.

61 Fiscalía General de la Nación. *Guías de buenas prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida) de la víctima*, (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2022), 43–44.

Este delito se comete cuando una persona causa la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer, por motivos de su identidad de género o siempre que se haya configurado alguno de los llamados elementos contextuales que contribuyen a revelar o mostrar el elemento subjetivo del tipo penal, los cuales se encuentran consagrados en los literales a – f del artículo mencionado y no constituyen una lista taxativa que impida la concurrencia de alguna otra circunstancia que no esté contemplada en el precepto⁶². Cuando el tipo penal refiere por su *condición de ser mujer* no quiere decir que basta con que el sujeto pasivo sea una mujer para entender por configurado el delito, sino que se requiere la satisfacción del elemento subjetivo que consagra la norma, esto es, la realización del injusto mediante cualquier conducta constitutiva de violencia de género que es lo que motiva al sujeto activo privar la vida de la mujer, quien a su vez es víctima de sometimiento y denigración por razones de género⁶³.

Siguiendo la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴, las mujeres trans deber ser concebidas por los ordenamientos jurídicos miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como mujeres, pues tal razonamiento se extrae del principio de igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto conlleva a que los mecanismos legales creados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer deben ser aplicados de igual forma en los asuntos de violencia en contra de las mujeres trans; por ejemplo, la Convención de Belém Do Pará y las normas que tipifican el feminicidio, ya que aquellas pueden llegar a ser violentadas por dos motivos de violencia de género que no son excluyentes: *(i)* por ser mujeres; y, *(ii)* por ser personas trans. Para el Tribunal de Derechos Humanos “la identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género”⁶⁵, categoría protegida por el tratado internacional fundante del Sistema.

62 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP-223 de 2023 (M.P. Gerson Chaverra Castro), 28.

63 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP-223 de 2023 (M.P. Gerson Chaverra Castro), 28.

64 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de marzo de 2021: caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Además, ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24 de 24 de noviembre de 2017, OC-24/17, 24, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de marzo de 2021: caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf.

158 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

El artículo 104A del Código Penal establece que el feminicidio se configura cuando se ocasiona la muerte a otra mujer por motivos de su identidad de género, lo que quiere decir que el delito puede consumarse en razón de la construcción autónoma de la víctima acerca de las características inmateriales femeninas con las que se identifica, así estas no correspondan con el sexo que le fue asignado al nacer⁶⁶. Lo que realmente penaliza el tipo penal cuando hace referencia a *por motivos de la identidad de género* es la muerte que se causa a una mujer trans en razón al prejuicio hacia su identidad de género no normativa.

1.3.4 El motivo abyecto como circunstancias de agravación punitiva

El artículo 104 de la Ley 599 de 2000 establece las circunstancias de agravación punitiva para los delitos de homicidio (artículo 103) y otros delitos contra la vida e integridad personal conforme al artículo 119 *ibidem*; destacándose el numeral 4° que indica “por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o *por otro motivo abyecto* o fútil”.

Según la Real Academia Española, entiéndase por abyecto lo “despreciable, vil en extremo, humillado, herido en el orgullo”⁶⁷; entonces, lo que la norma castiga son aquellas conductas delictivas consumadas por motivos despreciables, viles en extremo, infames, injustificables o despreciables. Son delitos que se ejecutan por razones que “causan repudio general y que expresan una particular depravación y bajeza de ánimo, que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media”⁶⁸.

Los delitos cometidos en contra de las personas LGBTIQ+ en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa son verdaderos motivos abyectos, pues la violencia por prejuicio no integra razones justas o sensatas que justifiquen la materialización de conductas delictivas que son radicalmente contrarias a lo noble y altruista, y que buscan suprimir o eliminar la diferencia⁶⁹. Causarle la muerte a una persona por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género es un acto ruin, inexcusable y repugnante para

66 María Camila Correa, “El feminicidio y el transfeminicidio en la legislación penal colombiana”, *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º 119 (2024): 63.

67 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, “Abyecto” <https://dle.rae.es/abyecto>

68 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1013 de 2021 (M.P. Hugo Quintero Bernate) 25.

69 Fiscalía General de la Nación. *Guías de buenas prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida) de la víctima*, 50.

cualquier ciudadano racional, y no solamente porque esas categorías de género están protegidas por la legislación, sino también porque son excusas superficiales, prejuiciosas y viles que atentan contra la dignidad humana.

El motivo abyecto, y por ende la violencia por prejuicio en contra de las personas sexualmente no normativas, “es aquel -comportamiento- que expresa una particular depravación y bajeza de ánimo y que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media”⁷⁰ que revela en el autor una personalidad depravada y egoísta, que no tiene ningún respeto por la vida de los demás seres humanos llegando a tomar la posición de alguien vil capaz de cometer los actos más abominables por las razones más mezquinas⁷¹.

1.3.5 El capítulo IX del Código Penal: De los actos de discriminación

La Ley 1482 de 2011, modificada por la Ley 1752 de 2015, modificó la Ley 599 de 2000 para implementar diversos tipos penales dirigidos a sancionar y erradicar la discriminación mediante el poder punitivo del Estado, estos son, actos de discriminación -artículo 134A *ibidem*-, y hostigamiento -artículo 134B *eiusdem*-.

Esta norma jurídica fue creada con el objetivo de castigar principalmente la violencia racial; sin embargo, en aras de procurar por una mayor protección del principio de igualdad y no discriminación, se incluyeron, afortunadamente, otros criterios sospechosos de discriminación ya estudiados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, entre ellos, la *orientación sexual*. Sin embargo, el mismo problema señalado en el artículo 58 del Código Penal acontece con la presente Ley: no hay una mención expresa de la identidad de género como categoría de discriminación en los tipos penales en mención. La Corte Constitucional, en la misma sentencia C-257 de 2016, resaltó que, en virtud de una interpretación evolutiva de las normas jurídicas, en el vocablo *sexo* debe entenderse incorporada la discriminación que sufren las personas por su identidad de género⁷², e incluso tal categoría está referenciada en la cláusula residual “*y demás razones de discriminación*”.

70 Orlando López Gómez, “El homicidio por motivo abyecto o fútil, precio o promesa remuneratoria”, *Nuevo Foro Penal*, n.º26 (2016): 485.

71 *Ibid.*

72 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-257 del 18 de mayo de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 80.

- 160 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Sobre el tipo penal de actos de discriminación, debe advertirse que, en virtud de los principios del derecho penal de *ultima ratio* y fragmentariedad, no toda conducta arbitraria de impedimento, restricción u obstrucción del pleno ejercicio de los derechos de las personas en razón de la orientación sexual o identidad de género del agraviado debe entenderse como acto de discriminación a la luz de la norma penal, pues solo deben ser castigados los atentados más graves a la dignidad de las personas sexualmente no normativas, no abordando los comportamientos prejuiciosos que puedan ser enfrentados mediante otro conjunto de medidas establecidas por el Derecho.

El tipo penal de hostigamiento tiene dos verbos rectores por los que se llega materializar el delito antedicho: promover e instigar. El primero implica mover a otros a realizar una conducta; y, el segundo, significa impulsar el desarrollo de alguna actividad; verbos que pueden acoger diferentes formas de expresión; por ejemplo, discursos, frases orales, publicaciones electrónicas, dibujos, pinturas, cartas, entre otras, pero todas deben estar encaminadas a provocar un daño moral o físico y proyectarse sobre sujetos de especial protección como lo son las personas LGBTIQ+⁷³. Lo que castiga este delito es “la potencialidad de producir un perjuicio físico o moral”⁷⁴, lo que implica que no se requiere que en el plano material ocurra una alteración física; es decir, es un tipo penal de mera conducta.

En palabras de la Sala de Casación Penal:

requiere de un mensaje con capacidad de generar un impacto negativo en la actuación de los destinatarios, y que para determinarlo es necesario evaluar el discurso bajo una serie de criterios como «(...) la textualidad, la intencionalidad del emisor, la aceptabilidad en el receptor, la situacionalidad y la intertextualidad». En ese sentido, desde el componente de la aceptabilidad o receptibilidad de las palabras, debe considerarse las características propias de los oyentes - por ser estos los llamados a materializar el llamado riesgo comunicativo-. Igualmente, en cuanto a la situacionalidad, indicó la necesidad de evaluar si el contexto amerita la comisión de un perjuicio por parte de estos últimos⁷⁵.

Lo anterior debe ser interpretado conforme al concepto de *discurso de odio*, el cual se rige bajo los criterios de: (i) grupo en situación de vulnerabilidad tipificado;

73 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP641 de febrero 26 de 2020 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), 14.

74 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP641 de febrero 26 de 2020 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), 14.

75 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP641 de febrero 26 de 2020 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya), 15.

(ii) humillación; (iii) malignidad; (iv) intencionalidad; y, (v) el contexto, los cuales deberán ser analizados conforme a los hechos imputados y probados en el juicio oral y público.

2. La sentencia SU-360 de 2024 y el control material de la imputación o la acusación en los asuntos penales originados por la consumación de una conducta punible motivada por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima

La sentencia SU-360 de 2024 afirma que los postulados constitucionales que establecen la igualdad ante la ley y no discriminación por razones de género, provocan que el ordenamiento jurídico le otorgue una especial protección a las mujeres, quienes históricamente han enfrentado múltiples formas de desigualdad y discriminación por el hecho de ser mujeres⁷⁶. Esta protección reforzada no se debe únicamente a los mandatos derivados del artículo 13 de la Constitución Política, sino también en virtud de los diferentes tratados internacionales que ha suscrito el Estado colombiano, y que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico conforme al artículo 93 de la Carta Magna, como lo son la Convención de Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (*CEDAW*), asumiendo así un deber de debida diligencia reforzada en la prevención, erradicación y sanción de la violencia en contra de la mujer.

La violencia en contra de la mujer ha sido definida por el Órgano Constitucional, con base en los planteamientos de Irene Cortés⁷⁷, como una forma de discriminación de género, esto es, “aquella violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Pero no por el hecho de ser mujeres desde una concepción biológica, sino de los roles y la posición que se asigna a las mujeres desde una concepción social y cultural”⁷⁸. Son actos que se sustentan en premisas culturales que se han construido según los papeles que le han sido asignados a los hombres y mujeres, y debido a ellas surge una relación asimétrica de poder entre los hombres y las mujeres que defiende la superioridad masculina y propugna por la subyugación femenina.

76 Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), p. 23.

77 Irene Cortés, *Violencia de género e igualdad*, (España: Comares, 2013), 1.

78 Cortés, *Violencia de género e igualdad*, 1.

162 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Debido a este contexto, la judicatura reconoce que, en la actividad de los jueces y juezas, éstos pueden propagar o justificar la violencia de género que se ha consumado en contra de las mujeres, a través de decisiones motivadas desde prejuicios o estereotipos de género que termina por revictimizarlas y legitimar los abusos cometidos en contra de aquellas. Esta situación se conoce como violencia institucional, entendida como “el conjunto de las actuaciones de distintos operadores judiciales, quienes toman decisiones con fundamento en actitudes sociales discriminatorias que perpetúan la impunidad para los actos de violencia contra la mujer”⁷⁹, tal como se explicó anteriormente.

Con el objetivo de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y convencionales asumidos por el Estado para combatir la violencia de género en contra de las mujeres en los procesos penales, la Corte Constitucional coligió que el control más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, legalidad o debido proceso es un instrumento que permite proteger los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de delitos, quienes acuden a la jurisdicción penal para obtener verdad, justicia y reparación acorde con los lineamientos de la perspectiva de género⁸⁰.

No existe objeción sobre la conclusión arribada por la Corporación Constitucional, pero se debe defender la aplicación amplia de tal potestad de supervisión judicial a todos los casos de violencia de género, sin restringirlo con base en el individuo a proteger, pues, si esto ocurriera, ocasionaría, paradójicamente, una vulneración al principio de igualdad y no discriminación de otros sujetos de especial protección diferentes a las mujeres, los cuales también son víctimas de violencia de género como lo son las personas LGBTIQ+ según se mencionó anteriormente.

Existe una limitación conceptual acerca de la violencia de género en materia jurisprudencial que se ha identificado mayoritariamente en las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸¹, las cuales dejan en evidencia el creer que, al menos de forma indirecta, la violencia de género es sinónimo de discriminación en contra de la mujer. Razonamiento que es errado, porque la violencia por prejuicio es también discriminación de género.

79 Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 24.

80 Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 81 – 82.

81 Sobre esto consultar: Arenas Blanco, “La perspectiva de género en el proceso penal colombiano”, 42-61.

Si bien las mujeres han sido y son víctimas de la violencia de género en virtud del sistema heteropatriarcal que ha invadido e impregnado las sociedades modernas, no son el único grupo poblacional afectado por las consecuencias de este panorama. Cuando se habla de género no se hace mención exclusiva a las mujeres, sino al conjunto de construcciones culturales que son asignadas a los hombres y mujeres para que desempeñen un rol o un papel conforme a parámetros agrupados en una clasificación binaria de masculino-femenino, guiados por una visión heteronormativa⁸².

En estos términos, el concepto de violencia de género no excluye a las personas LGBTIQ+, ya que su definición integra cualquier violación a los derechos humanos motivados por el género, o por el incumplimiento de los roles y normas de género conforme a esa clasificación social que ha dividido la forma de relacionarse de los seres humanos en masculino y femenino. Sin embargo, debe percatarse el lector que aun cuando las personas sexualmente no normativas también son víctimas de la violencia de género, dichas vivencias no pueden ser comparadas o analizadas bajo el mismo enfoque que se emplea para estudiar la violencia en contra de la mujer, debido a que la causa de la discriminación en ambos grupos poblacionales es diferente; uno parte de la existencia de una relación asimétrica entre hombre y mujeres, y el otro, de una imposición jerárquica de la heterosexualidad sobre las sexualidades no normativas, así como la exclusión de cualquier comportamiento que infrinja la heteronormatividad.

Puntualizado lo anterior, a continuación, se explicarán las razones por las cuales el control más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, legalidad y debido proceso, defendido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-360 de 2024, también debe extenderse a los asuntos penales constitutivos de violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+, esto conforme a los tipos penales ilustrados anteriormente.

82 Arenas Blanco, "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano", 53.

164 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

2.1 Los hechos jurídicamente relevantes como garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de delitos motivados por el prejuicio

2..1.1 Los hechos jurídicamente relevantes

Los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que “encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales”⁸³, por lo que la relevancia jurídica de determinado hecho debe estar definida de acuerdo a la descripción objetivo-subjetiva que ha estipulado el legislador en la norma penal, claro está, sin perjuicio del análisis que debe efectuar el operador jurídico en sede de antijuricidad y culpabilidad para concluir la configuración de un delito⁸⁴. Así, cuando se está frente a hechos en abstracto que han sido definidos previamente por el legislador atribuyéndole una consecuencia jurídica, es necesario acudir a una interpretación adecuada de la norma penal, esto es, tomando en cuenta los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, entre otros⁸⁵.

Es la norma penal la que resuelve si el hecho o los hechos tienen relevancia jurídica para adelantar un proceso penal al verificar si la conducta se adecua a la proposición establecida en un tipo penal. No obstante, estos hechos no pueden confundirse con los hechos indicadores -de los cuales puede inferirse el hecho jurídicamente relevante- como generalmente sucede en algunos procesos judiciales, pues si se suplen los hechos jurídicamente relevantes por los hechos indicadores y/o medios de prueba: *(i)* generaría una afectación al derecho de defensa del procesado; *(ii)* impediría delimitar el tema de prueba; y, *(iii)* obstaculizaría el adecuado desarrollo del debate probatorio⁸⁶, circunstancias contrarias a los fines de la administración de justicia.

La mayoría de doctrinantes han afirmado que los hechos jurídicamente relevantes son el centro del debate en el proceso penal, incluyendo tanto su vertiente fáctica -acciones u omisiones- como jurídica -proposiciones contenidas en la norma jurídica-, toda vez que ellos fijan el debate del proceso, los cuales no pueden variar

83 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042 de junio 5 de 2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), 17.

84 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042 de junio 5 de 2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), 17.

85 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042 de junio 5 de 2019 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), 17.

86 Cesar Valencia Caballero, *Control judicial de los hechos de la acusación. Fundamento convencional ¿cómo apartarse del precedente judicial que impide el control de la acusación?* (Bogotá: Leyer, 2022), 41.

sustancialmente e incluso manteniéndose en la sentencia al tenor del principio de congruencia⁸⁷. De igual forma, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que “los hechos jurídicamente relevantes concretan el objeto del proceso en su dimensión fáctica, aspecto esencial del debido proceso penal; y a su vez, constituyen el componente fáctico de los cargos sobre los que se viabiliza el derecho de defensa a través de su controversia”⁸⁸.

La actividad de fijar de los hechos jurídicamente relevantes debe ser entendido como un ejercicio complejo, porque no es un acto que se ejecute en un único momento, sino que se compone de: *(i)* la imputación de aquellos hechos como lo establece el Código de Procedimiento Penal; *(ii)* radicación del escrito de acusación ante el cognoscente; *(iii)* verificación del traslado o conocimiento previo del escrito de acusación a las partes en la audiencia de formulación de acusación; *(iv)* someter el escrito de acusación a las observaciones que formule la defensa y los otros intervenientes con interés, en caso de que se crea que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, pudiendo el fiscal aclararlos, adicionarlos o corregirlos de inmediato; *(v)* una vez realizado lo anterior, se le concederá la palabra al fiscal para que formule la acusación⁸⁹.

Debido a lo anterior, la correcta determinación de los hechos jurídicamente relevantes repercute en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, sobre las cuales la sentencia SU-360 de 2024 ha habilitado a los jueces y juezas realizar un control más o menos amplio en temas como la tipicidad, legalidad o debido proceso.

Con base en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, la adecuada formulación de los hechos jurídicamente relevantes constituye un imperativo de validez de las actuaciones antedichas, y es deber del ente acusador fijarlos con la mínima claridad, de lo contrario se estaría afectando el proceso penal con una irregularidad sustancial que a su vez quebrante el debido proceso y el derecho de defensa del implicado⁹⁰. Por ello, la jurisprudencia penal advierte que en su construcción es esencial que:

87 Valencia Caballero, *Control judicial de los hechos de la acusación*, 47.

88 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2842 de octubre 23 de 2024 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo), 21.

89 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP5532 de mayo 9 de 2023 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios), 17.

90 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2842 de octubre 23 de 2024 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo), 23 – 26.

- 166 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) la fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación o la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación – entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación⁹¹.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-360 de 2004, entiende que es un deber de la Fiscalía General de la Nación llevar a cabo un correcto juicio de imputación, el cual se verá reflejado en la debida delimitación de los hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica, o, por el contrario, se incurrirá en una infracción de las garantías fundamentales de las partes e intervinientes⁹². Por eso, la audiencia de formulación de imputación ostenta una naturaleza medular en el sistema penal acusatorio al ser el primer escenario en el que se comunican los hechos jurídicamente relevantes a un individuo y su correlación con la calificación jurídica de los mismos⁹³.

En la imputación a cargos, la relación de los hechos debe ser clara, coherente, concisa, sucinta, sin duda con una relevancia jurídica, y en un lenguaje comprensible; asimismo, “los términos de la imputación deben ser lo suficientemente claros e ilustrativos en torno a la conducta punible endilgada con todas sus circunstancias”⁹⁴, comprendiendo la cabal calificación jurídica, en aras de proteger los derechos fundamentales los sujetos procesales.

En igual sentido, en la audiencia de formulación de acusación resulta relevante la correcta limitación de los hechos jurídicamente relevantes, debido a que la acusación “constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa”⁹⁵, en tanto el titular

91 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2842 de octubre 23 de 2024 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo), 23 – 26.

92 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 53.

93 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 53.

94 Nelson Saray Botero, *Procedimiento penal acusatorio* (Bogotá: Leyer, 2017), 268.

95 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1392 de febrero 11 de 2015 (M.P. José Leónidas Bustos Martínez), 13.

de la acción penal, con base en la teoría del caso cimentada, definirá los hechos, circunstancias y delitos que pretenderá probar en el juicio oral y sobre los cuales la defensa ejercerá su derecho de contradicción y de defensa⁹⁶, ya sea mediante la construcción de una teoría plausible o manteniendo incólume la presunción de inocencia del justiciable a través de la contradicción en el debate público.

Entonces, la estructura probatoria de la acusación está supeditada a la premisa fáctica, lo que implica que, si la Fiscalía General de la Nación ha establecido una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de forma incompleta, el tema de prueba también será defectuoso, luego se dejará por fuera hechos jurídicamente relevantes sin los cuales no se podría estructurar válidamente el tipo penal imputado⁹⁷. Se debe impedir que la premisa fáctica sea incompleta o confusa para así evitar deficiencias en ella y en la estructura probatoria que pongan en peligro o quebranten los derechos fundamentales del acusado o la víctima *so pena* de que la actuación quede viciada de nulidad⁹⁸.

Ahora bien, frente a las conductas punibles constitutivas de violencia por prejuicio en razón de la identidad de género, orientación sexual o expresión de género (real o percibida⁹⁹) de la víctima, debe advertirse en primer lugar que el ente acusador, a la hora de fijar los hechos jurídicamente relevantes, tanto en su aspecto fáctico como jurídico, deberá implementar una perspectiva de género que combata los prejuicios y estereotipos que pueda envenenar la investigación y el proceso penal, e igualmente logre poner en evidencia la situación de discriminación que sufren las personas LGBTIQ+¹⁰⁰. Tal como lo menciona el principio 8º de los Principios de Yogyakarta, los Estados:

96 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 53.

97 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2880 de septiembre 20 de 2023 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito), 12.

98 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2880 de septiembre 20 de 2023 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito), 12.

99 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que la discriminación de género también ocurre cuando la víctima es agredida debido a la percepción del victimario sobre su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, aun cuando la primera no ostenta una sexualidad no normativa; por ejemplo, una persona agrede a dos hermanos al creer que estos son una pareja homosexual, por el hecho de que aquellos caminan tomados de las manos. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2016: Caso Flor Freire vs. Ecuador, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_.esp.pdf.

100 Sobre la implementación de la perspectiva de género en asuntos penales de violencia por prejuicio contra personas LGBTIQ+ ver: Arenas Blanco, "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano", 42-61.

168 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias *a fin de prohibir y eliminar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual o la identidad de género en todas las etapas del proceso judicial, en procedimientos penales (...)*, y asegurarán que no se impugne la credibilidad o el carácter de ninguna persona en su calidad de parte, testigo/a, defensor/a o tomador/a de decisiones en base a su orientación sexual o identidad de género¹⁰¹.

Una correcta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes en estos asuntos implica hacer evidente la violencia por prejuicio en el aspecto fáctico y jurídico de la figura, pues la falta de reconocimiento de que un hecho delictivo se cometió por motivos o razones discriminatorias conlleva a una revictimización del denunciante o querellante¹⁰², esto es, una vulneración de las garantías fundamentales de la víctima que a su vez constituye violencia institucional.

Así, en la audiencia de formulación de imputación y acusación, la Fiscalía General de la Nación, al momento de comunicarle los cargos al implicado, deberá: *(i)* contextualizar los hechos de manera que se logre identificar en la imputación fáctica la violencia por prejuicio en razón de la sexualidad no normativa de la víctima como causante o motivo que llevó al actor a consumar el delito; y, *(ii)* con base en lo anterior, efectuar una correcta calificación o imputación jurídica, no solamente respecto al delito en sí mismo, sino también a las circunstancias de agravación o mayor punibilidad que contempla la Ley 599 de 2000 para sancionar la discriminación fundada en la identidad de género u orientación sexual conforme a la explicación que se ofreció en el capítulo anterior.

Para mayor ilustración véase el siguiente ejemplo:

X, hombre cis género, es vecino de Y, mujer trans, a quien en reiteradas ocasiones le profería insultos y palabras denigrantes como marica, enfermo, le voy a enseñar a ser hombre, etc. Un día, mientras Y llegaba a su casa en horas de la madrugada, X decide tomar un arma de fuego y aprovechar el tiempo y la soledad del espacio físico para dispararle a Y, con el fin de darle muerte. Y fallece en la ambulancia camino al hospital¹⁰³.

101 “Principios De Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, *yogyakartaprinciples.org*, Marzo de 2007, https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

102 Fiscalía General de la Nación. *Guías de buenas prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida) de la víctima*, 28.

103 Ejemplo inspirado en los casos Azul Rojas vs Perú y Vicky Hernández vs Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de marzo de 2020: caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú,

Ante este escenario, es claro que estamos ante un delito contra la vida, pues: i) existe un sujeto activo (X), quien ejecuta un comportamiento (matar); y, ii) se afectó el bien jurídico (vida) del sujeto pasivo (Y). Al aplicar una perspectiva de género en la investigación penal, el fiscal concluirá que se está frente a un delito de feminicidio, pues la víctima es una mujer trans que fue asesinada por motivos de su identidad de género que se ve reflejado en la violencia por prejuicio verbal que efectuaba el victimario sobre ella.

En efecto, el agente fiscal deberá exhibir la violencia por prejuicio que sufrió la víctima a la hora de determinar los hechos jurídicamente relevantes tanto en la dimensión fáctica —X mató a Y, mujer trans, en razón de su identidad de género debido a las circunstancias que antecedieron al acto— como en la calificación jurídica —tipo penal de feminicidio—, pues esto no solamente permite al procesado desarrollar una defensa efectiva y sin complicaciones, sino también garantiza los derechos fundamentales de la víctima; es decir, como lo reconoce la Corte Constitucional la correcta fijación de los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de imputación y de acusación “garantiza, en un nivel más alto, los derechos tanto del investigado como de la víctima del proceso”¹⁰⁴.

2.1.2 Los hechos jurídicamente relevantes como garantes de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas

En términos generales, el estudio de los hechos jurídicamente relevantes y su incidencia en el proceso penal se ha estudiado desde un panorama de los derechos fundamentales del procesado, concretamente los derechos al debido proceso y la defensa, como se puede llegar a evidenciar en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, la sentencia SU-360 de 2024 alerta que el acto procesal que realiza la Fiscalía General de la Nación al delimitar los hechos jurídicamente relevantes y efectuar el juicio de tipicidad, también repercute en los derechos humanos de las víctimas, pues si dicha actividad es fructuosa y correcta, los afectados de un delito verán maximizada la garantía de sus derechos a la verdad, justicia y reparación del hecho punible¹⁰⁵. En palabras de la Corte Constitucional, “la víctima tendrá certeza de que los hechos denunciados

104 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 56.

105 Ibid.

170 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

se adecúan realmente en la descripción normativa del tipo y, sobre este eje, se desarrollará el proceso penal”¹⁰⁶.

El artículo 250.7 de la Constitución Política consagra que la Fiscalía General de la Nación deberá “*velar por la protección de las víctimas (...)*”¹⁰⁷, quienes adquieren la condición de intervenientes, pero no de partes, en un proceso penal. De este mandato constitucional se derivan tres imperativos que han sido identificados por el Tribunal Constitucional¹⁰⁸: *(i)* las víctimas pueden intervenir autónomamente durante toda la actuación penal; *(ii)* el sistema penal de Ley 906 de 2004 les otorga una *protección especial a las víctimas*; y, por ende, *(iii)* el proceso penal debe promover el *restablecimiento de sus derechos* y la reparación integral por los daños ocurridos. Por lo tanto, los servidores judiciales deben servirse de la Constitución Política y la Ley para establecer “*directrices sustanciales encaminadas a defender los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición*”¹⁰⁹ de las víctimas y procesalmente se prevé facultades para acceder a la correcta administración de justicia.

Es así como se logra observar que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y el Acto Legislativo 03 de 2002, las victimas adquirieron un rol importante en el proceso penal, permitiéndoseles incluso aportar elementos de juicio que las habilite a enfrentar al imputado¹¹⁰.

No se trata ya de un proceso penal eminentemente inquisitivo y retributivo dirigido únicamente a imponer un castigo al procesado, sino que adopta una postura que vela por las garantías judiciales y los derechos de las partes e intervenientes, priorizando la reparación o justicia restaurativa. Tal como lo expone el jurista Saray Botero¹¹¹:

el sistema penal entendido como el escenario dedicado a garantizar de manera exclusiva los derechos del procesado quedó en el pasado, pues al lado del investigado está la víctima, presente en la actuación tanto para buscar una satisfacción material como para exigir responsabilidades, porque sus derechos son actuales y vigentes en busca de justicia, de donde se sigue que resulta imperativo para los administradores de justicia tomarlas en serio dentro de los procesos judiciales.

106 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 57.

107 Constitución Política de Colombia. (1991).

108 Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-374 de septiembre 1 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 16.

109 Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-374 de septiembre 1 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), 16.

110 Nelson Saray Botero, *Procedimiento penal acusatorio*, (Bogotá: Leyer, 2017), 13.

111 Saray Botero, *Procedimiento penal acusatorio*, 51.

Si bien el proceso penal actual se edifica sobre un sistema adversarial entre dos partes procesales: acusador y acusado; no quiere decir *per se* que la víctima sea un sujeto ajeno al asunto, un sujeto de piedra que pasa a un segundo plano. En cambio, aquella es un interviniente especial a quien la administración de justicia debe garantizarle sus derechos fundamentales, especialmente “a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”¹¹².

De la gama amplia de derechos que ostenta la víctima en un proceso penal se destaca los derechos a la verdad, justicia y reparación, los cuales tiene relación directa con la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes.

En armonía con los Principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, la verdad es un derecho inalienable en el que las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer los acontecimientos que rodean al delito, sus circunstancias y las razones que llevaron al victimario a perpetrar el crimen; por ello, el Estado debe implementar mecanismos que garanticen el derecho a la verdad y a saber de las personas afectadas por una conducta punible¹¹³.

Respecto a las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (DIH), el derecho a la verdad no se limita a la esfera individual; es decir, el derecho de las víctimas directas e indirectas de saber lo que ocurrió, sino que también se extiende al campo colectivo, pues este derecho promulga por que la sociedad en su conjunto conozca lo verdaderamente acontecido para así evitar que dichas situaciones se reproduzcan en el futuro¹¹⁴. Para garantizar lo anterior, los Estados tendrán que asumir diversos deberes dirigidos a investigar y esclarecer los hechos, así como de individualizar a los responsables del delito y de difundir públicamente la información del asunto¹¹⁵.

De igual forma, el artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que dentro de las garantías judiciales y la protección judicial está

112 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-209 de marzo 21 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), 53.

113 Ver Principios 1° al 5°. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, “Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, E/CN.4/2005/102/Add.1, febrero 8, 2005, <https://docs.un.org/es/e/cn.4/2005/102/Add.1>.

114 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, “La Administración De Justicia y Los Derechos Humanos De Los Detenidos”, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, octubre 2, 1997, 6.

115 Damián A. González-Salzberg, “El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no internacional”, International law: Revista (2008): 438.

172 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

el deber del Estado de investigar, judicializar -esclarecer los hechos- y condenar las afectaciones a los derechos humanos de los agredidos¹¹⁶. Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que el proceso penal no está encaminado únicamente a sancionar al responsable de un delito y garantizar una reparación a las víctimas, sino también demanda el "derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real"¹¹⁷.

Acerca del derecho a la justicia, los instrumentos internacionales armónicamente avisan que la impunidad es uno de los problemas que quebranta las obligaciones estatales de investigar las violaciones a los derechos humanos que se traduce en una incapacidad de adoptar medidas apropiadas para procesar, juzgar y condenar a los responsables de conductas punibles¹¹⁸. Esto provoca que las víctimas no vean satisfecho su derecho al acceso a la administración de justicia y así conseguir una reparación por los padecimientos sufridos; la impunidad obstaculiza la satisfacción de la obligación de evitar la repetición de las violaciones a los derechos fundamentales¹¹⁹.

El derecho a la justicia impone al Estado la misión de "investigar, sancionar y condenar a penas adecuadas a los responsables de las conductas delictivas y evitar la impunidad"¹²⁰, mediante la implementación de recursos agiles y efectivos que permitan a los ciudadanos acudir efectivamente a los tribunales para buscar protección de sus derechos. De esta prerrogativa se desprende varios compromisos, a saber: *(i)* establecer instrumentos judiciales idóneos para llegar al *descubrimiento de los hechos* y la condena de los agresores; *(ii)* el compromiso de las autoridades de investigar todos los casos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos; *(iii)* la posibilidad de las víctimas de acudir a un recurso judicial adecuado y efectivo; y, *(iv)* el deber de respetar el debido proceso¹²¹.

116 "Convención Americana sobre Derechos Humanos", febrero 11, 1978, https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

117 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado n.º 22298 de agosto 10 de 2006. (M.P. Marina Pulido de Barón), 14.

118 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, "La Administración De Justicia y Los Derechos Humanos De Los Detenidos", E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, octubre 2, 1997, 25.

119 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, "La Administración De Justicia y Los Derechos Humanos De Los Detenidos", E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, octubre 2, 1997, 25.

120 Saray Botero, *Procedimiento penal acusatorio*, 80.

121 Saray Botero, *Procedimiento penal acusatorio*, 80.

Ahora, en cuanto al derecho a la reparación, deberá partirse del principio general del Derecho que establece que, el responsable de un daño o agravio, ostenta el deber de repararlo o compensarlo; las víctimas tienen el derecho a "una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder"¹²² conforme a la Constitución Política y la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, la sistemática procesal penal ha acogido la figura de la reparación integral en diferentes institutos jurídicos como la preclusión y el principio de oportunidad¹²³, así como en un mecanismo procesal, independiente y posterior al trámite penal denominado incidente de reparación integral. Esta forma de reparar los daños ocasionados por un delito "es una forma de responsabilidad civil extracontractual consagrada en el art. 2341 del C.C y que encuentra fundamento en los artículos 94, 9549 y 96 del Código Penal. Por lo tanto, según la SCPCSJ, la acción de reparación integral es una acción civil al final del proceso penal que ocurre una vez se ha declarado a un sujeto como penalmente responsable"¹²⁴.

Así las cosas, los derechos a la verdad, justicia y reparación son considerados como una trilogía de derechos que gozan las víctimas en un proceso penal, constituyéndose en bienes cardinales de una sociedad que busca un orden justo¹²⁵. Estos son interdependientes entre sí, pues "no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia"¹²⁶. Entonces, la adecuada imputación fáctica y jurídica se encuentra ligada a las garantías de las víctimas, pues esto permite proteger los derechos a la verdad, justicia y reparación de aquellas, porque, como se mencionó, "el derecho a la reparación como un derecho complejo se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia"¹²⁷.

Ahora bien, en el capítulo primero, se exhibió una problemática que afecta a la población LGBTIQ+ y que está relacionada con la investigación y judicialización

122 Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia T-230 de junio 17 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 12.

123 Para mayor explicación véase: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4757 de agosto 21 de 2024 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).

124 Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia T-230 de junio 17 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 12.

125 Saray Botero, Procedimiento penal acusatório, 80.

126 Saray Botero, Procedimiento penal acusatório, 80.

127 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 73.

de la violencia por prejuicio que padecen, y es la permanencia de un estado de invisibilización institucional que se erige como violencia de género.

El ignorar esta forma de discriminación experimentada por las personas sexualmente no normativas a la hora de delimitar los hechos jurídicamente relevantes y calificación jurídica, repercute en el juicio de tipicidad que efectúa el acusador, lo cual, a su vez, provoca una afectación a los derechos a la verdad, justicia y reparación de los denunciantes, en tanto no se les permite conocer realmente lo acontecido en torno al delito. La imputación y la acusación versará sobre hechos incompletos o que no ocurrieron realmente; se tratará de una premisa fáctica que ha sido mutilada o tergiversada, y que origina una victimización secundaria en las personas afectadas por la conducta punible; es decir, se materializará un acto de violencia institucional.

Si verdaderamente se quiere garantizar la trilogía de derechos, la Fiscalía General de la Nación está obligada a exponer la violencia por prejuicio en razón de la identidad de género, orientación sexual o expresión de género (real o percibida) que motivó la comisión del delito, claro está, siempre y cuando los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida permita soportar tal razonamiento. Los hechos jurídicamente relevantes son el objeto del asunto litigioso, al igual que, junto a la imputación, es la parte medular del proceso penal; por lo tanto, la discriminación de género debe quedar debidamente comunicada al momento de imputar los cargos y acusar, esto con el fin de alcanzar una sincronía entre la verdad procesal y la verdad real, y así cumplir con los objetivos que inspiran la administración de justicia.

Resulta imperativo detenerse en el ámbito colectivo del derecho a la verdad, ya que tiene una especial relación con el carácter simbólico de la violencia por prejuicio que sufre el grupo poblacional en estudio.

Recuérdese que esta forma de discriminación no solo afecta la integridad personal de las víctimas, sino que también ataca la existencia de personas que se identifican con el cuerpo agredido. El agresor, con su conducta, envía un mensaje de exclusión de las sexualidades no normativas y la jerarquización del género en el que la heterosexualidad avasalla las orientaciones sexuales o identidades de género que no compaginan con la heteronorma. Lo anterior supone que la incorrecta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes y calificación jurídica no solo menoscaba el derecho a la verdad de los agraviados directos e indirectos -familiares, amigos, allegador, etc.-, sino que también quebranta el de la sociedad, específicamente el de la población LGBTIQ+.

Una omisión de la violencia por prejuicio, en la precisión factual y jurídica de la imputación o acusación, desconoce la discriminación histórica y sistemática que

experimenta esta población, lo que conlleva a que el proceso penal culmine en una decisión que incumple los deberes constitucionales y convencionales que pregona por la aplicación de una debida diligencia reforzada en la investigación y juzgamiento de estos delitos. Tal actuación envía un mensaje a la sociedad de que esta clase de conductas están avaladas y legitimadas por el Estado.

Por consiguiente, inspirándose en los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, la administración de justicia debe establecer como finalidad última la "protección de los derechos fundamentales, y de otros bienes constitucionalmente garantizados mediante la investigación y sanción de los atentados graves que se occasionen contra el disfrute pleno de estos; y, asimismo, el resarcimiento pleno e integral a las víctimas de los perjuicios causados por el delito"¹²⁸.

Ello conlleva a delimitar cabalmente los hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica, que permita exponer la violencia por prejuicio, porque "cuando el proceso penal se adelanta sobre la base de un tipo penal errado¹²⁹, se cercena la pretensión de la correcta administración de justicia a cargo del Estado porque no habrá forma de concretar los mandatos que la Constitución le ha impuesto en relación con el ejercicio de su poder punitivo y el concurso de garantías que lo rodean"¹³⁰.

2.2 El control material de la acusación en los términos de la SU-360 de 2024 como un deber de los operadores judiciales en los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género y expresión de género no normativa

Como se mencionó al inicio del presente trabajo, no es intención del autor exponer las críticas al control material de la imputación o la acusación, o discutir acerca de la posibilidad de su aplicación en el proceso penal. Se parte de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia SU-360 de 2024 sobre el deber de los jueces de realizar un control más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, legalidad y debido proceso. Según la Corporación, tal actividad procesal es acorde con la Constitución, debido a que "respeta en mayor

128 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 58.

129 Piénsese por ejemplo en la omisión de imputar el agravante del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, o el motivo abyecto en los delitos contra la vida e integridad personal, o algún tipo penal de los contenidos en el capítulo de actos de discriminación, entre otras hipótesis.

130 Ibid.

176 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024 ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

medida, la garantía de los derechos a la defensa y al debido proceso de las partes y los intervenientes -en especial, las víctimas"¹³¹.

Prima facie se colige que no existe un impedimento para los operadores judiciales a la hora de aplicar el control más o menos amplio de la imputación o la acusación en asuntos de violencia por prejuicio en razón de la sexualidad no normativa de la víctima, pero, como se logró evidenciar en el transcurso del escrito, se revela que es necesaria su aplicación como instrumento para materializar los mandatos de la perspectiva de género, prevenir y sancionar la discriminación de género en contra de las personas LGTBIQ+ en el ámbito institucional.

La violencia institucional ejercida mediante la desacertada fijación de los hechos jurídicamente relevantes y errónea calificación jurídica en asuntos de violencia por prejuicio, es un acto que afecta los derechos fundamentales de las víctimas, estos son: dignidad humana, igualdad y no discriminación, acceso a la administración de justicia, debido proceso, entre otros; situación que obliga al juez a adoptar actos positivos en la adecuación típica para incidir en el cabal desarrollo de las audiencias de imputación o acusación, y en general en el proceso penal. Es decir, debe realizar un control material más o menos amplio¹³² *so pena* de incurrir en un defecto por violación directa de los artículos 1, 15, 42, 29 y 229 de la Constitución¹³³. Además, se destaca que el Estado ostenta la obligación de debida diligencia que impone garantizar la protección de las personas LGTBIQ+¹³⁴ en un proceso penal por lo que dicho imperativo debe reflejarse en aquel acto de la Fiscalía.

Hasta este punto se ha identificado que la insivibilización de la violencia por prejuicio en el proceso penal es el mayor problema que afecta a las personas sexualmente no normativas a la hora de acudir a la administración de justicia. Las autoridades deciden desestimar, ya sea consciente o inconscientemente, la discriminación como un motivo de la consumación del delito, lo que a su vez termina por revictimizar al denunciante o querellante.

Por ejemplo, entre el año 2006 y 2014 se documentaron 730 asesinatos a personas con sexualidades no normativas, pero en ninguno de ellos se reconoció

131 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 56.

132 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 76.

133 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 80.

134 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas LGTBI*, 227.

en la condena la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 3º artículo 58 de la Ley 599 de 2000 que distingue la orientación sexual y la identidad de género como un móvil agravante¹³⁵, en cambio sí reconocen atenuantes al catalogar dichos crímenes como pasionales¹³⁶, errores que se cometan debido a un investigación y judicialización prejuiciada.

Incluso, entre las autoridades judiciales aún persiste la discusión de si el asesinato a una mujer trans debe ser clasificado como feminicidio o no, cuando la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Vicky Hernández vs Honduras, ha exhortado a los Estados a investigar estos delitos bajo el tipo penal de feminicidio, pues una mujer trans es en efecto una mujer y también un sujeto de especial protección de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Belém Do Pará¹³⁷. Esta confusión en el juicio de tipicidad se ve reflejado en la delimitación fáctica y jurídica de los hechos jurídicamente relevantes, que culmina en una afectación de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa.

En aras de evitar la materialización de una victimización secundaria, así como la práctica de violencia institucional y, por el contrario, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas LGBTIQ+ afectadas por un delito motivado por su sexualidad no normativa, los jueces deben aplicar minuciosamente un control más o menos amplio de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, legalidad o debido proceso al momento de percibir una incorrecta fijación de los hechos jurídicamente relevantes que desconozca la violencia por prejuicio sufrida por las víctimas de un delito, *so pena de quebrantar los principios constitucionales que inspiran la correcta administración de justicia*.

Esto no quiere decir que el operador judicial deba favorecer los intereses de una persona con sexualidad no normativa por el hecho de serlo, sino que implica abordar el asunto penal con una perspectiva de género “que involucre el aspecto sociológico o de contexto que subyace al problema en torno a la violencia y a la discriminación contra la mujer -y personas LGBTIQ+-, a fin de brindar soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural”¹³⁸.

135 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas LGBTI*, 240.

136 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación*, (Washington D.C.: OEA, 2013), 405.

137 Arenas Blanco, “La perspectiva de género en el proceso penal colombiano”, 57.

138 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 77.

- 178 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Las autoridades judiciales tienen diversos deberes frente a la investigación y judicialización de los delitos constitutivos de violencia por prejuicio; imperativos que se derivan de la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos al ser las personas sexualmente no normativas sujetos de especial protección jurídica¹³⁹. Requieren de la adopción de medidas idóneas, céleres, imparciales y con ausencia de estereotipos de género; por lo tanto, sus decisiones deben cumplir los lineamientos de la perspectiva de género en materia de protección de los derechos humanos y atender el contexto de violencia histórica y sistemática en contra de las personas LGBTIQ+ respetando sus garantías fundamentales¹⁴⁰.

Por consiguiente, los jueces deben verificar que, en las diligencias de imputación y acusación, se respete el principio de tipicidad y legalidad, así como la apropiada delimitación de los hechos jurídicamente relevantes que permita exhibir la violencia por prejuicio padecida por las víctimas tanto en su aspecto fáctico como jurídico. Esto permite cumplir con los fines de la administración de justicia y garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de los afectados bajo los términos que ya han sido explicados.

Si se observa una vulneración a los derechos fundamentales de los agraviados en temas como la tipicidad, legalidad o debido proceso, el cognosciente deberá acudir al control más o menos amplio de la imputación o la acusación, pues así no incurirá en una vulneración directa de la Constitución Política y los tratados internacionales.

Se sostiene lo anterior, porque, tal como lo decanta la sentencia SU-360 de 2024, el debido proceso:

no se predica solamente respecto del imputado o acusado, sino también de las víctimas y perjudicados con el delito. Se trata de la garantía a sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, a la verdad, a la justicia y al resarcimiento del daño ocasionado. Frente a esta arista, la labor de quienes trabajan en el sistema judicial ha de encaminarse a que efectivamente se cumpla la reparación del agravio presuntamente inferido. Por ello, en los casos en que se adelante un proceso a partir de un tipo penal errado¹⁴¹, se

139 Arenas Blanco, “La perspectiva de género en el proceso penal colombiano”, 53.

140 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 77.

141 Se prefiere aludir a la errónea delimitación de los hechos jurídicamente relevantes que ignore la violencia por prejuicio en razón de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género que involucra tanto la incorrecta calificación jurídica como la desestimación de la discriminación de género en el aspecto fáctico.

cerca toda posibilidad de las víctimas de acceder a las garantías que les reconoce tanto la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como el ordenamiento jurídico¹⁴².

En consonancia con la sentencia SU-360 de 2024, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴³ colige que, aunque las diligencias de formulación de imputación y acusación son actos de parte, los jueces deben realizar un control de los hechos enrostrados al procesado, máxime cuando las víctimas son sujetos de especial protección constitucional y convencional. Esto es así, porque, conforme a los artículos 288 y 337 y s.s. de la Ley 906 de 2004, la precisión de los hechos jurídicamente relevantes debe efectuarse de manera clara, suscita, y en un lenguaje claro y comprensible.

Así las cosas, el control judicial se activa: i) sobre los hechos, cuando se evidencia una falta de claridad, detalle y suficiencia de la hipótesis fáctica imputada o acusada; y, ii) respecto de la calificación jurídica o juicio de tipicidad, cuando se reparan imputaciones o acusaciones manifiestamente ilegales -casos contra fácticos, abiertamente discordantes entre el aspecto fáctico y su adecuación jurídica, o calificaciones con deflación o inflación de delitos¹⁴⁴.

Aunado a lo anterior, existe una tercera situación en la que el cognoscente puede realizar un control judicial valiéndose de la suficiencia probatoria del asunto penal presentado por el ente acusador: las terminaciones anticipadas del proceso penal. En estas, el operador judicial puede llevar a cabo un control judicial cuando, al acceder a los elementos cognoscitivos, detecta irregularidades sustanciales en las actividades de la Fiscalía, a saber, cuando se materializan:

i) Errores manifiestos en la valoración de la evidencia, que determinan una hipótesis factual que no se deriva de aquella; ii) La Fiscalía dejó de investigar aspectos cuya verificación resultaba imperiosa; y, se omitieron aspectos fácticos determinantes, a pesar de que encontraban respaldo suficiente en las evidencias¹⁴⁵.

Se observa que la sentencia SU-360 de 2024 llama insta a los jueces a aplicar el control más o menos amplio de la imputación o la acusación, concretamente, cuando

142 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), 82.

143 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 60117 de abril 30 de 2025 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

144 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 60117 de abril 30 de 2025 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

145 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 60117 de abril 30 de 2025 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).

- 180 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

se advierte una errónea calificación jurídica; sin embargo, se considera que tal deber tiene que extenderse a los asuntos en los que la Fiscalía General de la Nación omite la fijación de la violencia por prejuicio a la hora de construir los hechos jurídicamente relevantes, siempre y cuando se cuente con los elementos de prueba que permitan sostener que el delito se cometió por motivos de género. Como se expuso, este control se puede adelantar en la sentencia o en las decisiones sobre terminación anticipada del proceso penal, diligencias en las que el juez puede acceder a las evidencias aportadas por las partes.

A modo de ejemplo, cuando, en audiencia de legalización de allanamiento a cargos, el juez observa que la Fiscalía omitió exhibir, en la determinación de los hechos jurídicamente relevantes, la violencia por prejuicio como motivo de ejecución de la conducta punible, el cognoscente, al tener acceso a los elementos materiales probatorios, deberá realizar el debido control material del que trata el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, pues, de lo contrario, se vulneraría los derechos fundamentales del afectado, específicamente la verdad, justicia y reparación.

El control judicial al que refiere la Corte Constitucional, en la sentencia SU-360 de 2024, debe extenderse también a los asuntos de violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTIQ+, pues aquellas, al igual que las mujeres, también son víctimas de los estereotipos de género que invaden la administración de justicia. Sobre esto, la Sala de Casación Penal¹⁴⁶ afirma que, la población en cuestión, es un grupo vulnerable, en tanto padecen de una discriminación histórica y estructural, a través de actos que han limitado sus derechos fundamentales a lo largo del tiempo; por lo tanto, el juez debe actuar con especial sensibilidad iusfundamental.

Limitar la aplicación de los lineamientos de la sentencia de unificación objeto de estudio, implicaría restringir y socavar la herramienta hermeneútica de la perspectiva de género, algo que resulta contrario a la Constitución Política y a la Convención Americana de Derechos Humanos. El juez está llamado a asegurar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género (real o percibida), mediante la correcta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes en sus aspectos fáctico y jurídico. Por ende, si aquel percibe una errónea precisión factual o adecuación típica, su labor no puede ser ejercida a la de un simple fedatario, debe aplicar un control más o menor amplio de la imputación o acusación en aras de preservar los principios y valores de un Estado Constitucional y Convencional.

146 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado No. 145041 de mayo 22 de 2025 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

3. Conclusiones

Con base en lo explicado anteriormente, se identifican las siguientes conclusiones:

Las personas LGBTIQ+ han padecido y continúan experimentando una discriminación histórica y sistemática en razón de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa; fenómeno social que ha sido denominado por la doctrina como violencia por prejuicio, debido a que existe un juicio infundado o “razonamiento”, generalmente negativo sobre estas categorías, que motivan al autor a ejercer cualquier acto de agresión sobre cuerpos que trasgreden las normas de género edificadas sobre un contexto heteronormativo.

Para enfrentar este panorama heteropatriarcal, la Ley 599 de 2000 ostenta diferentes normas jurídicas encaminadas a sancionar la ejecución de delitos motivados por el prejuicio hacia las orientaciones sexuales, identidades de género o expresiones de género no hegemónicas, aunque no de forma autónoma. No obstante, estas no han sido empleadas correctamente por los operadores del derecho al momento de investigar y judicializar delitos cometidos en contra de las personas LGBTIQ+, en razón de su sexualidad no normativa, lo que robustece la histórica y sistemática violación a sus derechos humanos.

De igual forma, esta clase de discriminación de género puede llegar a ser ejecutada por autoridades estatales, incluyendo los jueces y fiscales, quienes, en ejercicio de sus funciones, llevan a cabo actos fundados en prejuicios y estereotipos que ignoran o refuerzan el escenario excluyente en el que vive la población en estudio, lo que ocasiona una victimización secundaria; es decir, se ejecutan comportamientos de violencia institucional.

Con base en lo anterior, se repara que la invisibilización de la violencia por prejuicio es uno de los mayores obstáculos que adolecen aquellas personas, al momento de acudir a la administración de justicia penal, con el fin de obtener de ella un juzgamiento y reparación por los delitos que han sido cometidos en su contra. Esto se debe a que los servidores judiciales, mediante sus actuaciones, solidifican o ignoran, arbitrariamente, la discriminación de género en razón de las sexualidades no hegemónicas, ya sea mediante sus acciones u omisiones, apartándose de su deber de evitar realizar cualquier conducta discriminatoria, así como de adoptar mecanismos positivos dirigidos a combatir dichos comportamientos para prevenirlos, juzgarlos y erradicarlos.

En el campo del derecho penal, se ha identificado que la violencia institucional afecta la correcta delimitación de los hechos jurídicamente relevantes y la

calificación jurídica, lo que impide satisfacer, en mayor medida, los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas de violencia por prejuicio que acuden a la jurisdicción para obtener protección legal y resarcimiento.

Por ello, con base en la perspectiva de género, la fijación del aspecto fáctico y jurídico de la imputación o acusación se convierte en una actividad judicial que incide en la sanción y erradicación de la violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTQ+, pues es una herramienta que ataca directamente el problema de invisibilización que invade la judicialización de los delitos que se cometen en contra de aquellas personas, al clasificar la discriminación de género como un hecho con una alta relevancia jurídico-penal que va a incidir en la adecuación típica conforme a las descripciones objetivo-subjetivas que establece la Ley 599 de 2000.

Por lo tanto, los servidores judiciales deben valerse de los planteamientos y lineamientos expuestos por la Corte Constitucional, en sentencia SU-360 de 2024, con el fin de emplear el control material más o menos amplio de la imputación o la acusación, en temas como la tipicidad, legalidad y debido proceso, para asegurar que los hechos jurídicamente relevantes, tanto en su esfera fáctica como jurídica, exhiban la violencia por prejuicio que ha padecido la víctima de una conducta punible, para así dar cumplimiento a los fines y principios constitucionales que rigen la administración de justicia, justamente, porque es la imputación y acusación, fáctica y jurídica, la que define el objeto del proceso penal, y lo dota de un carácter medular y pieza procesal fundamental.

Los jueces penales no pueden limitar la postura de la Corporación Constitucional sobre el control judicial a los asuntos criminales de violencia de género en contra de la mujer, sino que debe extender su campo de aplicación a los procesos en los que se juzgan delitos motivados por el prejuicio hacia las sexualidades no normativas. Esto se traduce en una correcta aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción penal, y una garantía de los derechos fundamentales de las personas LGBTQ+, concretamente, la verdad, justicia y reparación, fines que inspiran el procedimiento penal inaugurado con el Acto Legislativo 03 de 2002, y desarrollado por la Ley 906 de 2004.

Bibliografía

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Febrero 11, 1978.

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención De Belém Do Para'. Ratificada el 29 de diciembre de 1995.

Tratados y acuerdos de la Organización de los Estados Americanos n.ºA-61.

<https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>.

Fiscalía General de la Nación. *Guías de buenas prácticas para la investigación y judicialización de violencias fundadas en la orientación sexual y/o identidad de género (real o percibida) de la víctima*. Bogotá D.C: Fiscalía General de la Nación, 2022.

Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo de 2007.

https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Acto Legislativo 03 de 2002.

Aguilar, Asdrúbal. "La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos: apreciaciones sobre el Pacto de San José". *Revista IIDH*, n.º17 (1993): 9 – 46.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género". A/HRC/19/41. noviembre 17, 2011. 9, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

Arenas Blanco, Bernardo Esteban. "La perspectiva de género en el proceso penal colombiano: un análisis desde los derechos humanos de las personas de la población LGTBIQ+". *Revista IusGénero América Latina* 2, n.º2 (2024): 42–61.

Asamblea General de Naciones Unidas. "Informe Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". A/56/156. Julio 3, 2001. <https://docs.un.org/es/A/56/156>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*.

Washington D.C.: OEA, 2015. 37,

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbt.pdf>.

- 184 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de radicado n°13001-23-31-000-2010-00793-01 del 8 de mayo de 2023. (C.P. José Roberto Sáchica Méndez).

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. "La Administración De Justicia y Los Derechos Humanos De Los Detenidos". E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. Octubre 2, 1997.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. "Promoción y Protección de los Derechos Humanos". E/CN.4/2005/102/Add.1. Febrero 8, 2005.
<https://docs.un.org/es/e/cn.4/2005/102/Add.1>.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Correa, María Camila. "El feminicidio y el transfeminicidio en la legislación penal colombiana". *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º 119 (2024): 51-71.

Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión de Tutela. Sentencia T-068 de 2021. (M.P. Diana Fajardo Rivera).

Corte Constitucional de Colombia. Sala de Revisión de Tutela. Sentencia T-188 de 2024. (M.P. Natalia Ángel Cabo).

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia SU-360 de agosto 29 de 2024. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-257 del 18 de mayo de 2016. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 del 16 de marzo de 2023. (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-121 del 15 de abril de 2024. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-172 del 23 de mayo de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia T-230 de junio 17 de 2024. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-209 de marzo 21 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sala Quina de Revisión de Tutela. Sentencia T-030 de enero 24 de 2017. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-374 de septiembre 1 de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24 de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24 de 24 de noviembre de 2017. OC-24/17. 24.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Marzo 26 de 2021.
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4888 del 28 de agosto de 2024. (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP641 de febrero 26 de 2020. (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia AP-855 de 2016. (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 24939 del 23 de noviembre de 2006. (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado 22298 de agosto 10 de 2006. (M.P. Marina Pulido de Barón).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de radicado SP1148 de abril 30 de 2025. (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1013 de 2021. (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1392 de febrero 11 de 2015. (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042 de junio 5 de 2019. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2842 de octubre 23 de 2024. (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2880 de septiembre 20 de 2023. M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4037 del 8 de septiembre de 2021. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP5532 de mayo 9 de 2023. (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).

- 186 Los delitos motivados por el prejuicio hacia la orientación sexual, identidad de género o expresión de género no normativa, y el control más o menos amplio de la imputación o la acusación según la sentencia SU-360 de 2024
ARENAS BLANCO, BERNARDO ESTEBAN

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP7714 de mayo 22 de 2025. (M.P. Gerson Chaverra Castro).

Doz Costa, Josefina. "Violencia constitucional y cultura política". En *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, (2010): 145–158.

Gómez, María Mercedes. "Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia". En *Más allá del Derecho*, Editado por Luisa Cabal y Cristina Motta, 19–55. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.

Gómez, María Mercedes. "Violencia por prejuicio". En *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, editado por Cristina Motta y Macarena Sáez, 89–190. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

González-Salzberg, Damián A. "El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no internacional". *International law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º12 (2008): 435–468.

Ley 248 de 1995.

Ley 599 de 2000.

Ley 906 de 2004.

López Gómez, Orlando. "El homicidio por motivo abyecto o fútil, precio o promesa remuneratoria". *Nuevo Foro Penal*, n°26 (2016): 475–507.

Saray Botero, Nelson. *Procedimiento penal acusatorio*. Bogotá: Leyer, 2017.

Urbano Martínez, José Joaquín. *El control de la acusación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.

Valencia Caballero, Cesar. *Control judicial de los hechos de la acusación. Fundamento convencional ¿cómo apartarse del precedente judicial que impide el control de la acusación?* Bogotá: Leyer, 2022.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Tirant lo blanch, 2023.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

CANTILLO ARCÓN, JUAN CARLOS, "El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política sobre las drogas", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política sobre las drogas*

*The legally protected interest of public health in Colombia:
A proposal for teleological interpretation within
the context of an emerging drug policy*

JUAN CARLOS CANTILLO ARCÓN**

Fecha de recibo: 30/07/2025. Fecha de aceptación: 08/09/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.6

* El presente trabajo es producto del proyecto de investigación en Derecho penal "Principios y garantías penales: sectores de riesgo", con referencia DER 2016-76715-R-, suscrito al Ministerio de ciencia, innovación y universidades de España.

** Doctor en Derecho, Universidad de León, España. Magíster en Derecho, Especialista en Derecho Penal y Abogado, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Conjuez del Tribunal Superior de Santa Marta; Docente de tiempo completo en Derecho penal de la Universidad del Norte. Correo electrónico: arconc@uninorte.edu.co

Resumen

Este artículo examina la transformación del paradigma penal frente al uso de drogas en Colombia, pasando de un enfoque prohibicionista y punitivo a un modelo de reducción de daños y salud pública. Analiza el giro jurisprudencial nacional e internacional que reconoce la importancia de los Derechos humanos de los usuarios de drogas, así como de personas vulnerables en el ciclo de producción y consumo de tal. Se revisan las principales concepciones doctrinales del bien jurídico-penal de la salud pública (de la suma, de las condiciones y enfoques funcionales o pluriofensivos) y se discuten sus críticas por abstracción, indeterminación e inconveniencia política. Finalmente, se plantea la necesidad de reinterpretar el bien jurídico del delito de tráfico de estupefacientes para alinearlo con el nuevo paradigma político-jurídico, protegiendo eficazmente la salud colectiva y salvaguardando los derechos individuales, redefiniendo propositivamente el concepto.

Palabras clave

Bien jurídico penal, salud pública, tráfico de drogas, reducción de daños, política emergente sobre drogas.

Abstract

This article examines the shift in Colombia's criminal paradigm on drug use from a prohibitionist, punitive approach to a harm reduction and public health model. It analyzes national and international jurisprudential developments that recognize the human rights of drug users and vulnerable individuals in the drug production and consumption cycle. The main doctrinal conceptions of the legal interest in public health (sum, conditions, and functional or multi-offense approaches) are reviewed and their criticisms—abstraction, indeterminacy, and political inconvenience—are discussed. Finally, it argues for the need to reinterpret the legal interest underlying the crime of drug trafficking to align it with the new political-legal paradigm, thereby effectively protecting collective health and safeguarding individual rights, purposefully redefining the legal concept..

Keywords

Legally protected interest, public health, drug trafficking, harm reduction, emerging drug policy..

Sumario

1. La política emergente de drogas: de la “guerra” a la reducción de daños y salud pública. 2. El bien jurídico de la salud pública frente a la salud individual (integridad personal). 3. ¿Qué contiene dicho bien jurídico? ¿Qué relación tiene con la salud individual? 3.1. Teorías o concepciones sobre la salud pública como bien jurídico-penal. 3.1.1. Teoría de la suma. 3.1.2. Teoría de las condiciones. 3.1.3. Otras teorías o posturas: funcional y de delito pluriofensivo. 3.2. Principales críticas a estas concepciones. 3.2.1. Bien jurídico indeterminado: abstracción del peligro de difusión entre personas indeterminadas y falta de homogeneidad. 3.2.2. Bien jurídico sin la referencia suficiente de la salud individual: falta de participación del sujeto individual. 3.2.3. Dificultan el programa político alternativo: políticamente inidóneas y posiblemente contradictorias. 4. Necesidad de una reinterpretación del bien jurídico del delito de tráfico de drogas, a partir del paradigma político-jurídico de la salud pública. 5. Conclusiones.

1. La política emergente de drogas: de la “guerra”, a la reducción de daños y salud pública

Debido al evidenciable fracaso de la política de drogas enfocada en la lucha contra su cultivo, distribución y consumo¹, un planteamiento disidente ha tomado

1 Reconocimiento no solo académico internacional como se observa en Bassiouni, en: Cataldo Neuburger (a cura di/Ed.), *Il sistema droga. La costruzione sociale della tossicodipendenza*, editado por Cataldo Neuburger. (Milán: Giuffrè Editore, 1993), 223–227; Mónica Brandoli y Susanna Ronconi, “Città, droghe, sicurezza. Uno sguardo europeo tra penalizzazione e welfare,” *Rivista di diritto penale* 1, no. 1. (2007): 56–57; Carlo Alberto Romano y Gisella Bottoli, “La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo” en *La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo*, (Roma: Cedam, 2002), 28–29, 43–44; Massimiliano Verga, “Gli effetti collaterali del proibizionismo.” *Cassazione Penale* 9 (2005): 2789–2795 ff.; Si bien se adhieren a un enfoque prohibicionista, reconocen el fracaso, a nivel internacional y nacional, de la acción coercitiva implementada hasta ahora por Giuseppe Di Gennaro y Giuseppe La Greca, “*La questione droga. Diffusione del consumo e strategie di contrasto*,” en *La questione droga. Diffusione del consumo e strategie di contrasto*, (Milán: FrancoAngeli, 1999), 18–35; o como lo señala la academia nacional colombiana, Alejandro Gaviria y Daniel Mejía (comps.), *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, (Bogotá: Ediciones Uniandes. 2011); Comisión Global de Política de Drogas, “La Política de Drogas en Colombia: El Camino a una Regulación Justa,” en *Informe de posición*, noviembre de 2022, 14, https://globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2025/04/web_PP22-colombia_ESP.pdf. Sino también de organismos supranacionales de la mayor importancia, como se observa en: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), “Key Findings,” en *European Drug Report 2022*, (Lisboa: EMCDDA, 2022), 26. <http://www.emcdda.europa.eu/publications/annual-report/2012>; Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, *Informe Europeo sobre Drogas 2022: Tendencias y novedades* (Lisboa: Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, 2022), 4, 8, 28, 30, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/14644/20222419_TDAT22001ESN_PDF.pdf; Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)/OEA, “Informe

- 190 El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política sobre las drogas
CANTILLO ARCÓN, JUAN CARLOS

fuerza en el entorno internacional², el paradigma -de un siglo- de tratamiento del fenómeno del tráfico de estupefacientes, quebrando así el 'consenso de Viena' sobre el tema³, y provocando en el ejecutivo nacional colombiano, aunque ya se

sobre la oferta de Drogas en las Américas 2022," en *Informe de las drogas de la OEA* (Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, 2022), 3, 139-202.

<https://www.oas.org/docs/publications/layoutpubgagdrogas-esp-29-9.pdf>. Evidencia una continuación de la tendencia, en la que con un mayor número de hectáreas erradicadas, el escenario es el mismo, y los datos estadísticos que sustentan lo anterior, como ejemplo el crecimiento del consumo de cocaína. Naciones Unidas, "La Guerra Contra las Drogas Ha Fracasado Totalmente, Dice el Responsable de la Oficina de Derechos Humanos", *Noticias ONU*, diciembre 5, 2024.

<https://news.un.org/es/story/2024/12/1534886>.

- 2 Organización de Estados Americanos. Secretaría General, "Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos", en *Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos* (Washington, D.C.: OEA, 2014), 8.
<https://www.oas.org/docs/publications/layoutpubgagdrogas-esp-29-9.pdf>; Organización de Estados Americanos, Secretaría General. "El problema de las drogas en las Américas" en *El problema de las drogas en las Américas* (Washington, D.C.: OEA, 2013), 18.
https://www.oas.org/documents/spa/press/introduccion_e_informe_analitico.pdf; Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, "La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas" en *La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas: Estudio del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*. A/HRC/47/40. 47.^º período de sesiones (Nueva York: Naciones Unidas, 2021); Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. "Desafíos en materia de derechos humanos a la hora de abordar y contrarrestar todos los aspectos del problema mundial de las drogas" en *Desafíos en materia de derechos humanos a la hora de abordar y contrarrestar todos los aspectos del problema mundial de las drogas: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. A/HRC/54/53. 54.^º período de sesiones (11 de septiembre a 6 de octubre de 2023). (Nueva York: Naciones Unidas, 2023).
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/156/06/pdf/g2315606.pdf?token=GqMoB5po4AUxUleS8w&fe=true>. Se expone como problema, el "Acceso insuficiente y desigual al tratamiento y los servicios de reducción del daño."
- 3 The International Drug Policy Consortium (IDPC), "Cracks in the Vienna Consensus Reach Breaking Point at Drugs Omnibus Resolution in New York," Blog, Diciembre, 2018, <https://idpc.net/blog/2018/12/cracks-in-the-vienna-consensus-reach-breaking-point-at-drugs-omnibus-resolution-in-new-york>; Catalina Gil Pinzón, "La grieta de Viena en el consenso de la guerra contra las drogas," *El País, América-Colombia*, Marzo 31, 2024, <https://elpais.com/america-colombia/2024-03-31/la-grieta-de-viena-en-el-consenso-de-la-guerra-contra-las-drogas.html>. Algun sector consideró "fracturado" dicho consenso previamente. Ver, Comisión Global de Política de Drogas. "La Política de Drogas en Colombia el Camino a una Regulación Justa" en *Informe de posición*. Noviembre de 2022, 23, https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2022/11/web_PP22-colombia_ESP.pdf. "El llamado 'consenso de Viena' se fracturó en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre las drogas de 2016. Colombia, Uruguay, México, Guatemala, Costa Rica, Jamaica, Suiza, la Unión Europea y otros países denunciaron las violaciones generalizadas de los derechos humanos que se estaban justificando erróneamente en nombre de la fiscalización de drogas y pidieron, al menos en teoría, una reforma de las políticas", Isabel Pereira Arana, "El consenso de Viena está roto y no lo curaremos," *Dejusticia*, abril 1, 2019.
<https://www.dejusticia.org/column/el-consenso-de-viena-esta-roto-y-no-lo-curaremos/>. Patiño M. Rainiero, "Laura Gil: El régimen global de drogas está roto, hay que arreglarlo. ONU y resolución", *Cambio Colombia*, marzo 14, 2024, <https://cambiocolombia.com/pais/laura-gil-regimen-global-drogas-roto-hay-arreglarlo-ONU-resolucion>;

había registrado anteriormente en el espacio jurisprudencial,⁴ un giro sustancial de una perspectiva prohibicionista y de enfoque punitivo hasta ahora prevalentes, a un paradigma de protección al consumidor y propio de la salud pública⁵. Algunos

Redacción Cambio, "El consenso de Viena y Colombia en la Comisión de Estupefacientes" en *Cambio Colombia*, abril 1, 2024.

<https://cambiocolombia.com/internacional/consenso-de-viena-colombia-comision-estupefacientes>; Justicia y Democracia, "Políticas y Decisiones de Papel", *Justicia y Democracia*. Junio 9, 2025. <https://justiciaydemocracia.org/2025/06/09/politicas-y-decisiones-de-papel/>. Siendo la más reciente intervención de Colombia en la sesión 67 de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, donde se quebró definitivamente el consenso de Viena.

- 4 Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-404/22, 16 de noviembre de 2022, (MP. Diana Fajardo Rivera). En la que se expone un nuevo enfoque jurisprudencial sobre el tratamiento del tráfico de drogas, desde un concepto de 'Salud pública' y se citan decisiones relevantes como la Sentencia C-574/11, (MP. Juan Carlos Henao Pérez). Que expresa, entre otros aspectos, "El cambio de perspectiva se relaciona con las Sentencias dictadas por la Corte Constitucional de que la farmacodependencia es una enfermedad y que por ende no se puede tratar al adicto como un delincuente, sino como 1 un enfermo." Y además señalan que, con este enfoque, entre otras y desde 2002, pueden consultarse las Sentencias T-684/02, (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-59/07, (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-002/05, (MP. Alfredo Beltrán Sierra); T-814/08, (MP. Rodrigo Escobar Gil); y T-1116/08, (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 5 Comisión Global De Política De Drogas. "La Política De Drogas En Colombia: El Camino A Una Regulación Justa" en *Informe de posición*. Noviembre 2022. 14. https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2022/11/web_PP22-colombia_ESP.pdf. En tal sentido, ver Naciones Unidas, "Discurso de Juan Manuel Santos en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre las drogas", *Noticias ONU*, Abril 21, 2026. <https://news.un.org/es/audio/2016/04/1414061>. Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito (UNODC), "Informe mundial sobre las drogas 2023," en *Informe mundial sobre las drogas 2023* (Viena: UNODC, 2023); UNODC México, "Nueva sesión de la Comisión de Estupefacientes abre con debates sobre cómo abordar y contrarrestar el problema mundial de las drogas", *Naciones Unidas*, marzo 15, 2023. <https://www.unodc.org/Ipomex/es/noticias/marzo-2023/nueva-sesion-de-la-comision-de-estupefacientes-abre-con-debates-sobre-como-abordar-y-contrarrestar-el-problema-mundial-de-las-drogas.html>. Y en importante lugar, ver el Informe Política Nacional de Drogas (2023-2033). Sembrando vida, desterramos el narcotráfico. <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/Documents/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Drogas%202023-2033%20%27Sembrando%20vida,%20desterramos%20el%20narcot%C3%ADco%27.pdf>. En este se expresa como parte de la visión "Colombia reconoce que el paradigma actual no puede seguir sin modificaciones. Por eso, busca transitar hacia una Política Nacional de Drogas cuya prioridad será el cuidado de la vida y del ambiente, poniendo en primer lugar los derechos humanos, la salud pública y la consolidación de la paz.". En el mismo sentido se había manifestado Colombia en Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas que se celebró en 2016. Ver FESCOL y UNASUR (eds.), *De la guerra al cuidado de las personas: Políticas de drogas en Suramérica después de UNGASS*, (Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung [FES-ILDIS], 2016). Estos llamados al cambio fueron expuestos en diversos sectores de opinión y aproximación científica, como se refleja en el artículo de Pereira Arana, "El consenso de Viena está roto y no lo curaremos,".

"En los próximos 10 años una gran tarea será seguir llevando los temas de la política de drogas y sus nocivos impactos a los escenarios de derechos humanos y desarrollo. (...) Seguir profundizando la idea de que las personas que, cultivan, trafican y usan drogas, son tan ciudadanos y seres humanos como los demás, es un primer gran paso para restaurar los derechos a poblaciones que han sufrido los

podrían calificar este cambio en lo jurisprudencial como efectivo, pues observa que el legislador ha incorporado un 'elemento subjetivo implícito' para fallar una ausencia de responsabilidad penal en casos en los que se presenta este delito. Ejemplo de esto son las sentencias SP 54041 (20 de noviembre de 2019) y SP 56574 (29 de enero de 2020) de la Corte Suprema de Justicia en donde:

(...) se destaca que cuando se hace referencia al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en particular a la modalidad establecida en el verbo rector 'lleva consigo' del artículo 376 del Código Penal, es indispensable reconocer que esa conducta requiere la verificación de un ingrediente especial subjetivo implícito referido a la intención, propósito o ánimo de distribuir o traficar con el estupefaciente, para poder predicar de dicha conducta la tipicidad⁶.

Este mismo criterio se ha reforzado en sentencias recientes, de la Corte Suprema de Justicia. En la SP 238-2025, ponencia de Carlos Roberto Solórzano Garavito, la Sala de Casación Penal sostuvo que

(...) frente a la conducta de portar estupefacientes, resulta imperativo determinar la voluntad del sujeto activo –de consumo propio o de distribución-. Ello, como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, con miras a excluir la responsabilidad penal o estimar realizado el tipo de prohibición⁷.

daños de la prohibición.” Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Lineamientos para el abordaje integral del consumo de sustancias psicoactivas y salud mental: CAMAD. (2025). <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/lineamientos-consumo-sustancias-psicoactivas-salud-mental-camad-v1.pdf>. En el cual el gobierno “propone un cambio de enfoque frente al modelo tradicional de la ‘guerra contra las drogas’, orientándose hacia la reducción del estigma y la discriminación, la inclusión social y el fortalecimiento del cuidado a las personas que usan sustancias psicoactivas, mediante acciones comunitarias, atención primaria en salud y estrategias de reducción de riesgos y daños.” No parece modificarse esta tendencia en el contexto nacional, a pesar del choque entre el gobierno colombiano y el de Estados Unidos, conllevando una ‘descertificación’ (no aprobación) del segundo contra el primero con relación a la política de drogas, que solo reafirma una postura de alternatividad frente a la tesis prohibicionista y guerrerista. Ver, Salud Hernández-Mora, “Colombia no necesita más ‘limosnas ni regalos’: el choque de Petro y Trump por la ‘descertificación’ en la lucha contra las drogas”, *El Mundo*, septiembre 16, 2025, <https://www.elmundo.es/internacional/2025/09/16/68c8f789fc6c83bc668b45a5.html>. Mario Alejandro Rodríguez, “Es oficial: Departamento de Estado confirmó descertificación de Colombia en su lucha antidrogas, como lo anticipó Gustavo Petro”, *Infobae*, septiembre 16, 2025, <https://www.infobae.com/colombia/2025/09/16/es-oficial-departamento-de-estado-confirma-descertificacion-de-colombia-en-su-lucha-antidrogas-como-lo-anticipo-gustavo-petro/>

6 Carlos Alberto Jiménez Cabarcas, “Porte de estupefacientes en el ordenamiento jurídico colombiano. Una mirada crítica a la luz de la teoría del delito”, *Derecho Penal y Criminología* 43, n.º114 (2023). DOI 10.18601/01210483.v43n114.06

7 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 238-2025, rad. 59.445, (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito), 10-11. <https://www.integritylegal.co/abogado/imagenes/sentencia%20SP%20238-2025%20%C2%>

Demostrando así la evidente prevalencia de tutelar el bien jurídico de la salud pública y no castigar al consumidor que fomenta el negocio de la droga.

Siendo así el enfoque por sostener como principal de ahora en adelante, los presupuestos de esta emergente política pública se concretan en diversos postulados: *i)* el tema del uso de drogas abordado desde las vulnerabilidades asociadas, *ii)* la prevención, atención, tratamiento y reducción de daños, *iii)* la diferenciación en los tipos de Sustancias Psicoactivas y sus riesgos, y *iv)* la desestigmatización, dignificación, abordaje de las condiciones que afectan el bienestar y desarrollo⁸. De igual forma, este estigma ha sido tratado recientemente por el gobierno colombiano al plantear, desde su política Nacional, varias premisas de acción que se evidencian en lo que el Ministerio de Salud y Protección Social exponen al respecto:

(...) el consumo de sustancias como una cuestión de salud pública y justicia social, e impulsa enfoques basados en la garantía de derechos, la atención integral, la reducción de riesgos y daños, y la superación de los enfoques punitivos y moralizantes que históricamente han predominado⁹.

De esta manera para lograr el desarrollo de los mencionados fines se plantea como hipótesis de este trabajo una indispensable necesidad de reinterpretación del bien jurídico-penal de la salud pública con miras a delimitar el objeto jurídico del tipo penal de tráfico de estupefacientes ubicado en el artículo 376 del Código

BFCu%C3%A1ndo%20el%20Porte%20de%20Drogas%20se%20Considera%20Tr%C3%A1fico%20de%20Estupefacientes.pdf; más adelante en la sentencia se aclara que ese elemento “(...) está relacionado con el fin último de la droga, pues si el porte es con el propósito de consumirla el comportamiento sería atípico, pero si su finalidad es el expendio o distribución, onerosa o gratuita, la conducta es típica y merece reproche penal”.

8 Ver: Ministerio de Justicia y del Derecho. “Sembrando vida, desterramos el narcotráfico”, en *Informe de Política Nacional de Drogas (2023–2033)* (Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2023). Elementa DDHH, *Políticas de Drogas en Colombia: Una mirada de cara a la revisión de Medio Término de 2024*, (Bogotá: Elementa DDHH, 2024)

<https://www.minjusticia.gov.co/Saladeprensa/Documents/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Drogas%202023-2033%20%27Sembrando%20vida,%20desterramos%20el%20narcotr%C3%A1fico%27.pdf>; FESCOL y UNASUR (eds.). *De la guerra al cuidado de las personas: Políticas de drogas en Suramérica después de UNGASS*. (Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES-ILDIS), 2016). Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, “La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas” en *La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas: Estudio del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*. A/HRC/47/40. 47.^º período de sesiones (Nueva York: Naciones Unidas, 2021), 13 ff.

9 Ministerio de Salud y Protección Social. “Lineamientos técnicos para la implementación de estrategias para la transformación del estigma, autoestigma, discriminación y exclusión de las personas que usan drogas”. Documento técnico. Bogotá: Gobierno de Colombia, 2025b.

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/lineamiento-tecnicos-estrategias-estigma-autoestigma-discriminacion-exclusion-uso-drogas.pdf>.

penal colombiano¹⁰, impidiendo el, hasta ahora, camino expansivo, meramente punitivo y altamente selectivo del sistema penal para este delito¹¹, y hacer viable los objetivos del nuevo paradigma sobre las sustancias psicoactivas, al interior de la agencia penal estatal; principalmente en la policía, fiscalía y jueces, permitiendo una articulación jurídica y judicial con los fines del nuevo proyecto político de tratamiento del fenómeno del narcotráfico y de la protección de los consumidores o usuarios de dichas sustancias psicoactivas.

10 ARTÍCULO 376. TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, labore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las sanciones previstas en este artículo no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

11 Ver sobre estas conclusiones: e, "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente", en *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*, ed. Manuel Iturralde y Libardo Ariza (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 110-195; Hernando Londoño Berrío. "La problemática de la droga en Colombia", *Nuevo Foro Penal*, n.º 47 (1990): 7-44, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4129>; Rosa del Olmo, *¿Prohibir o domesticar?: Política de drogas en América Latina* (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1992); Luis Fernando Tocora, "Discursos en el proceso de criminalización de la droga en Colombia", *Nuevo Foro Penal*, n.º 47 (1990): 81. Este etiquetamiento pone a estos sujetos marginalizados en una situación de vulnerabilidad ante un derecho penal cada vez más represivo y selectivo, siendo entonces identificados como "marihaneros" o "degenerados". Global Commission on Drug Policy, "Drug Policy and Deprivation of Liberty", en *Informe* (Ginebra: Global Commission on Drug Policy, 2021). Explica como los miembros de minorías étnicas tienen muchas más probabilidades de ser detenidos, acusados y condenados a penas de cárcel por delitos relacionados con drogas. De igual forma, las personas detenidas por estos delitos sufren de situaciones de marginalidad, tanto así que en algunos países, se ha informado de personas detenidas por delitos relacionados con las drogas a quienes no se ha inscrito en los registros, no se ha acusado ni se ha llevado sin demora ante un juez y al ser detenidas son sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

2. Delimitación del bien jurídico de la salud pública

El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas ha resultado de difícil concreción pues proviene de ramificaciones en sectores diversos de la salud individual¹², de la salud pública, del orden público, de la economía, de las finanzas, etc., y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales¹³. No obstante “(...) por varios motivos, se puede aceptar como bien jurídico principalmente protegido la salud pública (...)”¹⁴ considerando que lo “protegido no es la vida y salud individual, sino que es la salud pública como objeto posible de protección, la salud de la colectividad”¹⁵. Realmente “la salud pública, como valor comunitario inmanente a la convivencia humana, ha empezado a preocupar al Estado en fechas relativamente recientes.”¹⁶ En otros tiempos, la higiene y la sanidad eran asuntos de carácter místico, religioso, ligados a la fantasía. Penas como la muerte y la enfermedad, se entendían como ‘castigos divinos’¹⁷. Ahora se trata el concepto desde la ‘seguridad e higiene de los productos de consumo’¹⁸, con un giro de lenguaje dentro de un

12 En Colombia el nombre dado a este bien es “integridad personal” como se observa en el título I, del Libro II, del código penal, pero para efectos de unificación con el lenguaje en Derecho comparado, se usará el término “salud individual”, más fácil de relacionar con la de carácter pública (que sí asume dicho código en el título XIII del libro II), y de contrastar con bienes jurídicos colectivos.

13 Antonio Beristain, “La reforma del Código Penal de 1983”, *Revista de Derecho Público*, tomo V, vol. 2.^º, (1985), 753; Antonio Beristain, “Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la Criminología Crítica”, en *Cuestiones penales y criminológicas* (Madrid: Reus, 1979), 513.

14 Antonio Beristain, “La reforma del Código Penal de 1983”, 753.

15 Ángel Torío López, *Delitos contra la salud pública: tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, (Valencia: Universidad de Valencia, 1977), 502

16 Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal*. Parte Especial, 24^a ed., (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022), 647.

17 Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 647. Ver en ensayo histórico-científico, Yuval Noah Harari, *Sapiens. De animales a dioses: una breve historia de la humanidad* (Barcelona: Debate, 2014), 115, 219. Yuval Noah Harari, *Homo Deus. Breve historia del mañana* (Barcelona: Debate, 2017), 213, 415. “la medicina del siglo XX benefició a las masas porque el siglo XX fue la época de las masas. Los ejércitos del siglo XX necesitaban millones de soldados sanos y la economía necesitaba millones de trabajadores sanos. En consecuencia, los estados establecieron servicios de salud pública para asegurar la salud y el vigor de todos. Nuestros mayores logros médicos fueron la provisión de servicios de higiene masivos, las campañas de vacunaciones masivas y la superación de las epidemias masivas. La élite japonesa de 1914 tenía un interés particular en vacunar a los pobres y en construir hospitales y sistemas de alcantarillado en los barrios humildes porque si querían que Japón fuera una nación fuerte con un ejército fuerte, y una economía fuerte, necesitaban muchos millones de soldados y obreros sanos.” Expuesto también en la literatura de magistral forma en Noah Gordon, *El médico* (Barcelona: Roca Editorial, 2008). La salud dejó de ser un tema del alma para ser un tema del cuerpo, y la salud pública salió del individuo al crecer el concepto de lo público.

18 Diego Corredor Beltrán, “De los delitos contra la salud pública”, en *Lecciones de Derecho Penal: Parte*

nuevo paradigma social y económico. Hoy se entiende mayoritariamente en doctrina europea¹⁹, que es la salud pública el único, o al menos principal, bien jurídico del delito que nos compete, más allá de algunas posturas, dentro de las que se encuentran algunas en Colombia, que abogan por una clasificación pluriofensiva o múltiple²⁰. Tal como sostiene Diego Corredor, quien afirma que en el tráfico de estupefacientes se atiende un carácter pluriofensivo, aunque la salud pública sea la prevalente también se ve perjudicada -y más en el caso de Colombia- la economía nacional, el orden público, el patrimonio económico, la vida e integridad personal y hasta la propia seguridad estatal. Postura que ha sido respaldada con la sentencia c-420/2002²¹. En este sentido, referido a la salud pública, sea desde una perspectiva monoofensiva (sólo la salud pública) o pluriofensiva (salud pública y otros bienes jurídicos), es este un interés de dimensión social que el Derecho penal protege considerándolo de carácter colectivo, si bien con algunas particularidades derivadas de su carácter de '*última ratio*' y del principio de intervención mínima, con el objetivo de limitar su sanción

Especial. 2.^a ed. (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011), 291-293; Vicente José Martínez Pardo, *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial* (Bogotá: Temis, 2013), 17.

- 19 Ujala Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona: J.M. Bosch, 1999), 35, 39, 41; Sofía Friyero Elícegui, *El delito de tráfico de drogas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 34–36; Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 56, V. LVI (2003): 45-112; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 647; Nuria Pastor Muñoz, *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. 6.^a ed, dir. Jesús María Silva Sánchez (Barcelona: Atelier, 2019), 310; Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial. Tomo I*, 2.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2019), 491. Sobre el principio de proporcionalidad como límite y creador de otros en el Derecho penal, V. Santiago Mir Puig, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal," en *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, dir. Joan J. Queralt Jiménez y coord. Silvia Fernández Bautista. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010, 67–104.
- 20 Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal: Parte Especial*. 7.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2002), 675; Alfonso Serrano Gómez, Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárraga y Carlos Vásquez González, *Curso de Derecho penal: Parte Especial*. 6.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2021), 642. Sostienen, como lo hacía el primero, que el delito de tráfico de drogas se refiere tanto a la salud individual como a la salud pública, lo cual implica una exigencia mínima en lo individual que obliga a comprobar afectación en la salud del individuo, sea por peligro efectivo o lesión. Aunque se destaca que el autor no define que es la salud pública como bien jurídico. En sentido similar, otros autores que defienden una clasificación del delito como pluriofensivo: Alicia Rodríguez Núñez, Carmen Lamarca Pérez, Esteban Mestre Delgado, Avelina Alonso de Escamilla, "Delitos contra la salud pública", en *Delitos: La parte especial del derecho penal* (Madrid: Dykinson, 2022), 775. En anteriores momentos con textos legales distintos, Antonio Beristain, en "La reforma del código penal de 1983", 754-756. El bien jurídico es, como se deduce de lo hasta aquí indicado, múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos. Incluye también y de manera especial el monopolio de control del estado sobre determinadas sustancias.". También, Corredor Beltrán, "De los delitos contra la salud pública", 291-328.
- 21 Corredor Beltrán, "De los delitos contra la salud pública," 365.

en el código penal solo para las infracciones más graves de las normas sanitarias sobre elaboración y tráfico de determinadas sustancias químico-farmacéuticas y alimenticias que pueden acarrear daños en la salud de las personas dentro de los delitos contra la seguridad colectiva²². Esta salud pública colectiva "surge a partir del desarrollo de la conciencia social de la necesidad de disfrutar de unas condiciones mínimas de salubridad e higiene que permitan, por un lado, garantizar ciertos mínimos para la salud de cada persona y, por otro, incrementar el grado de bienestar del colectivo humano"²³. Dicho esto, es indispensable delimitar el contenido de este bien jurídico, con miras a establecer con precisión el objeto jurídico del delito de tráfico de estupefacientes ubicado en el segundo capítulo del título XIII del código penal -el primer capítulo es para las afectaciones a la salud pública en general-, y en el mismo sentido, determinar la relación de tal con la salud individual, tan cercana social y jurídicamente a la de índole colectiva. Así, aunque al final se propondrá una definición comprensiva del bien jurídico para todo el título, con sus dos capítulos, este estudio enfatiza en la delimitación del bien jurídico referente -objeto jurídico- del segundo capítulo, esto es de delito de tráfico de estupefacientes y normas conexas o accesorias, que circunscribe la preocupación de este trabajo. Por ende, al tratar el concepto se hace, sustancialmente, con el fin prescriptivo sobre dicho grupo de tipos penales referidos al tráfico de drogas, sin desconocer que existe una acepción más amplia -también reinterpretada- para todas las afectaciones a la salud pública.²⁴

22 Muñoz Conde, *Derecho penal: parte especial*, 647.

23 Frieyro Elícegui, *El delito de tráfico de drogas*, 25. Así, María Acale Sánchez y Luis Ramón Ruiz Rodríguez, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, tomo III, vol. II (Madrid: Iustel, 2011), 45. También, María del Carmen Cimas Giménez, *Delitos contra la salud pública: novedades jurisprudenciales: Nuevos hábitos, nuevos consumos* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007), 27. Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para la Región Andina y el Cono Sur. *Estudio de consumo de sustancias psicoactivas en Bogotá D.C.* (Bogotá D.C: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para la Región Andina y el Cono Sur, 2022). https://saludata.saludcapital.gov.co/osb/wp-content/uploads/2024/05/Estudio-SPA-2022_compressed.pdf, en este estudio se busca aportar evidencia para la formulación de políticas públicas orientadas a "(...) la promoción de la salud, la prevención del consumo problemático y la reducción de riesgos y daños." Desde un enfoque de salud pública colectiva y "(...) propender por el desarrollo de acciones que construyan y fortalezcan capacidad de respuesta sostenible en los ámbitos distrital, local y comunitario, que permitan avanzar en la construcción, ejecución y evaluación de políticas públicas para la reducción de estos problemas."

24 Los bienes jurídicos son síntesis normativas ancladas a una realidad social, y en la colombiana, la salud pública en materia penal es por abrumadora mayoría un asunto ligado al fenómeno del narcotráfico. De ahí que la definición del bien, no globalmente pues aún existen otras conductas diversas al universo del tráfico de drogas que precisan conceptualización jurídica, requiera el énfasis que el contexto y política criminal estén obligados a brindar. En contextos distintos, con otras realidades de conflicto, ese bien jurídico tendrá una necesidad de comprensión y énfasis también distinta.

- 198 El bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia: propuesta de interpretación teleológica en el contexto de una emergente política sobre las drogas
CANTILLO ARCÓN, JUAN CARLOS

3. El debate sobre el contenido de la salud pública: Principales concepciones y críticas

3.1 Concepciones sobre la salud pública como bien jurídico-penal

Aunque el concepto de salud ha sido considerado, por el sistema penal, como objeto de tutela de dos modos diferentes: uno, la salud en relación con la persona, con el individuo, que toca con la protección de la integridad personal, y otro, el que considera que debe mirarse la salud como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por la trascendencia que el bien posee y por la magnitud que los comportamientos tienen de atentar contra la integridad y la seguridad del colectivo; es en relación con este segundo sector que están referidos los comportamientos que tienen que ver con estupefacientes, donde se encuentra la salud pública como el objeto de vulneración²⁵. Así lo entendió la jurisprudencia colombiana, que ha señalado que:

(...) ya no se trata solo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, de poner en circulación inmensos capitales y de generar incommensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella²⁶.

Asimismo, Lorenzo Salgado, citado en Pereira Blanco y Luna Salas, define el bien jurídico como 'de referente individual' debido a que se está ante un bien "(...) que alude unas condiciones que sirven para garantizar bienes jurídicos individuales", lo cual permite concebir la salud pública como un objeto de protección colectivo vinculado a intereses individuales. Esta postura recibe respaldo de la jurisprudencia colombiana en la sentencia SP 29183-2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema

25 Ver Corredor Beltrán. "De los delitos contra la salud pública.", 291–328; Yesid Ramírez Bastidas, *Los estupefacientes*, 2.^a ed., (Neiva: Empresa de Publicaciones del Huila, 1985), 90.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-420/02, 28 de mayo de 2002, rad. D-3665, (MP. Jaime Córdoba Triviño). Corte Constitucional, Sentencia C-404/22, 16 de noviembre de 2022, rad. D-14829, (MP. Diana Fajardo Rivera). Providencia que usa como argumento la ya citada sentencia C-420 de 2002 y reafirma que "(...) el derecho a la libre autodeterminación no es absoluto y que la pretensión de despenalizar el narcotráfico desconoce que detrás de su persecución penal no solo se encuentra la salud pública, sino otros bienes e intereses para el Estado, como la seguridad pública y el orden económico y social".

de Justicia, ponente José Leonidas Bustos Martínez, la cual reconoce los bienes jurídicos colectivos protegidos, como la salud pública, la seguridad pública, el orden económico y social²⁷.

Lo anterior, con respecto al carácter pluriofensivo, surge independiente de las concepciones que le dan fundamento, aunque algunas de ellas hagan más fácil sostener tal multiplicidad de bien jurídicos, que otras. En este sentido son fundamentalmente dos concepciones o teorías -técticamente no es la expresión "teoría" la más adecuada, pero es posible encontrarlas de tal manera- mayoritarias *-de la suma y de las condiciones-* y una tercera alternativa, *-funcional o del delito pluriofensivo-*; las que se deben estudiar para ubicar el debate sobre el contenido de la salud pública.

3.1.1 Concepción de la suma

Esta sostiene que "la salud pública ha de ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma, hasta el punto de que para entender afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual" y en el delito de drogas el bien jurídico de la salud pública "no es otra cosa que el bienestar no personal sino social"²⁸ con lo cual el bien jurídico, conexo a la salud individual, protege directamente o de forma inmediata el bien jurídico de la salud pública, pero indirecta o mediadamente la salud individual, que no consigue el estatus de segundo bien jurídico, pero sí se sostiene referente de este²⁹. "En breve, el 'referente' para identificar la antijuridicidad material de las afectaciones a la salud pública es la afectación (mediata) de la salud de los individuos en una población"³⁰.

27 Milton José Pereira Blanco y Fernando Luna Salas, "Del tráfico de estupefacientes: análisis de la tipicidad objetiva del delito de conservación o financiación de plantaciones en la legislación colombiana," *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 15, n.º29. (2023): 179–210.

<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4235>. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, rad. 29183, (MP. José Leonidas Bustos Martínez).

28 María Acale Sánchez, *Salud pública y drogas tóxicas* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002), 19-20, 24; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-420/02, 28 de mayo de 2002, rad. D-3665, (MP. Jaime Córdoba Triviño).

29 Félix María Pedreira González, "El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas", en *El delito de tráfico de drogas*, dir. Francisco Javier Álvarez García y coord. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009).

30 Andrés Felipe Díaz Arana, "Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia", *Nuevo Foro Penal*, n.º101, (2021): 73-89.

Lo anterior implica la imposibilidad de ignorar dicha conexión, ya que, de hacerlo, se estaría tratando a la salud pública como algo desligado con la realidad³¹. Según esta postura “estamos asistiendo, efectivamente, al replanteamiento y reformulación del bien jurídico protegido en estos delitos y que, como todo indica, se va dirigiendo más hacia la protección de valores individual que pretenden combinarse, a duras penas, con lo que una tutela de bienes jurídicos de carácter colectivo implica”³². No se trata solo de una protección de dos bienes jurídicos, la salud individual y la pública³³ sino de una dependencia de uno con respecto al otro, en el sentido aditivo o acumulativo. Así la salud pública es una especie de “suma formada” de distintas saludes individuales³⁴. Puede decirse que esta postura considera la protección a la salud pública en su dimensión tanto individual como colectiva³⁵ a través de la suma de las individuales en un todo, lo cual permite que el tráfico de drogas sea un delito de peligro en abstracto, con barreras de protección adelantadas de consumación anticipada donde el riesgo de lesión o daño solo es posible si existe un potencial daño a la salud individual³⁶. Se trata de un bien jurídico colectivo que solamente puede ponerse en peligro cuando la conducta tiene capacidad para afectar, aunque efectivamente no lo haga, a diversos sujetos, aunque inconcretos. Esto termina por afirmar que “cualquier peligro para la salud pública es grave, porque puede afectar una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave”³⁷. Se expone,

31 Pedreira González, “El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas”, 58.

32 Pilar Fernández Pantoja, “Artículo 368”, en *Comentarios al Código Penal*. Segunda época. Tomo XI, dir. Manuel Cobo del Rosal (Valencia: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008), 285.

33 De forma muy concreta, José Luis Buenestado Barroso. *Derecho penal: parte especial y las consecuencias jurídicas del delito en España* (Madrid: Bubok Publishing, 2011), 317; Serrano Gómez, Serrano Maíllo, Serrano Tárraga y Vásquez González, *Curso de Derecho penal: Parte Especial*, 642; Diego Silva Forné, *Regulación de la marihuana: Drogas y Estado de Derecho, El modelo regulatorio de Uruguay, La situación en España* (Madrid: Dykinson, 2018), 193-196.

34 Carlos Granados Pérez. *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV. Ed. Cándido Conde-Pumpido Tourón y Jacobo López Barja de Quiroga (Barcelona: Editorial Bosch, 2007), 2665.

35 Jesús Morant Vidal, *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar* (Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2005), 75.

36 Manjón-Cabeza Olmeda. “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, 45-112; mantiene su postura en Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, “Tráfico de drogas (I)”, en *Derecho penal español: Parte especial (III)*, 2.^a ed., vol. 2, coord. Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschen; dir. Francisco Javier Álvarez García (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 1260.

37 Ibid., 1258. Elena Curiel Centenero, “Delitos contra la salud pública: el delito de tráfico de drogas” (Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Valladolid, 2021), 6.

<https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47167>. La cual explica como la mayor parte de la doctrina

en esta concepción, como requisitos para afirmar el peligro a la salud pública: *i)* ‘posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de los consumidores’ riesgo de difusión, y que, *ii)* la ‘sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud’. Con esto la entendida concepción “de las sumas” parece tener un lugar muy presente en el debate, considerando además que, de ella se desprenden otras discusiones, no solo frente a su fundamento, sino, además, frente a sus consecuencias.

3.1.2 Concepción de las condiciones

Esta plantea que el bien jurídico, siendo supraindividual, no se define por la suma de los estados de salud de cada individuo, sino por el conjunto de condiciones que habilitan la salud individual de cada coasociado³⁸; por ende, se trata de un objeto

considera que el bien jurídico protegido es la salud pública, considerada un bien jurídico de carácter colectivo.

38 Pastor Muñoz, citado por Jesús María Silva Sánchez, dir., *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, 6^a ed., Barcelona: Editorial Atelier, 2019, 310. Tesis acogida en Colombia por autores como Pedro Alfonso Pabón Parra, *Manual de derecho penal: parte general y especial*. 7.^a ed. (Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2005), 1147. Adicionalmente, Corredor Beltrán, “De los delitos contra la salud pública”, 291-292, quién señala: “Así entonces, debemos manifestar que la salud pública puede considerarse como un conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los conciudadanos”. En similar sentido, Susana Escobar Vélez, *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 78, quien señala que: “(...) mientras que la salud pública, desde la óptica del bien jurídico protegido, no expresa más que la salud individual, los ataques que se dirigen contra ella se caracterizan por la puesta en peligro de la salud de indeterminados sujetos pasivos; de modo que la naturaleza colectiva del bien jurídico salud pública sólo se pone de manifiesto en la fase de agresión y no en la de su protección, que es previa a ésta”. También, Díaz Arana, “Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia”, 91-92, sostiene que dicho bien jurídico “(...) tiene que ver con la capacidad del Estado expresada a través de las condiciones institucionales que le hacen posible gobernar la salud de la población. El mantenimiento de estas condiciones institucionales le permite al Estado cumplir con la misión constitucional de gobernar la salud de la población, pero no son las condiciones de salud mismas. Más bien, surgen del diseño, implementación y revisión de las políticas y medidas de orden público y tienen como fin común la detección, prevención y control de las condiciones de salud de una población. Así, entonces, salud pública debe ser entendida como la arquitectura de control del Estado que le permite conocer, promover y dirigir las condiciones de salud de la población”. En la jurisprudencia, se considera que “La «salud pública» es entendida como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud, siendo el calificativo «pública» un rasgo característico del aspecto ejecutivo de la acción típica, la cual se despliega mediante la afectación del colectivo social, de modo que como bien jurídico es de carácter colectivo de referente individualizable frente a las personas que pueden aparecer como directa e inmediatamente afectadas” Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, Sentencia del Oct. 21/2009. Rad. 29.655, (M.P. Yesid Ramírez Bastidas); Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales: Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 49. El orden jurídico es definido como “(...) una expresión genérica que se refiere al conjunto

de protección especialmente inconcreto, que no existe como objeto real ni como la suma de la salud de las personas individualmente consideradas. Más que prevenir daños en la salud individual, el fin del legislador es impedir la difusión de una práctica social, considerada peligrosa para la comunidad, debido al deterioro que se estima puede causar en la población³⁹. Esta teoría considera que el delito de tráfico de drogas se trata de una conducta que constituye una forma de propagación del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando precisamente toda manifestación individual de comportamiento que, acumulativamente, llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas⁴⁰. Este requisito de la difusión ya era sostenido en diversas decisiones⁴¹, y se observa común a las dos posturas expuestas. Por ende, el riesgo de difusión -tanto en los que consideran la salud pública una suma de saludes individuales como en los que la consideran un conjunto de condiciones que posibilitan o permiten la salud individual de las personas- es un concepto central en la valoración

de normas que componen nuestro Estado de Derecho, este concepto es diferente al de orden legal, puesto que aceptar que la ley restrinja un derecho constitucional implica quitarle la superioridad jerárquica a la constitución y colocarla en el mismo plano de la ley". Parte de esta concepción y construcción la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la sostuvo en un caso: "(...) el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal". Consecuente a la no acreditación de la lesión masiva al bien jurídico, decidió absolver a la procesada. Corte Suprema de Justicia, Cas. Penal, Sent. Jun. 21/2023, Rad. 60.332, M.P. Myriam Ávila Roldán.

39 Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos, *Código Penal: Concordado y comentado con jurisprudencia*, 6.^a ed., dir. Carlos Rodríguez-Ramos y coord. Ladaria Rodríguez-Ramos (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 2029. En el mismo sentido, apoya esta afirmación, Martínez Pardo, *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*, 17, y agrega que se trata de "condiciones positivas y negativas"; concepto en el que también coincide Muñoz Conde, *Derecho Penal: Parte Especial*, 647. En ese mismo sentido, la jurisprudencia sostiene que: "Se trata pues de un delito de peligro abstracto, en el sentido que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad que el interés resulte lesionado, pues, el tráfico de sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, pone en peligro la salud pública". Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, Sent. Jul. 18/2024, rad. 05-001-60-00-206-2020-03283, (M.P. Óscar Bustamante Hernández).

40 En España: Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 21 de mayo de 2013, Recurso nº 409/2013, (M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre); Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 31 de octubre de 2012, Recurso nº 822/2012 (M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre).

41 Eliminación de la tipicidad del hecho en los casos de muy reducida cantidad de la droga objeto de tráfico por carecer de antijuridicidad material; ver en España: Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 9 de julio de 2001, Recurso nº 1370/2001 (M.P. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.); Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 11 de diciembre de 2000, Recurso nº 1889/2000; Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 4 de julio de 2003, Recurso nº 977/2003, (M.P. Cándido Conde-Pumpido Tourón), y por la incapacidad del hecho para afectar la salud pública, dada la imposibilidad de generar con tan poca cantidad de droga un peligro para la salud pública; ver Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 9 de febrero de 1996, Recurso nº 772/1996, (M.P. Luis Román Puerta Ruiz); Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 22 de enero de 1997, Recurso nº 33/1997.

de la antijuridicidad material. En un caso será porque la difusión permite la afectación cuantitativa de dicha suma de saludes indeterminadas; mientras que, en otro, se debe a que la difusión⁴² permite cualitativamente la afectación de dichas saludes también indeterminadas. Sobre el tema, coincidiendo en lo central, se propuso definir el bien jurídico de la salud pública (colectivo) como,

(...) el conjunto de condiciones generales de salubridad y sanidad en las que deben desarrollarse todos los ámbitos de la vida social de una colectividad políticamente organizada y que deben estar garantizadas por el Estado tanto mediante una actuación positiva de fomento, y reglamentación como prohibiendo (y no solo bajo pena), el último extremo, a los integrantes de la colectividad la realización de conductas susceptibles de incidir negativamente sobre aquéllas⁴³.

La propuesta de Córdoba Roda y García Arán (2004) denota una búsqueda de separación conceptual entre el bien jurídico individual de la salud individual y el colectivo de la salud pública (1554).

3.1.3 Otras teorías o posturas: funcional y de delito plurifensivo

En el Derecho comparado, Joshi Jubert expone que, siendo el delito de tráfico de peligro en abstracto en sentido propio y que a pesar de que inmediatamente protege un bien jurídico supraindividual, lo que pretende es garantizar de forma efectiva la protección de la salud individual desde la perspectiva funcional orientada a la convivencia del individuo en sociedad, frente a acciones que de forma mediata y realizadas repetidamente ponen en peligro dichos bienes individuales⁴⁴. En ese mismo sentido, Boldova Pasamar postula que la seguridad ciudadana (cómo infracción administrativa) y salud pública (bien jurídico-penal) están muy relacionadas entre sí, aunque son objetos de protección diferentes⁴⁵. Por otra parte, Alonso de Escamilla señala que "el bien jurídico principal tutelado es la salud pública, pero es indudable

42 Que también, como veremos, altera las mismas condiciones óptimas de las que se parte.

43 María José Magaldi Paternostro, citado por Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, "De los delitos contra la seguridad colectiva, Arts. 369", en *Comentarios al Código Penal: Parte Especial*, Tomo II (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004), 1555.

44 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona: J.M. Bosch, 1999), 244.

45 Miguel Angel Boldova Pasamar, "Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el derecho penal español", *Actualidad Penal*, nº.20 (2000): 437-457.

que también afectan a la seguridad pública y al orden socioeconómico”⁴⁶. Incluso, se ha propuesto como objeto de protección “la libertad del consumidor”, puesto que al crear estas sustancias disminuye su voluntad, con lo cual Joshi Rubert⁴⁷ coincide, considerando que es característica de las drogas el hecho de que producen dependencia, ya física, ya solo psíquica, y puede ello anular o por lo menos influir de forma relevante en la capacidad de decisión del individuo. Sin embargo, ello por sí solo no constituye el interés a proteger, por cuanto la decisión de consumir acostumbra a ser libre; en caso contrario, debería apreciarse además en un delito de coacciones, o incluso de lesiones. Es innegable la relación de estos valores, intereses o bienes sociales con la inclusión y redacción del delito de tráfico de drogas, pero, como bien señalaba hace más de cuatro décadas Cobo del Rosal⁴⁸; planteó este autor que, la existencia de otros intereses en juego que justifican la lucha contra el tráfico de drogas no debe confundirse con el bien jurídico protegido. Tiene apoyo esta perspectiva funcional o pluriofensiva en la normativa internacional de acopio, puesto que La CONV/88 establece -podría verse como una declaración de prioridad, se encuentra en su primera página, primer párrafo-, como objetos o fines de protección la “*salud, bienestar de los seres humanos*”, y además las “*bases económicas, culturales y políticas de la sociedad*”, partiendo de tales postulados teleológicos, podrían proponerse cinco bienes jurídicos; salud (individual y/o pública), bienestar, economía, cultura y política. Sin embargo, es muy diferente el interés político, moral o filosófico que se persiga con estos convenios y otra cosa el objeto de protección jurídico-penal, que funge al mismo tiempo como límite y principio del sistema penal. No es lo mismo considerar el delito de tráfico de drogas como aspecto fundamental en la lucha contra el narcotráfico –aunque fuere el interés dominante subyacente-, que considerarlo un delito pluriofensivo⁴⁹.

46 Rodríguez Núñez, Lamarca Pérez, Mestre Delgado, Alonso de Escamilla, “Delitos contra la salud pública”, 775.

47 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 CP*, 37.

48 Manuel Cobo Del Rosal, “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, (Valencia: Universidad de Valencia, 1997).

49 Manjón-Cabeza Olmeda, “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, 45-112. El tráfico de drogas no es un delito pluriofensivo que protege la salud pública y la seguridad. Más allá de la ubicación de este delito dentro del CP. (título contra la seguridad colectiva), no debe confundirse, el bien jurídico de la salud pública con el interés dominante que subyace en la tipificación, fundamentalmente prevención de la delincuencia patrimonial para proveerse de drogas.

3.2 Principales críticas a estas concepciones

3.2.1 Bien jurídico indeterminado: Abstracción del peligro de difusión entre personas indeterminadas y falta de homogeneidad

En la doctrina científica se evidencia un consenso sobre la clase de vulneración del bien jurídico de salud pública por parte del delito de tráfico de drogas, como de peligro en abstracto⁵⁰. Al igual, se sostiene una confluencia, incluso en visiones contrarias, en entender dicho peligro como uno propio de difusión⁵¹. Estas dos ideas conjugadas –peligro abstracto de difusión- plantean un problema de indeterminación sobre el bien jurídico y la vulneración que debe sufrir para ver cumplido el principio de ofensividad⁵². Peligro abstracto (distinto al presunto) únicamente quiere decir que en el momento de la consumación anticipada no están concretados o determinados sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. El peligro precisa la posibilidad de que la droga alcance a múltiples –más de uno-, aunque inconcretos consumidores⁵³. Este requerimiento se deriva fundamentalmente de quienes parten de la concepción de *la suma*. Para esta última, cualquier peligro para la salud pública resulta grave, toda vez que se cuenta con la entidad para afectar una multiplicidad de sujetos pasivos (de salud o integridad individual). Esto se debe a que, dentro de dicha postulación, se predica que la afectación del bien jurídico de la salud pública en el tráfico de drogas es la suma de la salud de todos los individuos, aunque el daño consumado en una persona concreta no sea grave. De esta forma, Manjón-Cabeza Olmeda, -quien de forma solvente intenta dar sustento a esta postura- desea evitar la generalización de un hábito insalubre entre otras personas indeterminadas, siendo necesario, para decir que la salud pública ha sido afectada, la constatación del peligro para terceras

50 No se hace referencia de todas las obras, por razones de simplificación. Debe saberse que todos los autores referenciados en la doctrina penal de este trabajo coinciden en entender el delito de tráfico de drogas, como de peligro en abstracto, bien defiendan la postura de las sumas, o de las condiciones, u otras. Solo por citar un ejemplo; Corredor Beltrán, "De los delitos contra la salud pública", 291-328.

51 Rodríguez de Miguel Ramos, *Código Penal: Concordado y comentado con jurisprudencia*, 2029. Fundamentalmente, Manjón-Cabeza Olmeda, "Tráfico de drogas (I)", 1258.

52 Resulta ilógico considerar que se protege aquello que no está debidamente delimitado. Indeterminación que, al mismo tiempo, no brinda garantía alguna para aquel bien que se busca proteger. Esta circunstancia obedece a la insuficiencia y/o exceso a ese "intento" de precisar el acto lesivo, de modo que se puede penar insuficiente o excesivamente al que circunde tal ámbito difuso.

53 Manjón-Cabeza Olmeda, "Tráfico de drogas (I)", 1261.

personas, aunque no deban determinarse esas personas⁵⁴. Así las cosas, se acepta en esta perspectiva, una indeterminación del individuo afectado en su salud que conduce a una evidente contradicción con su fundamento. Se pregunta entonces; ¿Qué ha de entenderse como peligro para la salud pública: la puesta en peligro de un número indeterminado de personas? ¿de cuantas personas? ¿a partir de qué momento puede hablarse de un número indeterminado?⁵⁵. A esta crítica responde Acale Sánchez señalando que no se trata de sumar tales saludes sino de la existencia de pronóstico o de potencialidad de daño, y entendiendo que

(...) el peligro en abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados –ni tienen por qué estarlo- los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no pueda faltar la posibilidad remota del daño⁵⁶.

No obstante, esto sigue sin resolver a cuáles sujetos concretamente, de forma remota, hay la posibilidad de causarles el daño. A menos que se renuncie a la concepción de la suma, no puede olvidarse el fundamento de esta –suma de saludes- al momento de plantear el daño a tales, bien fuere lejano o cercano⁵⁷. Esto es una forma de gravedad en abstracto, no concreta –pierde la relación de referencia con el bien jurídico de la salud individual-, que, más allá de generar un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de salud pública, evidencia, en realidad, su contenido vago e indeterminado, que refleja a su vez la discrepancia entre fundamento –suma de saludes individuales- y presupuesto –peligro difusión a individuos indeterminados-: sintetizados estos aspectos, en la cuestión de saber “cómo ha de llenarse el peligro de

54 Manjón-Cabeza Olmeda, “Tráfico de drogas (I)”, 1260.

55 Enrique Bacigalupo Zapater, *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal* (Madrid: Ediciones Akal, 1991), 138.

56 Acale Sánchez, *Salud pública y drogas toxicas*, 28.

57 Se podría responder a esta crítica señalando que no se suman individualmente, sino que, considerando la naturaleza abstracta del bien jurídico, se suman *ex ante* todas las saludes de una comunidad o sector social determinado. Ej. la población de una ciudad es una suma de todas las saludes de esas personas. Esto plantea un problema de confusión entre salud individual y el bien jurídico de la salud individual, puesto que sí se pueden sumar una salud a otra, por persona, donde cada persona representa una salud (en el sentido más ontológico posible), pero no se puede hacer lo mismo con cada bien jurídico por persona, ya que la relación de disponibilidad de tales es distinta. La determinación es necesaria para no igualar personas con diferentes formas de manejo y libertad sobre su propia salud. Por ende, la indeterminación de la suma es un problema que afecta al derecho personal de cada individuo sumado, que puede no estar dispuesto a ser incluido dentro de un grupo que no comparte su manera de disponer el bien jurídico de la salud individual.

difusión entre indeterminadas personas”⁵⁸; postulados que, también se observan y analizan al interior del texto de Bacigalupo Zapater⁵⁹. No se discute que para que haya daño a la salud pública deba existir, en virtud de una acción de difusión, un daño potencial a varias saludes individuales, pero surge que esas saludes individuales serían indeterminadas, trasladando tal indefinición (indeterminación) a la misma salud pública.

3.2.2 Bien jurídico sin la referencia suficiente de la salud individual: Falta de participación del sujeto individual

La exigencia de riesgo de difusión y de toxicidad por parte de la sustancia objeto de tráfico, incluso dentro de los que siguen la teoría de la suma de saludes individuales, pierde relación material debido a la inconcreción de dichos sujetos portadores de cada salud individual sumada. Esto sucede mucho más claramente en la llamada concepción de las condiciones, en la que no es esa suma lo que le da contenido al bien jurídico⁶⁰,

-
- 58 Manjón-Cabeza Olmeda, “Tráfico de drogas (I)”, 1258. En igual sentido, se critica la inseguridad jurídica que gira alrededor de este bien jurídico, con relación al delito del tráfico de estupefacientes: “Este es el caso del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por medio del cual será típico el comportamiento de quien por lo menos porte, comercialice o trafique sustancia estupefaciente sin contar con el permiso de la autoridad competente, y es indiferente si el sujeto con dicha sustancia estupefaciente lesionó efectivamente el bien jurídico salud pública, es decir, alteró las condiciones sanitarias necesarias para proteger la salud de los seres humanos. Dicho de otro modo, no se requiere que a quien se le venda haya realmente consumido la sustancia o creado adicción como consecuencia del actuar típico del sujeto agente. Es claro que, con este último tipo de regulación, resulta más fácil obtener una sentencia condenatoria, toda vez que el ente acusador no necesita verificar un resultado, sino solo la realización de una conducta. Así las cosas, los delitos de peligro (como el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) van a ser criticados por su ilegitimidad, al dictar sanciones a comportamientos que no ocasionan atentados materiales contra bienes jurídicos, sino simplemente amenazas de lesión, lo que en últimas puede entenderse como la imposición de penas por la desobediencia a la norma. Con todo, no se puede prescindir de esta figura jurídica para tratar de *imponer un orden justo, razón por la cual el Derecho penal debe imponer límites precisos para evitar que esta herramienta jurídica (delitos de peligro) permita el ejercicio desmesurado y arbitrario del poder punitivo, procurando que se sancionen únicamente amenazas ciertas y efectivas a los bienes jurídicos más importantes*”. Jiménez Cabarcas, “Porte de estupefacientes en el ordenamiento jurídico colombiano. Una mirada crítica a la luz de la teoría del delito”, 179-205.
- 59 Sobre lo dicho en este punto, Manjón-Cabeza Olmeda, “Tráfico de drogas (I)”, 1260. También como vimos Bacigalupo Zapater, *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, 138.
- 60 Como se expuso, este referente no existe como objeto real ni como la suma de la salud de las personas individualmente consideradas. Rodríguez de Miguel Ramos, *Código Penal: Concordado y comentado con jurisprudencia*, 2029. En el mismo sentido, apoya esta afirmación, Martínez Pardo, *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*, 17. En Colombia sufren este cuestionamiento posiciones como la de Corredor Beltrán, “De los delitos contra la salud pública”, 291-292, quien señala; “por ello se concluye que este bien jurídico es colectivo, autónomo, independiente y debe ser separado de la salud individual, bajo el entendido que aquella puede garantizar efectivamente

sino las condiciones que afectan a dicha suma o a cada salud individualmente considerada. En esta perspectiva también se requiere la presencia de un riesgo de difusión, -presupuesto común en ambas elaboraciones- pero esta vez, una difusión dentro de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población⁶¹. En ambas construcciones se prevé una dualidad de finalidades: proteger el bien jurídico de la salud pública y el bien jurídico de la salud individual, sin embargo, en la de teoría de las sumas la protección se suscita de forma simultánea, ya que, al cuidar el primero, como suma de saludes individuales, se brinda resguardo al segundo. Ciertamente se trata de una protección abstracta y lejana puesto que, al evitar un embarque de cocaína, se estaría, según esta concepción, evitando una futura e incierta afectación a la salud individual de un sujeto destinatario indeterminado, que es al mismo tiempo parte integrante como todos los demás sujetos indeterminados, de ese conjunto que consideran salud pública. En el caso de la teoría de las condiciones esta protección es de carácter inmediata para la salud pública y mediata para la salud individual⁶², toda vez que al separarse la última de la primera, los momentos de protección son distintos, ya que para el bien jurídico de la salud individual se precisa una protección futura e incierta, mientras que para el de salud pública la protección se da mucho antes cuando se protegen cualitativamente estas condiciones. La dificultad de esta última concepción es que no logra concretar tales -las condiciones-, y deja de lado el referente de la salud individual, convirtiendo en mera abstracción indeterminable la afectación de la entendida como "Pública". Al sustentarse este bien jurídico en la idea de un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar

ésta. Susceptible de esta crítica, en Colombia, la tesis expuesta por Díaz Arana, "Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia", 91. El autor considera "a la salud pública como un bien jurídico verdaderamente independiente de la salud individual", confundiendo autonomía, con independencia, y generando una insuficiente relación entre el bien jurídico "medio" o "instrumento", del bien jurídico "fin". Ver sobre el punto, Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal: Parte especial*, 2.º ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1991), 4. Autor para el cual divide los bienes jurídicos entre aquellos que están referidos a "bases de existencia del sistema" y aquellos que "están en conexión con el funcionamiento del sistema". Los primeros contienen la salud individual y los segundos a la salud pública, siendo posible de la autonomía de los segundos, pero no la independencia, si partimos de un Estado constitucional de Derecho.

61 Tribunal Supremo de España, STS, Sala Segunda, 21 de mayo de 2013, Recurso n° 409/2013, (M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

62 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 CP*, 41. La conducta attentatoria de la salud pública no tiene por qué lesionar ni inmediata ni directamente, aunque sí de forma mediata e indirecta la salud individual; la peligrosidad y gravedad de las conductas debe verse en el hecho de poder afectar a la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de organización de los individuos y de la convivencia en sociedad.

de las personas, se hace alusión a la dimensión social de la salud pública a la que se refiere el art. 43.2 de la CE, y dicha, aunque relevante, requiere fundamentalmente en este tipo de delitos asidero en una realidad propia de una dimensión individual o microsocial. Un conjunto de condiciones positivas y negativas para la salud de los individuos debe determinar a qué salud se refiere y cuando, al ser alteradas, pone en riesgo dichas saludes individuales, pero principalmente cuando pone en riesgo el bien jurídico de la salud individual. Si un cargamento de drogas ilegales y tóxicas se dirigen a un destino, con potenciales consumidores indeterminados a los que difundir la misma, -total de requisitos de esta teoría- no se ha demostrado aún que esto ponga en peligro el bien jurídico de la salud individual, puesto que no se puede saber si las condiciones para un bienestar social y de salud individual han sido alteradas lo suficiente para que tales sujetos indeterminados –en gran parte por tal indeterminación asumida- puedan ser afectados. Tampoco se niega el daño potencial, pero la sola presencia abstracta de esta no basta para plantear una afectación a un bien jurídico en concreto que ha sido asumido como presupuesto en ambas concepciones. Las condiciones abstractas facilitan la suficiencia de afectaciones abstractas, lo cual promueve el problema fundamental de un Derecho penal cada vez más cercano al peligro en abstracto -una antijuridicidad potencial- que al concreto o efectivo, exigido en Colombia claramente en el artículo 11 del Código penal.

3.2.3 Dificultan el programa político alternativo: políticamente inidóneas y posiblemente contradictorias

Una crítica que surge del contraste entre las concepciones dominantes y la alternativa política de tratamiento de drogas, con enfoque de salud pública, es que dichas concepciones se hicieron para enfrentar la acción del traficante de drogas, más que para proteger los Derechos del usuario de ellas, y así como de la población vulnerable que la cultiva o produce. De recordarse que, en Colombia, con la Ley 30 de 1986 que adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes en el ordenamiento jurídico colombiano, se pasó de la defensa a la salud, la tranquilidad y la moral social a la defensa del orden social, económico y político⁶³. La concepción de la suma no incluye el consentimiento o las garantías de los destinatarios, claramente sujetos de esas saludes individuales. La construcción de las condiciones excluye no solo la decisión de los finales consumidores, sino que desconoce la posición y voz de estos, y de los campesinos, y productores más humildes en la configuración de dichas condiciones,

63 Tocora, "Discursos en el proceso de criminalización de la droga en Colombia".

además de profundizar la vulnerabilidad de estos⁶⁴, principalmente de las mujeres como los eslabones más débiles de la cadena⁶⁵.

Aunque podría pensarse a la perspectiva funcional como la única en permitir alguna relación entre los derechos de los sectores afectados por el fenómeno de la venta de estupefacientes, y el poder selectivo que decide la legislación y escenarios del fenómeno, no se puede aun decir que exista una conexión suficientemente precisa como para considerarla una concepción definitivamente idónea. Un sentido entre el bien colectivo y el individual, requiere una fuerte delimitación conceptual que no parece encontrarse. La política de drogas que se propone pasa de un enfoque de guerra a uno de Derechos humanos, por lo cual, el bien jurídico debe dialogar con el ámbito jurídico y político internacional público, lo que implica una determinación de condiciones en armonía con el acervo de Derechos reconocidos internacionalmente a favor del usuario de drogas, y del productor vulnerable del mercado. Las teorías dominantes se quedan en el ámbito nacional, sin mayor énfasis en la salud como derecho humano, y sin sujeción directa al marco socio político y económico en el que el narcotráfico se desarrolla. Estos problemas entonces demandan una revisión de los fundamentos, con miras a viabilizar el proyecto político que se presenta como opción distinta.

4. Necesidad de una reinterpretación del bien jurídico referente del delito de tráfico de drogas conforme al paradigma político-jurídico de la salud pública

Tanto defensores de la teoría de la suma como de la teoría de las condiciones requieren el concepto de riesgo de difusión, aunque no funcione igual en ambas elaboraciones, ya que en la primera el peligro de difusión es un tema cuantitativo

64 Ver, Juan Jaramillo Giraldo y Hernando Londoño Berrío, "La Criminalización de la pobreza en el marco del Estado Neoliberal", en *Criminología y Derecho Penal para el debate* (Bogotá: Editorial Temis, 2021), 407-433. Ver, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), *European Drug Report 2024: Trends and Developments* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024), 26, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7f7c93bc-5aac-11ef-acbc-01aa75ed71a1/language-en>. Este estudio demuestra cómo se registraron aproximadamente 1,5 millones de infracciones a la legislación sobre drogas, en las que más de la mitad de estas (64 %, es decir, 1 millón) están relacionadas con el uso o la posesión para consumo personal. Evidenciando entonces como los consumidores de este tipo de estupefacientes concentran la mayor proporción de detenciones por delitos relacionados a las drogas.

65 UNODC, *Caracterización de condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con problemas de drogas: las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas* (Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito - Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019); también, ver Rodrigo Uprimny Yepes, Margarita Martínez Osorio, Luis Felipe Cruz Olivera, Sergio Chaparro Hernández, Nina Chaparro González, Nina, *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia* (Bogotá: Dejusticia. 2016), 24.

de saludes individuales potencialmente afectadas (difusión entre número mayor de individuos), con el problema de que la indeterminación de dichas saludes conduce a la indeterminación en dicho riesgo, que a su vez conduce a indeterminación del peligro, y por ende de la vulneración o no del bien jurídico y de forma lógica, a la indeterminación del bien jurídico mismo. Si no sabemos qué o cuando se afecta un bien jurídico, no sabemos qué es el propio bien en sí. En la teoría de las condiciones el problema reside en la definición de tales condiciones en relación con ese individuo, ya que, al no haber relación con el individuo (aspecto que sí tenía la otra teoría) se pierde el contacto con el bien jurídico de obligatoria referencia. Sin lazo con la salud individual, de forma material, el bien jurídico queda convertido en una ficción inconexa con la realidad que se pretende proteger. Entonces, con una concepción –de la suma- desaparece el bien jurídico de la salud pública, y con la otra -de las condiciones- desaparece como referente el bien jurídico de la salud individual, y además la salud pública queda convertida en una abstracción sin contenido material (que le ofrece la salud individual). Lo anterior se traduce en indeterminación material del bien jurídico –posiblemente derivado, en parte, de ser el delito de tráfico de drogas, de peligro en abstracto, y por ende en la inobservancia de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos penales que, se suponen, deben evitar que para la realización del tipo sea suficiente cualquier conducta contra la salud pública, sin que se precise una lesión –vulneración- penalmente relevante de la misma⁶⁶. Pero en este caso la vulneración del principio lesividad⁶⁷ es evidente ya que al no saberse “un concreto daño al prójimo o a la sociedad” no se puede castigar la conducta, aunque se pretenda, como nueva forma de incriminación, tutelar penalmente los derechos de los consumidores⁶⁸. Es justamente un derecho del consumidor y de quien le suministra la droga, el tener claro, tanto en ley como en jurisprudencia, el alcance y delimitación del bien jurídico, y, por ende, el concreto daño que el poder punitivo considera suficiente para intervenir en el ejercicio de sus libertades. Si no está claro en qué consiste un bien jurídico, definir su afectación es un acto arbitrario que, además de exponer un castigo innecesario que expone una contradicción jurídica y político-

66 Morant Vidal, *El delito de tráfico de drogas: Un estudio multidisciplinar*, 75.

67 Positivizado en el código penal colombiano, en el artículo 11.

68 Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 21. En similar sentido Acale Sánchez predica que, “esta clase de delitos habrá de ser interpretada en clave de ofensividad pues de otra forma, quedaría burlado el concepto de peligro desde el cual ha de deducirse que las conductas castigadas por el legislador han de suponer verdadera afección negativa al bien jurídico protegido” (Acale Sánchez, *Salud pública y drogas toxicas*, 28).

criminal que deslegitima la aplicación del sistema penal, tiende a agravar el problema social en lugar de contenerlo o merarlo. Parece intentarse una corrección desde visiones funcionales o del delito plurifensivo⁶⁹, en las que se pretende mediatizar la salud pública en pro de la defensa de otros bienes, como por ejemplo, la protección de la salud individual desde la perspectiva funcional orientada a la convivencia del individuo en sociedad, o la seguridad pública ciudadana, y el orden socioeconómico, lo cual plantea un potencial -aunque solucionable- problema de ampliar, y no reducir, aún más el marco indeterminado de un bien jurídico tan abstracto, que a su vez se dice proteger de delitos de peligro en abstracto también⁷⁰. Por ende, aunque existan ciertos argumentos a favor de estas posturas funcionales, no parecen suficientes para considerar otros bienes jurídicos, aparte de la salud pública -teniendo como referente la salud individual, que no es igual a otro bien jurídico tutelado directamente-, como objetos de protección directos del delito de tráfico de drogas. No obstante, la perspectiva funcional de esta concepción, que no parece ser defendida en Colombia -al menos no directamente- sí plantea una mejora dialéctica frente a las otras dos, por preocuparse por mantener la relación de dependencia entre lo individual y lo colectivo, al tiempo de intentar reducir la indeterminación referenciada. Por lo anterior, se presenta como sugerente, aunque no sin sus aspectos de inconveniencia si se quiere construir, bien fuere desde sus bases o desde una postura parecida, una perspectiva acorde al programa filosófico y político que se procura como alternativa por la rama ejecutiva del Estado colombiano. El camino parece consistir, desde lo propuesto en la arena política internacional y nacional, en el empoderamiento del usuario de la droga, con miras a regular el consumo de tales sustancias dentro de garantías frente al daño que se persigue evitar, delimitando este, y procurando así, una mayor limitación de la intervención estatal sobre su vida y libertades.

69 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 CP*, 244. Boldova Pasamar, "Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el derecho penal español", 437-457. Rodríguez Núñez, Lamarca Pérez, Mestre Delgado, Alonso de Escamilla, "Delitos contra la salud pública", 775.

70 Antonio Cavaliere, "Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica", *Diritto penale e processo*, n.º 5, (2014): 586-601. El concepto de "seguridad pública" tiene básicamente las mismas características vagas y omnicomprensivas. En realidad, incluye seguridad de vida, seguridad física, bienes patrimoniales, etc.; es un predicado de otros bienes jurídicos, no un bien jurídico por derecho propio. La idea de la seguridad pública puede aludir, más que a un bien jurídico, a una cierta forma de proteger los bienes jurídicos; lo cual es una variante constitucionalmente problemática de la prevención negativa especial – "Seguridad" entendida como neutralización de sujetos peligrosos, o de prevención general positiva, en el sentido de la (símbólica) "tranquilidad" de los asociados.

Para lo anterior es indispensable que se demarque dicho bien jurídico de forma suficientemente concreta, esto es, *i)* sin dejarlo en la abstracción de condiciones indeterminadas, *ii)* sin confundirlo con la salud individual, *iii)* ni, en otro extremo, desconocer la dependencia, -que no significa falta de autonomía⁷¹, de este con el bien individual como base de existencia del sistema legal-constitucional. Así, los cuestionamientos observados a las construcciones dominantes plantean una inviabilidad en la concepción actual de dicho interés jurídico -salud pública- como referente de lesividad en el nuevo proyecto político de tratamiento de las drogas, que presupone un enfoque en los daños en la salud individual, al tiempo que procura la reducción de daños para todos los partícipes directos e indirectos en el "ciclo de la droga". Un nuevo paradigma político de regulación de la salud pública requiere un nuevo interés de protección jurídico de tal bien social y constitucional, y en el ámbito jurídico-penal ello se traduce en la necesidad de una relaboración del bien jurídico de la salud pública, hasta el momento enormemente indeterminado – afectando la eficacia de protección del usuario - y sin conexión suficiente con la salud individual de este -afectando la medición del daño-, con el objetivo de limitar el poder punitivo desde lo constitucional y los derechos humanos, considerando, ahora, a los usuario de drogas como a las personas vulnerables dentro del "ciclo de la droga", más como sujetos de protección en democracia que objetos de castigo en una guerra. Un modelo de política criminal basado en la salud pública, paradójicamente, viene a poner en el centro del bien jurídico de la salud pública, la salud del público, del ciudadano en lugar de la guerra contra las drogas, que hasta hace años parecía haber cooptado un instituto jurídico que no hace referencia alguna a los intereses que persigue en realidad. La salud pública sería, de no modificar su contenido, un fraude de etiqueta⁷² que encubra la acción conjunta internacional para combatir un negocio ilegal -con los matices sobre

71 V. como destacada síntesis de tal debate, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales* (Tirant Lo Blanch, 2019), 76-82; y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, "Una teoría sobre los bienes jurídicos colectivos: Reflexiones al hilo del ejemplo de la salud pública", *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 11 (2022): 304-322. La autora, de manera muy precisa, señala la divergencia entre tales concepciones "monistas", colectivistas e individualistas, y la crítica a estas últimas por negar autonomía a dichos bienes colectivos, de segundo orden frente a los de base del sistema, y con referencia obligatoria (función) al bien jurídico individual de base. Como bien señala Ferrajoli, los bienes que protege el derecho son los que, al lesionarse, afectan a personas de carne y hueso, al menos indirectamente. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoría del garantismo penale*, 3 ed. (Roma-Bari: Laterza, 1996), 481. Posteriormente incorpora el matiz de lo indirecto del daño, en Luigi Ferrajoli, "El principio de lesividad como garantía penal", *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 79 (2012): 107.

72 Juan Bustos Ramírez, "Manual de DPPE," en *Manual de DPPE*, ed. aumentada, corregida y puesta al día (Barcelona: Ariel Derecho, Ariel, S.A., 1991), 223.

tal "combate" - más que un bien objeto de protección ciudadana y constitucional. Así, el bien jurídico, a partir de las consideraciones sostenida doctrinal y jurisprudencialmente no puede sustentarse en dicho nivel de indeterminación y abstracción que más que limitar la actuación policial contra los vulnerables de la cadena, los expone a mayores riesgos de abuso por parte del sistema punitivo, por lo cual la necesidad de una reformulación resultad imperiosa política y jurídicamente.

5. Propuesta inicial de reinterpretación: la salud pública como condiciones colectivas delimitantes del ejercicio de consumo idóneo para la salud individual

Solo en términos de referencia frente a lo tratado -separándose totalmente de la concepción de la suma y, aunque más cerca, tratando de superar los problemas de la concepción de las condiciones y de la concepción funcional-, y con propósito de discusión, se propone como configuración concreta del bien jurídico, sustancialmente como objeto jurídico del tipo penal del tráfico de estupefacientes contenido en el artículo 376 del código penal colombiano, la siguiente proposición jurídica de doble carácter:

Es la salud pública, como bien jurídico penal (referente del título XIII para todos los tipos de este) *el conjunto de condiciones socio-jurídicas generales propiciadas por el Estado que delimitan el margen o ámbito de acción efectivo de los individuos para el ejercicio de su derecho a la salud individual, en su dimensión física y psicológica, al interior de una sociedad democrática, liberal, pluralista y respetuosa de los derechos humanos*; y es la salud pública, como objeto jurídico del delito de tráfico de droga, (referente del capítulo II de dicho título y principalmente del tipo del artículo 376), *el conjunto de condiciones socio-jurídicas generales propiciadas por el Estado que delimitan el margen o ámbito de acción efectivo de un individuo para ejercer el derecho a la salud individual, en su dimensión física y psicológica, con relación al consumo idóneo, -informado, libre y autónomo-, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas al interior de una sociedad democrática, liberal, pluralista y respetuosa de los derechos humanos*.

Lo anterior, con el ulterior desarrollo que aquí no es posible, permitiría, en gracia de discusión, cumplir con el principio de acto, tipicidad, lesividad, entre otras normas rectoras mencionadas y no mencionadas, así como también el fortalecer o reforzar la vinculación teleológica del bien colectivo con el individual, base del sistema, (dos dimensiones de la salud) disminuyendo, sino superando, lo abstracto, indeterminado y separado del bien jurídico social con relación a la salud individual, o confundido con esta, sin autonomía. Además, podría limitar la selección punitiva de los sujetos más vulnerables del ciclo de la droga -cultivadores, usuarios, mujeres marginalizadas, - que

no tendrían la capacidad de incidir en la configuración de tales condiciones sociales -considerablemente superadoras de sus roles en la organización criminal- determinantes del ámbito propio del consumo individual final de las sustancias, por no tener decisión sobre la elaboración, composición, o destinación de estas. Se busca así reducir el daño de la persecución punitiva así como el del consumo inadecuado, y delimitar la responsabilidad en los partícipes -en sentido amplio- con intervención relevante para afectar la salud colectiva e individual, que debe ser en todo caso el único sustento de lesividad o daño que el tipo penal ostente como referente. Demás afectaciones a otros bienes jurídicos son del consorte de otras disposiciones jurídicas y por ende, recargar al comercio ilegal de drogas los problemas de un fenómeno más amplio como el propio de las organizaciones criminales transnacionales que lo tienen como uno de sus negocios, sería confundir la actividad con quien la realiza, el modo y el entorno de realización. Traficar con drogas es grave para la salud pública si pone en riesgo, indirectamente, la salud individual, y no lo es en caso contrario ni por otras acciones que la acompañan y para las que hay delitos específicos. El enfoque de diferenciación, entonces, serviría para hacer esta distinción en la teoría de la imputación, y más importante aún, en la vida de las personas, que en este universo, suelen ser muy distintas.

6. Conclusiones

1. Los resultados de la política de "guerra" contra las Drogas, la petición internacional por un nuevo paradigma, y el cambio de gobiernos en Colombia, provocaron una nueva perspectiva política, en el país, sobre tratamiento del fenómeno la venta y consumo y de drogas en el mundo, que pone como prioridad; abordar el uso de drogas, desde las vulnerabilidades asociadas, la prevención, atención, tratamiento y reducción de daños, la diferenciación en los tipos de Sustancias Psicoactivas y sus riesgos, y la desestigmatización, dignificación, y abordaje de las condiciones que afectan el bienestar y desarrollo.
2. Para dicho fin, la salud pública, como bien jurídico del delito de tráfico de estupefacientes en el Código penal colombiano, requiere su reinterpretación con miras a hacerlo compatible con un nuevo paradigma político de tratamiento del fenómeno de las drogas, que pase del prohibicionismo y persecución a toda intervención en el "ciclo de la droga" en el que el usuario de drogas y cultivador campesino son los más vulnerables, a un enfoque de protección de la salud pública, incluyendo la reducción de daños y el cuidado de la vida en el que primen los derechos humanos de todos los individuos de la cadena.

3. La salud pública se sustenta, generalmente, en dos concepciones; la teoría de la suma y la teoría de las condiciones, y minoritariamente en una de carácter funcional o pluriofensiva. La primera referida dicho bien jurídico, como la suma de las saludes individuales de los coasociados ciudadanos dentro del Estado, y la segunda, referida al conjunto de condiciones sociales que posibilitan el goce de tal salud individual por cada persona, siendo esta, la que parece recibir más apoyo en la doctrina colombiana al sustentar el interés jurídico tutelado en código penal, relativo al delito de tráfico de drogas, aunque no de manera definitiva.
4. La tercera concepción, enfocada desde una perspectiva funcional orientada a la convivencia del individuo en sociedad, frente a acciones mediata y repetidas ponen en peligro dichos bienes individuales, no se observa relevante en la doctrina nacional y comparada, pero sugiere un camino, por lo menos, más consciente de las dificultades que representan las demás concepciones.
5. Estas concepciones, principalmente las primeras -de la suma y de las condiciones- son objetos de fuertes críticas; *i)* la elaboración de un bien jurídico indeterminado: sustentado en una abstracción del peligro de difusión entre personas indeterminadas y con falta de homogeneidad, *ii)* un bien jurídico sin la referencia a la salud individual, que padece de una falta de participación del sujeto individual, y su finalidad constitucional y *iii)* son inidóneas frente al nuevo paradigma que se propone. Tales cuestionamientos conducen a colegir la inviabilidad de dicho interés jurídico -salud pública- como referente de lesividad en el nuevo proyecto político de tratamiento de las drogas, que requiere de un enfoque ligado a los daños en la salud individual, al tiempo en que la reducción de daños para todos los partícipes directos e indirectos en el "ciclo de la droga".
6. De lo anterior, surge la necesidad de reinterpretar en el ámbito nacional, y posiblemente en el de Derecho comparado, el concepto de salud pública como bien jurídico y objeto jurídico del delito de tráfico de drogas, y demás delitos conexos -tráfico de precursores, por ejemplo- que *i)* garantice la limitación del poder punitivo desde principios como el de lesividad, culpabilidad, acto, entre otros, *ii)* que exijan la vinculación teleológica del bien colectivo con el individual, base del sistema, y no como hasta ahora, uno de carácter abstracto, indeterminado y separado de la salud individual o confundido con esta, sin autonomía, y *iii)* que, en lugar de profundizar la selección punitiva de los sujetos más vulnerables del ciclo de la droga -cultivadores campesinos, usuarios, mujeres marginalizadas, etc- se proponga, desde una construcción de corresponsabilidad con enfoque de género, su protección como individuos de especial cuidado y sujetos de derechos humanos más que de riesgos para la sociedad.

7. Se propone, dentro de la discusión académica necesaria, una interpretación amplia de la salud pública frente a todo el título (XIII) que cobija las afectaciones en general que atentan contra ella (capítulo I), sin referirse al tráfico de drogas, y otra, con énfasis protección de la salud pública en sentido de objeto jurídico del delito de tráfico de droga (todo el capítulo II), como *el conjunto de condiciones socio-jurídicas generales propiciadas por el Estado que delimitan el margen o ámbito de acción efectivo de un individuo para ejercer el derecho a la salud individual, en su dimensión física y psicológica, con relación al consumo idóneo, -informado, libre y autónomo-, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas al interior de una sociedad democrática, liberal, pluralista y respetuosa de los derechos humanos.*

Referencias bibliográficas

- Acale Sánchez, María y Luis Ramón Ruiz Rodríguez. *Los delitos contra la salud pública*. En *Lecciones y materiales para el estudio del DP*, Tomo III, DP PE, v. ii. Coordinado por Juan Terradillos Basoco. Madrid: Iustel, 2011.
- Acale Sánchez, María. *Salud pública y drogas toxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para la Región Andina y el Cono Sur. *Estudio de consumo de sustancias psicoactivas en Bogotá D.C.* Bogotá D.C: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) para la Región Andina y el Cono Sur, 2022.
https://saludata.saludcapital.gov.co/osb/wp-content/uploads/2024/05/Estudio-SPA-2022_compressed.pdf.
- Alonso de Escamilla, Avelina, Carmen Lamarca Pérez, Esteban Mestre Delgado y Alicia Rodríguez Núñez. *Delitos: La parte especial del derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2022.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. "El tipo penal sería un delito de comportamiento". En *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*. Madrid: Ediciones AKAL/IURE, 1991.
- Barbosa Castillo, Gerardo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Bien jurídico y derechos fundamentales: Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

- Bassiouni. *Riflessioni critiche sugli organismi preposti al controllo internazionale di droghe*. In Aa.Vv., *Il sistema droga. La costruzione sociale della tossicodipendenza*, a cura di L. de Cataldo Neuburger, Padova 1993, 223, 227.
- Beristain, Antonio. "Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica". En *Cuestiones penales y criminológicas*. Madrid: Reus, 1979.
- . "Delito de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del código penal)." En: Cobo del Rosal, Manuel (Dir.), y Bajo Fernández, Miguel (Coord.), *La reforma del código penal de 1983, Revista de Derecho Público*, Tomo V – vol. 2.^º. Madrid: Edersa, 1985, 753.
- . "La reforma del Código Penal de 1983". En *Revista de Derecho Público*. tomo V, vol. 2.^º (1985).
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel. *Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el derecho penal español*. En: *Actualidad Penal*, Núm. 20, Madrid, 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2641443>
- Brandoli-Ronconi, Città. *Droghe, sicurezza. Uno sguardo europeo tra penalizzazione e welfare*. Milano, 2007.
- Buenestado Barroso, José Luís. *Manual de DP PE y las consecuencias jurídicas del delito en España*. Madrid: Bubok Pub, 2011.
- Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal: Parte especial*, 2.^a ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1991.
- Bustos Ramírez, Juan. *Manual de DPPE*. ed. aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona: Ariel Derecho, Ariel, S.A., 1991.
- Catalina Gil Pinzón. "La grieta de Viena en el consenso de la guerra contra las drogas." *El País*, marzo 21, 2024.
<https://elpais.com/america-colombia/2024-03-31/la-grieta-de-viena-en-el-consenso-de-la-guerra-contra-las-drogas.html>.
- Cavaliere, Antonio. "Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica". *Diritto penale e processo*, n°5 (2014): 586–601.
- Cimas Giménez, María del Carmen, "Delitos relativos al narcotráfico. Visión general". En *Delitos contra la salud pública. Novedades Jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*. Dirigido por María del Carmen Cimas Giménez. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial - Centro Documentación, 2007.
- Cobo Del Rosal, Manuel. "Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes". En *Delitos contra la salud pública*,

tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes. Dirigido por Manuel Cobo Del Rosal. Valencia: Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1997.

Comisión Global de Política de Drogas. *La política de drogas en Colombia: el camino a una regulación justa.* Informe de posición, noviembre de 2023.

https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2022/11/web_PP22-colombia_ESP.pdf.

Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)/OEA. "Informe sobre la oferta de Drogas en las Américas 2022". En *Informe de las drogas de la OEA*. Washington D.C: Organización de los Estados Americanos, 2022.

Corredor, Diego. "De los delitos contra la salud pública". En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado, 2011, 291–293.

———. "De los delitos contra la salud pública." En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed., vol. I. Bogotá: Universidad Externado, 2019, 339–365.

Corte Constitucional de Colombia I. Sentencia C-574/11, 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-404/22, 16 de noviembre de 2022. Magistrada ponente: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-420/02, 28 de mayo de 2002. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002/05, 2005. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-059/07, 2007. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1116/08, 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-684/02, 2002. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-814/08, 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 2008, rad. 29.183.

https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_29183_de_2008.aspx.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia SP 238-2025, rad. 59445*, 12 de febrero de 2025.

<https://www.integritylegal.co/abogado/imagenes/sentencia%20SP%20238-2025%20%C2%BFCu%C3%A1ndo%20el%20Porte%20de%20Drogas%20se%20Considera%20Tr%C3%A1fico%20de%20Estupefacientes.pdf>.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. *Sentencia del 21 de octubre de 2009, rad. 29.655*.

Curiel Centenero, Elena. "Delitos contra la salud pública: el delito de tráfico de drogas." *Trabajo de Fin de Máster*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2021. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/47167>.

Del Olmo, R. *¿Prohibir o domesticar? Política de drogas en América Latina*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1992.

Di Gennaro, Giuseppe y Giuseppe La Greca, La questione droga. Diffusione del consumo e strategie di contrasto, Milano 1999.

Díaz Arana, Andrés Felipe. "Aproximación al bien jurídico-penal de la salud pública en Colombia." *Nuevo Foro Penal*, n.º101 (2021): 73–92.

Elementa DDHH, *Políticas de Drogas en Colombia: Una mirada de cara a la revisión de Medio Término de 2024*. Bogotá: Elementa DDHH, 2024.

Escobar Vélez, Susana. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), *European Drug Report 2024: Trends and Developments*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA). *Informe anual 2012*. <http://www.emcdda.europa.eu/publications/annual-report/2012>.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA). *Tendencias y novedades*, Informe del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, 2022, 4, 8, 28, 30.

https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/14644/20222419_TDAT22001ESN_PDF.pdf.

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA). *European Drug Report 2022*. Lisboa: EMCDDA, 2022.

https://www.emcdda.europa.eu/publications/edr/trends-developments/2022_en

- Fernández Pantoja, Pilar. "Artículo 368." En *Comentarios al CP*. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, segunda época, tomo XI. Madrid: CESEJ Ediciones, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. "El principio de lesividad como garantía penal". *Nuevo Foro Penal* 8, n.º79 (2012): 100 – 114.
- Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 3^a ed. Bari: Laterza, 1996.
- FESCOL y UNASUR (eds.). *De la guerra al cuidado de las personas: Políticas de drogas en Suramérica después de UNGASS*. Quito: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES-ILDIS), 2016.
- Frieyro Elicegui, Sofía. *El Delito de Tráfico de Drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Gaviria, Alejandro, y Daniel Mejía (comp.). *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Global Commission on Drug Policy. "Drug Policy and Deprivation of Liberty". En *Informe* Ginebra: Global Commission on Drug Policy, 2021.
- Gobierno de Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. Lineamientos para el abordaje integral del consumo de sustancias psicoactivas y salud mental: CAMAD. (2025).
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/lineamientos-consumo-sustancias-psicoactivas-salud-mental-camad-v1.pdf>.
- Gordon, Noah. *El médico*. Madrid: Rocabolsillo, 2008.
- Granados Pérez, Carlos. "Art. 368." En *Comentarios al CP*, tomo 4. Editado por Cándido Conde-Pumpido y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga. Barcelona: Bosch, 2007.
- Hernández-Mora, Salud "Colombia no necesita más 'limosnas ni regalos': el choque de Petro y Trump por la 'descertificación' en la lucha contra las drogas" *El Mundo*, 16 de septiembre de 2025,
<https://www.elmundo.es/internacional/2025/09/16/68c8f789fc6c83bc668b45a5.html>.
- Hernández-Mora, Salud. "Colombia no necesita más 'limosnas ni regalos': el choque de Petro y Trump por la 'descertificación' en la lucha contra las drogas". *El Mundo*. Septiembre 16, 2025.
<https://www.elmundo.es/internacional/2025/09/16/68c8f789fc6c83bc668b45a5.html>.
- International Drug Policy Consortium (IDPC). "Cracks in the Vienna Consensus Reach Breaking Point at Drugs Omnibus Resolution in New York." *Blog*, diciembre de 2018.
<https://idpc.net/blog/2018/12/cracks-in-the-vienna-consensus-reach-breaking-point-at-drugs-omnibus-resolution-in-new-york>.

- Iturralde, Manuel. "Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente." En *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*. Editado Manuel Iturralde y Libardo Ariza. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Jaramillo Giraldo, Juan y Hernando Londoño Berrío. "La Criminalización de la pobreza en el marco del Estado Neoliberal". En *Criminología y Derecho Penal para el debate*. Bogotá: Editorial Temis, 2021.
- Jiménez Cabarcas, Carlos Alberto. "Porte de estupefacientes en el ordenamiento jurídico colombiano. Una mirada crítica a la luz de la teoría del delito." *Derecho Penal y Criminología* 43, n.º 114 (2023). DOI:10.18601/01210483.v43n114.06
- Joshi Jubert, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona: Bosch, 1999.
- Justicia y Democracia, "Políticas y Decisiones de Papel", *Justicia y Democracia*. Junio 9, 2025.
<https://justiciaydemocracia.org/2025/06/09/politicas-y-decisiones-de-papel/>.
- Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Londoño Berrío, Hernando. "La problemática de la droga en Colombia". *Nuevo Foro Penal*, n.º47 (1990): 7–44.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Magaldi Paternostro, María José. "De los delitos contra la seguridad colectiva, arts. 368." En: Córdoba Roda, Juan, y García Arán, Mercedes (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 56 (2003): 145–170.
- . "Lección 39^a Tráfico de Drogas (I); Lección 40^a Tráfico de Drogas (II)." En: Álvarez García, Javier (Dir.), y Ventura Püsche, Arturo (Coords.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- . "Actos de cultivo, elaboración y facilitación." En: Álvarez García, Francisco Javier (Dir./Coord.), *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

- . "Tráfico de drogas (I)". En *Derecho penal español: Parte especial (III)*, 2.^a ed., vol. 2. Coordinado por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda y Arturo Ventura Püschel. Dirigido por Francisco Javier Álvarez García. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Martínez Pardo, Vicente José. *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*. Madrid: Edisofer, 2013.
- Ministerio de Justicia de Colombia. *Política Nacional de Drogas 2023–2033: Sembrando vida, desterramos el narcotráfico*.
<https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/Documents/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Drogas%202023-2033%20%27Sembrando%20vida,%20desterramos%20el%20narcotr%C3%A1fico%27.pdf>.
- Ministerio de Salud y Protección Social. "Lineamientos técnicos para la implementación de estrategias para la transformación del estigma, autoestigma, discriminación y exclusión de las personas que usan drogas". *Documento técnico*. Bogotá: Gobierno de Colombia, 2025b.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/lineamiento-tecnicos-estrategias-estigma-autoestigma-discriminacion-exclusion-uso-drogas.pdf>.
- Mir Puig, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal." En *Constitución y principios del Derecho penal*. Dirigido por Joan Josep Queralt Jiménez y coordinado Silvia Fernández Bautista. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Morant Vidal, Jesús. *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*. Valencia: Práctica del Derecho S.L., 2005.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 24.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Naciones Unidas, "Discurso de Juan Manuel Santos en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre las drogas", *Noticias ONU*, Abril 21, 2026. <https://news.un.org/es/audio/2016/04/1414061>.
- Naciones Unidas. "La guerra contra las drogas ha fracasado totalmente, dice el responsable de la Oficina de Derechos Humanos". *Noticias ONU*. Diciembre 5, 2024. <https://news.un.org/es/story/2024/12/1534886>.
- Naciones Unidas. *Informe A/HRC/47/40*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 47.^º período de sesiones. *La detención arbitraria en relación con las políticas de fiscalización de drogas*. Estudio del Grupo de Trabajo sobre la

- Detención Arbitraria. Nueva York: Naciones Unidas, 2021.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/109/68/pdf/g2110968.pdf>.
- Naciones Unidas. *Informe A/HRC/54/53*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 54.^º período de sesiones. *Desafíos en materia de derechos humanos frente al problema mundial de las drogas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Nueva York: Naciones Unidas, 2023.
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/156/06/pdf/g2315606.pdf>.
- Noah Harari, Yuval. *De animales a dioses: una breve historia de la humanidad*. Barcelona: Debate, 2014.
- . *Homo Deus: breve historia del mañana*. Barcelona: Debate, 2017.
- Organización de Estados Americanos (OEA). *El problema de las drogas en las Américas*. Secretaría General, Washington D.C., 2013, 18.
https://www.oas.org/documents/spa/press/introduccion_e_informe_analitico.pdf.
- Organización de Estados Americanos (OEA). *Informe de drogas: 16 meses de debates y consensos*. Washington D.C: OEA, 2014.
<https://www.oas.org/docs/publications/layoutpubgagdrogas-esp-29-9.pdf>.
- Organización de Estados Americanos (OEA). *Informe sobre la oferta de drogas en las Américas*. OEA/CICAD, 2022, 3, 139–202.
<https://www.oas.org/docs/publications/layoutpubgagdrogas-esp-29-9.pdf>.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Manual de derecho penal, parte general y especial*. 7.^a ed. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2005,1147.
- Pastor Muñoz, Nuria. "Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas." En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed. Dirigido por Jesús María Silva Sánchez. Barcelona: Atelier, 2019.
- Patiño M., Rainiero, "Laura Gil: El régimen global de drogas está roto, hay que arreglarlo. ONU y resolución", *Cambio Colombia*, marzo 14, 2024,
<https://cambiocolombia.com/pais/laura-gil-regimen-global-drogas-roto-hay-arreglarlo-ONU-resolucion>
- Pedreira González, Félix María. "El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas". En *El delito de tráfico de drogas*. Dirigido Francisco Javier Álvarez García y coordinado por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- Pereira Arana, Isabel. "El consenso de Viena está roto y no lo curaremos." *Dejusticia*. Abril 1, 2019. <https://www.dejusticia.org/column/el-consenso-de-viena-esta-roto-y-no-lo-curaremos/>

- Pereira Blanco, Milton José, y Fernando Luna Salas. "Del tráfico De Estupefacientes: Análisis De La Tipicidad Objetiva Del Delito De conservación O financiación De Plantaciones En La legislación Colombiana". *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 15, n.º29 (2023):179-210.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4235>.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen, Principio de Legalidad en: Luzón Peña, Diego. (Dir.) Roso Cañadillas Raquel, (Coord.) *DP en casos PG, Estudio analítico práctico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen. "Una teoría sobre los bienes jurídicos colectivos: Reflexiones al hilo del ejemplo de la salud pública". *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º11 (2022): 304–322
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 2.^a ed. Madrid: Tecnos, 2019.
- Ramírez Bastidas, Yesid. *Los estupefacientes*. 2.^a ed. Neiva: Empresa de Publicaciones del Huila, 1985.
- Redacción Cambio. "El consenso de Viena y Colombia en la Comisión de Estupefacientes". *Cambio Colombia*. Abril 1, 2024.
<https://cambiocolombia.com/internacional/consenso-de-viena-colombia-comision-estupefacientes>
- Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín, Art. 368, en: Rodríguez Ramos, Luis (Dir.) Rodríguez-Ramos Ladaria Gabriel (Coord.) *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*, 6^a ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- Rodríguez, Mario Alejandro. "Es oficial: Departamento de Estado confirmó descertificación de Colombia en su lucha antidrogas, como lo anticipó Gustavo Petro", *Infobae*, 16 de septiembre de 2025,
<https://www.infobae.com/colombia/2025/09/16/es-oficial-departamento-de-estado-confirmo-descertificacion-de-colombia-en-su-lucha-antidrogas-como-lo-anticipo-gustavo-petro/>
- Rodríguez, Mario Alejandro. "Es oficial: Departamento de Estado confirmó descertificación de Colombia en su lucha antidrogas, como lo anticipó Gustavo Petro". *Infobae*. Septiembre 16, 2025.
<https://www.infobae.com/colombia/2025/09/16/es-oficial-departamento-de-estado-confirmo-descertificacion-de-colombia-en-su-lucha-antidrogas-como-lo-anticipo-gustavo-petro/>

- Romano-G. Bottoli. *La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo*. Roma: 2002.
- Serrano Gómez, Alfonso, Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárraga y Carlos Vásquez González. "Lección 29. Delitos contra la salud pública (II). Tráfico ilegal de drogas." En *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed. Madrid: UNED, Dykinson, 2021.
- Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal. Parte especial*. 7.^a ed. Madrid: Dykinson, 2002.
- Silva Forné, Diego. *Regulación de la marihuana: drogas y Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María, dir., *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, 6^a ed., Barcelona: Editorial Atelier, 2019.
- Tocora, Luis Fernando. "Discursos en el proceso de criminalización de la droga en Colombia". *Nuevo Foro Penal*, n.º47 (1990): 77-86.
- Torío López, Ángel. "Problemas político criminales en materia de drogadicción". En *Delitos contra la salud pública, Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefaciente*, Públ. Universidad, Valencia, 1977.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 1370/2001*, de 9 de julio. TOL4.925.301. Adolfo Prego De Oliver Tolivar.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 1889/2000*, de 11 de diciembre. TOL4.923.240.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 33/1997*, de 22 de enero. TOL408.226.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 409/2013*, de 21 de mayo. TOL3.752.972. M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 772/1996*, de 9 de febrero. TOL5.139.979, M.P. Luis Román Puerta Ruiz.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 822/2012*, de 31 de octubre. TOL2.687.420. M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
- Tribunal Supremo de España. Sala Segunda Penal. *Sentencia 977/2003*, de 4 de julio. TOL4.921.108. M.P. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
- UNODC México. "Nueva sesión de la Comisión de Estupeficientes abre con debates sobre cómo abordar y contrarrestar el problema mundial de las drogas". *Naciones Unidas*, marzo 15, 2023.
<https://www.unodc.org/Ipomex/es/noticias/marzo-2023/nueva-sesion-de-la-comision-de-estupeficientes-abre-con-debates-sobre-como-abordar-y-contrarrestar-el-problema-mundial-de-las-drogas.html>.

UNODC. *Caracterización de condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con problemas de drogas: las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas*. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito - Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019.

UNODC. *Informe mundial sobre las drogas 2023*. 2023 Viena: UNODC, 2023.

<https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/world-drug-report-2023.html>

UNODC. *New session of the Commission on Narcotic Drugs opens with discussions on how to address and counter the world drug problem*.

<https://www.unodc.org/unodc/frontpage/2023/March/new-session-of-the-commission-on-narcotic-drugs-opens-with-discussions-on-how-to-address-and-counter-the-world-drug-problem.html>.

Uprimny Yepes, Rodrigo, Martínez Osorio, Margarita, Cruz Olivera, Luis Felipe, Chaparro Hernández Sergio, Chaparro González, Nina. *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. 2016.

Ventura Püscher, Arturo, et al. "Lección 39^a Tráfico de Drogas (I); Lección 40^a Tráfico de Drogas (II)." En *Derecho Penal Español. Parte Especial*, dirigido por Javier Álvarez García. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Verga, Massimiliano. "Gli effetti collaterali del proibizionismo." *Cassazione Penale* 9 (2005): 2789–2795.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

VARGAS TAMAYO, CAMILO ALFONSO, "Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar?

Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías del debido proceso", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar?

Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías del debido proceso

*Legal nature and guarantees: where are we headed?
A debate on the nature of asset forfeiture and
its implications for due process guarantees*

CAMILO ALFONSO VARGAS TAMAYO*

Fecha de recibo: 10/07/2025. Fecha de aceptación: 25/08/2025

DOI: 10.17230/nfp21.105.7

* Abogado Universidad Externado de Colombia. Ex-monitor del Centro de Investigación en Política Criminal de la misma casa de estudios, con estudios de diplomado realizados en las Universidades Case Western University y de nuestra señora del Rosario. Máster de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: 0000-0003-4316-4366. Este trabajo se deriva del Trabajo de Fin de Máster que se presentó entre el 07 y 11 de julio de 2025 para aspirar al título de máster de la Universidad Carlos III de Madrid titulado: "Maquiavelo tenía razón: un aporte a la naturaleza del decomiso, la extinción de dominio y su incidencia en garantías fundamentales".

Resumen

En este escrito se abordan las tres posturas sobre la naturaleza de la extinción de dominio- penal, civil o administrativo-, se toma postura por una diferente, esto es, el género *sui generis* del instituto, y se mira como las diferentes tesis respecto de su naturaleza influyen en la interpretación de las garantías penales. Asimismo, se revisa en este texto como la Corte Constitucional dotando al derecho extintivo de una naturaleza diferente, y junto a ello a valorado axiomas como la presunción de inocencia, legalidad y culpabilidad.

Palabras clave

Extinción de dominio, garantías, naturaleza jurídica, presunción de inocencia, culpabilidad, *sui generis*.

Abstract

This paper addresses the three main postures regarding the nature of forfeiture-criminal, civil or administrative-. It advocates for a different view, namely, this institute constitutes a *sui generis* category. The discussion also explores how the various theories of the nature of forfeiture influence the interpretation of the due process guarantees. Furthermore, the text examines how the Corte Constitucional, by assigning a different nature to forfeiture, has revalued guarantees such as presumption of innocence, legality and guiltiness.

Keywords

Forfeiture, guarantees, legal nature, presumption of innocence, guiltiness, *sui generis*.

Sumario

1. Introducción.
2. Posturas sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio.
 - 2.1. Postura sancionatoria.
 - 2.1.1. Críticas a las tesis sancionatorias.
 - 2.2. Postura civilista.
 - 2.2.1. Críticas a las tesis civilistas.
 - 2.3. Postura administrativa.
 - 2.4. Postura *sui generis*.
3. Doctrina, naturaleza, extinción de dominio y ¿Dónde quedan las garantías?
 - 3.1. Las garantías en el seno de las tesis sancionatorias de la extinción de dominio.
 - 3.1.1. De la presunción de inocencia.
 - 3.1.2. Del principio de legalidad.
 - 3.1.3. Del principio de culpabilidad.
 - 3.2. Las garantías en el seno de las tesis civilistas de la extinción de dominio.
4. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio, Corte Constitucional y garantías.
5. Conclusiones.

1. Introducción

La extinción de dominio responde a una realidad jurídica concreta y por qué no, particular. Su configuración legislativa se debe a lo siguiente: por un lado, al continuo descredito de algunas ramas del derecho, como lo son la especialidad administrativa, a la que se le critica su burocratización y corrupción; por otra parte, es producto de una política criminal mundial que evoluciona en el seno de los delitos llamados *crime of the powerful*, escenario que ha permitido re-pensar garantías procesales penales, por lo menos, para los institutos de pérdida de dominio¹.

Asimismo, en Colombia su nacimiento responde al fenómeno del narcotráfico de la década de los 80. Dicho contexto tuvo su auge debido al incremento de la demanda de productos como la marihuana y la cocaína. En esa bonanza nacieron los imperios de la mafia colombiana: los carteles de Medellín y Cali². Esa situación se materializó en las grandes extravagancias de los capos colombianos. En este contexto, por ejemplo, Pablo Escobar terminó siendo el sexto hombre más rico del mundo³. Finalmente, según narró el historiador colombiano, Antonio Caballero, la rentabilidad del narcotráfico colombiano para la época representó el seis (6%) por ciento del PIB nacional⁴.

La gravedad del contexto colombiano llegó a oídos del constituyente de 1991 el cual adujo en uno de sus informes lo siguiente:

Repugna a toda lógica que los capitales originados en el delito encuentren protección constitucional en una norma que no fue creada para tal fin. Difíciles y presionados raciocinios han tenido que hacer los jueces para justificar en figuras como el comiso lo que debe poderse decidir directa, firme y establemente. No sufre ninguna atenuación el derecho de propiedad. El artículo propuesto es claro en que sus fines están en línea de desestimular el delito⁵.

Al margen del contexto en el que se presenta la creación de dicha figura, por lo menos en el mundo, y particularmente en el país cafetero, es importante poner el

1 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed. (Buenos Aires: B de F, 2006), 63 y 85-86.

2 Eduardo Sáenz Rovner, "Historia del narcotráfico en Colombia", *El Espectador*, mayo 14, 2016, <https://www.elespectador.com/economia/historia-del-narcotrafico-en-colombia-article-632364/>.

3 Antonio Caballero, *Historia de Colombia y sus oligarquías*, (Bogotá: Planeta, 2018), 389.

4 Caballero, *Historia de Colombia*, 406.

5 Comisión Cuarta Asamblea Nacional Constituyente. Informe a la plenaria sobre el proyecto No. 102: constitución prescripción, confiscación y notariado. (1991), 3. <https://babel.banrepultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/486/rec/1>.

accento en los crecientes debates que han tenido las figuras de "perdida de dominio" extinción de dominio y las nuevas modalidades de decomiso por lo menos de las directivas europeas del 2014 y 2024⁶— respecto a su naturaleza jurídica, debido a que derivado de esa discusión va a ser posible colegir que tan legítimos son. Se quiere decir, depende del género que se le dote al derecho extintivo, se podrá afirmar que el instituto vulnera garantías tales como culpabilidad, personalidad de las penas, prohibición de juicios *in abstentia*, etc., o no⁷.

Lo expuesto entonces pone en el centro de la conversación sobre la materia de pérdida de dominio la naturaleza propia del instituto, ya que, al tratar este tema, no solo se está concretando el instrumento jurídico, sino que también se cuestiona si es ilegítimo o no.

2. Posturas sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio

En los mecanismos de pérdida de dominio se logra visualizar que su principal "lucha" es por su independencia y autonomía de los procesos penales. Por lo menos en Colombia, eso se constata en que no solo se contempló la figura en un artículo de la Constitución⁸, sino que, además, la Ley 793 de 2002 fue explica en señalar que dicho instituto es independiente del derecho penal.

Además, la búsqueda de su independencia llega hasta tal punto que se cuestiona si los efectos que despliega la extinción de dominio son una manifestación del *ius puniendi* del Estado. En particular, después de un estudio acucioso de las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de la figura, se está más de acuerdo con Vásquez Betancur en que se está ante la manifestación de algo que se puede ir denominando el *poder extintivo del Estado*⁹.

6 En particular se hace referencia a las modalidades incorporadas por: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, "sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea," Directiva 2014/42/UE, abril 3, 2014, <https://www.boe.es/DOUE/2014/127/L00039-00050.pdf>, y Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, "sobre recuperación y confiscación de activos", Directiva 2024/1260/UE, abril 24, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1260/oj/eng>.

7 Carlos Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias", *InDret* 1 (2019): 20.

8 En el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia.

9 Santiago Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio en materia criminal*, (Bogotá: Nueva Jurídica, 2020), 114.

Entonces, la búsqueda de su autonomía e independencia va estrechamente ligada al debate sobre su género. Al respecto han surgido varias posiciones: la sancionatoria, la civilista, la administrativista¹⁰ y la *sui generis*. La última es la que se defiende en este escrito. Lo más importante es que para desentrañar la naturaleza jurídica de esta figura— ya lo dijo Heidegger— hay que apelar al sentido y fundamentación¹¹ del instituto¹².

Así las cosas, se empezará por desarrollar cada una de las posturas enunciadas para luego acabar defendiendo la que se cree que encaja mejor en el instituto, y se acopla a su fundamento y a consideración de este escritor, ha adoptado la Corte Constitucional colombiana.

2.1 Postura sancionatoria

Estas posturas ubican a la extinción de dominio en la rama sancionadora y muy particularmente en el derecho penal, esto es, como una manifestación del *ius puniendi*. Entre los autores se tiene a Sancinetti quien señala que toda consecuencia del delito es una pena por más que se le quiera dar otra connotación, por lo que, si se está ante una ganancia de la que se presume su ilicitud, ello debe probarse dentro del proceso penal¹³.

También, tratándose de las nuevas modalidades del decomiso¹⁴ en España, autores como Gascón Inchausti han señalado que la naturaleza de esta figura, y en concreto, el de ganancias es sancionador, y lo es porque al sujeto se la priva de un bien en ejercicio de la potestad punitiva del Estado, ya que, la infracción de un deber

10 Christoph Bouchard, “¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre como el mal enfocado debate acerca de la ‘naturaleza’ jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse”, *Latin American legal studies* 4, (2019): 43. Si bien no se ahonda más sobre este escrito en este trabajo, se recomienda que después de la lectura de esta investigación se lea el texto en referencia, y se pregunte lo siguiente ¿o estamos ante un nuevo derecho o el derecho penal está cambiando? Lejos de lo que opina Bouchard, yo sí creo que la discusión sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es esencial y no un simple fraude de etiquetas.

11 En este mismo sentido, Castellví Monserrat va a apelar a la naturaleza civil de las nuevas modalidades de comiso en España, analizando el sentido y finalidad de la figura. Ver: Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar”, 20.

12 Martin Heidegger, *Ser y tiempo* (Madrid: Trotta, 2020), 55.

13 Marcelo Alberto Sancinetti, “Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de ‘arrepentidos’ y de extinción de dominio”, *Revista Pensamiento Penal*, (2016): 24.

14 El cuál sería el homólogo a la extinción de dominio en España y en Europa.

—que deriva en la comisión de un injusto— tiene como contrapartida esa forma de castigo para el sujeto¹⁵.

Tratándose de las nuevas modalidades del decomiso, y en particular el de terceros (art 127 quater CP¹⁶), autores como González Quinzán han sostenido esta postura arguyendo que es una consecuencia jurídica que implica por un lado la existencia del delito, y para el caso de España— y a excepción del autónomo o sin condena¹⁷— la existencia de un proceso penal. Igualmente, resalta el contenido *afflictivo* de la figura, ya que, se priva al individuo de todo o parte de unos bienes, por lo que dicha " pena" sería acorde a los fines preventivos y retributivos de la sanción penal¹⁸.

Para finalizar, existe una última postura que enmarca este tipo de figuras en el denominado *derecho penal del enemigo*, comoquiera que, debido a las características de la extinción de dominio en México— que tiene su similitud en el instituto colombiano—, tales como: que invierte la carga de la prueba, que permite la prueba preconstituida, y que la Ley habilitó al Estado para realizar la venta anticipada de bienes, así como, al ser imprescriptible, se estaría ante el derecho punitivo de tercera velocidad¹⁹.

Es entonces preciso recordar a que hace alusión ese concepto. El *derecho penal del enemigo* es una discusión que puso sobre la mesa el profesor Günther Jakobs en el que se hace una división entre ciudadano y enemigo. Al primero se le trata como persona y al segundo como "fuente de peligro o como medio para intimidar

15 Fernando Gascón Inchausti, *El decomiso transfronterizo de bienes*, (Madrid: Colex, 2007), 30.

16 Se hace referencia al Código Penal español. Y dicho artículo- 127 quater- dispone que: "1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos en los siguientes casos:....". Los casos en cuestión son: a) cuando el tercero lo haya adquirido con conocimiento- o haya podido conocer- de su origen espurio; y b) cuando lo adquirió con conocimiento que se tenencia dificultaba la procedencia del decomiso.

17 Respecto al decomiso sin condena, este se encuentra regulado en el artículo 127 ter del CP español, y hace referencia al comiso que no requiere sentencia judicial en firme para su procedencia. En cambio, el decomiso autónomo es una figura procesal que se encuentra regulada en el art 803 ter de la Lecrim que busca hacer efectivo el comiso cuando este no se adelantó en un proceso penal ordinario.

18 Yago González Quinzán, "La regulación del decomiso de bienes de terceros en España: necesaria delimitación con respecto del delito de blanqueo de capitales", *Revista Derecho Penal y Criminología* 46, n.º121 (2025): 209.

19 Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, "El relativismo punitivo entre el derecho disciplinario y la extinción de dominio", *Derecho, Política y Gobierno*, n.º19 (2021): 89-106.

- 234 Naturaleza jurídica y garantías ¿A dónde vamos a parar?
Un debate sobre el género de la extinción de dominio y su implicación frente a las garantías del debido proceso
VARGAS TAMAYO, CAMILO ALFONSO

a otros²⁰. En el último escenario la coacción tiene pretensión de eficacia y en este caso el mensaje comunicativo de la pena se dirige al sujeto riesgoso²¹.

Frente a la reacción del ordenamiento jurídico ante estos peligros, al ya no tratarse de buscar la comunicación contra fáctica de la vigencia de la norma o la reparación de un mal, sino que se desea evitar la realización de un peligro, la consecuencia es que se adelanta la barrera punitiva hasta los actos preparatorios, y el fin de la pena se convierte entonces en el aseguramiento frente a futuros hechos, por lo que ya no sería relevante el derecho penal de acto²².

En adición a lo expuesto, el catedrático de Bonn señala que la regulación penal está entre dos tendencias, la primera es hacia la persona —hegeliana— y la segunda a la anticipación y al combate. Esta distinción es tan importante que se procede a realizar la respectiva cita textual:

Por lo tanto, el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias en sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate su peligrosidad (...) Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina pena²³.

Se puede concluir brevemente que este nuevo derecho penal preventivo, al enfocarse ya no en la persona, sino en el enemigo y en el combate, esto es, al quitarle al individuo su condición de ciudadano ya no se ve obligado a promover, por ejemplo, las garantías judiciales que se le otorgan al sujeto protegido por el Estado de Derecho. Desde esa óptica no es descabellada la interpretación que hace Padilla Sanabria sobre la extinción de dominio, que se debe a una compresión de la naturaleza del instituto como una figura del derecho penal.

2.1.1 Críticas a las tesis sancionatorias

La primera crítica que se le puede elevar a este tipo de posturas es que las consecuencias que derivan del decomiso no suponen un *mal*, así como, tampoco buscan afligir al afectado con la sentencia extintiva. Lo que busca la extinción de

20 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Editorial Civitas, 2003), 22.

21 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*.

22 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 40.

23 Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 43.

dominio, es perseguir la ganancia de la actividad ilícita. El eslogan europeo lo resume muy bien de la siguiente manera: *crime does not pay*²⁴. Sin embargo, considera este autor que dicha visión de la figura se queda corta, a pesar de su aceptabilidad, pues, no puede perderse el foco en que se busca algo más, no solo que el dinero no se consiga a través de medios ilícitos. La extinción de dominio busca corregir una situación de anomia²⁵.

La segunda observación que amerita hacer es que, de asumirse su naturaleza sancionatoria, y de afirmarse que la bondad de este instituto es que logra su fin propuesto — que los bienes espiros pasen a manos del Estado —sin el respeto de las garantías del derecho penal²⁶; entonces, no se debería discutir su naturaleza, sino adentrarse a analizar su ilegitimidad, y en eso toca ser rigurosos y radicales desde la academia. No se debe salir con argumentos "tibios" para tratar de salvaguardar el instituto.

Se resume lo dicho, de aceptarse que su género es penal, se debe asegurar que su imposición vaya acompañada de todas las garantías judiciales propias de esta especialidad del derecho. Por ende, si se afirma que a pesar de su condición de una medida penal, por temas de eficiencia no se respetan axiomas fundamentales como la presunción de inocencia, la discusión debe llevar a resaltar lo ilegitima que es esta figura, y por lo que la academia no debería desgastarse en justificarla.

Para finalizar este apartado, algunos autores sostienen que al no afectar derechos personalísimos como la libertad, sino que, al estar delante de un instituto *in rem*, no habría necesidad de aplicar de forma rigurosa las garantías penales²⁷, lo que en pocas palabras indicaría que no sería penal.

2.2 Postura civilista

Estas posturas nacen en el debate en determinar si la extinción de dominio es una figura sancionatoria o *in rem*, y, si es el segundo, se estaría tomando postura por las tesis civilistas. En Colombia el mayor representante es Abril Santander quien sostiene que la naturaleza jurídica del instituto de pérdida de dominio no es

24 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 1 y 5.

25 Camilo Alfonso Vargas Tamayo, "Anomia y extinción de dominio: una mirada fundamentadora a la figura constitucional", *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º118 (2024): 271-298. 26 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 20.

26 Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 20.

27 Mario Germán Igúarán Arana y William de Jesús Soto Angarita, *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*, 2.ª ed. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2022), 261.

constitucional, y denominarla así solo responde a intereses procesales. El considera que se está ante una naturaleza mixta, pues, por un lado, tiene un componente *civil* y por el otro *sancionatorio*, ya que deriva de una actividad ilícita y debe estudiarse la expectativa social defraudada con la adquisición espuria de los bienes²⁸. El carácter privado de la extinción de dominio residiría en su efecto de *nulidad ab initio* —art 22 CED—, en el entendido de que ese derecho subjetivo no ha nacido a la vida jurídica, en ese caso por su origen ilícito²⁹.

¿Qué implicaciones tiene que la extinción de dominio sea civil? el académico señala que, de dotarle esa naturaleza al instituto de pérdida de dominio, ello explicaría características de esta figura como por ejemplo la imprescriptibilidad, la carga dinámica de la prueba, y que principios del derecho penal como por ejemplo la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la culpabilidad, etc., no sean aplicables en esta nueva especialidad del derecho³⁰.

En España, autores como Bermejo sostienen que existen dos modalidades con características similares a la extinción de dominio como lo son el decomiso ampliado y sin condena, las cuales tendrían naturaleza civil. Lo anterior debido a sus estándares probatorios y el uso de presunciones que no se acompañan con las garantías del derecho penal³¹. Este autor considera que como la finalidad de estos instrumentos es poner fin a una situación patrimonial ilícita, no pueden regir principios como de inocencia o culpabilidad. Lo dicho entonces sería el soporte para tener a su género como civil, cercano al enriquecimiento ilícito³².

Finalmente, en México se encontró una propuesta que llamó mucho la atención. Observa Oscar Müller que el fundamento de la extinción de dominio reside en un derecho indemnizatorio a favor del Estado cuya causa es la actividad ilícita que sirvió como *medio* para que el individuo obtuviera la ganancia reprochable, motivo por el cual, la acción que nace de las figuras de pérdida de dominio no sería de carácter real, sino personal, ya que se busca el bien en dominio de la persona que cometió el injusto³³.

28 Gilmar Giovanny Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio. Fundamento de las causales extintivas*, (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2018), 470.

29 Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio*, 475.

30 Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio*, 470.

31 Mateo G. Bermejo, “Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual”, *Latin American Legal Studies* 4, (2019): 27.

32 Bermejo, “Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español”, 34 y 37.

33 Oscar Antonio Müller Creel, “La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídicovalorativa”, *Criterio Jurídico* 9, n.º2 (2023): 145.

2.2.1 Críticas a las tesis civilistas

Las críticas que se le hacen a este tipo de posturas no son menores, y nacen en el seno de aquellos que defienden la naturaleza sancionatoria del derecho extintivo. Estos autores afirman que detrás de la necesidad de justificar el carácter no penal de la pérdida de dominio, lo que se busca es que este tipo de instrumentos sean más eficaces y que se solapen garantías fundamentales. Si se busca que el crimen no pague ¿todo vale para cumplir ese propósito? Se pasará a ver esas críticas.

Aguado Correa señala que, de llegarse a dotar a los instrumentos que persiguen ganancias espurias de una naturaleza diferente a la penal —para este caso civil—, eso justificaría que los axiomas del derecho penal no se apliquen de forma tan estricta³⁴, lo que se traduciría en que básicamente se elimina esa barrera.

En adición a lo expuesto, Nuria Matellanes Rodríguez indica que disfrazar estas figuras —para el caso que nos ocupa extinción de dominio— de una naturaleza que no corresponden, por ejemplo, de carácter civil, no justifica que las garantías judiciales se relajen a costas de la lucha en contra de las ganancias espurias generadas por actividades ilícitas. La autora eleva una pregunta, y es que si para lograr que el crimen no pague se justifica en últimas el solapamiento de los axiomas esenciales del derecho penal liberal, y señala que de entrada eso parece ser un precio bastante elevado³⁵.

Para culminar estas críticas, hay una de Carrillo del Teso bastante interesante en la que señala que, para el caso español, la nueva legislación del decomiso busca vencer las garantías judiciales, pero en concreto, no depender del estándar probatorio de "más allá de toda duda razonable". En particular, para que proceda modalidades del comiso como por ejemplo la del art 127 bis de su Código Penal —decomiso ampliado³⁶— no se requiere que se pruebe que es producto de una actividad ilícita *más allá de toda duda razonable*, basta entonces la suma de indicios bien fundados.

34 Teresa Aguado Correa, "Cinco años después de las reformas del decomiso", en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn't pay* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 63.

35 Nuria P. Matellanes Rodríguez, "Algunas dudas que suscita el decomiso autónomo: en especial la descoordinación entre la regulación penal y la procesal", en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn't pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 159-160.

36 El artículo 127 bis CP reza así "1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acrede su origen lícito: (...)".

Lo anterior entonces, sería una manifestación de un fenómeno que se conoce como la *huida del derecho penal*³⁷.

2.3 Postura administrativista

Se encontró que un muy pequeño sector de la doctrina sostiene que la naturaleza de la extinción de dominio es administrativa. Autores como Edgar Colina aducen que este instituto sería equiparable con la expropiación debido a que las dos eliminan la propiedad del individuo y el bien pasa a manos del Estado. Lo que diferenciaría estas dos figuras es que uno tendría su fundamento en la utilidad pública y posee un carácter indemnizatorio³⁸, mientras que el derecho extintivo tiene su soporte en el principio de *corrección de anomia*.

La principal crítica que se le pude hacer a este tipo de posturas debe venir de la mano de resaltar las diferencias más importantes entre el instrumento de pérdida de dominio y la expropiación. Según Wilson Martínez las tres principales diferencias son: i) mientras la expropiación recae sobre bienes lícitos, la extinción de dominio persigue bienes espurios; ii) asimismo, la expropiación es una verdadera pérdida de dominio, ya que se elimina la propiedad del titular por motivos de utilidad pública, pero, por otro lado, el derecho extintivo elimina una titularidad aparente y; iii) finalmente, la extinción de dominio no tiene carácter indemnizatorio, la expropiación sí³⁹.

A la par de lo expuesto, Piva Torres resalta que la diferencia más importante entre estos dos instrumentos es que la expropiación supone un reconocimiento de parte del Estado del justo título del propietario; mientras que, la extinción de dominio hace desaparecer el derecho indemnizatorio, toda vez que, se detecta un vicio original en la adquisición del dominio⁴⁰. Eso haría que, a diferencia del primero, en el que se está en el escenario de un título consolidado, en el segundo se estaría ante un *título aparente*, razón por la cual se persigue ese bien mediante la acción de extinción de dominio.

37 Ana E. Carrillo del Teso, *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 309-310.

38 Edgar Iván Colina Ramírez, *Consideraciones sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, (México: Ubijus, 2010), 31-32.

39 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), "Extinción del derecho de dominio en Colombia", Abril, 2015, 18,
https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.

40 Gianni Egidio Piva Torres, *La extinción del dominio: Aspectos sustantivos y procesales*, (Bogotá: Editorial Leyer, 2023), 72-73.

Por lo tanto, el derecho extintivo al no responder a las lógicas de utilidad pública, ni tener un carácter indemnizatorio, así como, tampoco depende de un acto administrativo para el inicio de la acción, ni mucho menos se puede ejercer un mecanismo dentro del contencioso para pedir la nulidad de ese acto, todo lo contrario, en virtud de su carácter jurisdiccional se debe ir a un juez especializado para que proceda o no la acción extintiva. En ese orden de ideas, no tendría naturaleza administrativa.

2.4 Postura *sui generis*

Esta postura es bastante minoritaria, hasta donde se encontró, por ejemplo, en España solo una autora la sostiene; sin embargo, es a esa a la que se adscribe el autor de este artículo. Dentro de los autores que la defienden aparece Roig Torres quien señala:

el decomiso no es una sanción penal, sino una medida *sui generis*, que tiene por objeto disuadir de la comisión de delitos que se realizan con fines lucrativos, estableciendo que la condena supondría la privación de todos los bienes relacionados con el hecho o de una suma proporcional. Se trata, pues, de una respuesta que pretende atajar las expectativas de obtener rendimientos económicos a través de operaciones delictivas⁴¹.

Entonces, la autora va más allá, porqué el carácter *sui generis* también justificaría el carácter preventivo, en este caso de la extinción de dominio, comoquiera que, busca que la actividad ilícita no resulte provechosa ni para el autor, ni para el participe, ni para el tercero que no sea de buena fe exenta de culpa⁴².

Por esta misma vía va este autor, pero su fundamento está en el concepto de *corrección de anomia*. Retornando a Heidegger, para comprender en este caso la naturaleza de la pérdida de dominio, toca atender al sentido y la fundamentación del instituto⁴³. En esa revisión se está de acuerdo en que la extinción de dominio no es una pena, no es una consecuencia accesoria de la pena y tampoco es una tercera clase de sanción, pues no responde ni a los intereses ni a las finalidades del derecho sancionador en general.

41 Margarita Roig Torres, "La regulación del comiso, El modelo alemán y la reciente reforma española", *Estudios penales y criminológicos* 36, (2016): 268.

42 Roig Torres, "La regulación del comiso", 216.

43 Heidegger, *Ser y tiempo*, 55. Cfr. Castellví Monserrat, "Decomisar sin castigar", 34. Este autor también señala que para entender la naturaleza de la figura, se debe buscar su sentido y su fundamentación.

Como en otro trabajo se puso de presente, cuando se dice que el derecho extintivo busca corregir una situación de anomia⁴⁴, se parte de la distinción de fines y medios que utilizó Merton para explicar la estructura cultural. Entonces, en una sociedad como la colombiana que impone fuertes presiones sobre los fines culturales predeterminados —ganar dinero—, debe buscar lograr un equilibrio, y por lo tanto reforzar los medios lícitos para llegar a esos objetivos, y en ese reforzamiento de los *procedimientos lícitos* es donde encuentra su sentido y fundamentación la extinción de dominio⁴⁵.

Para mayor claridad, la fundamentación de este instituto es la situación de anomia, esto es, el desbalance entre los fines y los medios de un sistema. El sentido es la *corrección* de anomia, lo que en últimas sería, balancear los medios, resaltarlos de forma consistentes, destacar que solo es legítima la ganancia que deriva del trabajo duro, del esfuerzo y el mérito. Solo un bien adquirido por un procedimiento lícito es susceptible de protección por el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, el derecho extintivo fija su mirada en los bienes de origen o destinación ilícita⁴⁶, y eso es lo que no le permite ser del todo de carácter civil. Pero tampoco puede ser penal, por qué no responde a sus mismas finalidades o fundamentos, esto queda más claro cuando se habla de la retribución de la pena, ya que, la extinción de dominio adolece de ese carácter afflictivo de la sanción impuesta a través del *ius puniendi*.

Lo expuesto permite colegir que se está ante otra especialidad diferente del derecho, que opera mediante otras lógicas, tiene otro sentido y otra fundamentación, no tiene el carácter corporal de la prisión, pero, que el bien tenga una génesis espuria no significa que no tenga un reproche, pues es un título que no puede ser protegido por el Estado de Derecho, lo que permite colegir que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es *sui generis*.

44 La anomia que se predica que debe ser corregida debe entenderse como la de Merton, sino el debate se oscurece.

45 Vargas Tamayo, “Anomía y extinción de dominio”, 271-298. Se cita el texto en su integridad, pues es en ese escrito en el que propone por primera vez el concepto de corrección de anomia.

46 Piva Torres considera que estas son en resumen las dos causales por las que procede la extinción de dominio. Vid: Piva Torres, *La extinción del dominio*, 48. Sin embargo, acá entonces habría un debate con mi maestro, Vásquez Betancur quien dice que las causales del derecho extintivo son tres: origen, destinación y bienes equivalentes. Vid: Vásquez Betancur, *De la extinción de dominio en materia criminal*, 142.

3. Doctrina, naturaleza, extinción de dominio y ¿Dónde quedan las garantías?

El debate respecto de la naturaleza jurídica de la extinción de dominio está lejos de ser una discusión meramente académica y de amor al arte por el arte. Es una conversación toral para la comprensión del instituto y para entender como interactúa con las garantías del debido proceso.

Dependiendo de la naturaleza que se le otorgue —civil o penal— axiomas tales como la presunción de inocencia, el principio de legalidad y la culpabilidad, van a interactuar de forma diferente en este sistema, y se considera que, de aceptarse que la extinción de dominio es una pena, al ver las garantías que interactúan en este escenario, se puede ir cuestionado de forma seria su legitimidad.

En este apartado se va a ver como la doctrina, asumiendo una u otra postura del género del derecho extintivo va a limitar o amplificar las garantías del debido proceso penal. Estos aportes se verán desde las posturas penales y civiles.

3.1 Las garantías en el seno de las tesis sancionatorias de la extinción de dominio

Las nuevas formas de pérdida de dominio han logrado tres cosas: i. ampliar su objeto —a la ganancia o al producto—, ii. extenderse a otros sujetos a los que le pueden recaer los efectos de las medidas cautelares o la sentencia y iii. distribuir la carga de la prueba, que también la tendría el afectado⁴⁷. Con base a lo expuesto, es posible entrar a cuestionarse la legitimidad de esta figura en el Estado Social de Derecho, si se mira como una pena accesoria o una tercera clase de sanción.

Al respecto, y como ya se ha venido diciendo, Vidales Rodríguez señala que, sacrificar las garantías penales en búsqueda del fin último de este instituto —que el crimen no pague— debería ser un costo inasumible en Estados democráticos de occidente⁴⁸.

47 Ana María Neira Peña, "Decomiso. Entre garantismo y eficacia: las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes", en *Decomiso y Recuperación de activos: crime doesn't pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 91.

48 Andrea Planchadell Gargallo y Caty Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", *Estudios Penales y Criminológicos* 38, (2018): 88.

3.1.1 De la presunción de inocencia

Ya entrando en materia, en cuanto al principio de presunción de inocencia, aquellos que han asumido una postura sancionatoria sobre la naturaleza jurídica de estos institutos han argüido que, debido a que este axioma sería predictable no solo del delito, ni solo de la pena, sino de las consecuencias accesorias, se critica la presunción de ilicitud que permite que proceda —ejemplo en España— el comiso⁴⁹.

Sin embargo, ante esto se le contesta rápidamente que, a diferencia del país Ibérico, el cual por ejemplo en su artículo 127 sexies CP⁵⁰ si contiene una presunción de ilicitud expresa, en Colombia tal cosa no existe, ya que, lo que se reguló fue la carga dinámica de la prueba en el artículo 152 de la Ley 1708 de 2014, pero no existe una mención expresa en la ley que de entrada presuma que un posible afectado o un tercero posea el bien de forma aparente. Asimismo, Rivera Ardila señala que en extinción de dominio existe el principio de *objetividad y transparencia* el cual refiere que el ente acusador está en la obligación de buscar los antecedentes que permitan establecer que los bienes son de origen ilícito o han sido destinado para una actividad reprochable⁵¹.

Los indicios son permitidos en la extinción de dominio; sin embargo, si se asume la naturaleza penal de este instituto, un sector de la doctrina ha dicho que hay una inversión en la carga de la prueba, y ello tiene como consecuencia la lesión del principio en revisión. Eso se debe a que, por un lado, el afectado debe probar la licitud de su patrimonio; y por el otro, al requerir que un tercero ajeno a la actividad ilícita pruebe que no conoció o no pudo conocer el vicio de la cosa⁵², en pocas palabras: que es un tercero de buena fe exenta de culpa, esto trae como contraprestación que se le exige a una persona participar en un proceso con efectos sancionatorios, a pesar de no haber cometido una conducta ilícita, y que su único “pecado” es el hecho de que ostenta un bien que es objeto de dicho trámite. La pregunta sería ¿es eso legítimo?

49 José Antonio Choclán Montalvo, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancia*, (Madrid: Dykinson, 2001), 35.

50 Se asume la licencia para transcribir ese artículo para una mejor comprensión por parte del lector. El art 127 sexies numeral primero señala lo siguiente: "1. Se presumirá que *todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del periodo de tiempo que inicia seis años* antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad ilícita". [cursiva fuera de texto].

51 Ricardo Rivera Ardila, *La extinción de dominio: Un análisis al Código de Extinción de Dominio*, 3.^a ed. (Bogotá: Leyer Editores, 2020), 112.

52 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, “Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, 65.

Otra crítica, que si bien surge tratándose de las modalidades de comiso en España —en concreto, el sin condena (art 127 ter CP)—, tiene plena aplicación para el caso colombiano, y es la que tiene que ver con la crítica sobre que una actividad ilícita (ej. Un delito) podría ser acreditada en un proceso no apto para ello, y peor aún, se impondría una sanción en un trámite que no es ni penal ni sancionatorio. Lo anterior, claramente afecta al principio de presunción de inocencia, siempre que se afirme que, la extinción de dominio es una manifestación del *ius puniendi*.

3.1.2. Del principio de legalidad

Respecto del principio de legalidad, de asumirse el carácter penal del derecho extintivo, se tendría que reconocer que en su regulación aplica el axioma de *estricta legalidad*⁵³. De estar de acuerdo con eso, tendría sentido que se le critique lo extenso e indeterminado que es el objeto de la pérdida de dominio, pues no se sabe si recae solo respecto a las ganancias, efectos o instrumentos del delito, o si, por el contrario, abarca todo⁵⁴.

Es por eso que, en materia de extinción de dominio la lógica ha sido diferente, ya que, al dotárselle de naturaleza constitucional en temprana jurisprudencia de la Corte Constitucional, este principio de legalidad estricta no opera en esta área del derecho. De haberse dotado del género punitivo, se hubiese tenido varios problemas, pero principalmente dos: i. el concepto de actividad ilícita —el cual tal y como está redactado es muy amplio— y, ii. las causales del art 16 del Código de Extinción de Dominio —que en resumen son: origen, destinación y bienes equivalentes—.

Para aterrizar un poco más la discusión, conviene recordar a que hace mención dicha garantía. Sobre el particular, el principio de legalidad —*nullum crimen, nulla poena sine lege poenale certa, scripta et stricta*— es aquel que establece que ni un delito, ni una pena puede ser impuesta sin una ley previa, escrita, taxativa y estricta, además de prohibirse la analogía *in mala partem*. Sus efectos no se reducen al plano de los sustantivos, sino que se amplifican al proceso y a la ejecución de la condena⁵⁵.

53 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional", 51.

54 Ana E. Carrillo del Teso, "El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio", en *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 314. 55 Jesús María Silva Sánchez, Derecho penal. Parte general, (Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025), 324.

55 Jesús María Silva Sánchez, *Derecho penal*. Parte general, (Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025), 324.

De regreso a la extinción de dominio, si uno de los elementos de este axioma es la taxatividad, ese requisito no lo cumple ni el art 16 en mención ni en el art primero, numeral segundo de la codificación extintiva, y eso debido al concepto de actividad ilícita. Lo anterior porqué dicha categoría no se limita a los tipos de la parte especial del Código Penal, sino que el legislador es tajante en decir que la extinción de dominio extiende sus efectos a todas las conductas que atenten contra la moral social. Una confección así del concepto de actividad ilícita claramente atenta contra el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, pues hace depender para la comprensión del concepto de algo tan etéreo como lo es la moral social, por más que la Corte Constitucional diga que es un concepto determinable.

3.1.3 Del principio de culpabilidad

En relación con este principio, respecto al comiso ampliado en España se ha sostenido que este instrumento vulnera la culpabilidad comoquiera que la acreditación de la actividad ilícita puede hacerse a través de indicios⁵⁶. En el caso colombiano eso puede predicarse respecto a la carga dinámica de la prueba del art 152 del Código de Extinción de Dominio.

Asimismo, se alega que en el caso en que se esté ante una causal por origen en virtud de enriquecimiento ilícito, ello podría comprender un reconocimiento tácito de la culpabilidad por otros delitos, por lo que, además se afectaría el derecho a no declarar contra sí mismo⁵⁷.

Adicionalmente, es factible cuestionarse si en el evento en que un individuo opte por probar el origen legal de alguna de sus cosas, ello permita deducir que el resto del patrimonio que no defendió es producto de una causa espuria, esto es que, es culpable de otros delitos que no se han sometido a un proceso penal propiamente dicho⁵⁸.

Finalmente, el principio de culpabilidad encuentra mayores inconvenientes cuando se vincula a un tercero ajeno al delito, lo que frecuentemente se hace en extinción de dominio, toda vez que, a este se le exige que pruebe que no conoció o no pudo conocer que el bien que posee tiene un vicio en su procedimiento, esto

56 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", 65.

57 Planchadell Gargallo y Vidales Rodríguez, "Decomiso: Comentario critico desde una perspectiva constitucional", 72-73.

58 Carrillo del Teso, "El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio", 350-351.

es, debe probar su debida diligencia, pues de no llegar a probársele, se puede ir presumiendo que es culpable de un delito como por ejemplo el lavado de activos⁵⁹.

En resumidas cuentas, lo que se quiere afirmar con esto es que, sin que se le inicie un proceso de índole penal al tercero por un delito como por ejemplo el lavado, la extinción de dominio permite que sus bienes pasen a manos del Estado sin una declaración previa de su culpabilidad⁶⁰, lo que afecta este principio si se dice que este instrumento es una pena o una sanción.

Es por estos motivos que como se verá más adelante la Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia va a decir que debido a que el administrativo de pérdida de dominio tiene una naturaleza distinta, empero, no penal, garantías como el principio de legalidad estricta, o el principio de culpabilidad, no tendrán aplicación en el derecho extintivo, así como, la presunción de inocencia debe entenderse más como una presunción de licitud.

3.2 Las garantías en el seno de las tesis civilistas de la extinción de dominio

En este apartado se verá como la presunción de inocencia, el principio de legalidad estricta y el de culpabilidad se interpretan en la extinción de dominio cuando se le dota de una naturaleza civil.

Los que defienden que este instrumento tiene una naturaleza diferente al penal —ejemplo Blanco Cordero— arguyen que el administrativo de pérdida de dominio no vulnera derechos fundamentales por tres razones: i) en el caso del derecho español los indicios que señala el legislador para que proceda la figura se escogen de forma correcta, ii) esos indicios se apoyan en las máximas de la experiencia y, iii) esas presunciones son *iuris tantum*. Además, la ley da un margen discrecional al juez para que se aparten de estas de considerarlo necesario⁶¹.

En ese orden de ideas, si lo expuesto se considera admisible en una figura como por ejemplo el comiso en España, la cual está regulada dentro de un Código Penal, entonces, como no será de recibo en la extinción de dominio, que cuenta con otra

59 Aguado Correa, "Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional", 74.

60 Aguado Correa, "Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional", 71.

61 Isidoro Blanco Cordero. "La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos", en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, dir. Manuel Gómez Tomillo, coord. Anonio María Javato Martín y Patricia Tapia Ballesteros (Valladolid: Lex Nova, 2012), 171. 62 Ibid., 171.

codificación, y no establece presunciones, sino que distribuye la prueba al actor procesal que este en mejores condiciones de demostrar el objeto del litigio.

Adicionalmente, se dice que tampoco se afectaría la garantía de presunción de inocencia, pues la acusación es la que debe establecer los elementos para que se predique el carácter espurio del bien perseguido. Por ejemplo, debe demostrar los ingresos del individuo y afirmar que con ese salario no pudo haber adquirido el patrimonio que se persigue con la acción⁶².

En esta misma línea, se afirma que, toda vez que no se está ante una sanción de carácter penal, sino que es una medida de carácter civil —*in rem*— y que su objetivo es determinar que el patrimonio germinó de una actividad ilícita, lo expuesto hasta ahora tendría como consecuencia la transformación de la noción de prueba, que ya no sería penal, por lo que no es exigible ni el axioma *in dubio pro reo* ni el estándar de más allá de toda duda razonable⁶³.

Respecto al principio de culpabilidad, aquellos que defienden esta postura indican que, en la extinción de dominio no cabría dicho axioma, ya que, se arguye que las finalidades de esta figura no corresponden con las de la pena propiamente dicha, sino que, por el contrario, busca estabilizar la norma y establecer parámetros de ordenación de patrimonio, y para eso no se requiere de ningún instrumento de carácter sancionador⁶⁴. Esto va muy por la línea de la teoría de corrección de anomia.

Para finalizar, con la extinción de dominio se ve un mayor relajo con el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, pues, en esta especialidad se acepta un concepto amplio de la actividad ilícita. Tanto es así que hay propuestas desde la doctrina de que los efectos del derecho extintivo puedan alcanzar infracciones administrativas. Sin embargo, esas conductas, para el caso que nos ocupan se deben analizar desde la moral social, siendo ese el criterio límite para comprender qué infracciones administrativas pueden ser objeto de la pérdida de dominio⁶⁵.

En esa propuesta se considera que, la actividad ilícita sería o una conducta típica o contraria al ordenamiento, esto es, un concepto amplio que no se acompaña

62 Ibid, 171.

63 Cristina Martínez Arrieta Márquez de Prado, *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, 1^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 21.

64 Roig Torres, "La regulación del comiso", 229.

65 Ronal Hanco Lloclle, "La extinción de dominio como herramienta político-criminal y manifestación de la huida del Derecho penal para recuperar activos. ¿Qué nos queda después del Derecho Penal en Latinoamérica?", en *Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica*, (Würzburg: Eckhaus Verlag, 2024), 92-95.

con las exigencias del principio de legalidad estricta. Además, para interpretar esta categoría, algunos autores sugieren que se tenga en cuenta los siguientes requisitos: i) se debe revisar que estas conductas tengan la capacidad de generar ganancias espurias y; ii) que sean equiparables a una actividad criminal, la cual debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable⁶⁶.

En este punto ya se han visto como la doctrina o bien asumiendo la naturaleza penal de la extinción de dominio o su naturaleza civil han interpretado garantías como la presunción de inocencia, culpabilidad y legalidad estricta. Queda entonces revisar como se ha decantado la Corte Constitucional.

4. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio, Corte Constitucional y garantías

La Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia no vio a la extinción de dominio como una pena o una tercera clase de sanción⁶⁷. Desde sus inicios, se refirió a esta como una acción constitucional. En sentencia de 1997, la colegiatura señaló que la extinción de dominio no tiene carácter de pena, pero si un efecto negativo frente al sujeto, razón por la cual se debe respetar el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, ese axioma lo reinterpreta y aduce que, para este caso el Estado —a través de la Fiscalía— debe partir de la base de que cualquier individuo adquirió esa propiedad de forma legal, motivo por el cual, la carga de la prueba debe estar en manos del ente acusador⁶⁸.

Respecto al objeto, el cual se alegó que era muy amplio, ya que la ley vigente para ese entonces⁶⁹ abarcaba bienes muebles, inmuebles, frutos, rendimientos, bienes provenientes de permuta, etc.; la Corte señaló que al no tratarse de una sanción, sino de una acción real, la norma era acorde con el ordenamiento jurídico⁷⁰.

66 Hancco Lloclle, "La extinción de dominio como herramienta político–criminal", 96.

67 Como si lo ha hecho por ejemplo el Tribunal Supremo español, esto lo hizo en sentencias como, por ejemplo: Tribunal Supremo de España. Sala Penal. Sentencia 16/2009 del 27 de enero (M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez).

68 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

69 Colombia. Congreso de la República. *Ley 333 de 1996*. (1996).

70 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Ahora, hizo alusión al principio de irretroactividad, toda vez que, en la demanda de inconstitucionalidad se alegó que se le estaba confiriendo un efecto retroactivo a una ley penal, a lo que contestó: i) no se está ante una pena y; ii) el patrimonio que nace a partir de conductas ilícitas no puede ser legitimado nunca por el Estado. Los bienes que son protegidos, y a los que se les puede exigir respeto por parte del ordenamiento jurídico, son a los adquiridos por *medios lícitos*⁷¹.

En esta misma línea, en una de las primeras sentencias de extinción de dominio de los años 2000, se señaló que el legislador le dio un mayor alcance a esta figura respecto al derecho penal, ello trastocando con el principio de legalidad ya que el radio de acción del derecho extintivo no se limita a tipos penales, sino que puede proceder ante el enriquecimiento ilícito, la afectación al tesoro público y la grave afectación de la moral social, conductas que puede o no encuadrar en una conducta descrita en el código penal⁷².

Igualmente, adentrándose al debate de la naturaleza jurídica de este instituto, indicó la consecuencia de tenerlo como pena o algo diferente. En este sentido mencionó que, si se tiene como sanción punitiva, debe operar el principio de culpabilidad y este debe ser declarado en un proceso penal, por lo que se debe esperar una sentencia en firme, y se debería arropar este instrumento de todas las garantías penales. Pero, si se dice que su carácter es constitucional, no se requiere de las garantías en cuestión, y se puede ejercer el proceso de extinción de dominio sin sentencia previa en firme de un juez penal⁷³.

Continuando, luego de promulgarse la Ley 1708 de 2014, se demandó el artículo primero de este Código, pues, a juicio de los demandantes, ese concepto de actividad ilícita que contempla la norma es muy genérico y desborda lo dispuesto en el artículo 34 constitucional. Por otra parte, a criterio de la Corte, el punto a tratar no es la actividad ilícita entendida como tipo penal, eso está claro. Lo importante a analizar, es a que hace referencia dicha categoría cuando se está hablando de afectación a la moral social.

Así las cosas, la corporación resaltó que el concepto de moral social no es tan ambiguo como lo plantearon los demandantes, pues en su jurisprudencia se ha dicho que se entiende como aquella que permanece en los pueblos en virtud de su contexto. Por tanto, ese principio quedó abierto a posteriores desarrollos

71 Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

72 Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

73 Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

tanto de la jurisprudencia como de la Ley. Por ende, el legislador podrá escoger que comportamientos se ajustan y cuales no a la moral social, y dependiendo el momento histórico establecer qué conductas afectan este segundo componente y que pueden dar paso a la extinción de dominio⁷⁴.

En sentencia C-357 de 2019, la Corte desde una comprensión *sui generis* de la naturaleza jurídica de extinción de dominio volvió a justificar la imprescriptibilidad del instrumento y reconoció que todo proceso de esa índole debe respetar la garantía del debido proceso, sin que por ello se pueda asumir que se está ante un trámite penal⁷⁵.

Asimismo, el debido proceso en materia de extinción de dominio, una vez asumido por la colegiatura que su naturaleza no es ni penal ni civil, en materia de presunción de inocencia, lleva a interpretar este principio como aquella garantía que tiene todo individuo de ser presumido titular legítimo del bien, salvo prueba en contrario, y con la posibilidad de distribuir la carga a quien esté en mejores condiciones de probar. Además, en este tipo de trámites, tienen plena aplicabilidad los siguientes principios: concentración, economía procesal y principio dispositivo, por ejemplo, para pedir nulidades⁷⁶.

Para el año 2020, la corporación varió su postura, y dotó al instrumento de pérdida de dominio colombiano de un carácter sancionador patrimonial. Revisada la sentencia, ese género debe interpretarse de forma mixta, así como lo expuso Santander Abril en su tesis. Por ese motivo, la Corte declaró exequibles los numerales 10 y 11 del código extintivo, ya que, desde una interpretación teleológica de los preceptos, en el que entiende que el derecho extintivo busca que el delito no resulte provechoso ni que cree riquezas, es legítimo extinguir el dominio de bienes lícitos que forman parte de patrimonios que han aumentado gracias a medios ilícitos, pero con un límite, el monto del incremento espurio⁷⁷.

Entonces, para que procedan estas causales —bienes equivalentes—, en Colombia se exigen dos requisitos: i) debe ser subsidiario, por lo que primero se exige que se persiga las ganancias directas o indirectas de la actividad ilícita y; ii) el límite es el monto del provecho ilícito⁷⁸.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-958 del 10 de diciembre de 2014. (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-958 del 10 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-357 del 06 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Para finalizar este fallo, hay un salvamento de voto del magistrado Antonio José Lizarazo que resulta interesante. Sus reparos a la providencia parten de dotar a la extinción de dominio de una naturaleza mixta sancionatoria, ya que no se compartiría la interpretación de la Corte en esa providencia, comoquiera que a su juicio los bienes equivalentes tendrían un único objetivo de sancionar conductas ilegales que no han producido bienes legales, por lo que eso "implica desconocer la naturaleza patrimonial de la extinción de dominio, para convertirla en una acción de naturaleza personal...."⁷⁹ [cursiva fuera de texto]. Por lo tanto, la consecuencia de optar por una naturaleza que se acerca al penal deriva en cuestionar la legitimidad del instituto.

Finalmente, una providencia del 2023 retoma la postura que sostuvo el Tribunal en cita en el 2019, y señaló que la extinción de dominio es de naturaleza patrimonial y carece de finalidad punitiva. Por eso reiteró que no se le puede oponer ni la retroactividad ni la imprescriptibilidad, y se manutuvo en la tesis de que un bien que es adquirido por *medios ilícitos* no es susceptible de protección constitucional⁸⁰.

Así, al no ser una sanción, adujo que su procedimiento no se encuentra arropado por las garantías propias del proceso penal, por lo que sigue siendo admisible la carga dinámica de la prueba, y no serían aplicables los siguientes principios: legalidad, irretroactividad y favorabilidad de la ley penal⁸¹.

5. Conclusiones

De todo lo expuesto en este escrito, podemos afirmar dos cosas. La primera es que, tanto la Corte Constitucional, como un sector de la doctrina y como en este escrito se sostiene, se aboga por el carácter *sui generis* de la extinción de dominio. En este trabajo eso se argumentó apelando al sentido y la fundamentación del instituto, que no son otras cosas diferentes a la anomia y a la vocación de corrección de anomia que tiene el derecho extintivo.

Segundo, queda entonces por mencionar que garantías entran en la extinción de dominio y cuales no. Se está de acuerdo con la Corte en que los principios como irretroactividad, favorabilidad y culpabilidad no tienen cabida en esta nueva especialidad del derecho. Sobre el principio de legalidad, claro que se debe hacer un ligero matiz, pues el principio de legalidad si opera, pero no el de legalidad estricta que es el que irradia el derecho penal actual.

79 Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

80 Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

81 Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Lo anterior comoquiera que, no hay que olvidar que el objeto de estudio del jurista es la norma. Tal y como dijo Bobbio en su momento: "el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar al derecho como un *sistema de normas...la experiencia jurídica es una experiencia normativa*"⁸². Por lo que no se puede prescindir de la norma, esto es, del principio de legalidad, pero sí de la legalidad estricta, ya que su bondad esta mejor custodiada en el derecho penal.

Aquellas garantías que tendrían cabida en esta nueva ciencia del derecho son: la economía procesal, la concentración y el principio dispositivo. El derecho al debido proceso es axial y debe ser el centro de la construcción de la acción y el proceso de extinción de dominio. Sin esa garantía estaríamos ante una figura a todas luces ilegitima. Este principio es tan importante que por lo menos en Europa para el tema de reconocimiento muto de sentencias de las modalidades de decomiso, se exige el resguardo de esta garantía⁸³.

Como último punto a concluir, como tal la presunción de inocencia no aplica en la extinción de dominio. Si bien la Corte lo ha mencionado, de lo extraído se puede concluir que se está ante otra garantía que de hecho nace de esta misma ciencia. Sin embargo, vale la pena recordar en breves líneas a que se refiere la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un postulado que señala que hasta que no haya prueba en contrario, valorada y que sea fundamento de una sentencia judicial en firme, esto es que, la culpabilidad sea corroborada dentro del proceso y a la par, que la presunción en mención se derrumbe, el individuo debe ser tratado como inocente; además, Ferrajoli recuerda que esta garantía no solo le pertenece a la libertad y a la verdad, sino que es un axioma de defensa social y seguridad⁸⁴.

En ese orden de ideas, a nada se le parece la presunción de inocencia penal a lo construido por la Corte 1997. Pero tampoco se está de acuerdo con el nombre que le dio el Código y Ricardo Rivera Ardila a ese principio —*objetividad y transparencia*—, pues si bien el que tiene que probar así sea a través de indicios bien fundados que un bien o un patrimonio tiene causa o destinación espuria es la Fiscalía, eso conlleva un beneficio a favor del afectado, y es que se le presuma tenedor legítimo, hasta que se le demuestre lo contrario.

82 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*. 3.a ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 3.

83 Lo anterior se puede ver en las siguientes disposiciones: art 8 de la Directiva 2014/42/U y; art 19 del Reglamento (UE) 2018/1805.

84 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta. 2018), 549.

Por lo tanto, nos separamos de la sentencia C-374 de 1997 en el entendido de que no se está de acuerdo en que en la extinción de dominio opera la presunción de inocencia, sino que debe operar un nuevo principio que si responde a las necesidades de este nuevo sistema del derecho. A esa garantía se le va a denominar: *presunción de licitud*. Es naturalmente de índole *iuris tantum*, pero seguro, bajo esta óptica, que no es nueva, solo que lo implícito se está haciendo explícito, la lógica para imponer medidas cautelares en el seno de estos procesos va a cambiar. ¿hasta qué punto? Bueno que empiece la discusión.

Bibliografía

- Bobbio, Nornerto. *Teoría General del Derecho*. 3.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Bouchard, Christoph. "¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre como el mal enfocado debate acerca de la "naturaleza" jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse". *Latin American legal studies* 4, n.^o1 (2019): 41-74.
- Caballero, Antonio. *Historia de Colombia y sus oligarquías*. Bogotá: Planeta, 2018.
- Castellví Monserrat, Carlos. "Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias". *Indret*, n.^o1 (2019): 1-67.
- Choclán Montalvo, José Antonio. *El patrimonio criminal*: comiso y pérdida de ganancia. Madrid: Dykinson, 2001.
- Colina Ramírez, Edgar Iván. *Consideraciones sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*. 1.^a ed. México: Ubijus, 2010.
- Comisión Cuarta Asamblea Nacional Constituyente. *Informe a la plenaria sobre el proyecto No. 102: constitución prescripción, confiscación y notariado*. Bogotá, Colombia, 1991.
<https://babel.banrepultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/486/rec/1>.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 327 del 19 de noviembre de 2020. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 958 del 10 de diciembre de 2014. (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).
- Corte Constitucional. Sentencia C-357 del 06 de agosto de 2019. (M.P. Alberto Rojas Ríos).
- Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional. Sentencia C-473 del 09 de noviembre de 2023. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

- Corte Constitucional. Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- Gascón Inchausti, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex, 2007.
- Germán Bermejo, Mateo. "Decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español. Análisis histórico y conceptual". *Latín American Legal Studies* 4, n.º1 (2019): 21-40.
- Gómez Tomillo, Manuel, Antonio María Javato Martín y Patricia Tapia Ballesteros. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- González Quinzán, Yago. "La regulación del decomiso de bienes de terceros en España: necesaria delimitación con respecto del delito de blanqueo de capitales". *Revista Derecho Penal y Criminología* 46, n.º121 (2025): 203-231.
- Heidegger, Martin. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2020.
- https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Marzo/La_extincion_del_derecho_de_dominio_en_Colombia.pdf.
- Iguarán Arana, Mario Germán, y William de Jesús Soto Angarita. *La extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2022.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Martínez Arrieta Márquez de Prado, Cristina. *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Montalvo Velásquez, Cristina, John Zuluaga Taborda y Leonardo Eduardo Astrain Bañuelos, coord.; Jorge Segismundo Rotter, José Martín Bonilla Leonardo Marlus Arns de Oliveira y Susana Martínez Nava, ed., *Desafíos actuales del derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica*. Würzbrug: Eckhaus Verlag, 2024.
- Müller Creel, Oscar Antonio. "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa". *Criterio Jurídico* 9, n.º2 (2023): 123-151.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *La extinción del derecho de dominio en Colombia*. Bogotá: UNODC, 2017 [Consultado el 2 de enero de 2025]. Disponible en:

- Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl. "El relativismo punitivo entre el derecho disciplinario y la extinción de dominio". *Ciencia Jurídica*. n.º19 (2021): 202.
- Piva Torres, Gianni Egidio. *La extinción del dominio: Aspectos sustantivos y procesales*. Bogotá: Editorial Leyer, 2023.
- Planchadell Gargallo. Andrea, y Caty Vidales Rodríguez. "Decomiso: Comentario crítico desde una perspectiva constitucional". *Estudios Penales y Criminológicos* 38, (2018): 37-92.
- Rivera Ardila, Ricardo. *La extinción de dominio: Un análisis al Código de Extinción de Dominio*. 3.ª ed. Bogotá: Leyer Editores, 2020.
- Rodríguez García, Nicolás. *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ed. por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Roig Torres, Margarita. "La regulación del comiso, El modelo alemán y la reciente reforma española". *Estudios penales y criminológicos* 36, (2016): 199- 279.
- Rovner, Eduardo Sáenz. "Historia del narcotráfico en Colombia". *El Espectador*. 14 de mayo, 2016.
- Sancinetti, Marcelo Alberto. "Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de "arrepentidos" y de extinción de dominio". *Revista Pensamiento Penal*, (2016): 2-25.
- Santander Abril, Gilmar Giovanny. "Naturaleza jurídica de la extinción de dominio. fundamento de las causales extintivas". Trabajo de Grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás – Universidad de Salamanca, 2018.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Aranzadi Ley, 2025.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2006.
- Vargas Tamayo, Camilo Alfonso. "Anomía y extinción de dominio: una mirada fundamental a la figura constitucional". *Revista Derecho Penal y Criminología* 45, n.º118 (2024): 271-298.
- Vásquez Betancur, Santiago. *De la extinción de dominio en materia criminal*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2020



Documentos

Teoría y Praxis de la legítima defensa

OROZCO LÓPEZ, HERNÁN DARÍO

In memoriam de Juan Fernández Carrasquilla

ARAUQUE MORENO, DIEGO

OROZCO LÓPEZ, HERNÁN DARÍO, "Teoría y Praxis de la legítima defensa", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

Teoría y Praxis de la legítima defensa¹

Theory and Praxis of Self-Defense

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ*

Buenos días y muchas gracias a todos los presentes por la participación. En primer lugar, un profundo agradecimiento a las autoridades de la Universidad La Gran Colombia por haber acogido con entusiasmo esta iniciativa, en especial a la señora rectora Bibiana Vélez Medina, el señor decano Federico Duque Del Río y la señora secretaria académica Valentina Carvajal Arroyave. También, al director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, el profesor Yesid Reyes Alvarado, por su generoso apoyo a esta iniciativa conjunta con la Universidad La Gran Colombia, la cual nos brinda la oportunidad de celebrar los 60 años de fundación del Departamento a través del fortalecimiento de sus lazos con la academia y praxis de las regiones, así como a la profesora Carmen Eloísa Ruiz López, quien desde hace años constituye uno de los puentes de intercambio científico más importantes entre Alemania y Colombia y quien ha sido la gestora de esa iniciativa que hoy nos permite contar con la presencia de uno de los profesores de derecho penal más representativos de Alemania. Finalmente,

1 El presente texto reproduce las palabras de introducción al conversatorio sobre legítima defensa celebrado en la Universidad La Gran Colombia de Armenia el 7 de marzo de 2025, el cual contó con la participación del Prof. Dr. Armin Engländer de la Universidad de Múnich.

* Doctor en Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). Magíster en Derecho de la Universität Regensburg (Alemania). Profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Codirector de la revista "Derecho Penal y Criminología" de esa misma casa de estudios. ORCID: 0000-0003-1502-3566.

Correo institucional: hernan.orozco@uexternado.edu.co

nuestra máxima gratitud al profesor Armin Engländer por honrarnos con su visita en estas tierras donde, como lo dijera el abogado externadista e ilustre poeta nariñense Aurelio Arturo, “el verde es de todos los colores”.

Luego de estas muy breves, pero justas palabras de reconocimiento, puedo concentrarme en mi intervención.

En el entorno colombiano no es inusual toparse con una especie de desconfianza respecto de la utilidad de las discusiones académicas para la praxis judicial. Este recelo, por cierto, no se restringe a nuestro campo de estudio y tampoco a nuestras latitudes y nuestro tiempo, como lo deja ver el escrito de Kant titulado “Sobre el dicho común: Esto puede ser cierto en teoría, pero no es adecuado para la práctica”, publicado en Prusia a finales del siglo XVIII, en el cual defendía su ética de las críticas que apuntaban a que sería demasiado abstracta e inviable en la práctica.

Pues bien, teniendo en cuenta ese trasfondo me gustaría iniciar con una inquietud referida a la relación entre teoría y praxis de la legítima defensa: ¿es realmente necesaria una acalorada discusión con múltiples posiciones en pugna y una gran variedad de ramificaciones conceptuales para concluir que si alguien atenta contra mi vida tengo todo el derecho a defenderme, incluso si eso le cuesta la vida al agresor? A primera vista parece que la complejidad de los debates teóricos sobre el fundamento teórico de la legítima defensa no guarda relación con la sencillez de la respuesta intuitiva a dicha inquietud, esto es, que en efecto me asiste un derecho a defenderme incluso si eso le cuesta la vida al agresor. No obstante, el panorama cambia drásticamente cuando se tienen en cuenta otras variables que pueden acompañar esa situación inicial y que dejan al descubierto la verdadera extensión del problema: ¿Puedo utilizar una pistola automática que probablemente le causaría la muerte al agresor si también tengo a disposición un bate de béisbol que quizás sería suficiente para repeler la agresión? ¿Puedo defender no solo mi integridad personal, sino también mis bienes por medio de una reacción que le genere una grave lesión o incluso la muerte del agresor? ¿Qué sucede si el agresor era un inimputable? ¿O cómo proceder si la injerencia o agresión versaba sobre mi vehículo, pero porque quien se estaba intentado apoderar de él pretendía llevar a un enfermo grave al hospital?

Estos interrogantes, los cuales representan tan solo una pequeña porción de los problemas que deben ser resueltos en el ámbito de la legítima defensa, dejan en evidencia que para responderlos de manera satisfactoria no podemos recurrir simplemente a nuestras intuiciones (que, por cierto, pueden variar fuertemente de uno a otro), sino que es necesario contar con una teoría de la legítima defensa, esto

es, con una serie de argumentos y proposiciones organizados sistemáticamente que permitan justificar dicha institución y otorgarle un contenido material a sus elementos o requisitos. De otra parte, una teoría de la legítima defensa será la que nos posibilitará la interpretación y la valoración crítica de las correspondientes normas positivas consagradas en los diferentes estatutos penales.

A continuación, como una especie de introducción o contextualización de la ponencia del profesor Engländer, quiero referirme sucintamente a una cuestión central de la legítima defensa en Alemania y Colombia que, en mi opinión, ilustra vívidamente la relevancia de la discusión teórica para la interpretación y aplicación práctica de dicha institución, a saber, el problema de la proporcionalidad

Empecemos por el caso de Alemania. Allí, la legítima defensa se encuentra regulada en el parágrafo 32 del Código Penal. De acuerdo con el primer inciso de dicha norma: "Quien cometa un hecho amparado en legítima defensa [durch Notwehr geboten] no actúa antijurídicamente". Por su parte, el inciso segundo señala que la "[l]egítima defensa es la defensa que es necesaria para repeler una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra un tercero".

Aunque existe una fuerte discusión sobre su contenido específico, la doctrina mayoritaria en Alemania considera que para reconocer la legítima defensa se deben configurar los requisitos que se agrupan básicamente en tres bloques objetivos. En primer lugar, se debe presentar una situación de legítima defensa, esto es, que exista una agresión actual y antijurídica. En segundo lugar, la acción defensiva tiene que ser necesaria. Cumplidos estos dos requisitos básicos quedaría fundamentado el derecho de defensa en cabeza del agredido. No obstante, según la misma opinión dominante, para que se pueda reconocer plenamente la legítima defensa es necesario que ella no sobrepase ciertos límites que son conocidos como "límites éticos sociales de la legítima defensa".

Como puede verse, de acuerdo con la regulación legal de la legítima defensa en Alemania, para que ella se configure no es necesario que la acción defensiva sea proporcional. Por su parte, la doctrina alemana (salvo contadas excepciones) ha estado siempre de acuerdo en que es suficiente con que la acción defensiva sea *necesaria*, es decir, que el agredido, de todos los medios igualmente efectivos para repeler la agresión que tiene a su disposición, emplee el menos lesivo posible, por lo que la importancia de los bienes jurídicos en conflicto no sería, en principio, relevante para la configuración de la legítima defensa.

Puesto que la ciencia penal alemana también ha reconocido desde antaño que un derecho de defensa concebido de esta manera es relativamente fuerte, también se han desarrollado múltiples teorías para justificar en general la legítima defensa e intentar explicar la renuncia a criterios de proporcionalidad.

Como lo mostrará el profesor Engländer, la doctrina mayoritaria defiende la llamada teoría dualista de la legítima defensa, de acuerdo con la cual esta se basaría en dos principios fundamentales, a saber, el principio de la protección de los bienes jurídicos individuales y el principio de la protección del ordenamiento jurídico. No obstante, como también lo explicará con más detalle nuestro invitado, la teoría dualista está sometida a serios reparos en el punto que aquí interesa. De una parte, desde el punto de vista del principio de la protección de bienes jurídicos, no es posible deducir una amplia renuncia a criterios de proporcionalidad. Por el contrario, si se parte de la concepción del derecho penal como un sistema instituido para la protección de bienes jurídicos, se debería concluir que el bien jurídico que merece prevalencia es aquel que sea de mayor valor, incluso si su titular es el agresor. De otra parte, en relación con el principio de la protección del ordenamiento jurídico sucede algo similar, pues desde un punto de vista axiológico no es convincente que alguien pueda proteger un orden jurídico que, como es el caso en Alemania, autoriza el uso de la fuerza solo si se respeta de manera general el principio de proporcionalidad, precisamente mediante acciones que desconocen en gran medida una relación de proporcionalidad. Así pues, la lógica interna de la teoría dualista lleva a concluir que una estricta proporcionalidad debería ser un elemento básico de la legítima defensa. Esto, sin embargo, fuera de que conduciría en últimas a una confusión de las figuras del estado de necesidad y la legítima defensa, privilegiaría de forma injustificada al agresor, pues, en los casos en los que el saldo de bienes en conflicto lo favoreciese, el agredido no podría llevar a cabo una acción defensiva so pena de cometer por su parte una conducta punible. Dicho gráficamente, si la legítima defensa requiriese una estricta proporcionalidad, nadie podría defender su celular, su vehículo o su casa mediante acciones que pusiesen en riesgo considerable la integridad o vida de los agresores, lo que en últimas conduciría a una negación del derecho subjetivo de la propiedad.

Precisamente en virtud de ese y otros problemas de la teoría dualista es que un importante sector de la doctrina alemana se ha decantado en el último tiempo a favor de teorías de corte individualista o intersubjetivo, siendo uno de sus representantes precisamente el profesor Engländer. Toda vez que estas teorías ponen el acento en

la relación jurídica entre el agresor y el agredido en el sentido de que este último requiere de un derecho de defensa para garantizar la efectividad de sus derechos subjetivos, ellas pueden explicar de manera mucho más convincente la renuncia a criterios de proporcionalidad en el marco de la legítima defensa, pues si la defensa del agredido estuviese restringida por el requisito de una ponderación de los bienes en conflicto, él no podría hacer efectivos sus derechos subjetivos en aquellos casos en los que el bien jurídico del agresor fuese más importante.

Pasemos ahora brevemente al problema correspondiente en el caso colombiano. Como es bien sabido, en sintonía con los estatutos penales de 1936 y 1980, el legislador del año 2000 consagró el requisito de la proporcionalidad con la fórmula terminológica de que “la defensa ser proporcionada a la agresión”. Ahora bien, como ese mismo legislador no incluyó ninguna cláusula de proporcionalidad en la regulación del estado de necesidad que es precisamente la institución que, en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos-penales, se caracteriza por exigir una ponderación de intereses y/o bienes jurídicos, para poder precisar los baremos de proporcionalidad que deben orientar la interpretación y aplicación práctica de dichas instituciones la única alternativa viable es recurrir a una teoría de la justificación en general y, en el caso que aquí interesa, a una teoría de la legítima defensa con una sólida fundamentación material.

En el caso colombiano también fracasa la llamada teoría dualista de la legítima defensa, pues, como se explicó, ella no solo llevaría a privilegiar injustificadamente al agresor con la consiguiente devaluación de la posición jurídica del agredido, sino que además generaría una confusión de los estándares de proporcionalidad que deben regir en los casos de legítima defensa y estado de necesidad.

Por el contrario, las teorías intersubjetivas que parten de la relación jurídica entre el agredido y el agresor no solo están en capacidad de ofrecer una adecuada fundamentación material de la legítima defensa, sino que también pueden explicar satisfactoriamente sus límites. Como ya se mencionó, para que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente sus derechos subjetivos deben estar también facultados para defenderse sin tener que preocuparse en términos generales por no lesionar bienes jurídicos de mayor importancia que los que están defendiendo. De otra manera, es decir, si al agredido se le impusiese el deber de no reaccionar cuando los bienes del agresor son de mayor envergadura que los propios, se terminaría negando la existencia de un derecho autónomo del agredido, el cual quedaría entonces sometido a los designios del agresor.

Esto, sin embargo, no significa que la reacción defensiva no esté sometida a ningún tipo de límites. De acuerdo con una interpretación intersubjetiva de la legítima defensa, la agresión no retrotrae a las partes al estado de naturaleza, sino que ellas continúan ligadas por una relación jurídica en la que intervienen como personas en derecho. En este punto entra en consideración el principio de solidaridad mínima que tiene importantes raíces constitucionales y se manifiesta en el ámbito jurídico-penal a través del art. 131 CP sobre la omisión de socorro. Como el agresor es el responsable por el conflicto, no puede pretender que se realice de manera general una ponderación entre sus bienes y los del agredido, pues, como se explicó, ello llevaría a una negación generalizada de la posición jurídica del agredido. No obstante, en virtud de su estatus de persona en derecho, el agresor al menos puede reclamar que se tenga en cuenta esa posición jurídica dentro de los estrechos márgenes del principio de solidaridad mínima. En términos prácticos esto significa que el requisito de la proporcionalidad de la legítima defensa del código penal colombiano debe ser entendido en un sentido muy restringido, esto es, en el sentido de que el agredido no podrá afectar de manera grave bienes de la mayor importancia como la vida o la salud para defender bienes de poca importancia. Volviendo al ejemplo mencionado más arriba, esto significa que la reacción defensiva del agredido será desproporcionada cuando lesione gravemente al agresor para no dejarse arrebatar una gorra o cachucha de menor valor, pero no cuando lo haga para no dejarse robar su motocicleta o automóvil.

Independientemente de si se está o no de acuerdo con los argumentos para rechazar en términos generales una cláusula de proporcionalidad en la regulación de la legítima defensa en Alemania y con la interpretación que he propuesto del requisito de la proporcionalidad en la regulación colombiana de dicha figura, lo cierto es que en uno y otro caso es absolutamente necesario recurrir a una teoría de la legítima defensa para justificar la determinación de los elementos de dicha institución y para darles asimismo un contenido específico a cada uno de ellos.

En contra del escepticismo al que hice referencia al inicio de estas reflexiones, la teoría no es un ejercicio del arte por el arte y mucho menos un juego de abalorios como en la novela homónima del premio nobel de literatura suizo-alemán Herman Hesse. Por el contrario, la teoría del delito y, en este caso particular, la teoría de la legítima defensa, en la medida que aspira a satisfacer de forma adecuada todos los intereses en juego, sirve a la realización de la justicia material. Además, la conexión sistemática de sus proposiciones, en la medida que previene contradicciones

internas, es la forma más idónea de alcanzar seguridad jurídica y, de esta manera, de garantizar también el principio de igualdad. Así pues, me gustaría cerrar el círculo con las palabras de otro autor de origen alemán, el padre de la psicología social moderna Kurt Lewin, para quien “no hay nada más práctico que una buena teoría”. Así pues, solo podemos estar complacidos y agradecidos por la presencia del profesor Armin Engländer en la Universidad La Gran Colombia de Armenia, pues las reflexiones teóricas que hoy nos presentará constituyen un insumo invaluable para resolver en la práctica los casos en los que se abre la pregunta sobre una posible legítima defensa.

Lieber Herr Professor Engländer, es ist uns eine große Ehre, Ihre Überlegungen zu einem Themenkomplex hören zu dürfen, der nicht nur von höchstem wissenschaftlichen Interesse ist, sondern auch –und bedauerlicherweise– eine große Rolle in unserer Alltagsrealität spielt. Außerdem freuen wir uns darüber, dass Sie unsere geliebte Region besuchen –eine Region, in der, wie der kolumbianische Dichter Aurelio Arturo schrieb, „das Grün in tausend Farben leuchtet“.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

ARAQUE MORENO, DIEGO, “*In memoriam*
de Juan Fernández Carrasquilla”,
Nuevo Foro Penal, 105, (2025)

In memoriam de Juan Fernández Carrasquilla

In memoriam Juan Fernández Carrasquilla

DIEGO ARAQUE MORENO*

A los 84 años de edad ha fallecido el Prof. Dr. h-c. múlt. Juan Fernández Carrasquilla, uno de los más destacados exponentes del Derecho penal colombiano de todos los tiempos.

Se graduó como abogado en la Universidad de Medellín en el año 1968, en la época en que Federico Estrada Vélez dirigía las riendas del Departamento de Derecho Penal en dicho claustro universitario. Con posterioridad realizó estudios de posgrado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (1977).

En su Alma Mater impartió durante largos años las cátedras de derecho penal y filosofía del derecho, habiendo fungido como “co-anfitrión”, junto con Juan Guillermo Sepúlveda, en el año 1984, del I Congreso Mundial de Criminología Crítica, al cual asistieron en su momento autores de la talla de A. Baratta, L. Hulsman, J. Bustos, M. Pavarini, E. Zaffaroni, E. Sandoval, A. Reyes, entre otros.

En la década de los 90 se trasladó a la capital, donde ocupó el cargo de Fiscal del Consejo de Estado, desempeñando años después el ejercicio de su profesión de manera independiente.

Desde sus inicios estuvo vinculado al poder judicial, sobresaliendo como Juez Superior y Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, por sus providencias judiciales, muchas de ellas publicadas -al igual que algunos de sus

* Profesor de la Universidad de Medellín. Correo: dearaque@udemedellin.edu.co

principales artículos- en revistas especializadas como la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Derecho Penal y Criminología y Nuevo Foro Penal. En esta última, desde la provincia, junto con su par y amigo de toda la vida, Nódier Agudelo, y acompañado de otros brillantes penalistas de la región, para finales de los 70 y la década de los 80, difundió - y en su caso controvirtió- las principales corrientes europeas de Derecho penal, en especial los aportes del finalismo.

Su postura liberal, pero sobre todo crítica del Derecho penal, le permitió el desarrollo de un sistema racional del delito que podría perfectamente ser considerado como una elaboración bastante original en el contexto iberoamericano, donde por cierto alcanzó un reconocimiento y respeto entre los especialistas de la época y, desde luego, las más recientes generaciones.

Su obra académica desarrolló un sistema del delito que en su momento abjuró del subjetivismo de Welzel, cuyo eje central, como se sabe, fue el concepto de injusto personal. Años más tarde, y en épocas más recientes, frente a la embestida de las corrientes normativas del delito y los aportes de Roxin y Jakobs, llegó a “añorar” aquel sistema finalista del delito.

En su manera de concebir el Derecho penal siempre ocupó un lugar primordial su carácter subsidiario o de *última ratio*, el concepto de bien jurídico y el desvalor de resultado. El fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos en procura de la convivencia pacífica en sociedad, repetía una y otra vez en sus diferentes obras. De allí que sus ideas fuesen más afines al funcionalismo de Roxin. Sin embargo, se apartó categóricamente de este último y puso contra las cuerdas su metodología abierta al sistema, camino por el cual se abre la compuerta a los fines político criminales en detrimento de las garantías propias del Derecho penal. Siempre, de manera tozuda, prohijó y defendió la propuesta de Liszt según la cual el Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal, la Carta Magna del delincuente, aspecto este bastante soslayado durante las últimas épocas por mor de las corrientes funcionalistas.

Elaboró un concepto de tipo de injusto con arreglo al cual la antijuridicidad precede lógicamente al presupuesto de imputación de la tipicidad penal, en pos de la unidad, armonía y coherencia del ordenamiento jurídico. Las causas de justificación del hecho operan de manera plenamente objetiva, precisamente por pertenecer al campo de la licitud, por manera que no se requiere el elemento subjetivo de justificación para el reconocimiento de los tipos permisivos.

Su concepto antropológico de persona, si creo entender, fue el pilar fundamental sobre el cual edificó el presupuesto de la culpabilidad penal, entendida internamente como libertad de voluntad a partir de un “indeterminismo débil” y externamente como la ausencia de factores que de una u otra manera afecten la capacidad libre en el proceso de toma de decisión.

Su obra, de principio a fin, se caracteriza por el estudio profundo de los distintos temas que aborda el Derecho penal. De ello dan fe hoy por hoy los cuatro tomos de su Derecho Penal, Parte General, publicados por la Editorial Ibáñez de Bogotá.

Según todo lo que se viene de decir, a partir de una propuesta racional del delito novedosa y original, nos deja un sistema Fernandez carrasquillesco del delito.

En el año 2011 la Universidad de Medellín le concedió el título de Doctor h.c. Lo propio hizo la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, de Lima, Perú, en el año 2016.

Recibió el reconocimiento del mundo académico en el año 2012 cuando con ocasión de sus 70 años el Sello Editorial de la Universidad de Medellín publicó un L-H en conmemoración de tal efemérides, con contribuciones de autores como C. Roxin, B. Shunemann, M. Cancio, H. Hormazabal, F. Muñoz Conde, M. Pérez Manzano, D. M. Luzon Peña, J. M. Silva Sánchez, E. Cury, E. Zaffaroni, Mario Salazar y Y. Reyes, entre muchos otros.

Su biblioteca personal, de alrededor de 12.000 ejemplares, reposa en la biblioteca de la U de M, donde por siempre perdurarán sus enseñanzas y su legado de un derecho penal liberal o, quizá mejor, de un derecho penal crítico y antropológico.

El derecho penal colombiano está de luto.



License Creative Commons Attribution 4.0 International

Reseñas

La (in)admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual:
Comentario jurisprudencial al caso SP510-2023 Radicado 55.250
GÓMEZ ARÉVALO, PABLO

¿Redención de pena con base en la reforma laboral?
HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO

GÓMEZ ARÉVALO, PABLO, "La (in)admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual: Comentario jurisprudencial al caso SP510-2023 Radicado 55.250", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

**La (in)admisibilidad entre la tentativa
y el dolo eventual:
Comentario jurisprudencial al
caso SP510-2023 Radicado 55.250¹**

*The (in)admissibility between attempt
and dolus eventualis: A commentary on
Decision SP520-2023 by the Supreme Court of Justice*

PABLO GÓMEZ ARÉVALO^{*}

1. Introducción

§ 1 – La Sentencia de Casación Penal SP510 de 2023 estudió el caso del señor John Jairo Hernández Alcaraz, quien, encontrándose borracho a altas horas de la madrugada en la noche de las velitas del año 2016, disparó seis cartuchos al aire en dirección de las hijas de sus amigos. Uno de los proyectiles impactó en una de ellas. La menor evitó la muerte debido a la oportuna respuesta de los profesionales de la salud que la atendieron. La Corte Suprema de Justicia, en una decisión controvertida, confirmó la condena del procesado por el delito de tentativa de homicidio en grado

1 El presente comentario jurisprudencial es el resultado de una investigación dogmática inscrita en el Semillero de Investigación en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal «Carlos Eduardo Mejía Escobar» de la Universidad del Rosario, entre el segundo periodo académico de 2024 y el primer semestre de 2025; desarrollado bajo la supervisión de las profesoras María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Téllez Dávila.

* Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. En la actualidad se desempeña como dependiente judicial en asuntos de Derecho Penal, Disciplinario y de la Responsabilidad Fiscal. Correo electrónico: pablo.gomeza@urosario.edu.co

de dolo eventual; decantando por primera vez en el país la posición jurisprudencial respecto de la admisibilidad de la punición de la tentativa con el dolo eventual. Esta providencia fue objeto de dos salvamentos de voto, donde se indicaron los vicios argumentativos de la postura mayoritaria.

§ 2 – Tal y como subraya la profesora María del Carmen Gómez Rivero, el problema jurídico versa sobre dos estructuras intrincadas que por sí solas constan de diversas dificultades estructurales y no cuentan con una formulación unánime dados los vacíos conceptuales. De ello, se derivan los problemas de aplicación de ambas figuras de manera conjunta². Por un lado, se encuentra la tentativa como una forma punible de una ejecución imperfecta, y por el otro, el dolo eventual como una modalidad del elemento subjetivo del injusto que carece de una «voluntad real delictiva»³. El profesor Josep María Tamarit Sumalla indica que, a pesar de tratarse de un debate problemático y con multiplicidad de dimensiones de análisis, se ha producido escasa literatura en la materia; tanto por la jurisprudencia de países como España o Alemania, como los estudios doctrinales en la materia⁴. Entendiendo las fuertes implicaciones que tiene este tópico, la profesora Gómez Rivero considera que este tema corresponde al punto de encuentro entre las formas imperfectas de ejecución y el dolo eventual, constituyendo «un buen caldo de cultivo para un sentir que, en ocasiones, esté dispuesto a admitir espacios de impunidad a la luz de una consideración global de las circunstancias del caso»⁵.

§ 3 – En los términos propuestos por el doctrinario argentino Christian Courtis, este debate dogmático corresponde a un «problema de compatibilidad sistemática»⁶, que desafortunadamente no fue analizado a profundidad por la posición mayoritaria, tal y como se indica en ambos salvamentos de voto. En esa medida, el objetivo general del presente comentario corresponde a proponer de *lege lata* una interpretación más adecuada sobre la admisibilidad de la punición del delito

2 María del Carmen Gómez Rivero, “Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 66, n.º1, (2013); 160.

3 Juan Felipe Daza Lora. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2018), 15.

4 Josep María Tamarit Sumalla, “La tentativa con dolo eventual”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, n.º2, (1992); 516 y ss.

5 Gómez Rivero, “Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia”, 162.

6 Christian Courtis, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación dogmática*, ed. Christian Courtis (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2006), 114.

tentado en grado de dolo eventual. Lo anterior, en el marco de una revisión crítica de la providencia comentada.

§ 4 – La metodología empleada en el presente comentario consiste en: (I) reconstruir los hechos jurídicamente relevantes del caso; con posterioridad, (II) sintetizar las consideraciones de la Corte; haciendo distinción entre los argumentos de la postura mayoritaria y de cada uno de los salvamentos de voto; con base en ello (III) ubicar la SP510-2023 en el panorama doctrinal; y (IV) desarrollar el análisis que le faltó a la Sala sobre la compatibilidad entre ambas instituciones.

2. Hechos jurídicamente relevantes

§ 5 – En la noche de las velitas del año 2016, el señor John Jairo Hernández Alcaraz se encontraba en el andén de su vivienda consumiendo licor con amigos y familiares. Mientras tanto, tres menores de edad se encontraban jugando al frente de la propiedad. Sobre las 04:00 a.m., la compañera permanente del procesado le facilitó su arma de fuego para que pudiera disparar «al aire» como era de costumbre. De esta manera, Hernández Alcaraz descargó seis cartuchos en dirección de las menores; de los cuales uno impactó en una de ellas. La providencia bajo estudio precisó que «[e]l proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo»⁷. La niña evitó la muerte gracias a la oportuna respuesta de los médicos que la atendieron. Aun así, le diagnosticaron 40 días de incapacidad médica legal y deformidad física permanente.

§ 6 – El señor Hernández Alcaraz fue condenado en primera instancia por tentativa de homicidio agravado, indicando que había obrado en grado de dolo eventual, y por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego. El Tribunal de Bogotá confirmó la condena respecto a la tentativa de homicidio y revocó por el delito del artículo 365 del Código Penal. La Defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, proponiendo tres cargos de falso raciocinio en la valoración del acervo probatorio, insinuando que Hernández Alcaraz no fue el autor de la conducta punible.

3. Consideraciones de la Corte

§ 7 – El Alto Tribunal, antes de resolver de fondo el asunto, delimitó el tema de prueba en torno a la discusión de la autoría del acusado en la puesta en peligro de la vida de la menor. Para ello, se estudiaron de manera conjunta los cargos primero

7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

y tercero, donde se valoró probatoriamente las pruebas practicadas, las cuales demostraron que el arma accionada por Hernández Alcaraz fue la causa de la lesión a la agredida.

§ 8 – Posteriormente, la Sala examinó la admisibilidad del delito tentado con el elemento subjetivo del dolo eventual. Sobre este punto, la posición mayoritaria recordó que, en virtud del artículo 27 del Código Penal, la tentativa implica el despliegue de actos idóneos que dan comienzo a la fase ejecutiva del delito y se encuentran inequívocamente dirigidos a la consumación del resultado. Se indica que lo pretendido por el agente corresponde a «lograr la producción del resultado típico»⁸.

No obstante, tal y como se indica en la providencia objeto de estudio, el elemento volitivo del dolo eventual es difuso, lo que hace problemática su configuración. Es así como, la Corporación realizó un recuento superficial de las teorías que niegan su compatibilidad, precisando que estas no son admisibles en el ordenamiento jurídico colombiano en razón a que, desde la Sentencia del 25 de agosto de 2010, con radicado número 32.964, se amplió la concepción del dolo eventual, adoptando las «teorías de la probabilidad» e indicando que en el caso del dolo eventual el elemento cognitivo prevalece frente al volitivo. En estos términos, según lo indica la Corte, se requiere que el sujeto se represente como probable la materialización del resultado —*elemento cognitivo*— y, en consecuencia, deje su resultado al libre azar —*elemento volitivo*—.

Entonces, para la posición mayoritaria en el delito doloso eventual el agente emprende un plan sin el deseo inequívoco de lesionar el bien jurídico. Esto implica necesariamente «la puesta en marcha de un curso causal idóneo para la producción de un resultado típico y esto es perfectamente previsible para el autor»⁹, por lo que en este caso el agente también adopta una decisión de lesionar el bien jurídico, la cual cuenta con una intensidad menor a la del dolo directo de primer grado.

Por consiguiente, a partir de los actos desplegados por el agente, la concreción del resultado antijurídico no depende de este sino del azar, lo que implica que en ese instante la determinación del sujeto ya se materializó. En el mismo sentido, añade la Corte que el elemento de «probabilidad» surge a partir de: (i) «la idoneidad objetiva de los medios empleados»¹⁰ y (ii) «la adecuación de las condiciones fácticas

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Ibid.

de contexto»¹¹. De lo anterior, a los ojos de la posición mayoritaria, se colige la compatibilidad entre ambas instituciones dogmáticas.

§ 9 – Una vez estudiado lo anterior, la Sala procedió a determinar el título en el que actuó Hernández Alcaraz en la realización de la conducta delictiva, considerando que obró en grado de dolo eventual y no en dolo directo. En consecuencia, decidió no casar la sentencia recurrida por votación mayoritaria. Los magistrados Diego Eugenio Corredor Beltrán y Carlos Roberto Solórzano Garavito salvaron su voto, manifestando sus motivos de disenso respecto a la admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual.

3.1 Salvamento de voto del Magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán

§ 10 – El Magistrado Corredor Beltrán manifestó que la decisión adoptada cuenta con evidentes vicios argumentativos en materia de debido proceso y garantías procesales, además vulnerar el principio de congruencia. Por su parte, indicó que la posición mayoritaria cuenta con vacíos sustanciales en punto de discusión de la admisibilidad entre las dos instituciones dogmáticas estudiadas.

§ 11 – En el salvamento de voto se recordó que una de las críticas al elemento de la «probabilidad» en el delito doloso eventual se fundamenta en la idea de que se trata de un concepto normativo de carácter cuantitativo y no ontológico, por lo que no permite establecer un elemento diferenciador para establecer en qué casos se desea el resultado típico. Bajo esa perspectiva, si bien es cierto que el elemento volitivo se encuentra reducido, este no puede ser suprimido.

Líneas más adelante, se hizo hincapié en que la figura del delito tentado procede en aquellos delitos que se cometen ejecutando diferentes etapas. Por ello, se torna problemático que no exista la voluntad inicial de lesionar el bien jurídico y, que, con el transcurso del *iter criminis*, el agente acepte cualquier resultado típico. Por lo tanto, para el Magistrado, es evidente que los términos señalados por el artículo 27 del Código Penal hacen referencia a un querer directo. En consecuencia, no puede considerarse que se pretenda la realización de un resultado «inequívoco» cuando este no necesariamente es querido por el agente.

Además, en el salvamento de voto se señala que la providencia no resuelve la paradoja consignada en el segundo inciso del artículo 27, donde se evidencia que la configuración de la tentativa requiere que el resultado no se produzca por

circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto. En ese entendido, no es posible señalar que los médicos tratantes, para salvar la vida de la menor, obraron en contra de la voluntad del procesado. Bajo esa perspectiva, indica el Magistrado que la norma referida requiere de un dolo directo por parte del sujeto. Puesto que, para poder contrariar su voluntad, esta debe gobernar los actos ejecutivos que persiguen el resultado lesivo.

Por último, el Magistrado Corredor Beltrán subrayó que, si en efecto el procesado se encontraba en una corta distancia, no existen motivos fundados para considerar que no obro en grado de dolo directo en vez de obrar en grado de dolo eventual.

3.2 Salvamento de voto del Magistrado

Carlos Roberto Solórzano Garavito

§ 12 – Por otra parte, el Magistrado Solórzano Garavito estimó que no existió el fundamento probatorio requerido para sustentar que el procesado se representó el peligro a partir de la conducta desplegada. De esta manera, en el salvamento de voto se precisó que las otras personas que se encontraban en el lugar no se representaron la probabilidad del peligro derivado de esa conducta, dado que: (i) la pareja sentimental de Hernández Alcaraz le facilitó el arma sin advertir que dicha conducta podía ser peligrosa para la vida e integridad de los presentes; (ii) el padre de la menor conocía *ex ante* que el procesado solía disparar al aire estando borracho y, aun así, no tuvo inconveniente en consumir licor con él hasta altas horas de la madrugada; y (iii) ninguno de los testigos persuadió al procesado para no disparar el arma de fuego. Por otra parte, asumiendo que se contara con los medios de prueba requeridos, para el Magistrado era más razonable pensar que Hernández Alcaraz obró con dolo directo de primer grado.

§ 13 – Por último, en el salvamento de voto se hizo hincapié en que no era posible hacer una propuesta respecto a la compatibilidad entre la tentativa y el dolo eventual en el entendido que no se cuenta con la premisa fáctica requerida. En esa medida, el Magistrado consideró que en esta ocasión no existe un verdadero desarrollo jurisprudencial en la materia.

4. Comentario

4.1 La SP510-2023 en el panorama doctrinal

§ 14 – La posición de la Sala Mayoritaria en la SP510-2023 se inscribe en la corriente mayoritaria de la doctrina la cual es favorable a la punición de la tentativa con dolo eventual. Estas posturas parten de la premisa que el delito tentado, para su punibilidad, admite todas las formas de dolo, incluyendo el eventual. De acuerdo con M. Kolz-Ott, tal y como reconstruye Elena Farré Trepaut, los partidarios a esta teoría generalmente omiten dar una justificación sobre ello¹², circunstancia que también se evidencia en el caso de la sentencia comentada, puesto que, para sustentar lo anterior se fundamenta en el artículo 22 donde se concibe al dolo eventual como una tercera forma de dolo.

En esa medida, esta providencia se enmarca, en lo que Farré Trepaut denomina, después de reconstruir el panorama jurisprudencial y doctrinal, «un clima de aceptación incuestionada sobre la punición de la tentativa con dolo eventual siempre que su punibilidad no sea discutida por otras causas»¹³. En la misma línea, Tamarit Sumalla considera que la postura mayoritaria se sustenta en un razonamiento silogístico que parte de las siguientes dos premisas: (i) el dolo eventual es una categoría de dolo¹⁴; y (ii) no existe un dolo de tentativa y, por el contrario, hay una coincidencia entre el elemento subjetivo en el delito consumado e intentado¹⁵, las cuales, se evidencian en la decisión.

§ 15 – Aun así, la SP510-2023 hizo un ejercicio argumentativo para explicar porque ambas instituciones pueden ser compatibles, precisando que, en la tentativa la sola puesta en marcha de un acto inequívocamente al resultado cumple con el estándar de probabilidad exigido en el dolo eventual. (Cfr. *Supra* § 8). No obstante, tal

12 Elena Ferré Trepaut, *La tentativa de delito* (Barcelona: Librería Bosch, 1986): 79.

13 *Ibid*, 93.

14 Se destaca la posición de Silvio Ranieri, quien en punto del «*elemento sicológico*» del delito tentado, manifiesta que no se requiere un dolo de tentativa, puesto que existe una identidad con el delito consumado. Esto, en la medida que, para este penalista, el dolo se encamina a la persecución de la consumación del tipo, dado que sus actos están dirigido a la producción del resultado. Entonces, la diferencia radica en el elemento material, más no en el elemento volitivo del injusto. Por consiguiente, Ranieri concluye que el delito tentado es admisible también con el dolo eventual. Cfr. Silvio Ranieri, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1975), 61, 61 – 62. Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (Pamplona: Civitas & Thompson Reuters, 2014), 456.

15 Tamarit Sumalla, “La tentativa con dolo eventual”, 516.

y como se insinuó en los salvamentos de voto (Cfr. *Supra* § 11) la formula propuesta por la Sala Mayoritaria no permite precisar los supuestos donde es admisibles la tentativa y cuales no; lo que, en la práctica, no explica porque es punible la tentativa de homicidio respecto de la menor lesionada y no sobre los otros que se encontraban jugando con ella.

§ 16 – Para subsanar este error, la Corporación pudo haber fundado su análisis en las tesis diferenciadoras. Estas hacen parte de un sector minoritario de la doctrina quienes indican que es posible la admisibilidad en ciertos casos determinados. En esa línea, Salm sostiene que es admisible la punición de la tentativa con dolo eventual, cuando el «hecho que la actuación del sujeto genere un «rechtserschütternden Erfolg» (resultado conmovedor del Derecho)»¹⁶.

§ 17 – Por otra parte, la Sala Mayoritaria dio por sentado que en Colombia no son admisibles las posturas que niegan la punición entre ambas instituciones dogmáticas intrincadas. No obstante, ignora la Corporación, que, dentro de este sector minoritario, se han expuesto críticas importantes a las tesis mayoritarias. Tamarit Sumalla indica que estas se han desarrollado de manera preponderante en Italia. El profesor español destacó la tesis planteada por Mantovani, quien sostiene que «la equiparación entre dolo directo y dolo eventual en la tentativa no puede hacerse sin violar el principio que prohíbe la analogía «in malam partem»»¹⁷.

§ 18 – En esa misma línea, Giovanni Fiandaca y Enzo Musco proponen el ejemplo de Sempronio, quien, escapando de la policía, le dispara en la pierna a uno de los agentes representándose la posibilidad que el disparo sea mortal. En este caso, los autores se preguntan si Sempronio debería ser procesado por tentativa de homicidio doloso eventual o por lesiones dolosas¹⁸. Después de un análisis de ambas posturas; los penalistas italianos subrayan que la autonomía estructural del injusto tentado (*fattispecie tentata*) sobre el tipo de consumación (*fattispecie del reato consumato*) justifica que en el primero el dolo asuma una connotación especial; el cual no coincide del todo con el consumado¹⁹.

Para complementar su análisis, Fiandaca y Musco estudiaron la compatibilidad desde las teorías objetivas y las subjetivas. Partiendo de las primeras, para los autores la incompatibilidad estructural se materializa en punto del requisito de

16 Salm citado por Tamarit Sumalla, «La tentativa con dolo eventual», 529 – 530.

17 Mantovani citado por Tamarit Sumalla, «La tentativa con dolo eventual», 525.

18 Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale: Parte Generale* (Bologna: Zanichelli Editore; 2006), 431.

19 *Ibid*, 432.

la univocidad (*univocità*) de la conducta, indicando que el dolo eventual no es compatible a este requisito. Postura contraria sostiene Antolisei, quien señala que la intención no puede confundirse con la univocidad de la acción; puesto que éste último es un requisito objetivo de la figura jurídica; elemento sin el cual no se pone en peligro el bien jurídico tutelado²⁰.

Por otra parte, desde el sentido común del concepto de «tentativa», para Fiandaca y Musco es inevitable que este parte de una tendencia orientada hacia un objetivo y no la aceptación de una posible, o probable, materialización de un riesgo. En consecuencia, partiendo desde ambas teorías se llega a un mismo resultado: la univocidad de la tentativa implica una correlación entre la conducta ontológico-naturalística y la intención del agente de conseguir un resultado típico. Por consiguiente, para Fiandaca y Musco la tentativa no es procedente cuando hay ausencia del dolo directo²¹.

§ 19 – En esa misma línea, Palazzo argumenta que penalizar el delito de tentativa en dolo eventual solo por el hecho que el agente se haya representado la probabilidad de un resultado típico y lo haya aceptado, significaría extender la tentativa hasta que coincida con la simple posibilidad objetiva del evento; lo cual es independiente de la voluntad del sujeto respecto del resultado no consumado. Según el autor, la postura a favor de la incompatibilidad va acorde a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal Italiano, por cuanto la norma exige el desarrollo de actos inequívocos y directos a la producción del resultado; con lo cual se entiende que la voluntad debe estar orientada a la realización del resultado típico²².

§ 20 – En Colombia, la escasa doctrina nacional ha formulado críticas a la postura mayoritaria. Recientemente Juan Felipe Daza Lora utilizó un enfoque dialéctico para estudiar la compatibilidad entre ambas instituciones a partir de la interacción entre las diferentes teorías que las sustentan. Sobre el particular, después de la reconstrucción dogmática de ambas figuras, el jurista de la Universidad de los Andes concluyó que existen tres escenarios donde se intersecan las distintas teorías. Por un lado, desde las teorías que hacen énfasis en los elementos objetivos, la tentativa y el dolo eventual pueden coincidir *prima facie*, no obstante, se presentan graves inconvenientes en su aplicación práctica, lo que las convierten en inaceptables. Por otra parte, desde las teorías subjetivas y mixtas se evidencia que el elemento

20 Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto penale: Parte generale* (Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003), 492 y ss.

21 Fiandaca y Musco, *Diritto penale: Parte Generale*, 432 – 433.

22 Francesco Palazzo, *Corso di Diritto penale: Parte generale* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2005), 462.

volitivo exigido por cada una de las figuras es incompatible entre sí. Por último, Daza Lora concluye que desde otras teorías como la del defecto del tipo y la impresión contienen diferentes fallos estructurales que, *per se*, hacen inviable su comparación. En esa medida, este autor concluye de manera general que no es admisible la punición de la tentativa con dolo eventual²³. No obstante, la conclusión de Daza Lora no es del todo convincente, dado que omite valorar aquellas posturas teóricas que abordan la problemática en sí y, en especial, aquellas que admiten la compatibilidad entre ambas instituciones de manera condicionada.

4.2 Toma de postura

§ 21 – El recuento del panorama doctrinal expuesto en el anterior acápite da cuenta que el problema jurídico abordado por la SP510-2023 tiene tres puntos de análisis interdependientes: (i) el elemento volitivo exigido en el delito tentado; lo cual, implica preguntarse si existe una correspondencia entre el delito consumado y el delito continuado. A partir de allí, (ii) se debe estudiar la estructura normativa del dolo eventual; distinguiendo con el dolo directo —a diferencia de otras investigaciones que pretenden diferenciarlo con la culpa con representación—. Lo anterior, en el entendido de verificar si el dolo eventual, como forma de dolo, tiene o no el mismo comportamiento normativo del dolo directo. Por último, (iii) el problema jurídico exige determinar el grado de probabilidad exigido para fundamentar la punibilidad la tentativa con dolo eventual. Dadas las limitaciones del alcance del presente comentario, se abordarán en lo esencial los tres aspectos relacionados con la SP510-2023.

§ 22 – *Elemento subjetivo de la tentativa*. Desde antaño, la doctrina especializada ha buscado fórmulas para justificar dogmáticamente la punición del delito tentado. El profesor Daza Lora indica que, hasta la fecha, no existe un consenso en la materia; en la medida que cada sector doctrinal cuenta con críticas importantes sobre la formulación de las otras posiciones teóricas. Pese a ello, Daza Lora destaca que, existe un ligero consenso en que, en la formulación de una teoría de la tentativa, se deben tener en cuenta factores objetivos —*probabilísticos*— y factores subjetivos —*volitivos*—, sin que se puedan prescindir alguno de ellos²⁴.

23 Juan Felipe Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2018), 94 – 95.

24 Von Hippel citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 61. Cfr. la postura de

§ 23 – Desde el punto de vista objetivo, Francesco Palazzo ubica la tentativa en el *iter criminis* entre la fase ideativa y la consumación de la conducta punible. Este último, entendido como la realización de todos los elementos del tipo penal (*fattispecie incriminatrice*)²⁵. Por su parte, Von Hippel considera que el fundamento de la punición es la puesta en peligro al bien jurídico tutelado²⁶. No obstante, como señala Daza Lora²⁷, la sola puesta en peligro no es suficiente para fundamentar la tentativa, puesto que se estaría aplicando una teoría demasiado extensiva en los casos particulares, lo cual, es aún más gravoso cuando se interseca con el dolo eventual por los motivos que se desarrollarán más adelante (Cfr. *Infra* § 29).

§ 24 – Ahora bien, en punto del elemento volitivo, el doctrinario Francesco Antolisei considera que el fundamento de la punición del delito de tentativa deriva de la comparación entre las distintas categorías del delito. Para este autor, nunca, o casi nunca, se requiere que se cumpla el objetivo ulterior que perseguía el agente en su fuero interno; sino que depende del caso a caso. En el caso del hurto, basta con el apoderamiento del bien, sin que se requiera que el autor haya obtenido un beneficio de su conducta. En otros casos, señala Antolisei, se penalizan conductas que se encuentran en fase preparativa de otras conductas punibles²⁸. Siguiendo su línea argumentativa, el fundamento de la tentativa se determina a partir del espíritu del legislador con la que se creó el tipo penal en cuestión; porque, el últimas, nada limita al legislador a crear el tipo penal especial para las formas intentadas. En consecuencia, el jurista italiano concluye que no existe una diferencia entre fundamento para

Kratzsch citada por Juan Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 61: «En complemento a lo ya establecido por Von Hippel, Kratzsch añade un parámetro adicional a esta teoría objetiva que, curiosamente, ya vimos durante la exposición del dolo eventual: la estadística. Entendido esto, este autor dice que, si bien el fundamento de la punición de la tentativa radica en la peligrosidad de la acción, aun cuando, en la situación específica, no ha alcanzado el resultado, esta peligrosidad debe ser fijada de acuerdo a un juicio estadístico de peligro, puesto que no puede ser una mera peligrosidad abstracta.»

25 Palazzo. *Corso di Diritto penale*: Parte generale, 456.

26 Cfr. «las pasadas teorías, realmente, son mixtas en su esencia puesto que no desconocen elementos ajenos sino que, por el contrario, involucran una comprensión total de la conducta aunque hacen énfasis únicamente en el elemento que, para cada uno, resulta más importante.» Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 65.

27 Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 62.

28 Antolisei, *Manuale di Diritto penale*: Parte generale, 484 y 485.

sancionar el tipo consumado y la tentativa, puesto que en ambos casos el Estado ejerce la acción penal por la existencia de un hecho que el propio Estado no puede tolerar por su carácter antisocial. Sin perjuicio de lo anterior, Antolisei señala que el elemento volitivo es necesario para la configuración de la tentativa²⁹.

§ 25 – En esa medida, desde el punto de vista de la sistematicidad del derecho, al encontrarse la tentativa en una fase previa a la consumación, eso implica lo que la doctrina ha denominado un «*adelantamiento de las barreras de protección*»³⁰: es decir, desde la política criminal, el Estado pretende adelantarse a la consumación del resultado típico para considerar una conducta penalmente relevante. En ese sentido, no cabría duda que en aquellos casos donde el agente con dolo directo ejecuta actos inequívocamente dirigidos a un resultado se estaría en los supuestos de la punición de la tentativa. No obstante, en el dolo eventual, con el elemento volitivo disminuido, queda la duda si el solo representarse el resultado y dejar al libre azar su producción es suficiente para satisfacer el requisito de la tentativa.

§ 26 – *Tradicionalmente el debate dogmático del dolo eventual se centra en distinguir esta figura de la culpa con representación.* El profesor alemán Claus Roxin ha manifestado que esta distinción es de los problemas dogmáticos más complicados de la doctrina, por lo que no existe un consenso para abordarlo³¹. No obstante, en el presente caso, está delimitación debe ser estudiada a la luz de las diferencias entre las distintas tipologías de dolo.

§ 27 – Sobre el particular, la sentencia comentada se fundamentó en lo establecido por la Sentencia con radicado 32.964 del año 2010; indicando que a partir de este precedente se adoptó la teoría de la probabilidad para distinguir el dolo eventual con la culpa con representación. Aun así, al revisar el radicado 32.964, la Corte subrayó que, en todos los niveles del dolo, se encuentra los elementos cognitivo y volitivo. En esa medida, la ponencia del Magistrado Bustos Martínez precisa que, en el dolo eventual, a diferencia del dolo directo, el elemento volitivo se encuentra disminuido, lo cual no implica que este no esté presente³². Esta posición va acorde

29 Ibid, 492 y ss.

30 Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 234.

31 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 424.

32 Cfr. «En todos los eventos es necesario que concurran los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa

al planteamiento del salvamento de voto del Magistrado Corredor Beltrán, dado que la Sala mayoritaria prescinde de este elemento para el análisis del problema jurídico.

§ 28 – Por otra parte, el mismo radicado 32.964 subraya que «*llas dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico.*»³³. Resalta a la luz que, de acuerdo con el planteamiento de la Corte, el elemento volitivo del dolo eventual se encuentra más cercano al de la culpa que al dolo directo. Posición similar sostiene el profesor Bernd Shünemann, quien propuso de *lege ferenda* suprimir la distinción de ambas figuras y crear una vía intermedia similar a la institución del *recklessness* en el derecho penal anglosajón. Si bien el análisis de su propuesta desborda el alcance del presente comentario, lo interesante acá corresponde a evidenciar la cercanía entre el dolo eventual y la culpa con representación, de tal modo que sería, para juicio del catedrático alemán, posible su unificación³⁴.

Por consiguiente, a diferencia de lo manifestado por la SP510-2023, el hecho que el dolo eventual se encuentre dentro de la categoría normativa del dolo implica necesariamente que este proceda en el delito tentado por el hecho de seguir siendo dolo. Inclusive, la doctrina jurídico-penal ha evidenciado diferentes categorías de tipos penales donde, pese a tratarse de un delito eminentemente doloso, se requiere del dolo directo, siendo insuficiente el dolo eventual. En esa medida, diferentes autores han manifestado que en los tipos penales donde se encuentra un elemento subjetivo especial distinto al dolo —como en los delitos de intención, de tendencia interna trascendente y cortados de resultado— no procede el dolo eventual³⁵.

consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.» Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32.964, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).

34 Bernd Schünemann. "Vías y desvíos de la dogmática del dolo eventual", en *El Derecho penal en transición: Libro homenaje a Carlos Julio Lascano (h.)*, dir. Gabriel Pérez Barberá, José Milton Peralta y Alejandra Verde (Argentina: Editorial AD Hoc, 2023), 238 y ss.

35 Sobre el particular, el profesor Gonzalo Quintero Olivares. *Parte General del Derecho Penal*. (Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2005), 284, ha expresado: «Las expresiones utilizadas por algún tipo que no pretenden más que reforzar la exigencia de la concurrencia de dolo directo. Por ejemplo: «a propósito», «intencionadamente». En estos casos el Derecho sólo pretende subrayar que una intención menos evidente determinaría que el hecho no mereciera la atención del Derecho Penal; por eso, cuando se encuentran tipos de esta clase suele excluirse la comisión doloso-eventual y la comisión imprudente, formas de ataque punible que se reservan para aquellos bienes jurídicos que, a juicio del legislador, son de tal importancia que requieren ser protegidos frente a ataques directos, indirectos, eventuales o imprudentes.» Cfr. Eric Hilgendorf y Brian Valerius. *Derecho Penal*.

Inclusive, en el caso de la sentencia comentada, es más probable pensar que el obrar de señor John Jairo Hernández Alcaraz fuese culposo a que exista un verdadero querer de la comisión del resultado, a diferencia de lo manifestado por el Magistrado Solórzano Garavito (Cfr. *Supra* § 12).

§ 29 – *Grado de probabilidad en la punición de la tentativa con dolo eventual.* Tal y como ilustra fehacientemente el profesor Daza Lora, las teorías que fundamentan la punición de la tentativa desde el punto de vista objetivo, cuentan con serias dificultades para decantar los supuestos de las conductas atípicas. La problemática radica en determinar si *ex ante* es probable la comisión de un resultado típico cuando este no se presenta. Köstlin ha manifestado que, si solo se analiza *ex ante* desde el punto de vista probabilístico, «estaríamos castigando al autor por lo que hubiese podido ocurrir mas no por lo que realmente ocurrió»³⁶. Posición similar sostuvo Siniscalco, quien advirtió «que «el ámbito de las incriminaciones sería demasiado extenso», sin que la necesaria correspondencia con los elementos objetivos del tipo de tentativa represente un límite suficiente»³⁷. Por el contrario, Reyes Alvarado, considera que se trata de una solución adecuada para la punición homogénea entre delitos consumados y tentados³⁸. No obstante, la presencia del dolo eventual en la ecuación cuestiona diáfanalemente que desde esa teoría se pueda fundamentar la punición sin tener en cuenta el elemento volitivo. Para subsanar esto, la SP510-2023 decantó dos propuso los siguientes dos criterios: (i) «la idoneidad objetiva de los medios empleados»³⁹ y (ii) «la adecuación de las condiciones fácticas de contexto»⁴⁰.

No obstante, tal y como subrayan los salvamentos de voto, esta fórmula no permite diferenciar la punición entre la menor lesionada y sus amigos. Puesto que, (i) el medio empleado —el arma de fuego— es el mismo y (ii) el contexto social en el que dispara al aire el señor Hernández Alcaraz es exactamente el mismo. La única

Parte General (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2017), 76: «Cuando la ley no requiere expresamente la intención (son características, en esa medida, formulaciones como "... para...", "con la intención de...") o el actuar a sabiendas (por ej., "de mala fe" o "a sabiendas"), basta el *dolus eventualis*, para afirmar que hay dolo. Por ello, como regla general no importa con qué grado de dolo obró el autor.»

36 Köstlin citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 59.

37 Siniscalco citado por Tamarit Sumalla, "La tentativa con dolo eventual", 525 – 526.

38 Reyes Alvarado citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 59 – 60.

39 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

diferencia radica en que se lesionó la integridad física de la menor. En esa medida, si se aplica el criterio de la Sala, se debió condenar al procesado por un concurso de tentativas de homicidio respecto de cada uno de los menores. Inclusive, si *ceteris paribus*, el proyectil no hubiese atravesado a ninguno de los presentes, igual así la conducta era penalmente relevante. No obstante, esta solución no parece acertada, en la medida que adoptar este criterio permitiría expandir el campo de acción de la tentativa a la sola puesta en peligro de un bien jurídico sin contar con un criterio verdaderamente diferenciador entre una tentativa de homicidio y una conducta atípica. Resulta entonces, más deseable, siguiendo la posición de Tamarit Sumalla, crear un tipo autónomo de disparar al aire; lo cual, responde de mejor manera al principio de legalidad y estricta tipicidad.

5. Conclusión

§ 30 – La Sala de Casación Penal desaprovechó una oportunidad de analizar a profundidad la viabilidad de la punición de la tentativa con dolo eventual en la SP510 de 2023. Por el contrario, desde el punto de vista doctrinal, la sentencia comentada se enmarca dentro de la corriente mayoritaria donde se asume la admisibilidad de la punición de ambas instituciones dogmáticas. En esa medida, si la Corte hubiese realizado dicho análisis; o (1) hubiese sentado una posición a favor de la punición sin precedentes, la cual sería objeto de debate intenso entre los diferentes sectores doctrinales; o (2) se pudo haber casado la sentencia; absolviendo al señor John Jairo Hernández Alcaraz por el delito de tentativa de homicidio en grado de dolo eventual y, en consecuencia, cambiando la calificación jurídica por lesiones personales.

Al realizar el análisis omitido por la Sala Mayoritaria, independientemente de la postura doctrinal asumida, se evidencia que el dolo eventual, dentro de su ubicación sistemática, se encuentra más cercano a la culpa con representación que al dolo directo, donde el dolo eventual sigue teniendo un componente volitivo, aunque esté atenuado. Por consiguiente, existe una autonomía desde el punto de vista subjetivo entre el delito consumado y el tentado; donde en el segundo, por su estructura normativa, se exige una voluntad dirigida a la consumación del resultado típico, lo que riñe con la concepción de dolo eventual adoptada en Colombia.

§ 31 – Aunado a lo anterior, en la providencia comentada, la Corporación no decantó un criterio objetivo que permita diferenciar en qué casos la probabilidad es suficiente para configurar la tentativa en grado de dolo eventual. En esa medida, en la providencia no se explica cuál es el derrotero para determinar la procedencia de la

tentativa de homicidio en el caso de la menor lesionada y no respecto de los demás menores que se encontraban presentes, tal y como insinuó el Magistrado Corredor Beltrán en su salvamento de voto. En esa medida, aplicar la postura de la SP510 de 2023 en otros casos posteriores implicaría *per se* ampliar el especto de la punibilidad de conductas que no se materializan en un resultado típico, lo que contraviene el principio de legalidad.

Por consiguiente, si desde el punto de vista objetivo —probabilístico— no existe un criterio que permita determinar en qué casos se admiten ambas figuras y; desde el punto de vista volitivo, se evidencia que en la tentativa hay una voluntad de concreción del resultado, desde la postura acá planteada no existen motivos suficientes para concluir que la adecuación realizada por la Fiscalía sea correcta. En otras palabras, no hay fundamento lógico para concluir la admisibilidad de la tentativa con dolo eventual y, por ende, se debió casar la sentencia; modificando la calificación jurídica por lesiones personales doloso eventuales.

Bibliografía

- Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto penale: Parte generale*. Sedicesima edizione aggiornata e integrata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250, (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Courtis, Christian. "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática". En *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación dogmática*, editado por Christian Courtis. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2006.
- Daza Lora, Juan Felipe. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?* Bogotá: Universidad de los Andes, 2018.
- Farré Trepat, Elena. *La tentativa de delito*. Barcelona: Librería Bosch; 1986.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Diritto penale: Parte Generale*. Quarta edizione. Bologna: Zanichelli Editore; 2006.

Gómez Rivero, María del Carmen. "Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 66, n.º1, (2013): 159–204.

Hilgendorf, Eric y Brian Valerius. *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana por Leandro A. Dias y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2017.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Palazzo, Francesco. *Corso di Diritto penale: Parte generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

Quintero Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2005.

Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho*, traducción por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la segunda edición alemana. Madrid: Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la primera edición alemana. Pamplona: Civitas & Thompson Reuters, 2014.

Schünemann, Bernd. "Vías y desvíos de la dogmática del dolo eventual". En *El Derecho penal en transición: Libro homenaje a Carlos Julio Lascano (h.)*, dirigido por Gabriel Pérez Barberá, José Milton Peralta & Alejandra Verde. Argentina: Editorial AD Hoc, 2023.

Tamarit Sumalla, Josep Maria. "La tentativa con dolo eventual". *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, No. 2, (1992): 515–560.



HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO, "Comentario a la sentencia STP14521-2025
¿Redención de pena con base en la reforma laboral?",
Nuevo Foro Penal, 105, (2025)

Comentario a la sentencia STP14521-2025. ¿Redención de pena con base en la reforma laboral?¹

*A punishment reduction based on the labor reform?
Comments on the sentence by
the Colombian Supreme Court (STP14521-2025)*

NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ*

1 Documento derivado del proyecto de investigación "Análisis psico-jurídico de la política criminal colombiana" (ID 21309). Este comentario fue escrito durante la estancia de investigación realizada por el autor en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe – Argentina), la cual fue financiada por el Programa Magallanes de Movilidad Académica Internacional entre todas las Instituciones Asociadas a la AUIP 2025.

* Profesor, miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política y Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magíster en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Miembro del comité de expertos voluntarios de la Sala Especial de Seguimiento al Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario, y en los Centros de Detención Transitoria de la Corte Constitucional.

Correo electrónico: norberto hernandezj@javeriana.edu.co.

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

El 25 de junio de 2025 se promulgó una Reforma Laboral “*para el trabajo decente y digno en Colombia*” que en su artículo 19 regula la experiencia laboral de las personas privadas de la libertad y en su inciso segundo establece que por cada tres días de trabajo se descontarán dos días de la pena privativa de la libertad (redención de pena). Esta norma fue debatida en virtud de una proposición aditiva² y aprobada mediante sesión plenaria del Senado de la República³ quedando en el texto conciliado de los proyectos de ley 311 de 2024 (senado) y 166 de 2023 (cámara)⁴.

Adicionalmente, en el artículo 70 de la Ley 2466 de 2025 se establece que se derogan o modifican todas las normas que le sean contrarias o incompatibles, resultando reformado, por contera, el artículo 82 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), que consagraba un descuento de un día de privación de libertad por dos días de trabajo.

Ahora bien, la aplicación de esta norma en sede de ejecución de la pena no ha sido pacífica, argumentándose, entre otros reproches, que (i) no ha sido reglamentada por parte del Ministerio del Trabajo, de conformidad con la exigencia que consagra el parágrafo de la norma⁵, (ii) ser inconstitucional por afectar el principio de unidad de materia⁶ y (iii) no ser aplicable de manera retroactiva⁷. Este último aspecto podría tener sustento en la jurisprudencia de la década de los 90⁸ que fue restrictiva en la aplicación por favorabilidad de la regulación contenida en el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), pero incompatible con la calidad de “derecho” que

2 *Cfr.* Plenaria del Senado de la República - Junio 12 de 2025 – Minuto 08:56:50
<https://www.youtube.com/watch?v=yzHSNeyzvdQ>

3 *Cfr.* Gaceta del Congreso 1061 del 19 de junio de 2025.

4 *Cfr.* Gaceta del Congreso 1075 del 19 de junio de 2025.

5 *Cfr.* Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Auto del 23 de julio de 2025,
Rad. 1100122040002015000730 (M.P. Manuel Antonio Merchán Gutierrez) (fundamento 14 y numeral primero de la parte resolutiva).

6 Esto se desvirtúa preliminarmente en el auto del 4 de septiembre de 2025,
Rad. 050016000000201900867. Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. Auto del 4 de septiembre de 2025, Rad. 050016000000201900867 (M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras). Con base en este mismo reproche, actualmente se encuentra en trámite una demanda de inconstitucionalidad contra esta norma jurídica (Expediente D-16736) ante la Corte Constitucional.

7 *Cfr.* Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué. Auto interlocutorio 797 del 23 de julio de 2025, Rad. 11001600005520120009000, NI 17447, *Contrario sensu*, Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué. Auto del 14 de julio de 2025, Rad. 73449600045420160003400, NI 3942.

8 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 16 de diciembre de 1999, Rad. 11408 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

ostenta la redención de pena. Dicha calidad fue ratificada con la reforma contenida en los artículos 55 y 64 de la Ley 1709 de 2014 y reconocida judicialmente tanto por la Corte Constitucional⁹, como por la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

Empero, la redención de pena no es un beneficio ni un subrogado (mecanismo sustitutivo de la pena) sino una expresión de la dignidad humana y un instrumento dentro del tratamiento penitenciario por medio del cual el Estado ofrece al penado la posibilidad de resocializarse. Además de percibirse una remuneración como contraprestación por el trabajo realizado¹¹, esta clase de actividades repercuten en el descuento del tiempo impuesto como pena privativa de la libertad. Adicionalmente, se puede redimir pena por estudio, enseñanza y por actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en comités de internos, programados por la dirección de los establecimientos.

En este punto, importante advertir que en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)¹² se señalan los límites del trabajo penitenciario, incluyendo temas de remuneración, descanso, seguridad, entre otras (Reglas 96-103). Lo anterior encuentra correspondencia a nivel local con lo consagrado en los artículos 10 y 79 del Código Penitenciario y Carcelario, enfatizando la finalidad resocializadora del tratamiento penitenciario, de conformidad con lo establecido en los artículos 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5 (numerales 2° y 6°) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Esta finalidad fue ratificada mediante sentencia C-294 de 2021.

En virtud de lo anterior, resulta acertada la sentencia STP14521-2025 que dejó sin efectos los autos proferidos el 15 de julio y 22 de agosto de 2025, por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas de Buga y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad que habían negado la aplicación del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025. En virtud del amparo constitucional, se deberá redosificar la redención de pena a favor del sujeto, con base en lo dispuesto en la reforma laboral, aplicando el principio de favorabilidad.

9 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-718 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio).

10 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP-8442, Rad. 80488 (02-07-15), (M.P. Jose Luis Barceló Camacho).

11 La resolución 864 de 2024 del Ministerio del Trabajo estableció las especiales condiciones del trabajo penitenciario en sus diferentes modalidades, su remuneración, los parámetros de afiliación al Sistema de Riesgos Laborales.

12 Aprobadas el 17 de diciembre de 2015 por la Asamblea General (Resolución 70/175).

En síntesis, la decisión de la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró la calidad de “derecho” que tiene la redención de la pena y resolvió algunos de los reproches realizados por algunos funcionarios judiciales, para no aplicar esta norma:

- ✓ “La reglamentación a la que se alude por parte del Ministerio del Trabajo no está relacionada con el concepto de actividad productiva y ocupacional, sino con el reconocimiento de estas labores en los establecimientos carcelarios y su certificación como adquisición de la experiencia laboral de la población carcelaria para ser validada ante terceros para su ingreso al mercado laboral”¹³ (página 24).
- ✓ “Bajo la tesis de que se trata de una disposición insertada en norma de carácter laboral, no puede desconocerse que la redención de pena es un derecho y que la modificación efectuada representa una reforma favorable en materia de los cálculos de redención de pena por trabajo de las personas privadas de la libertad” (página 29).

Adicionalmente, en el auto del 4 de septiembre de 2025 (Rad. 050016000000201900867) de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín se amplia este panorama, considerando que la reforma en materia de redención de pena consagrada en el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025 no solo cobija al trabajo, sino también a la enseñanza como una actividad laboral “cualificada”. Adicionalmente, teniendo en cuenta las características individuales que requiere el sujeto dentro del tratamiento penitenciario y su finalidad resocializadora, considera que en algunos casos se enfocaría en la enseñanza como actividad intramural indispensable. Así, la finalidad de la resocialización habilita la analogía en *bonam parte* de la norma contenida en la reforma laboral, en principio, destinada a las actividades laborales en estricto sentido y sin especificar que la enseñanza hace parte de las mismas. Incluso, considera que la reforma sería aplicable para estudios y las actividades asimilables, lo cual compartimos.

Finalmente, en cuanto al reproche de unidad de materia (del cual no se ocupó la sentencia STP 14521-2025), señaló que “*la norma podía señalar las consecuencias del trabajo carcelario porque ello no solo se asocia con la retribución justa y trato digno que procura la reforma, sino que también guarda nexos teleológicos y causales con la materia regulada*” (página 6), sumado a que no se advierte una manifiesta trasgresión a la Constitución Política, siendo inaplicable la excepción de inconstitucionalidad.

13 En el mismo sentido el auto del 4 de septiembre de 2025 (Rad. 050016000000201900867) de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín (página 7).

Bibliografía

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-718 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP-8442. Rad. 80488 (02-07-15), (M.P. Jose Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto del 16 de diciembre de 1999. Rad. 11408 (M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).
- Gaceta del Congreso 1061 del 19 de junio de 2025.
- Gaceta del Congreso 1075 del 19 de junio de 2025.
- <https://www.youtube.com/watch?v=yzHSNeyzvdQ>
- Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué. Auto interlocutorio 797 del 23 de julio de 2025.
Rad. 11001600005520120009000, NI 17447.
- Juzgado Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué. Auto del 14 de julio de 2025. Rad. 73449600045420160003400, NI 3942.
- Plenaria del Senado de la República - Junio 12 de 2025 – Minuto 08:56:50
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Auto del 23 de julio de 2025.
Rad. 1100122040002015000730 (M.P. Manuel Antonio Merchán Gutiérrez).
- Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. Auto del 4 de septiembre de 2025.
Rad. 050016000000201900867 (M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras).



Guía para autores

La Revista **Nuevo Foro Penal** pretende publicar artículos inéditos, traducciones, ensayos, comentarios a jurisprudencia y reseñas bibliográficas, que preferentemente sean el resultado o el avance de investigaciones, dentro de su área de interés.

Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección que cuenta con varias etapas: una primera evaluación por parte del comité editorial de la revista que verificará que el texto cumpla con los requisitos formales y corresponda a sus temáticas de interés. Y una segunda evaluación por parte de dos pares evaluadores (doble ciego DBPR) que aprobarán con o sin modificaciones la publicación del artículo de acuerdo a la calidad científica, la estructura y fundamentación, así como al manejo de fuentes y el rigor conceptual del texto. Tendrán prelación los escritos que sean producto de procesos de investigación. De manera excepcional y en razón de su importancia, se aceptarán artículos publicados en el extranjero.

Para el primer número de cada año (a publicarse en el mes de junio) la revista recibirá textos hasta el mes de diciembre anterior. Para el segundo número (a publicarse en el mes de diciembre) la revista recibirá textos hasta el mes de junio anterior. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cierre de recepción, se informará a los autores del resultado de los procesos de evaluación. Los artículos seleccionados serán publicados en el siguiente número, a menos que la cantidad de textos supere las posibilidades de publicación de la revista, en cuyo caso se le informará al autor de la posibilidad de publicarlo en números posteriores con su aprobación.

Los documentos que se propongan para ser publicados en la revista **Nuevo Foro Penal**, deberán cumplir con los siguientes criterios:

- Se debe tratar de artículos inéditos en lengua castellana, frente a los cuales el autor se compromete a no presentarlos simultáneamente para su examen a otras revistas nacionales o extranjeras.
- No deben utilizarse las negrillas ni subrayados. Cuando quiera resaltarse algo, deben emplearse las cursivas, así como cuando se usen términos o expresiones extranjeras.
- La extensión de los artículos no debe ser superior a las 25.000 palabras.
- El texto debe contener un título, un resumen en español y, en lo posible, en inglés (abstract), de una extensión máxima de ciento cincuenta palabras (150). Igualmente, todo artículo debe contener las palabras clave que describan su contenido, así como un sumario del mismo.

- Debe indicarse a pie de página la información del autor que incluya la afiliación institucional y su dirección de correo electrónico.
- Se debe señalar el origen del texto: si es el resultado de una investigación, si ésta está inscrita en algún grupo de investigación o proyecto.

Las citas a pie de página deben presentarse conforme al sistema que se describe a continuación:

- Para los libros: se indicará el nombre y apellidos del autor, utilizando un punto para señalar a continuación el título del libro en cursivas. Luego, con el uso de un paréntesis, se indicará la ciudad. A continuación con el uso de dos puntos, se incluirán la editorial y el año de publicación, y se cerrará el paréntesis. A continuación, con el uso de una coma, se indicará el número de las páginas citadas. Cuando la obra ya haya sido citada, sólo se incluirá el apellido del autor, de la obra y el número de página. Si la obra citada es la inmediatamente anterior, se utilizará Ibid. Todo ello de acuerdo con los siguientes ejemplos:

Alfredo Molano. *Penas y cadenas*. (Bogotá: Planeta, 2004), 5.

Molano. *Penas y cadenas*, 5.

- Para los artículos de revista: se indicará el nombre y apellidos del autor, utilizando una coma para señalar a continuación el título del artículo entre comillas. Luego, con el uso de una coma, se indicará el nombre de la revista en cursiva, seguido del volumen, la indicación del número, el año entre paréntesis y, seguidas de dos puntos, las páginas. Cuando el artículo ya haya sido citado, sólo se incluirá el apellido del autor y de la obra, y el número de página. Si la obra citada es la inmediatamente anterior, se utilizará Ibid. Todo ello de acuerdo con los siguientes ejemplos:

Joachim Vogel, "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 11 (2003): 249-251.

Vogel, "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)", 250.

Cuando en la parte final del artículo se haga referencia a las obras citadas (bibliografía), la misma habrá de ser en orden alfabético, según el primer apellido del autor, conforme a las siguientes reglas:

- Para los libros: se indicarán los apellidos y nombre del autor, separados por una coma. Utilizando un punto, se señalará a continuación el título del libro en cursivas. Luego, con el uso de un punto, se indicará la ciudad. A continuación con el uso de dos puntos, se incluirán la editorial y el año de publicación. Todo ello de acuerdo con el siguiente ejemplo:

Molano, Alfredo. *Penas y cadenas*. Bogotá: Planeta, 2004.

- Para los artículos de revista: se indicarán los apellidos y el nombre del autor, separados por una coma. Utilizando un punto, se señalará a continuación el título del artículo entre comillas. Luego, con el uso de un punto, se indicará el nombre de la revista en cursiva, seguido del volumen, la indicación del número, el año entre paréntesis y, seguidas de dos puntos, las páginas. Todo ello de acuerdo con el siguiente ejemplo:

Vogel, Joachim. "Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal)". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, n°11, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, (2003): 249-250.

Una vez recibido el texto, éste se somete a una preselección por parte del Comité Editorial en la que se determina su pertinencia temática para la revista. Una vez el trabajo es calificado como pertinente para la publicación, se inicia el proceso de evaluación académica, en el que se conserva el anonimato de evaluadores y autores. Este proceso determina la idoneidad académica del texto y la posibilidad de publicación, o la necesidad de solicitar modificaciones a los autores para nuevamente someter el trabajo a una nueva evaluación.

El artículo se deberá remitir a través de la plataforma (OJS) de la revista.

Las opiniones expresadas en los artículos que se publiquen, son responsabilidad exclusiva de los autores, quienes al acceder a la publicación ceden los derechos patrimoniales de autor y reiteran que se trata de un texto inédito. Cualquier cuestión contraria deberá ser expresamente manifestada al Director o a la Editora.

Esta revista se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2025
Medellín, Colombia