

**UNIVERSIDAD
EAFIT**

Nuevo Foro Penal

106

Volumen 22

Enero-junio 2026

Licencia 00577 de 1985

ISSN 0120-8179

Revista de periodicidad semestral

Universidad EAFIT

Medellín, Colombia

Contacto:

Carrera 49 7 Sur-50

Bloque 38, oficina 531

Teléfono: (604)2619520

E-mail: nfp@eafit.edu.co

Diseño:

Isabel Cristina Castaño Preciado

Diagramación:

Julián Cuéllar

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

Nódiar Agudelo Betancur
Fernando Velásquez Velásquez

Director

Juan Oberto Sotomayor Acosta, Ph.D.

Editora

Susana Escobar Vélez, Ph.D.

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-Conlledo, 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

Luna Castro Amador

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	
Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino TORRES ORTEGA, ILSSE CAROLINA	12
La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales POSADA BOTERO, JOSÉ DAVID.....	47
El <i>ánimo libidinoso</i> y su prueba: análisis dogmático y epistémico de la imputación subjetiva en el delito de <i>acto sexual con menor de catorce años</i> LEDESMA CANO, MATEO	96
Legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de revisión de la responsabilidad penal: una apuesta por la justicia material en el proceso acusatorio colombiano HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO; PANTOJA-RUIZ, JUAN PABLO.....	129
Autonomía de la voluntad y dominio del hecho: la paradoja dogmática de la prohibición del agente provocador en el derecho penal contemporáneo MEDINA RICO, RICARDO HERNÁN	164
Limitaciones de la igualdad de armas en la preclusión de la actuación penal MAYA VILLAZÓN, OSNAIDER	184
Bibliografía	
Reseña de: Luigi Ferrajoli. <i>Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal</i> . Editorial Trotta, 2025 BENAVIDES HERRERA, BRYAM NICOLÁS	221

Jurisprudencia

Comentario a la Sentencia STP5152-2026

Redención de pena 2 x 3 (dos días de reclusión por tres días de trabajo, estudio o enseñanza)

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO 227

Entre la protesta y el terrorismo: crítica dogmática y procesal a la Sentencia SP022-2025 de la Corte Suprema de Justicia

BETANCOURTH MONTENEGRO, ALBERTO 239

Editorial

Desde 1998 —Sentencia T-153—, y con reiteraciones en la T-388 de 2013, la T-762 de 2015 y la SU-122 de 2022¹, la Corte Constitucional ha declarado que el sistema penitenciario y carcelario colombiano viola de manera masiva y sistemática los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Más de dos décadas después, el hacinamiento persiste y la crisis carcelaria se ha agravado en múltiples indicadores. Esta paradoja obliga a una crítica rigurosa: el Estado de Cosas Inconstitucional (ECI), concebido como instrumento de transformación estructural, ha operado en la práctica como mecanismo de normalización jurídica de la crisis. La reiteración del diagnóstico ha provisto al sistema de una coartada: mientras la Corte constata y ordena, el Estado declara avances parciales y aplaza indefinidamente la transformación real. Bajo la apariencia de control constitucional activo, la violación masiva de derechos adquiere una suerte de legitimación por omisión.

La consecuencia lógica de la declaratoria del ECI es una que el sistema penal colombiano aún no ha asumido plenamente: si las prisiones son estructuralmente inconstitucionales, toda pena privativa de la libertad ejecutada en esas condiciones es, en sentido estricto, una pena inconstitucional. El Estado no puede sostener simultáneamente que las cárceles y prisiones violan la Constitución y que es legítimo seguir enviando personas a ellas. Esta contradicción no es un matiz: es el núcleo del problema de legitimidad del sistema punitivo colombiano.

A este problema interno se suma una dimensión internacional que no puede ignorarse. La persistencia del ECI durante más de dos décadas configura una violación continuada de las obligaciones convencionales asumidas por Colombia bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular de los artículos 5 (integridad personal) y 7 (libertad personal). El Estado colombiano no solo incumple su propia Constitución: incumple compromisos internacionales de carácter vinculante ante los cuales ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Ello abre la vía —y la obligación— de activar el litigio estratégico ante el Sistema Interamericano para exigir compromisos concretos, medidas de no repetición y reparaciones que vayan más allá de las declaraciones internas que hasta hoy han demostrado ser insuficientes.

La contradicción adquiere su expresión más grave en la detención

1 Sentencia que extendió la declaratoria del estado de cosas inconstitucional a los centros de detención transitoria.

preventiva. Someter a una persona amparada por la presunción de inocencia a un establecimiento que no cumple los mínimos constitucionales de dignidad equivale, en términos precisos, a tortura institucional. A ello se suma un efecto devastador para el proceso penal: las condiciones insoportables del encierro preventivo presionan a los imputados a suscribir preacuerdos como vía desesperada de salida, lo que convierte a la detención preventiva en un instrumento de coacción ilícita sobre la voluntad del acusado y reduce el debido proceso a una ficción. El Estado, al encarcelar preventivamente en esas condiciones, no solo viola la dignidad de quienes presume inocentes: corrompe el sistema de justicia en su conjunto.

Frente a este panorama, el garantismo constitucional exige replantear la lógica judicial de la privación de libertad. Mientras subsista el ECI, los jueces de control de garantías deberían abstenerse de imponer medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario, optando por la detención domiciliaria o medidas no privativas de la libertad como exigencia directa de los artículos 1, 12 y 29 de la Constitución. En la fase de ejecución, figuras como la suspensión condicional, la prisión domiciliaria y la libertad condicional deben operar como mecanismos constitucionalmente obligados, no como beneficios excepcionales. La carga argumentativa debe invertirse: el juez no debería justificar por qué concede la alternativa, sino explicar de manera estricta y reforzada por qué, pese a la inconstitucionalidad estructural del sistema, resulta admisible enviar allí a una persona. La cárcel debe ser la última razón dentro de la última razón.

Para que el ECI deje de ser una declaración simbólica, la doctrina constitucional debe dotarse de mecanismos de cierre con consecuencias jurídicas automáticas. Si transcurrido un plazo determinado el Estado no acredita la superación del estado crítico mediante indicadores verificables, deberían activarse efectos directos: revisión generalizada de las detenciones preventivas vigentes, suspensión de nuevos ingresos a establecimientos en hacinamiento crítico o aplicación preferente de medidas alternativas en todos los procesos en ejecución de pena. Sin consecuencias jurídicas concretas y exigibles, la declaratoria del ECI seguirá siendo, como hasta hoy, una constatación sin dientes: moralmente relevante, procesalmente inútil.

A estas críticas deben sumarse otras dimensiones igualmente urgentes: el impacto diferencial del ECI sobre poblaciones vulnerables —mujeres, comunidades indígenas, personas LGBTQ+, personas con discapacidad—, cuya situación exige respuestas diferenciadas; el contraste con experiencias comparadas como la ADPF 347 del Brasil, donde el ECI fue acompañado de órdenes operativas concretas que Colombia todavía no ha adoptado; y la obligación ético-profesional de la defensa

penal de invocar activamente el ECI en cada solicitud de medida de aseguramiento y en cada actuación ante jueces de ejecución de pena, convirtiendo la doctrina constitucional en herramienta de protección individual.

El ECI penitenciario y carcelario, leído desde un garantismo consecuente, no puede seguir siendo gestionado: debe ser superado. La constatación reiterada de la crisis no es un punto de llegada; es la premisa para reconstruir el modelo sancionatorio sobre principios de humanidad y excepcionalidad real de la prisión. Frente a esa realidad, la pretendida neutralidad del juez penal no es una opción constitucionalmente admisible: en su condición de garante primario de los derechos fundamentales, el juez no puede limitarse a aplicar la norma ignorando el sistema al que entrega a las personas. Garantizar derechos no es contemplar su violación: es intervenir para impedirla.

Estudios

Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino

TORRES ORTEGA, ILSSE CAROLINA

La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su
incidencia en las diferentes instituciones procesales

POSADA BOTERO, JOSÉ DAVID

El *ánimo libidinoso* y su prueba: análisis dogmático y epistémico de la imputación
subjettiva en el delito de *acto sexual con menor de catorce años*

LEDESMA CANO, MATEO

Legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de
revisión de la responsabilidad penal: una apuesta por la justicia material en el
proceso acusatorio colombiano

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO; PANTOJA-RUIZ, JUAN PABLO

Autonomía de la voluntad y dominio del hecho: la paradoja dogmática de la
prohibición del agente provocador en el derecho penal contemporáneo

MEDINA RICO, RICARDO HERNÁN

Limitaciones de la igualdad de armas en la preclusión de la actuación penal

MAYA VILLAZÓN, OSNAIDER

TORRES ORTEGA, ILSSE CAROLINA, "Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Dogmática jurídica y Derecho penal en Carlos Santiago Nino

Legal Dogmatics and Criminal Law in Carlos Santiago Nino

ILSE CAROLINA TORRES ORTEGA*

Fecha de recibo: 03/09/2025. Fecha de aceptación: 02/12/2025

DOI: 10.17230/nfp22.106.1

Resumen

En este trabajo se analiza la concepción de la dogmática jurídica en la obra de Carlos Santiago Nino con el fin de reconstruir su visión de la dogmática penal y explicar la recepción limitada de su pensamiento en este ámbito. En primer lugar, se examinan sus críticas al formalismo jurídico y su impacto en la comprensión de la dogmática como ciencia del Derecho, especialmente en lo relativo al encubrimiento de la dimensión normativa del razonamiento jurídico. En segundo término, se estudia la proyección de estas críticas sobre la dogmática jurídico-penal, en particular sobre la teoría general

* Profesora-investigadora. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos, México. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx.

Este texto se ha visto profundamente enriquecido por los comentarios, críticas y sugerencias de las personas que lo dictaminaron. Agradezco su tiempo y disposición para dar lugar a una mejor versión del trabajo y, con ello, contribuir a que siga teniendo sentido la construcción de comunidades académicas.

del delito. Finalmente, se exploran las posibles razones de su influencia limitada en el pensamiento penal iberoamericano y se reivindica la relevancia de su obra como una vía para fortalecer la reflexión crítica en el ámbito de la dogmática penal.

Palabras clave

Carlos Santiago Nino, Dogmática jurídica, Derecho penal.

Abstract

This article examines Carlos Santiago Nino's conception of legal dogmatics in order to reconstruct his understanding of criminal law dogmatics and explain the limited reception of his work in this field. First, it analyzes his critique of legal formalism and its impact on the understanding of dogmatics as a science of law, particularly with regard to the obscuring of the normative dimension of legal reasoning. Second, it explores how these criticisms extend to criminal law dogmatics, especially to the general theory of crime. Finally, the article examines the possible reasons for Nino's limited influence on Ibero-American criminal law theory and defends the relevance of his work as a means of strengthening critical reflection in the field of criminal law dogmatics.

Keywords

Carlos Santiago Nino, Legal Dogmatics, Criminal Law.

Sumario

1. Introducción; 2. La dogmática jurídica y la crítica al formalismo; 3. La dogmática jurídica como ciencia del Derecho; 4. La dogmática penal en el pensamiento de Nino; 5. La irrelevancia (o no) de Nino en la dogmática jurídico-penal; 6. Reflexiones finales. Entonces, ¿por qué leer al Nino penalista?; 7. Bibliografía.

1. Introducción

Para la filosofía del Derecho del mundo latino, el trabajo de Carlos Santiago Nino es bien conocido e identificado como un importante referente en la materia. Nino se ha convertido en un autor clásico al que se recurre cuando se precisa una aproximación a debates en torno al concepto del Derecho, la fundamentación de los derechos humanos, los modelos de ciencia jurídica, las teorías de la justicia o la fundamentación de la democracia. Aunado a lo anterior, para este gremio también es bien sabido que Nino realizó múltiples aportaciones a otras áreas jurídicas, como la del Derecho penal, en la cual sus contribuciones se ubican en la reflexión filosófica sobre la materia —la filosofía del Derecho penal—, pero también en la dogmática jurídico-penal.

No obstante, el “Nino penalista” parece ser más estudiado y considerado por las y los filósofos del Derecho, mientras que en el medio penal no ha llegado a consolidarse como un autor de referencia. Lo interesante de dicha situación radica en el diagnóstico que, implícitamente, se da respecto a por qué sucede esto. Desde la iusfilosofía, la poca relevancia de Nino en el ámbito penal del mundo latino suele presentarse como una omisión, un error que tiene que ver con las deficiencias internas y el hermetismo de la tradición de la dogmática jurídico-penal¹. Sin embargo, desde el otro lado, el de quienes cultivan el Derecho penal, esa valoración no es tan clara. ¿Realmente es Nino un autor minusvalorado por la dogmática penal?, ¿su obra resulta demasiado crítica con la tradición jurídico-penal, y esto explicaría su desplazamiento?, ¿se trata, más bien, de una cuestión de desconocimiento?, ¿existen otras razones relevantes que deberían considerarse en este escenario?

El objeto de este texto es hacer una revisión general de la concepción de la dogmática jurídica que Nino trazó a lo largo de su obra para reconstruir de mejor manera cuál era su concepción de la dogmática penal y, desde allí, poder plantear una hipótesis explicativa sobre por qué su recepción en este ámbito ha sido limitada (o no). Al respecto, sostendré que la evaluación sobre su influencia reducida ha de tener presentes dos importantes consideraciones: a) su forma característica de entender y desarrollar reflexiones filosóficas sobre cuestiones penales y, b) la falta de afinidad al sistema jurídico de algunas de sus reflexiones.

Para llevar a cabo lo anterior, en primer lugar, voy a centrarme en la reconstrucción de su concepción de la dogmática jurídica, subrayando la preocupación y la crítica

1 Como ejemplo, las palabras de Gustavo Beade: “su escasa influencia en el campo del Derecho penal no se debe a las limitaciones de sus propuestas o a su falta de profundidad, sino, por el contrario, a nuestras propias carencias”. Gustavo Beade, “El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 35 (2011): 162-163.

al formalismo que subyace a la concepción del Derecho que da lugar a ella. En segundo lugar, exploraré otra dimensión relevante dentro de su concepción sobre la dogmática jurídica, correspondiente a la manera en que se articula la disciplina en torno a la aspiración de cientificidad del conocimiento jurídico. En tercer término, y derivado de lo anterior, intentaré articular una visión de la dogmática penal que, posteriormente, nos permita hacer una evaluación respecto de la importancia del pensamiento de Nino en el pensamiento penal contemporáneo. Será en este punto donde abordaré las razones que antes presentaba, examinando la tesis que afirma su irrelevancia injustificada en el ámbito penal latinoamericano.

2. La dogmática jurídica y la crítica al formalismo

Mucho se ha escrito sobre la manera en que los intereses académicos de Nino corrieron en paralelo a sus experiencias y compromisos vitales. Tal y como indica Fiss,

Carlos hablaba al mundo, pero también era parte de él. Sus ideas fueron moldeadas por lo que ocurría en el mundo de la misma forma como estos eventos fueron en parte moldeados por sus ideas. Su agenda intelectual reflejaba las exigencias de la historia [...]².

También se han destacado como características de su obra que posibilitan una lectura sistemática la coherencia y la articulación de sus tesis más importantes, incluso tratándose de escritos realizados en épocas distintas³.

En atención a estas dos propiedades que suelen ser atribuidas a sus escritos es posible establecer una cierta cronología o al menos un recorrido evolutivo en su obra. Nino comienza su vida académica en Buenos Aires, Argentina, como parte de una generación de jóvenes filósofos del Derecho de orientación analítica que comenzaron su formación en el Instituto Gioja. En esa misma época inició su formación en Derecho penal gracias a su cercanía a penalistas como Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler.

En estos inicios, sus intereses se centraron en la metodología de la ciencia jurídica y de la decisión judicial –cuyo resultado lo podemos identificar en obras como *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*⁴ o *El concurso en el Derecho*

2 Owen Fiss, "Prólogo", en Gustavo Maurino, comp., *Derecho, moral y política. I. Metaética, ética normativa y teoría jurídica* (Barcelona: Gedisa, 2007), 12.

3 Victoria Roca, *Derecho y razonamiento práctico en la obra de Carlos S. Nino* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005).

4 Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal* (México: Ediciones Coyoacán, 2011).

*pena*⁵. Le sigue otra etapa de investigación en la que preparó una introducción a la filosofía jurídica en la que se ocupó de una serie de problemas de índole conceptual en torno al Derecho —ahí podemos identificar *Notas de introducción al Derecho*, luego publicado como *Introducción al análisis del Derecho*⁶. Posteriormente, vino una etapa en Inglaterra en la que desarrolló, en el contexto de su tesis doctoral, una teoría general sobre la responsabilidad penal. Para este trabajo, partió de la crítica metodológica de la teoría del delito general vigente, de la cual resultó el libro *Los límites de la responsabilidad penal*⁷. También desarrolló las implicaciones de su teoría general sobre la responsabilidad penal en instituciones concretas, como en *La legítima defensa*⁸. Más adelante retomó algunos temas de los que se había ocupado con anterioridad, como la cuestión del iuspositivismo y la ciencia jurídica. Este período dio lugar a *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*⁹. Su último período de actividad teórica lo dedicó a la fundamentación de la ética y su vinculación con cuestiones centrales para el ámbito práctico, como la justificación de los derechos humanos. Ejemplo de ello es su obra, ya clásica, *Ética y derechos humanos*¹⁰.

Este recorrido pone de manifiesto una diversidad de intereses que, al tiempo, confluyen en algunas preocupaciones¹¹. Una de las más reiteradas tiene que ver con la necesidad de fundamentar el Derecho, así como las acciones y decisiones que resultan de este; asimismo, y tras esa necesidad, la denuncia al formalismo —o a ciertos rasgos de este— que atraviesa la reflexión jurídica y a sus autores.

De acuerdo con Nino, lo anterior ha producido en la tradición jurídica continental un descuido generalizado de la dimensión justificativa en la reflexión jurídica. El descuido abarcaría cuestiones de método, pero también grandes temáticas como las teorías de la justicia, y tópicos específicos de ética jurídica como el caso de la justificación del castigo estatal, la fundamentación de la democracia y de los derechos humanos, la legitimidad del aborto, la eutanasia, el suicidio, etc.¹².

5 Carlos Santiago Nino, *El concurso en el derecho penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta* (Buenos Aires: Astrea, 1972).

6 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2007).

7 Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980).

8 Carlos Santiago Nino, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico* (Buenos Aires: Astrea, 1982).

9 Carlos Santiago Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 2.ª ed. (México: Fontamara, 1995).

10 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (Barcelona: Ariel, 1989).

11 Carlos Santiago Nino, "Carlos S. Nino". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 175-177.

12 Nino, *Ética y derechos humanos*, 177.

La denuncia que hace del formalismo, desde luego, tendrá distintos matices a lo largo de sus trabajos. A efectos de lo que aquí me interesa destacar, es posible empezar a rastrearla en la distinción entre la dimensión descriptiva y la normativa de los saberes. Ya en sus primeras obras, Nino denunciaba la tendencia a hacer pasar por descriptivo lo que en realidad es una actividad de naturaleza normativa¹³ y, por ende, la urgencia de que el Derecho —el cual ubicaba en esta última dimensión—, se tomara en serio el trabajo de fundamentación. Este defecto llevaría a razonamientos mal contruidos en los que, deduciendo lo que debe ser de lo que es, se estaría cayendo en la falacia naturalista¹⁴.

Como muestra de este descuido, Nino destaca la manera en la que típicamente son incorporadas las normas jurídicas al razonamiento jurídico. Así, ya en su *Introducción al análisis del Derecho* identificaba el “teorema fundamental de la filosofía del Derecho” o “la proposición central para comprender el fenómeno jurídico” —la cual estaría presente a lo largo de su trayectoria académica—, y la explicaba en estos términos:

La proposición afirma que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones operativas para justificar acciones y decisiones, como las de los jueces, a menos que sean concebidas como derivando de juicios morales, es decir, proposiciones normativas que exhiben los rasgos distintivos de la autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, superveniencia y publicidad¹⁵.

Así, de acuerdo con dicho teorema, las normas jurídicas no son razones justificativas autónomas a menos que sean concebidas como proposiciones normativas que exhiben los rasgos distintivos de los juicios morales. Con ello, identificaba la relevancia y la primacía del razonamiento práctico en el Derecho —entendido desde la unidad Derecho, moral y política—, como el razonamiento que permite justificar racionalmente una acción y/o decisión.

13 Al hablar de normatividad hago referencia al sentido filosófico que implica que alguna acción, actitud o estado mental de algún otro tipo está justificado, una acción que uno debería hacer o un estado en el que uno debería estar. El área filosófica que más se ocupa de la normatividad, casi por definición, es la ética. Stephen Darwall, “Normativity,” *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Taylor & Francis Group, 2024, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1#>

14 Al respecto, como indican Vega y Olmos: “Desde la Ilustración, y con importantes antecedentes en la obra de Thomas Hobbes y John Locke, la compartimentación de enunciados entre aquellos que hacen referencia a hechos y los referidos a valores ha llegado hasta nosotros influida por el argumento humeano, también conocido como Ley de Hume, que señala la imposibilidad de inferir conclusiones evaluativas o éticas a partir de premisas fácticas. La distinción de Hume entre hecho y valor ha tenido una influencia esencial en una parte importante de las teorías morales del siglo xx y está detrás del argumento filosófico de Moore que identifica la *falacia naturalista*, consistente en pensar que los juicios normativos pueden ser justificados apelando únicamente a hechos naturales” Luis Vega y Paula Olmos, *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (Madrid: Trotta, 2011), 191.

15 Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 144–145.

En definitiva, las proposiciones que describen meros hechos no pueden desempeñar el rol de razones susceptibles de fundamentar conclusiones sobre lo que debe hacerse, lo que es correcto o justo. Bajo esta lectura, la filosofía del Derecho de Nino muestra ya los lazos con su filosofía moral y política, arrojando una concepción del Derecho que lo presenta, en su dimensión justificativa, como una práctica social intrínsecamente conectada con la práctica del discurso moral¹⁶.

Sin embargo, a esta proposición básica del razonamiento jurídico subyace algo mucho más complejo que nos remonta a la historia y al desarrollo de nuestra comprensión del fenómeno jurídico. Para Nino, este recorrido corresponde al proyecto de consolidación de la disciplina jurídica que coincide con el declive del iusnaturalismo y el avance de las teorías iuspositivistas¹⁷. Es en este período de transición cuando tienen lugar las concepciones formalistas (típicamente, el formalismo legalista de la Escuela de la exégesis, el formalismo conceptual de la Jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurisprudencial de la teoría estadounidense), cuya herencia sigue siendo rastreable en la actual cultura jurídica. Así, el formalismo como concepción va a hacer que se instale en los juristas la idea de que el Derecho —entendido como su objeto, el Derecho positivo— es un saber de naturaleza descriptiva susceptible de comprobación y predictibilidad y, con ello, tiene valor científico —según cierto modelo de ciencia—. Basta tener presente que a las concepciones formalistas se les atribuye la comprensión del Derecho bajo los siguientes rasgos: el Derecho es un sistema completo y coherente; únicamente los legisladores pueden crear Derecho; los cambios jurídicos deben ser muy menores para privilegiar la certeza y la previsibilidad; el verdadero Derecho consiste en reglas generales y abstractas fijadas

16 Nino reivindica así las relaciones existentes entre el Derecho, la moral y la política. La postura meta-ética defendida por Nino fue el *constructivismo ético*, sosteniendo que es posible justificar racionalmente juicios de valor y que el camino para llegar al conocimiento moral es la práctica social de deliberar con otros —su posición es un tipo de constructivismo al que podemos llamar *discursivo*—. En el plano de la ética normativa, Nino se basó, principalmente, en los planteamientos de Kant y de Rawls, complementando tales proyectos filosóficos con el de Habermas. Partiendo de estas influencias, defiende el *liberalismo igualitarista* que se manifiesta en un conjunto de principios que se derivan a partir de los presupuestos formales del discurso moral. Identifica así los siguientes: el principio de autonomía, el principio de dignidad y el principio de inviolabilidad de la persona. Asimismo, Nino fue partidario de la *democracia deliberativa* —aunque pasando de un discurso monológico (Kant y Rawls) a uno dialógico (Habermas)—, sosteniendo que sólo a través de un método como el del debate y consenso democrático es posible alcanzar la legitimidad de las normas e instituciones, ya que este consenso tiene valor epistémico en relación con los principios de justicia (*constructivismo epistemológico en materia moral*).

17 Aun cuando el método de la dogmática jurídica es asociado al formalismo jurídico, Nino reconoce que históricamente es producto del iusnaturalismo de orientación racionalista. El Derecho natural racionalista —además de haber inspirado la base teórica de los derechos del ser humano— motivó un alto grado de reflexión acerca de la actividad que desarrollaban los juristas y la “naturaleza” de dicha actividad. Lo anterior, dio lugar a que, entre otras consecuencias, el Derecho positivo fuera desatendido, puesto que el “método racional” se enfocaba en la construcción de un sistema jurídico ideal; esta situación cambió cuando este sistema jurídico ideal se intentó concretar en leyes. Durante los siglos XVIII y XIX tuvo lugar en Europa el movimiento de la codificación —cuyo hecho culminante fue el código civil francés de 1804—, dando comienzo a una época marcada por una actitud reverencial hacia el Derecho positivo. A partir del siglo XIX, gracias a la escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos del primer Ihering, los teóricos del Derecho consolidaron una metodología que pretendía construir un modelo de “ciencia jurídica”, el cual, no obstante su origen, se consolidó teniendo como base una concepción formalista del Derecho.

en documentos jurídicos; los conceptos jurídicos poseen una lógica propia, por lo que siempre es posible deducir de ellos soluciones sin necesidad de introducir elementos extrajurídicos; y, las decisiones judiciales solo pueden justificarse deductivamente, de acuerdo con el silogismo subsuntivo¹⁸.

En este punto, es importante tener presente que cuando Nino escribe sobre la dogmática jurídica es este contexto —la herencia palpable del formalismo— que considera. En el siglo XIX la dogmática se había vinculado centralmente con la sistematización del Derecho positivo, según los rasgos antes enunciados. En el siglo XX este modelo de dogmática jurídica pasó a revisarse críticamente debido a los excesos formalistas en que había caído, así como a la necesidad de que esta pudiera responder a las necesidades de una época en la que el mundo había cambiado y los ordenamientos jurídicos en general también. De ahí que el énfasis de Nino estuviera colocado en cómo construir una dogmática orientada al escenario socio-jurídico que procedió a las grandes guerras, en el que resultaba central considerar la dimensión ideal de los Estados, especialmente en cuanto a sus aspiraciones de garantizar los derechos humanos.

El formalismo en los términos enunciados no podía considerarse vigente en el momento en que Nino escribe. No obstante, el autor denuncia su predominio en los países de tradición continental, como países en los que el Derecho legislado podía considerarse el principal y casi único objeto de preocupación del estudio del Derecho, así como de referencia para la labor de los juristas prácticos. Esta forma de comprender lo jurídico determina el tipo de ciencia jurídica —la dogmática jurídica— que se ha cultivado en el gremio.

Cuando Nino habla de dogmática jurídica hace referencia a la actividad que llevan a cabo los estudiosos del Derecho, los resultados y los métodos que conforman la ciencia jurídica¹⁹. De esta forma, si desde la concepción formalista, el Derecho

18 Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 23.

19 No obstante, tal y como indica Núñez, no es del todo claro qué es o en qué consiste esta “dogmática jurídica”. Él distingue entre los diferentes significados en los que se puede emplear esta expresión: 1. En primer lugar, “dogmática jurídica” equivale sin más a la actividad desarrollada por los estudiosos del derecho (y/o a sus resultados y método). Es decir, la expresión es usada, en este primer sentido, como sinónima de “ciencia del derecho”. 2. En segundo lugar, “dogmática jurídica” haría referencia al estudio del contenido del derecho más atento a la práctica jurídica respecto de la “ciencia del derecho”, la cual tendría un mayor grado de generalidad y abstracción. 3. “Dogmática jurídica” es también utilizada para referirse al conjunto de opiniones valorativas de los estudiosos del derecho sobre el derecho positivo (*lege y sententia ferenda*). Frecuentemente se trata de una expresión peyorativa y con una clara carga valorativa negativa, aunque también es posible utilizarla sin connotaciones emotivas. 4. “Dogmática jurídica” también es empleada para referirse al método adoptado por algunos estudiosos del derecho alemanes del siglo XIX como Laband, Jellinek, el primer Jhering y, por supuesto, Puchta y Savigny: la jurisprudencia de conceptos. 5. “Dogmática jurídica” es también usado para hacer referencia no ya a un conjunto de tesis metodológicas defendidas y empleadas durante el siglo XIX, sino a una posterior reelaboración de aquellas muy difundida todavía hoy en día. En este sentido, la expresión “dogmática jurídica” es utilizada como sinónima de “formalismo jurídico”. 6. Por último, “dogmática jurídica” también puede designar una determinada actitud frente al derecho, irreflexiva o meramente formal, de aceptación del mismo que supuestamente tendrían los estudiosos del derecho hacia su objeto de estudio. Álvaro Núñez Vaquero, “Dogmática jurídica”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 6 (2014): 246.

consiste en un sistema autosuficiente de reglas, capaz de dar respuesta a cualquier caso, sin necesidad de atender a una dimensión sociológica o a una valorativa, entonces corresponde a la dogmática concentrarse en el Derecho positivo y hacer un seguimiento lo más fiel posible de este, prescindiendo de otros saberes como la moral y la política. Así, los resultados de esta dogmática —por ejemplo, las teorías jurídicas— pretenden ser meras descripciones del Derecho positivo; análisis de una parte de la realidad jurídica que ya viene dada y que solo hace falta descubrir y estructurar.

Antes de seguir avanzando en esta dirección, sin embargo, es importante precisar que el formalismo también se hace manifiesto en una dimensión fenomenológica, al nivel de las prácticas sociales del Derecho. Esto favorece ciertas actitudes por parte de las personas que operan el sistema, pero también mermaría las posibilidades de una dogmática que se retroalimenta de las exigencias y necesidades de la realidad social. Así, en los países de la tradición continental es habitual que la casuística jurídica se caracterice como innecesariamente compleja, repleta de enredos y formalidades solemnes, así como de reglas de trato no escritas que dificultan la práctica del Derecho. La cultura jurídica del mundo latino suele ser considerada extremadamente formalista, en un sentido que Nino compara con una actitud mágica que nos ha llevado a creer que, en la medida en la que se cumplan una serie de formalidades y se sigan los rituales de los procesos, entonces se conseguirán ciertos efectos jurídicos previstos. Dicha mística, sin embargo, ha ido sembrando obstáculos en la práctica jurídica que se sostienen más en la tradición que en una revisión de la racionalidad de nuestras creencias, minando la posibilidad de transformación social del Derecho. Así, por ejemplo, a propósito del proceso judicial, Nino afirma que el formalismo crea una actitud ritualista y medrosa en los abogados y en la gente en general, quienes terminan por ver en este proceso un juego del que saldrá triunfador quien supere todos los obstáculos y haga caer a la otra parte en el mayor número posible de trampas, en vez de enfatizar la discusión sobre los intereses que constituyen el telón de fondo del pleito y sobre su compatibilidad con principios de moralidad social²⁰.

Además, este tipo de actitudes no solo caen en la irracionalidad, sino que favorecen la anomia social, puesto que un ejercicio ritualista difícilmente podrá considerar los fines sociales que subyacen a las normas. En este sentido, Nino señala que este tipo de actitudes caracterizan la conducta burocrática en las sociedades sin ley. Esto es, la de quienes se adhieren a las normas sin consideración a los fines

20 Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 303.

por los que fueron dictadas, ya sea porque asumen que una norma es un fin en sí misma, o un medio para fines de otro tipo, como el lucro personal o el ejercicio de poder sobre otros²¹.

Estas actitudes respecto a la práctica del Derecho, entonces, se pondrán de manifiesto en la dogmática jurídica. Nino se refiere especialmente a dos: la actitud de aceptación de la validez de las normas jurídicas y la actitud de aceptación de la racionalidad del legislador. Respecto a la primera, una aceptación dogmática de las normas jurídicas es aquella que no resulta de haber realizado una confrontación con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad²². La persona dogmática toma el Derecho positivo como un dato ya dado que no es susceptible de crítica, en cuanto a su contenido, a su fuente²³, alimentado por —y alimentando— la creencia formalista de que el Derecho consiste en un sistema autosuficiente y completo que no necesita ser sometido a evaluación crítica ni justificar su interpretación. La actividad dogmática rechaza que deba acudirse a consideraciones, por ejemplo, valorativas o sociológicas y, en las ocasiones en que se hace, se presenta como si, en realidad, esas consideraciones no fueran externas, sino internas al ordenamiento jurídico. De esta manera, la persona que desarrolla la dogmática estaría orientada a sustentar su actuar en criterios formales, considerando su actividad sustancialmente como una descripción objetiva y neutra del Derecho positivo. La otra actitud que estaría sustentando la forma tradicional de hacer dogmática es la aceptación de la racionalidad del legislador. Si se parte de que el Derecho positivo debe admitirse sin crítica, entonces tiene sentido que el jurista deba asumir como premisa verdadera la existencia de un legislador justo, imperecedero, finalista, omnisciente, onnipotente, coherente, omnicomprensivo, económico, operativo, etc.; propiedades que, tal y

21 Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (Buenos Aires: Emecé Editores, 1992), 42.

22 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 22.

23 En el lenguaje ordinario la expresión “dogmática” parece más relacionada con la teología, dentro de la cual, precisamente, los textos sagrados funcionan como dogmas; esto es, se consideran verdades inmodificables e incuestionables. Los dogmas, en este sentido, no se discuten ni están sujetos a la crítica, sino que se aceptan por mera convicción. Así, resulta paradójico que, pese a la añoranza de cientificidad de los teóricos del Derecho, al menos en este sentido no exista nada más contrario a la ciencia que los dogmas: la verdad de una proposición empírica no depende de la convicción subjetiva del científico, sino que se debe contar con pruebas que corroboren su validez. Atienza sugiere que, en realidad, la dogmática se encuentra en un lugar intermedio entre la ciencia y la teología: la posición del dogmático no es la del teólogo, ya que casi nadie negaría el carácter histórico y dinámico del Derecho positivo, pero tampoco del científico de la naturaleza, ya que se encuentra sometido a la autoridad del Derecho, lo cual establece límites que le son infranqueables. Manuel Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, *Filosofía del derecho y transformación social* (Madrid: Trotta, 2017), 176. Podemos observar que, pese a que los dogmas en el Derecho se refieren a las prescripciones, estas son expresiones lingüísticas no susceptibles de verdad o falsedad, sino de calificarse como justas o injustas —por ejemplo—; lo cual obedece, más bien, a un lenguaje normativo.

como señala Nino, resultan más propias de los dioses que de personas reales²⁴.

En definitiva, la manera tradicional de entender y llevar a cabo la dogmática jurídica es para Nino algo que no puede entenderse si no se rastrea en el intento por despojar al Derecho —y a la dogmática jurídica— de su normatividad —entendida desde la unidad del razonamiento práctico—, reduciéndolo a una descripción meramente formal del fenómeno jurídico. Asimismo, esto nos ha de llevar a revisar las aspiraciones que han acompañado la historia de nuestra disciplina y de nuestra cultura jurídica.

3. La dogmática jurídica como ciencia del Derecho

Hasta aquí queda claro que, al hablar de la dogmática jurídica, Nino está haciendo referencia a un modelo de ciencia específico que es resultado de una cierta concepción del Derecho reproducida tanto por quienes cultivan la dogmática como por quienes llevan a cabo la práctica jurídica. Esto nos lleva a tener que explorar con un poco más de detalle qué es exactamente lo que Nino tiene en mente cuando habla de la dogmática y cómo la misma se relaciona con el conocimiento jurídico.

Antes indicaba que, al hablar de la dogmática jurídica, Nino hace referencia a un sentido de esta que se equipara con el de “ciencia del Derecho”, aduciendo la actividad desarrollada por los estudiosos de esta materia, e incluyendo con ello tanto sus métodos como sus resultados. Estas actividades, sin embargo, estarían mediadas por el formalismo arraigado en los participantes del Derecho, lo cual se pondría de manifiesto en actitudes como la adhesión acrítica a la legislación y la aceptación de las cualidades formales del Derecho positivo y su subsecuente reducción a dichas cualidades. Estas actitudes, no obstante, implican la aceptación de creencias que estarían siendo adoptadas por la ciencia jurídica de una manera “dogmática”. Esta última expresión se estaría utilizando en un sentido distinto, uno que refiere la creencia en la verdad o corrección de una proposición sin haberla sometido a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico que normalmente están presentes en las exigencias del conocimiento científico. En el caso del Derecho, típicamente la aceptación de la fuerza obligatoria del Derecho por cuestiones de mera autoridad. Por eso, Nino va a caracterizar a la dogmática jurídica con actitudes ideológicas por parte de quienes la desarrollan, y con la aceptación de ideales irracionales respecto al Derecho positivo²⁵.

24 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 101.

25 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 322.

No obstante, en este recorrido no queda del todo claro cuál es el modelo de ciencia que Nino tiene presente para después revisar y criticar el modelo específico de la ciencia jurídica. Sobre esto, a primera vista, parecería que Nino tiene en mente un modelo que, como bien advierte Álvarez, pone en juego una caracterización de ciencia que hoy podríamos considerar ingenua y reduccionista²⁶. Tal y como se presentó en el apartado anterior, uno de los puntos de partida en las tesis del autor es la separación entre lo normativo y lo descriptivo. El modelo de ciencia construido sobre la distinción entre hecho y valor es un modelo vinculado con el positivismo lógico, el neoempirismo, que identifica lo que tiene sentido —lo que es significativo— con lo que es verificable. De acuerdo con esta perspectiva, las proposiciones sobre cuestiones normativas deberían ser, o bien analíticas o bien fácticas; de lo contrario, pasarían a considerarse acientíficas y, con ello, un problema ajeno a aquello que puede ser justificado racionalmente y constituir un conocimiento fiable y objetivo. Como caso paradigmático, podemos recordar la conclusión de Carnap, quien consideró que a través de la lógica moderna se había hecho posible dar una respuesta definitiva al problema de la validez y justificación de los saberes normativos:

En el campo de la *Metafísica* (incluyendo la filosofía de los valores y la ciencia normativa), el análisis lógico ha conducido al resultado negativo de que las pretendidas proposiciones de dicho campo son totalmente carentes de sentido. Con esto se ha obtenido una eliminación tan radical de la metafísica como no fue posible lograrla a partir de los antiguos puntos antimetafísicos²⁷.

Esta manera de entender lo científico, sin embargo, ha sido problematizada a lo largo de los años. La dicotomía hecho/valor —“es” frente a “debe”— y la dicotomía analítico/sintético —cuestiones de “hecho” frente a relaciones de “ideas”— fueron centrales para el empirismo clásico y para el positivismo lógico en el siglo XX²⁸. La estrechez del criterio de significatividad llevó a que este tuviera que revisarse profundamente y, finalmente, se tuviera que abandonar la idea de que un predicado fáctico significativo necesariamente implica un predicado observacional:

La dicotomía hecho/valor de los positivistas lógicos se basaba en una imagen estrechamente científicista de lo que puede considerarse un hecho, al igual que el

26 Luciana Álvarez, “Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico”, *Dialécticas normativas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019): 3.

27 Rudolf Carnap, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, *El positivismo lógico* (Madrid: FCE, 1993): 66.

28 Hilary Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho valor y otros ensayos* (Barcelona: Paidós, 2004), 23.

antecedente humeano de esta distinción se basaba en una estrecha psicología empirista de ideas e impresiones²⁹.

Así, el criterio de significatividad cognitiva por parte de los positivistas lógicos fue abriéndose; en principio, reconociendo que no todo lo científicamente significativo implica un enunciado de hecho, puesto que hay enunciados analíticos —sin contenido fáctico— y enunciados sintéticos—fácticos. A partir de la segunda mitad del siglo pasado este criterio recibió nuevos y definitivos embistes cuando Quine abatió la noción de lo analítico, subrayando que la idea de clasificar todo enunciado como fáctico o analítico era una cuestión intrincada, imposible de solucionar. La ciencia ha cambiado, problematizando cada vez más la noción de hechos como entidades observables por los sentidos y desvinculando la objetividad de la descripción. Los valores, las experiencias, las convenciones no son sinónimo de irracionalidad; cada vez es más claro que la ciencia los presupone, y que el conocimiento científico depende de las formas contemporáneas de concebir las prácticas científicas³⁰.

No obstante lo anterior, los cuestionamientos de Nino no se dirigen hacia el modelo de ciencia predominante en las distintas disciplinas, sino a las aspiraciones de quienes cultivan la ciencia jurídica —teniendo como base el paradigma formalista— respecto al estatus de su actividad y del conocimiento jurídico que resulta de ella. Esto es, podría parecer que las prevenciones de Nino hacia el modelo de ciencia en general son exageraciones de lo que fue el paradigma de la razón científica en siglos anteriores, pero esta apreciación se apacigua a la luz de las preocupaciones concretas del autor. Nuevamente, Nino estaría cuestionando una forma de entender la ciencia que llevaría a exacerbar ciertos rasgos de un modelo que, ciertamente, ha creado sus propios dogmatismos en distintas áreas del conocimiento. El modelo de ciencia que, de acuerdo con su criterio, es recogido por el Derecho sería uno que toma algunos atributos del modelo clásico empirista y neoempirista, acentuando la distinción entre hecho y valor, e identificando todo lo normativo con lo irracional. El Derecho, para ser considerado ciencia, tendría que apartarse por completo de la categoría de valor y tener la capacidad de generar un conocimiento susceptible de ser objetivo y comprobado analíticamente. De ahí que el conocimiento jurídico tenga que traducirse en descripciones, susceptibles de ser verificadas en la realidad y no dependientes de los sujetos que interpretan o aplican el Derecho.

Lo anterior tendrá dos consecuencias destacables para Nino. La primera tiene

29 Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor*, 41.

30 Thomas Samuel Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Carlos Solís Santos, 2.a ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 2004).

que ver, paradójicamente, con el valor atribuido al conocimiento científico sobre otro tipo de conocimiento. La segunda será el encubrimiento de las diversas actividades abarcadas por la dogmática jurídica.

La primera cuestión se refiere a las dificultades de concluir la científicidad del Derecho. Durante siglos los estudiosos de las distintas áreas del Derecho se han preocupado por lo complejo que resulta hacer corresponder su actividad con un modelo de científicidad que, en general, desestima la subjetividad y la impredecibilidad. A lo largo de los últimos siglos se han ensayado todas las vías posibles para configurar una ciencia del Derecho, pero todos estos intentos han dado resultados insatisfactorios³¹. En gran medida, esto es resultado de los múltiples desacuerdos que, aún hoy, existen en torno a la concepción del Derecho y a las actividades que desarrollan los juristas.

Los juristas realizan muchas actividades —algunas explícitas y otras no— con distintos objetivos; por esto mismo, parten de diversos presupuestos conceptuales y metodológicos. Aunque podría asumirse simplemente que la dogmática engloba una serie de actividades heterogéneas que tienen relevancia para la práctica del Derecho³², esto resultaría insatisfactorio para un gremio que considera que una actividad, cuando es susceptible de ser calificada como “científica”, pone de manifiesto su carácter racional, su relevancia social y su respetabilidad intelectual. Esto sería una muestra de la carga emotiva positiva del término “ciencia”, pero no implica en modo alguno que una actividad que no encaje en los cánones de científicidad no cumpla con las cualidades mencionadas. Nino pone esto de manifiesto al indicar que tampoco suele calificarse una actividad como científica si, aun cuando coincida con los cánones científicos, no tiene cierto grado de sofisticación intelectual y trascendencia social³³.

Ya Stevenson afirmaba que nuestro lenguaje está plagado de palabras que poseen un vago significado descriptivo y un rico significado emotivo, lo que ocasiona que el primero esté en constante redefinición. Sin embargo, si se otorga un nuevo significado conceptual a palabras que mantienen su significado emotivo, se da lugar

31 Atienza señala que “se ha procurado ver como una ciencia formal (según el modelo de la lógica o de la matemática), como una ciencia natural, como una ciencia social empírica, o como una ciencia social (por su objeto), pero construida según métodos distintos a los de las ciencias empíricas (ciencia espiritual, cultural, etcétera). Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, 178.

32 La propuesta de Atienza consiste en ver la dogmática jurídica como una tecno-praxis, esto es, como una técnica cuyo cometido fundamental no es obtener conocimiento, sino resolver problemas prácticos sobre la aplicación, interpretación y producción del Derecho. Atienza propone unificar la tesis de que la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, sino que es más bien una técnica social con la tesis de que el Derecho se inserta dentro de la razón práctica. Atienza, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”.

33 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 13.

a definiciones persuasivas que influyen en los intereses de las personas³⁴. Así, hay que considerar que el propio concepto de “ciencia” es ambiguo —posee varios significados, así como una ambigüedad particular de proceso-producto— y vago —su aplicabilidad no está definida y, a pesar de las zonas claras, hay grandes zonas de penumbra—. Pese a lo anterior, no podemos negar que la controversia sobre qué casos caen en su núcleo central y tienen carácter científico no es meramente verbal; está en juego la jerarquía, la trascendencia, la utilidad de la actividad en cuestión, así como la posición social de quienes la desarrollan³⁵.

De esta manera, para los estudiosos del Derecho ha sido necesario poder llamar “ciencia” a lo que hacen, como una manera de asegurar y hacer valer ante los demás que su labor es relevante y debe ser tomada en cuenta. Esto no responde a una preocupación superficial, en tanto que dicho interés ha motivado el refinamiento de la disciplina y la reflexión acerca de la naturaleza de las actividades desarrolladas en el Derecho. Sin embargo, lo que sí resulta cuestionable es el intento forzado de hacer encajar el conocimiento jurídico dentro de una manera de entender la racionalidad científica orientada al mundo del ser, la falta de consciencia sobre los temores y la necesidad de reafirmación que ha llevado a tal empeño y, especialmente, el ocultamiento —consciente o inconsciente— de ciertas dimensiones de la actividad jurídica para lograr dicha correspondencia.

Esto nos permite introducirnos en la segunda cuestión. Siendo las actividades jurídicas tan heterogéneas, con objetivos y funciones diversas, es evidente que en algún punto estas sean valorativas. Sin embargo, la dogmática jurídica, al estar construida sobre el formalismo, rechaza esta dimensión por no corresponderse al Derecho positivo, a su vez, entendido como una realidad ya dada que puede tomarse como dato objetivo que solo puede ser descrito, mas no cuestionado o reconstruido.

Nuevamente, el cambio del iusnaturalismo racionalista al formalismo permitió que el conocimiento acerca del Derecho positivo tuviera un nivel de sistematización y certeza que no se había tenido antes, lo cual favoreció que los juristas pensarán más que nunca en su nuevo papel. No obstante, las actitudes formalistas frente al Derecho positivo que han resultado de este ejercicio han llevado a una aceptación de este sin someterlo a juicio crítico, basada en criterios puramente formales; esto es, una aceptación dogmática. En estos términos, la mejor manera de desarrollar la actividad jurídica es apegándose lo más posible al Derecho positivo, y la manera de generar conocimiento jurídico es describiéndolo objetivamente y llegando a soluciones

34 Charles L. Stevenson, *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1963), 35.

35 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 16.

deducibles de este. Sin embargo, el quehacer jurídico que pretende plantear soluciones apropiadas a los problemas jurídicos a menudo lleva a cabo funciones creadoras que pretenden hacerse pasar como consecuencias previstas por el propio ordenamiento jurídico. En este sentido, Nino afirma que esto es algo sumamente común en la práctica del Derecho que, sin embargo, pasa desapercibido porque los juristas emplean distintas técnicas y recursos para proponer modificaciones al sistema, al tiempo que mantienen la apariencia de absoluta adhesión al Derecho legislado. Principalmente, identifica la formulación de teorías, los ejercicios de análisis conceptual que caen en esencialismos, y la exaltación de ideales como el del legislador racional.

Las teorías de la dogmática jurídica, de manera similar a las teorías científicas, buscarían encontrar principios generales que posibiliten explicar enunciados de verdad o validez, y que den lugar a nuevas hipótesis que puedan ser contrastadas. Sobre las teorías jurídicas, el autor destaca que poseen atributos valiosos, por ejemplo, su coherencia y sistematicidad, pero no es posible equipararlas a las teorías científicas que dan cuenta de una realidad material. Las teorías jurídicas estarían, más bien, cumpliendo un papel normativo de guía para las personas que deben interpretar y aplicar el Derecho positivo y que se encuentran ante casos en los que la solución no es evidente. Respecto al análisis y la clasificación conceptual, estas se presentarían también como ejercicios de descripción objetivos en los que, sin embargo, a menudo se fija un determinado núcleo de significado como la verdadera naturaleza o la esencia de una institución jurídica. Las propiedades de un concepto estarían ocultando la discusión y la selección en torno a ellas, en aras de, supuestamente, facilitar la comprensión de las instituciones y tener una guía certera para su interpretación. Finalmente, ideales como el del legislador racional cumplen una función relevante en el discurso del jurista, puesto que permiten justificar soluciones jurídicas originales que son propuestas por la dogmática. La racionalidad del legislador es una cuasihipótesis que se acepta dogmáticamente, no como tesis metodológica, sino como pauta normativa que prescribe que los juristas deben interpretar el Derecho como si el legislador fuera racional³⁶.

Para Nino, el uso de estas técnicas pone de manifiesto que la dogmática jurídica posee una dimensión valorativa que es ineludible, la cual debe reconocerse abiertamente en tanto que permite mejorar la práctica del Derecho y proponer soluciones a problemas no previstos por el Derecho positivo. La labor de los dogmáticos proporciona herramientas a los operadores jurídicos y favorece la

36 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 105.

reconstrucción del sistema jurídico de manera que puedan evitarse soluciones valorativamente insatisfactorias, tanto a nivel de *lege ferenda* como de *sententia ferenda*. A menudo es aquí donde se encuentran sus principales aportaciones, aunque estas sean encubiertas ante el temor de que, en tanto que actividades normativas, sean despreciadas y calificadas de mera subjetividad sin justificación racional.

En el panorama actual la dogmática jurídica que Nino cuestiona parece ir quedando cada vez más obsoleta, avanzando hacia un modelo como el que él reivindica. Por ejemplo, de acuerdo con Alexy, la dogmática jurídica hace referencia a la ciencia del Derecho, a una perspectiva sobre distintos objetos de carácter normativo que, sin embargo, apunta a una pluralidad de actividades; centralmente: la descripción del Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual, y la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. Una visión más integral de la dogmática, entonces, tiene en cuenta tres grandes tareas: (1) análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) reconducción de este análisis a un sistema, (3) aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas. A su vez, estas actividades darían lugar a tres grandes dimensiones: (1) empírico-descriptiva (descripción y prognosis de la praxis de los tribunales y averiguación de la voluntad fáctica del legislador), analítico-lógica (análisis de conceptos jurídicos e investigación de las relaciones entre normas y principios), práctico-normativa (propone y fundamenta una interpretación a una norma, una nueva norma, una nueva institución, critica a una decisión judicial con base en sus defectos prácticos y elabora contrapropuesta). En síntesis, una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo³⁷.

Otro ejemplo sería el caso de Courtis, quien ha distinguido tres tareas cumplidas por la dogmática: a) una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir un conjunto de normas del Derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático; b) una tarea cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del Derecho positivo, pero también con un contenido normativo que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras (*lege data*); y c)

37 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 246.

una tarea cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, no descriptiva, en la que el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede derivar del Derecho positivo vigente, y postula que la mejor solución implica no la interpretación, sino la modificación de este. Hasta aquí, Courtis señala que esta caracterización de la dogmática se refiere a su trato con normas jurídicas, pero que también habría que considerar que parte de su labor consiste en la sistematización, comentario y crítica de sentencias judiciales, a las cuales se puede aplicar un esquema de análisis similar al propuesto³⁸.

Ambos modelos presentan una visión integral de la dogmática que reconoce un espacio para las tareas de sistematización y de descripción del Derecho positivo, pero también para la actividad crítica y de mejora de las prácticas jurídicas. Así, nuevamente es preciso matizar y subrayar que la crítica de Nino a la dogmática como ciencia del Derecho está vinculada con una forma de entenderla que deliberadamente deja fuera la dimensión valorativa o crítica por considerarla no susceptible de justificar racionalmente. No obstante, las insuficiencias del modelo discutido por Nino siguen vigentes, en tanto que la herencia formalista no ha desaparecido.

4. La dogmática penal en el pensamiento de Nino

Como se ha subrayado, los intereses iusfilosóficos de Nino se orientaron desde sus inicios a problemas penales. De manera similar a sus inquietudes por el ámbito jurídico en general, el autor mostró desde sus primeras obras en esta materia una disposición clara a ocuparse de los fundamentos del Derecho penal, así como una sentida preocupación por lo que percibía como un descuido generalizado de esta dimensión.

Sin embargo, la manera en la que dichos fundamentos fueron abordados en su obra académica no fue homogénea. En este sentido, considero que se pueden destacar tres momentos decisivos. El primero corresponde con su formación inicial. Nino se instruyó en la materia penal con Luis Jiménez de Asúa, entonces profesor de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires y director del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Asimismo, fue muy cercano a Sebastián Soler. Ambos penalistas no solo tenían un perfil abocado hacia cuestiones prácticas y políticas del Derecho penal, sino que eran firmes representantes de la tradición más fuerte en el ámbito; esto es, la doctrina alemana. Así, la dogmática jurídico-penal alemana, con sus más claros exponentes (por ejemplo, Feuerbach, Von Belling, Binding,

38 Christian Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2006), 113–118.

Welzel), fueron el primer punto de encuentro de Nino con el área penal. El segundo momento tiene lugar cuando el autor se trasladó al mundo anglosajón para realizar sus estudios de doctorado. Durante esa etapa, Nino tiene contacto con una tradición penal y una perspectiva de los problemas penales distinta, la del *Common Law*. La teoría general de responsabilidad penal que propone en este período es resultado de un contraste entre ambas tradiciones —lo que, en ese momento identifica como el enfoque conceptualista y el intuicionista— y pretende ser una crítica a la teoría del delito, predominante en la teoría y la práctica penal, pero también una alternativa que fusiona de alguna manera lo mejor de ambas tradiciones. El tercer momento corresponde a una etapa más madura de su pensamiento en la que sus aportaciones al ámbito penal están completamente articuladas en un proyecto normativo —asumiendo la perspectiva de la unidad del razonamiento práctico— en torno a la asignación de responsabilidad penal y a la imposición del castigo, susceptible de aplicarse a situaciones social, moral y políticamente complejas.

Tener presentes estos distintos momentos puede ayudar a entender por qué la obra penal de Nino está integrada por aportaciones más cercanas a problemas clásicos de la dogmática penal —como pueden ser “La definición de ‘delito’”³⁹, “La pequeña historia del ‘dolo y el tipo’”⁴⁰ o *El concurso en el Derecho penal*⁴¹—, otras con una perspectiva más general y con el ánimo de teorizar sobre cuestiones penales —por ejemplo, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*⁴² o *La legítima defensa*⁴³—, y otras con una vocación más integral que muestran la vinculación del Derecho penal con cuestiones políticas y morales —por ejemplo, “*Democracy and Criminal Law*”⁴⁴, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”⁴⁵ o *Radical Evil on Trial*⁴⁶—.

Ahora bien, en todas estas aportaciones está presente la denuncia hacia lo que considera un abandono de los fundamentos del Derecho penal; un descuido que, nuevamente, será vinculado con el formalismo jurídico. El Derecho penal no será la

39 Carlos Santiago Nino, “La definición de ‘delito’”, *Notas de Filosofía del Derecho* 5 (1969): 47.

40 Carlos Santiago Nino, “La pequeña historia del ‘dolo y el tipo’”, *La Ley* 148 (1972): 1063.

41 Nino, *El concurso en el derecho penal*.

42 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*.

43 Nino, *La legítima defensa*.

44 Carlos Santiago Nino, “Democracy and Criminal Law”, en *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationale Jahrbuch für Rechtsphilosophie* (1989).

45 Carlos Santiago Nino, “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, *Doctrina Penal*, 12 (1989): 29-48.

46 Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (New Haven: Yale University Press, 1996).

excepción al sesgo formalista, por lo que se trataría de una materia en la que este se manifiesta a través de una manera de concebir el conocimiento del Derecho con los atributos de completitud, sistematicidad y coherencia, además de una serie de actitudes contrarias al debate intersubjetivo en quienes estudian y desarrollan la práctica penal. Este formalismo estaría también alimentando una cierta manera de hacer y entender la dogmática que llevaría a encubrir la normatividad dentro de este ámbito. Son estas características de la tradición penal predominante las que le llevaron a ser especialmente crítico con la dogmática jurídico-penal.

En esta línea de ideas, la dogmática jurídico-penal vendría a representar los desaciertos que Nino ya identificaba para la dogmática en general. Por un lado, preservando una serie de actitudes formalistas que propiciarían posturas místicas y faltas de crítica respecto de ciertas teorías y conceptos. Y, por otro lado, habilitando un modelo de ciencia que pretende construir teorías descriptivas sobre cuestiones que claramente no lo son, encubriendo un papel creativo y propositivo que resulta clave para que los operadores jurídicos puedan resolver los problemas prácticos de una manera axiológicamente adecuada. Como muestra de lo anterior, Nino va a dirigir estas acusaciones especialmente a la teoría del delito.

La teoría general del delito es calificada por Nino como “el producto más sofisticado de la dogmática jurídica”. Esta teoría ha sido formulada sustancialmente por autores alemanes que coincidieron en la aspiración de construir un sistema de criterios y condiciones que permitiera resolver los casos, así como atender las dificultades surgidas en la práctica de determinar que alguien es penalmente responsable y que puede afrontar las consecuencias jurídicas previstas. La teoría general del delito ha construido un aparato conceptual con un nivel de sistematización muy alto, a través del cual se han logrado proporcionar criterios refinados y útiles para el Derecho penal de nuestras sociedades. La influencia de esta teoría ha sido tal que ha llegado hasta nuestros códigos penales, los cuales han tomado los planteamientos de esta teoría para fijar su parte general.

Así, Nino reconoce que, gracias a esta teoría, la tradición continental cuenta con un grado de sofisticación admirable, pero esta admiración estaría también acompañada del señalamiento de dos grandes defectos: la admisión (casi siempre implícita) de presupuestos conceptualistas (se refiere a la actitud esencialista sobre la posibilidad de hallar una definición que posea una correspondencia con la realidad) y la inadmisión del carácter normativo de sus principios básicos⁴⁷. Esta teoría es una

47 De ahí que su propuesta de teoría de responsabilidad penal no siga la estrategia de centrarse en el esclarecimiento de conceptos como el de delito o castigo, sino en establecer los principios básicos para orientar la asignación de responsabilidad penal. En concreto, propone el principio de protección prudencial de la sociedad, el principio de

muestra clara de que, detrás de lo que se muestra como un análisis del concepto de delito —acción típica, antijurídica, culpable y punible—, se encubre algo mucho más relevante y ambicioso que solo “definir” el delito, lo cual, sin embargo, no estaría siendo abiertamente discutido. De esta manera, la elaboración de la teoría sigue una especie de realismo verbal que aspira a encontrar la verdadera esencia y la estructura ontológica de la institución jurídica del delito, en lugar de la reflexión profunda sobre qué implica el delito y la manera de asignar responsabilidad penal por parte de los operadores jurídicos.

En la dogmática penal existe un acuerdo general sobre la conveniencia de contar con un concepto de delito que permita la identificación y el estudio de las características esenciales que debe tener una conducta para ser considerada delito. La construcción de este concepto ha generado un profundo interés, ya que de su establecimiento pueden extraerse valiosas directivas para la labor de los operadores del Derecho. También existe un acuerdo sobre el mejor enfoque para hacer tal tarea: frente a la opción de un concepto unitario que presenta al delito como un todo que no puede fraccionarse, se opta por un concepto analítico en el que se separan los elementos del delito como acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Un concepto unitario posee la desventaja de no determinar si el delito debe concebirse como infracción a un deber ético-social (prevalece el juicio de disvalor sobre el hecho que sobre el autor) o como una lesión de un interés social (prevalece el juicio de disvalor sobre el autor que sobre el hecho). En cambio, un concepto analítico distingue con mayor nitidez entre el papel de la antijuridicidad como juicio de disvalor sobre la conducta, y la culpabilidad como juicio de disvalor sobre el autor⁴⁸. De esta manera, los penalistas dogmáticos contemporáneos coinciden en la idoneidad de un concepto analítico de delito⁴⁹, así como en la aceptación de un grupo de autores

asunción de la pena, el principio de intersubjetividad o anti-perfeccionista del Derecho penal y el principio de antijuridicidad. Sobre esta base normativa y su evolución en torno a la teoría consensual del castigo, puede consultarse Ilsse Torres Ortega, “La teoría consensual de Carlos S. Nino y sus aportaciones al debate sobre el castigo”, en *Dogmática, moral y derecho. Estudios en torno a la obra de Carlos S. Nino*, eds. Pablo Rapetti y David Sierra (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024), 129–159.

48 Sobre esto Muñoz Conde y García Arán señalan lo siguiente: “Al primer juicio de desvalor se le llama ilicitud o antijuridicidad. Al segundo culpabilidad o responsabilidad. Antijuridicidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo”. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal: parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 202.

49 Esto no quiere decir que esta cuestión no genere desacuerdos. Las definiciones propuestas por los juristas (particularmente por los penalistas) han sido muchas y muy variadas. Nino señala que muchos de los desacuerdos que engendran estas definiciones se deben a las dificultades propias de definir, por ejemplo: no se ha tenido claro si lo que se desea hacer es una definición nominal, una descripción o un análisis de los distintos fenómenos implicados; la dificultad de que con la misma palabra se ha intentado hacer referencia a fenómenos muy diversos entre sí; la presencia de distintas actitudes sobre lo que merece el calificativo de “delito”; tampoco se ha esclarecido si con la definición de delito lo que se pretende es dar cuenta de los usos lingüísticos vigentes de la palabra o si se quiere hacer una definición estipulativa; además tampoco ha habido acuerdo sobre el método a utilizar, aunque en las definiciones dogmáticas predomina el analítico que opta por señalar las características intrínsecas al delito y ocu-

como precursores de lo que hoy se conoce como la teoría del delito⁵⁰.

Nino identifica en la obra de Ernst Von Beling (1866-1932) el paradigma de la formulación clásica de la teoría del delito⁵¹. Beling publicó en 1905 *Die Lehre vom Verbrechen* (La teoría del delito) y definió el delito como una acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable, y sujeta a una sanción penal:

Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos —lo atípico— para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la medida de las penas correspondientes y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad⁵².

Se trata del primer dogmático en introducir el tipo como elemento básico⁵³ y, por ello, después de este autor se aceptan, por lo menos, cuatro elementos —acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad— para definir el delito. A partir de ese momento, dicha teoría se desarrolló sobre el edificio teórico de Beling, el cual ha sido gradualmente demolido y reconstruido⁵⁴. Los grandes debates sobre esta teoría han girado en torno a cómo deben entenderse estos cuatro elementos, descomponiendo cada uno de ellos y discutiendo sobre los subelementos que los integran. En concreto, estos elementos son caracterizados por Nino de la siguiente manera: a)

parse por separado de ellas. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, comp. Gustavo Maurino (España: Gedisa, 2008), 188–190. Este es el caso del concepto de delito que actualmente tiene mayor aceptación. Siguiendo este método lo que hacen es “descomponer el fenómeno definido en sus características intrínsecas. En general, se basan en el procedimiento por género próximo y diferencia específica, por los cuales se va distinguiendo el objeto pertinente ubicándolo en clases y subclases sucesivas (con respecto al delito, primero se lo ubica en la clase de las acciones, luego, en la de las acciones antijurídicas, y así sucesivamente)”. Nino, *Fundamentos de derecho penal*, 190.

50 En el desarrollo de la actual teoría del delito han tenido lugar distintas teorías. En general, se habla de las siguientes: teoría del causalismo naturalista (Franz von Liszt y Ernst von Beling), teoría del causalismo valorativo (Edmund Mezger), la teoría del finalismo (Hans Welzel) y la teoría del funcionalismo (Claus Roxin con una versión moderada y Günther Jakobs con una radical).

51 Ernst von Beling fue, por cierto, uno de los autores de los que más se ocupó Sebastián Soler.

52 Ernst von Beling, *Esquema de Derecho penal* (Buenos Aires: El Foro, 2002), 275.

53 De acuerdo con Nino, desde que Beling planteó este elemento, el tipo ha pasado a ser un tema central en las discusiones de los penalistas. Sin embargo, no resulta tan claro a qué hace referencia. Si bien, en términos generales, se trata de una reformulación del “*principio nullum crimen, nulla poena sine lege*”, dicha expresión es utilizada en sentidos muy diversos dentro de la dogmática penal. Así, Nino señaló como usos centrales de la palabra “tipo” los siguientes: a) como equivalente al conjunto de elementos del delito (acción, antijuridicidad, culpabilidad, etc); b) un sentido técnico que se manifiesta en la expresión “figura delictiva” (*delikttypus* según Beling); c) la función de hacer referencia al “núcleo” de las figuras delictivas; d) como expresión que denota solamente aquellas descripciones legales que reúnen un grado considerable de precisión, y excluye las figuras delictivas notoriamente vagas; e) también es usado para hacer referencia a aquellas figuras delictivas contenidas en normas de origen legislativo y sancionadas con antelación a la ocurrencia de conductas que describen; f) a través de sus derivados —tipicidad, adecuación típica, encuadramiento en el sentido de tipo, etc.— se designa la vigencia exclusiva de la técnica de interpretación a contrario para la subsunción de los hechos de las figuras delictivas. Nino, *Fundamentos de derecho penal*, 260.

54 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 53.

la tipicidad comprende la presencia de un movimiento corporal voluntario, así como su producción con dolo o culpa, junto con la exigencia de satisfacción del principio de legalidad; b) la antijuridicidad constituye una condición de punibilidad y sirve para delimitar las circunstancias que el agente debe conocer para ser punible; c) la culpabilidad requiere que al agente pueda reprochársele que actuara como lo hizo, que sea imputable y que haya comprendido o podido comprender la antijuridicidad de su acción⁵⁵.

Ahora bien, para Nino, la teoría general del delito —y en general la dogmática jurídico-penal— tiene el defecto metodológico de no reconocer el carácter normativo de sus principios básicos. Esto ha propiciado que históricamente los teóricos hayan asumido una actitud equivocada frente a definiciones como la de delito, tomando dichas definiciones como fórmulas a partir de las cuales se pueden hacer otras distinciones conceptuales que den respuesta a nuevos supuestos, pero permaneciendo —aparentemente— en el terreno descriptivo. De esta forma, cuando los teóricos penales se ven frente a una definición como la de delito suelen poner en ella una serie de aspiraciones que no son propias de la elucidación de un término jurídico. De ahí que el autor identifique la teoría continental del delito con el “enfoque conceptualista”, puesto que considera que a esta adhesión a las fórmulas subyace una actitud esencialista, de acuerdo con la cual es posible hallar una definición que no tenga únicamente el mérito de clarificar, sino que además posea correspondencia con la realidad. Esta metodología conceptualista lleva a ver en el concepto una guía infalible para identificar aquello que es o no delito, así como para tener respuesta a todos los casos que se presenten, pasando por alto que para todo esto es necesario fundamentar el alcance de las condiciones de responsabilidad penal y no realizar meras distinciones conceptuales.

La teoría del delito permite inferir soluciones para casos que no han sido previstos por el Derecho positivo; el problema es que estas soluciones se presentan como meras explicitaciones de algo que está implícito en el orden jurídico⁵⁶. Esto favorece una toma de decisiones que, aunque versa sobre consideraciones valorativas, quedan ocultas bajo distinciones conceptuales, evadiendo la tarea de justificarlas. Todo esto apunta a que existiría una incoherencia entre lo que los dogmáticos hacen y lo que dicen que hacen; además de continuar construyendo un modelo insatisfactorio de teoría jurídica que elude el control racional sobre las soluciones que se proponen en la reconstrucción del sistema jurídico, obstaculizando

55 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 62.

56 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 18.

que se tenga una discusión abierta sobre los presupuestos valorativos que subyacen a tales soluciones⁵⁷.

En definitiva, la crítica del autor a la teoría general del delito apunta al modelo de ciencia jurídica al que aspira y a su metodología conceptualista. Esta teoría en realidad no es descriptiva, sino que parte de consideraciones valorativas y de prescripciones que, aunque no estén siendo intersubjetivamente reflexionadas, sí están incorporadas en la definición de delito. Así, esta definición no atiende a un problema conceptual y no estipula únicamente condiciones de tipo lingüístico, sino que establece las condiciones que han de ser exigidas para asignar responsabilidad penal. Por tanto, sus consecuencias son normativas y esto no corresponde a una fórmula lingüística o a una descripción: su carácter es prescriptivo. Detrás del enorme esfuerzo por definir el delito se oculta la pretensión de evitar soluciones valorativamente insatisfactorias. No obstante: “si una prescripción se confunde con una definición conceptual, pueden desvanecerse tanto la fuerza normativa de la prescripción como la función de identificación que cumple esa definición”⁵⁸.

Un análisis similar fue realizado en torno a otras teorías centrales de la dogmática jurídico-penal, como es el caso de la teoría del bien jurídico, una teoría que nació con una vocación de crítica hacia el Derecho vigente que, sin embargo, se ha ido desdibujando⁵⁹. Estas teorías tendrían en común el carácter normativo encubierto por una sincera adhesión a la concepción formalista que, sin embargo, alimenta una ideología que acepta acríticamente el Derecho positivo. Al tiempo, debido al esencialismo que conllevan también llegan a constituir una limitación

57 Nino, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 20.

58 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 78.

59 Nino considera que, al igual que sobre la teoría del delito, la teoría del bien jurídico tradicional se basa en un concepto de bien jurídico de contenido descriptivo —el cual se establece según su supuesta correlación con datos empíricos definidos—. Con esta expresión suelen identificarse una variedad de fenómenos tan distintos que difícilmente podemos hablar de una interpretación uniforme de la frase “lesión de un bien jurídico” relacionada con ciertos datos empíricos. Más bien, dice el autor, el sentido de una frase como esta consiste en intentar dar cuenta de ciertos hechos que una teoría de la responsabilidad penal toma como relevantes en el momento de inferir soluciones jurídicas. Nino, *La legítima defensa*, 232. La dogmática penal tiene por asumido que sólo los bienes jurídicos pueden ser objeto de protección por el Derecho penal (principio de protección de bienes jurídicos) y que todo delito lesiona un bien jurídico, pero dada la heterogeneidad de dichos bienes (individuales y universales), parece que no siempre es adecuado decir que se les puede identificar con situaciones fácticas; la consideración de que todo delito lesiona un bien jurídico va más allá de esto. Nino sugiere que esta conexión entre delito y bien jurídico puede ser entendida en tres sentidos: como referida al significado de la palabra delito (si entre las características definitorias se incluyera la lesión a un bien jurídico, sería lógicamente necesario que todo delito ataca a un bien jurídico, aunque habría que negar que ciertos actos sean delitos); como descripción de las figuras delictivas de la legislación positiva (si un acto no lesionara un bien jurídico no sería delito porque provocaría la ausencia de la tipicidad, pero sería una afirmación contingente y falsa respecto a nuestro sistema); como una descripción de las conductas delictivas particulares (afirmar que de hecho todo delito lesiona un bien jurídico, como generalización empírica de verdad contingente). Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 80–81. La tesis de que todo delito vulnera un bien jurídico en realidad es utilizada por la dogmática para resaltar una relación con la antijuridicidad, no con alguna entidad fáctica. Por esta razón, Nino subraya la necesidad de entender el bien jurídico como un término teórico que no hace referencia directa a ninguna entidad observable, sino que su entendimiento requiere ver el contexto de la teoría en que tiene lugar; es esto lo que permite vincular los términos teóricos con correlaciones empíricas.

para proponer soluciones valorativamente adecuadas bajo el argumento de que, según un determinado análisis conceptual, una situación concreta no llega a ser abarcada por el concepto. Al respecto, Nino analizó la figura del concurso penal, cuyo estudio parecía más orientado a determinar las dificultades del concepto de acción en el contexto jurídico que por sus enormes implicaciones en la asignación de responsabilidad penal⁶⁰.

Pese a lo anterior, Nino reivindica que las teorías dogmáticas desempeñan dos funciones muy relevantes. La primera de ellas es una función explicativa respecto a las normas positivas. La segunda es una función legislativa, en tanto que sus elaboraciones no son resultado únicamente de la deducción de reglas del ordenamiento, sino que también permiten inferir reglas y principios no contemplados por el legislador en el orden jurídico. A través de esta función, las teorías jurídicas reconstruyen el Derecho legislado, colmando lagunas o fijando criterios para resolver conflictos entre normas o para establecer sus alcances⁶¹.

De manera similar a lo indicado en el caso de la dogmática en general, es posible identificar cambios significativos en la situación generalizada que Nino denunciaba. Tal y como indican Manrique, Navarro y Peralta puede hablarse de dos grandes concepciones de la dogmática penal que, si bien pretenden un estatus científico específico para sus aportaciones, difieren sustancialmente en sus objetivos y metodología. La primera, la concepción clásica, entiende que la tarea de la dogmática consiste en dar cuenta de cómo es el Derecho, para lo cual se ciñe a la interpretación y exposición sistemática de las normas penales. La segunda, la concepción contemporánea, se compromete con un análisis sobre cómo debe ser un sistema penal ideal, por lo que la dogmática cumple una función normativa, identificando normas y soluciones que pueden ser invocadas para justificar decisiones⁶². Como estos mismos autores ponen de manifiesto, ninguno de los dos modelos está exento

60 Cuando Carrió elaboró el prólogo del libro *El concurso en el Derecho penal* planteó una crítica a la metodología elegida por el joven Nino para examinar el concurso —esta metodología partía del lenguaje ordinario para determinar los criterios susceptibles de resolver las dificultades de la palabra acción en el contexto jurídico, con el fin de aplicarlas después al caso del concurso penal—, subrayando algo que sería trascendente para su trabajo posterior: “Más que por el (supuesto) uso ordinario de tales expresiones, la solución de esas dificultades deberían guiarse por consideraciones de otro tipo, vinculadas con la justificación del castigo como práctica social y con los principios complementarios que precisan y condicionan la imposición de castigos en casos particulares” Genaro R. Carrió, “Prólogo”, en *El concurso en el derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta* (Buenos Aires: Astrea, 1972), 13. En el epílogo de esta misma obra, Nino contestó a *Criticus* (el áter ego de Carrió) que concordaba con su opinión: las soluciones que se den a las situaciones del concurso penal dependen de los principios sobre el alcance de la punición que se acepten y de las reglas que de ellos se inferían. Nino, *El concurso en el derecho penal*, 134.

61 Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, 80.

62 María Laura Manrique, Pablo Navarro y José Peralta, *La relevancia de la dogmática penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 17–18.

de dificultades y ninguno de los dos puede considerarse obsoleto⁶³. Por mencionar otro ejemplo significado, Silva, siguiendo al penalista alemán Hruschka, ha subrayado que la actividad intelectual de la dogmática posee tres ámbitos: el análisis de las estructuras subyacentes al sistema de reglas del Derecho penal, la realización de estudios ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena, y la formulación de comentarios sobre el Derecho positivo vigente⁶⁴. Asimismo, critica abiertamente el que se reduzca la dogmática a posturas como el cientificismo o el formalismo, en tanto que pretenden excluir las valoraciones.

Nuevamente, tener presente la problematización del modelo presentado por Nino es importante para matizar algunas críticas y, quizá, también para entender por qué algunas de ellas no han calado tan hondamente en la literatura penal. La propia dogmática jurídico-penal ha tenido un desarrollo que le ha llevado a revisar su raigambre formalista y, especialmente, a reconocer la dimensión crítico-prescriptiva como parte esencial de su labor.

5. La irrelevancia (o no) de Nino en la dogmática jurídico-penal

El trabajo penal de Nino se encuentra dirigido a un público amplio. De ello dejan constancia las propias palabras del autor. Por ejemplo, en el inicio de su teoría general sobre asignación de responsabilidad penal, Nino manifiesta su deseo de que las reflexiones allí contenidas sean relevantes para los juristas penales con vocación por el análisis de la fundamentación filosófica de instituciones y soluciones jurídicas, los filósofos y otros teóricos sociales, así como los especialistas en derecho comparado⁶⁵. De esta manera, hay elementos para afirmar que al escribir sobre cuestiones penales —aun teniendo en mente un público amplio, en tanto que los problemas de esta materia no son exclusivos de los penalistas— y al ser crítico con la manera que él consideraba dominante de desarrollar la dogmática jurídica en ese ámbito, esperaba tener un impacto positivo en la tradición penal.

Este apartado, seguramente, tiene mucho de especulación, ya que es complicado afirmar la hipótesis de la influencia de un determinado autor en una materia. A día de hoy podemos contar con criterios medibles (por ejemplo, el número de citas y el

63 Estos autores centran su obra en los desafíos de la concepción contemporánea referentes a la conexión contingente entre normas dogmáticas y racionalidad de las decisiones y en la distancia conceptual entre normas y soluciones adecuadas.

64 Jesús María Silva Sánchez, *Dogmática jurídica y política criminal* (Madrid: Civitas, 2019), 5.

65 Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, IX.

área a la que pertenecen las personas que realizan tales citas), pero no se trata de cuestiones concluyentes; sobre todo considerando que Nino falleció en 1993 y que el paso del tiempo puede contribuir a que el impacto de un autor disminuya o que los problemas de los que se ocupó hayan perdido relevancia. Para evitar caer en meras suposiciones, en este apartado quisiera centrarme en la manera en la que el autor desarrolló la reflexión filosófica sobre cuestiones penales, su estrategia crítica para ingresar a la comunidad académica de la dogmática jurídico-penal, y en la distancia que se estableció entre dicha tradición y sus aportaciones. El objetivo de explorar lo anterior es sostener que, en efecto, Nino no es un autor de primera referencia en el ámbito penal, pero esto sería más por razones contingentes o de mera afinidad que por el valor de sus aportaciones a esta materia.

Sobre la primera cuestión, ya he señalado que a Nino le interesaba, especialmente, el nivel de los fundamentos del Derecho penal. Ahora bien, la manera en la que Nino se adentró en dichos fundamentos implicó alejarse de la doctrina alemana. Nino se interesó en distintas tradiciones filosóficas y criticó la manera en la que dichas cuestiones parecían ser absorbidas —tanto en cuestión metodológica como de sustancia— por la dogmática penal. Por ejemplo, en la dogmática jurídico-penal el tema de los fines de la pena es claramente identificado como una de las cuestiones filosóficas por antonomasia. Sin embargo, la manera tradicional de abordarlo es a través del planteamiento de las teorías absolutas y relativas, en el que predomina el pensamiento de autores alemanes como Kant, Hegel o Feuerbach. Nino fue crítico con esta manera de abordar la discusión. Propuso plantearla más bien como el debate sobre la justificación del castigo, salir de la dicotomía del pensamiento de los clásicos, y construir una base de principios que autorizan la institución del castigo o las prácticas que caen dentro de ella. Finalmente, propuso una teoría mixta, en la línea de lo que estaba siendo discutido en el mundo anglosajón a partir de las aportaciones de Hart⁶⁶.

Esta manera de reflexionar sobre los fundamentos contrasta con la que él consideraba la manera de tratarlos por la doctrina dominante. La ciencia jurídica le parecía más preocupada por la construcción de su aparato sistemático que por el estudio de interrogantes fundamentales en torno a la acción, el libre albedrío, el sentido de la pena, el liberalismo en el ámbito penal o el papel del consentimiento en

66 En términos muy generales, Hart sugiere distinguir tres grandes cuestiones en torno al castigo: la definición, el fin general justificativo —el cual sería consecuencialista— y la distribución de castigos que implica cuestiones de título y cantidad —en las cuales se combinan consideraciones consecuencialistas y retribucionistas—. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

la asunción de responsabilidad. Desde luego, Nino dialogó con importantes penalistas que se ocuparon de estas cuestiones —basta con pensar en las referencias a Gimbernat⁶⁷ y sus reflexiones sobre el libre albedrío o el conocido debate que tuvo con Zaffaroni⁶⁸ sobre la legitimidad del Derecho penal y la criminología crítica—, pero, aun así, se trataban de una excepción. La imagen de la ciencia del Derecho penal que encontraba más frecuentemente se correspondía al modelo de dogmática jurídica tradicional; un modelo a la manera de los autores clásicos como Von Liszt cuando señalaba que el objeto de la ciencia jurídico-penal es formular, desde un aspecto puramente técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales, así como desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios para formar un sistema cerrado⁶⁹.

A esto hay que añadir que Nino tenía como punto de partida una reflexión sobre el Derecho en general y, desde allí, una concepción del Derecho basada en la tesis de la unidad del razonamiento práctico. Esto implicó una revisión de los fundamentos que combinaba el diálogo con la ética, los límites del poder, las teorías de la justicia, la democracia y los derechos humanos. Precisamente, en una búsqueda por trabajos académicos publicados en revistas penales que citan a Nino, encontraremos que la mayoría de las referencias a su obra se realizan para subrayar los límites al poder punitivo o los derechos humanos⁷⁰.

Esto que acabo de señalar, en principio, no dice mucho sobre la influencia del pensamiento del autor en el pensamiento penal contemporáneo. Sin embargo, me parece que proporciona una buena razón para concluir que el impacto ha sido

67 Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?” En *Estudios de derecho penal*. (Madrid: Tecnos, 1971).

68 Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Nino, “El debate Nino-Zaffaroni”, *No hay derecho* II, 4 (1991), 4-8; II, 5 (1992), 5-8; y III, 8 (1993), 25-26.

69 Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho penal* (Madrid: Reus, 1999), 6.

70 Por ejemplo:

-Héctor Hernández Basualto, “El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”, *Revista de Derecho*, Vol. 20, Nº. 2, 2007. “La dogmática penal impulsada por Nino marca una inflexión garantista, al enfatizar en los límites normativos del poder punitivo frente a sujetos vulnerables como los adolescentes”.

- Juan Fernández Carrasquilla, “¿Es todavía posible una dogmática penal en América Latina?”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIV, No. 47-48 (1992). “La influencia de Nino y Novoa Monreal representa la vanguardia de un pensamiento penal estructurado desde los derechos fundamentales”.

-Karolina Víquez, “Derecho penal del enemigo: ¿una quimera dogmática?”, *Política Criminal*, volumen 2, Nº 3 (2007): 1-18. “El garantismo de Nino funciona como antídoto conceptual frente al modelo de Jakobs, al exigir control judicial pleno y proporcionalidad material”.

- Miguel Rafael Pérez Arroyo, “Políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LIII (1999). “Nino es crucial en delimitar el núcleo inviolable de garantías frente a los intentos de funcionalizar el Derecho penal”.

-Manuel Salvador Grosso García, “Una aproximación crítica al concepto ‘Derecho penal del enemigo’”, *IUSTA*, Nº 27 (2007). “La concepción garantista de Nino establece un dique normativo ante propuestas de excepción penal”.

limitado, en tanto que la doctrina alemana sigue siendo predominante y Nino decidió ir más allá de esta doctrina para tratar la filosofía del Derecho penal.

En esta tesitura también es importante hacer notar que Nino se refiere a una doctrina que tuvo cambios significativos. Como muestra de ello, y respecto de la teoría del delito, el autor no tuvo en cuenta especialmente la doctrina del funcionalismo penal alemán y en sus obras penales apenas se hace referencia a autores determinantes para el ámbito penal contemporáneo como Roxin o Jakobs⁷¹. Por esto mismo, también deja fuera las teorías eclécticas sobre la pena en la elaboración de su teoría consensual. Podría decirse que muchas de las críticas de Nino quedaron abarcadas en la introducción del funcionalismo de Roxin⁷² y de su escuela, al volver a poner la política criminal a debate, lo cual coincide con el proyecto de reivindicar los juicios de valor como algo importante para el trabajo de la dogmática.

Esto me lleva a otra de las razones enunciadas. El contacto que tuvo Nino con el Derecho penal anglosajón —especialmente con el inglés— fue estableciendo una distancia no solo sobre la doctrina más influyente en el mundo latino, sino también una distancia con el Derecho continental y sus instituciones. Esto es, debido a la influencia de la doctrina sobre la práctica del Derecho penal. Así, muchas de las preocupaciones del autor, como la idea de la asignación de responsabilidad, la preocupación por determinar el papel de las actitudes subjetivas en la determinación de la pena, o la relevancia de las excusas y las justificaciones fueron realizándose, intentando conectar la tradición continental con categorías anglosajonas como las de *mens rea* y *actus reus*. Esto va dando lugar a una distancia cada vez mayor entre su perspectiva del Derecho penal y la manera en la que este opera en el ámbito de los países que siguen la tradición continental.

Esto último, sumado al examen crítico de la doctrina penal en torno a su metodología dogmática, la relevancia de la teoría del delito y los cuestionamientos que ya fueron abordados, propician las condiciones para afirmar que, de hecho, Nino no es un autor de primera consulta para el estudio del Derecho penal, aunque sí debería serlo. El autor no escribió ningún tratado sobre Derecho penal o alguna obra que recoja los principales conceptos y teorías del Derecho penal⁷³. Sin embargo,

71 Por ejemplo, en *Los límites de la responsabilidad penal*, el nombre de Roxin aparece únicamente en dos ocasiones; ambas para elogiar que en Alemania se estaba empezando a percibir lo inadecuado que es divorciar la teoría del delito de la política criminal. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 81. El nombre de Jakobs no aparece en este texto.

72 Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2006).

73 Sus aportaciones no tienen las pretensiones de sistematicidad del Derecho positivo establecidas por autores como su propio maestro, Jiménez de Asúa, quien estableció que la sistemática del Derecho penal comprende una in-

sí escribió sobre sus cimientos, las bases normativas que permiten construir y problematizar las grandes instituciones penales. Tampoco se involucró en los debates en voga de la dogmática jurídico-penal, pero intentó acercar a dichos debates las consideraciones de justicia que debían ser su orientación, más allá del rigor analítico y la erudición sistemática.

6. Reflexiones finales. Entonces, ¿por qué leer al Nino penalista?

Así, nada de lo anterior debe llevar a la conclusión de que los aportes penales de Nino son entonces poco relevantes para la materia penal. Lamentablemente, el formalismo no es un fenómeno superado y los retos en torno al uso del poder punitivo se mantienen en tanto que problemas clásicos y, en cierta manera, irresolubles. Tal y como intentó Nino, el reconocimiento de la normatividad propia de los desarrollos de la dogmática jurídica y el debate intersubjetivo respecto de los valores o principios que subyacen a las categorías conceptuales y metodológicas de ese ámbito de reflexión jurídica son las únicas armas con las que contamos para abordarlos y someterlos a control racional.

En atención a esto, me parece que la pregunta planteada en este texto acepta una reelaboración. En lugar de preguntarnos si las críticas de Nino siguen siendo apropiadas para la dogmática penal que se cultiva, podríamos preguntarnos si la dogmática penal ha cambiado desde los tiempos en que Nino escribió. Esto es, preguntarnos si resulta que a día de hoy la dogmática ha dejado atrás el formalismo, ha abandonado el esencialismo, y reconoce y asume su labor valorativa y de orientación del sistema jurídico. Si la respuesta es negativa, entonces leer a Nino sigue siendo una imperiosa necesidad para quien desea estudiar el Derecho penal e ir más allá del conocimiento del Derecho legislado. Si el Derecho penal de nuestro tiempo se corresponde a las finalidades que Nino tenía en mente, con una base normativa sólida, libre de místicas y, sobre todo, humanista, entonces podremos darnos el lujo de tener sus advertencias por superadas.

La importancia de discutir la obra penal de Nino no radica en la originalidad de su pensamiento, o en la sofisticación o coherencia interna de sus propuestas. Sus principales aportaciones han de valorarse a la luz de lo que suman al conocimiento y la práctica penal, especialmente en el contexto latino. La tradición penal en esta

roducción (concepto del Derecho penal, historia del Derecho penal, Filosofía del Derecho penal, legislación penal comparada y fuentes), una parte general (ley penal, delito, delincuente y sanción) y una parte especial (delitos en particular). Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de derecho penal* (Ciudad de México: Harla, 1997), 30.

parte del mundo se ha caracterizado históricamente por una fuerte recepción de la doctrina alemana, particularmente en lo relativo a la teoría del delito y a los modelos de sistematización conceptual. Esta recepción ha sido positiva y ha tenido un impacto profundo, pues ha dotado al Derecho penal de un aparato conceptual refinado y de herramientas analíticas de gran utilidad práctica. Sin embargo, también ha implicado una cierta tendencia a privilegiar aquellas contribuciones que perfeccionan el sistema normativo desde dentro, dejando en un segundo plano las aproximaciones que cuestionan sus presupuestos metodológicos, su carácter normativo o su relación con la filosofía moral y política.

En este contexto, la obra penal de Nino adquiere un interés particular. Como se ha referido aquí, el autor inicialmente se formó en la tradición continental y, teniendo un buen conocimiento de la dogmática alemana, se distancia progresivamente de ella, incorporando herramientas conceptuales provenientes de la filosofía analítica y entablado un diálogo sostenido con la teoría penal anglosajona. El resultado no es una introducción forzada de categorías y debates ajenos a la cultura jurídica, sino una reflexión crítica que pone en tensión los supuestos de la dogmática jurídico-penal dominante, especialmente su pretensión de neutralidad descriptiva y su resistencia a reconocer el carácter normativo de sus construcciones teóricas.

Desde esta perspectiva, la recepción limitada de Nino en el ámbito penal no puede explicarse únicamente por una supuesta omisión o desconocimiento, sino que parece responder a una falta de afinidad estructural entre su proyecto intelectual y una tradición dogmática que ha tendido a identificar la cientificidad con la sistematización conceptual y la fidelidad al Derecho positivo. La obra de Nino no se presenta como una alternativa dogmática en sentido estricto, ni como un tratado sistemático del Derecho penal, sino como una invitación a revisar críticamente los fundamentos normativos que sostienen instituciones centrales como la responsabilidad penal, la culpabilidad o la justificación del castigo.

En este sentido, Nino puede ser leído como una figura de mediación de las tensiones propias de la construcción "latina" del Derecho penal: por un lado, la aspiración a mantener el rigor técnico y, por otro, la necesidad de integrar de manera explícita consideraciones éticas, políticas y de derechos humanos en la reflexión penal. Su obra pone de manifiesto los límites de una dogmática que, aun reconociendo cada vez más su dimensión valorativa, continúa operando muchas veces bajo supuestos formalistas y esencialistas.

Así, discutir a Nino tiene sentido no solo para evaluar la pertinencia de sus críticas concretas a la dogmática jurídico-penal, sino también para reflexionar sobre

los criterios con los que se define qué tipo de conocimiento penal es considerado relevante en nuestras tradiciones jurídicas. De hecho, su propia posición periférica dentro del canon penal pone de manifiesto cómo se construyen las jerarquías teóricas y qué lugar se concede a las aproximaciones que desbordan los márgenes estrictos de la dogmática. En este sentido, la discusión de su obra contribuye a un examen más amplio sobre el modo en que quienes piensan y aplican el Derecho penal conciben la materia, así como sobre las posibilidades, todavía abiertas, de una reflexión penal menos formalista y más explícita y genuinamente normativa.

7. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Álvarez, Luciana. "Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico". En *Dialécticas normativas. Un homenaje deliberativo a la obra filosófica*. Córdoba: EUDEBA, 2019.
- Atienza, Manuel. "La dogmática jurídica como tecno-praxis". En *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017, 167-192
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Beade, Gustavo A. "El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 35 (2011): 143-165.
- Carnap, Rudolf. "La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje". En *El positivismo lógico*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Carrió, Genaro R. "Prólogo". En *El concurso en el derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1972.
- Courtis, Christian. "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática". En *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, 105-156.
- Darwall, Stephen. "Normativity". *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Taylor & Francis Group. 2024. <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1#>
- Fernández Carrasquilla, Juan. "¿Es todavía posible una dogmática penal en América Latina?". *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIV, No. 47-48 (1992).
- Fiss, Owen. "Prólogo". En *Derecho, moral y política. T.I. Metaética, ética normativa y*

- teoría jurídica*, compilado por Gustavo Maurino. Madrid: Editorial Gedisa, 2007, 11-18.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?". En *Estudios de Derecho penal*, capítulo 25. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.
- Grosso García, Manuel Salvador. "Una aproximación crítica al concepto 'Derecho penal del enemigo'". *IUSTA*, N° 27 (2007): 51-78.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Hernández Basualto, Héctor. "El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito". *Revista de Derecho*, Vol. 20, N° 2 (2007): 195-217.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Ciudad de México: Harla, 1997.
- Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Traducido por Carlos Solís Santos. 2.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Manrique, María Laura, Pablo Navarro y José Peralta. *La relevancia de la dogmática penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte General*. 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*. México: Ediciones Coyoacán, 2011.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Compilado por Gustavo Maurino. España: Editorial Gedisa, 2008.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Radical Evil on Trial*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial Fontamara, 1995.
- Nino, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1992.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. "Democracy and Criminal Law". *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationale Jahrbuch für Rechtsphilosophie*, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. "La derivación de los principios de responsabilidad penal de

- los fundamentos de los derechos humanos". *Doctrina Penal*, 12 (1989): 29-48.
- Nino, Carlos Santiago. "Carlos S. Nino". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 1 (1984): 175-177.
- Nino, Carlos Santiago. *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- Nino, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.
- Nino, Carlos Santiago. *El concurso en el Derecho penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de la conducta*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1972.
- Nino, Carlos Santiago. "La pequeña historia del 'dolo y el tipo'". *La Ley* 148 (1972): 1063.
- Nino, Carlos Santiago. "La definición de 'delito'". *Notas de Filosofía del Derecho* 5 (1969): 47.
- Núñez Vaquero, Álvaro. "Dogmática jurídica". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 6 (2014): 245-260.
- Pérez Arroyo, Miguel Rafael. "Políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático-penales". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LII (1999): 497-525.
- Putnam, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2004.
- Roca, Victoria. *Derecho y razonamiento práctico en la obra de Carlos S. Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. 2.^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- Stevenson, Charles L. *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1963.
- Torres Ortega, Ilse. "La teoría consensual de Carlos S. Nino y sus aportaciones al debate sobre el castigo". En *Dogmática, moral y Derecho. Estudios en torno a la obra de Carlos S. Nino*, editado por Pablo Rapetti y David Sierra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024, 129-159
- Vega, Luis y Paula Olmos. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- Viquez, Karolina. "Derecho penal del enemigo: ¿una quimera dogmática?". *Política*

Criminal, volumen 2, N° 3 (2007): 1-18

Von Beling, Ernst. *Esquema de Derecho penal*. Buenos Aires: Librería "El Foro", 2002.

Von Liszt, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Madrid: Reus, 1999.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Carlos Santiago Nino. "El debate Nino-Zaffaroni". *No hay derecho II*, 4 (1991): 4-8; II, 5 (1992): 5-8; III, 8 (1993): 25-26.



POSADA BOTERO, JOSÉ DAVID, “La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales”, *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales

Fact-finding in the civil and penal proceedings and its incidence on the different procedural institutions

JOSÉ DAVID POSADA BOTERO*

Fecha de recibo: 30/10/2025. Fecha de aceptación: 16/03/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.2

Resumen

Se examina la manera como el proceso jurisdiccional, tanto de especialidad civil como penal, adquiere los hechos sobre los cuales el juez hará su pronunciamiento en la sentencia. Se identifican dos grupos de hechos: los que requieren ser afirmados en cumplimiento de la carga de afirmación para que pueda predicarse su ingreso al proceso y los que pueden adquirirse por conexidad con los hechos afirmados, sin exigirse su

* Abogado y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Maestro en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT e integrante del grupo de investigación Derecho y Poder de esta Universidad. Correo electrónico: jposada@eafit.edu.co, <https://orcid.org/0000-0003-1879-4999>

Este es un artículo de reflexión, realizado con fundamento en el proyecto de investigación “La adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, su incidencia en las diferentes instituciones procesales”, resultado del periodo sabático concedido en el segundo semestre del año 2023 por la Universidad EAFIT. Proyecto adscrito al grupo de investigación Derecho y Poder de la Universidad EAFIT, en su línea “Derecho, Procesos, Estado y Territorio”.

afirmación expresa. El poder predicar que el hecho fue adquirido por el proceso tiene, entre otros, dos significados; el primero, determinar si la actividad probatoria cumple con el requisito de la relevancia o pertinencia; y el segundo, establecer si la sentencia proferida atiende la regla de la congruencia o no, en el marco del desarrollo del debido proceso y en particular del derecho de defensa. Cuando la sentencia no es congruente, se está frente a una desviación del modelo positivo del proceso, y tal anomalía genera una consecuencia que la Sala Civil y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han tratado de manera diferente en su jurisprudencia.

Palabras clave

Sentencia, adquisición de los hechos, carga de afirmación, pertinencia, congruencia, sentencia absolutoria, sentencia desfavorable, nulidad.

Abstract

We examine how in a legal proceeding, both civil and criminal, facts over which the judge will render judgement are collected. We have identified a group of facts that need to be asserted so as to comply with the burden of proof in order to have them accepted in the proceeding, and another group that can be accepted by connection with the asserted facts without requiring express assertion. Saying that the fact has been accepted in the proceeding has two meanings: First, it determines whether the probatory activity complies with the requirements of relevance and pertinence; and second, it establishes whether the judgement rendered complies with the rule of congruence in the framework of due proceeding and particularly the right to defense. When the judgement is not congruent, we have a deviation from the positive proceeding model, an anomaly which will result in a consequence, which in the case law of the Supreme Court Civil and Penal Chambers has been differently treated.

Keywords

Judgement, fact-finding, burden of proof, pertinence, congruence, judgement for the defendant, unfavorable judgement, nullity.

Sumario

1. Introducción; 2. Las etapas de la actividad probatoria y en especial la etapa de adquisición de los hechos; 2.1. Etapa de la adquisición; 2.2. Etapa del ofrecimiento; 2.3. Etapa de la depuración; 2.4. Etapa del decreto; 2.5. Etapa de práctica; 2.6. Etapa de asunción; 2.7. Etapa de valoración; 3. La etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos se incorporan al proceso; 3.1. La adquisición de los hechos en el

proceso civil; 3.2. La adquisición de los hechos en el proceso penal; 3.3. Reflexiones sobre la adquisición de los hechos, semejanzas y diferencias en el proceso civil y en el proceso penal; 4. Consecuencias que se derivan en el proceso por la no adquisición de los hechos; 4.1. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso civil; 4.2. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. Introducción

El presente artículo de investigación tiene por objetivo examinar la manera como el proceso adquiere los hechos que serán objeto de pronunciamiento por parte del juez al resolver el conflicto de intereses en la sentencia. Dichos hechos constituyen el marco dentro del cual debe darse ese pronunciamiento como acto de heterocomposición, en el contexto de los derechos fundamentales al debido proceso —en lo atinente a la garantía del derecho de defensa o de contradicción—, en armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva. Como lo indica la autora Marina Gascón Abellán, si bien el concepto de hecho goza de una aparente claridad, al referirse a este advierte también su complejidad, pues en su sentir “esta forma de hablar, sin embargo, no es del todo exacta, pues el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos”¹.

La adquisición de los hechos es un aspecto transversal a todos los procesos, independientemente de la naturaleza del litigio que se esté procesando; no obstante, en la práctica se vislumbra un distanciamiento en la forma como se aborda el tema en el proceso penal y en los demás procesos —civil, laboral, administrativo—. Ello ha generado que en el ámbito del proceso penal se den tensiones en la sentencia que tienen su origen en la adquisición e individualización de los hechos que se dan en los actos que tienen dicho propósito: la imputación y la acusación. Por ello, es pertinente ocuparse de su estudio, desde una mirada integral, bajo la teoría general del proceso y las instituciones de la pretensión y la congruencia, con el propósito de identificar cómo es la forma y cuál es la oportunidad para que el proceso adquiera los hechos, tanto en los procesos de naturaleza penal como en los de naturaleza civil.

El artículo, asimismo, analiza cuáles son las consecuencias que se derivan de que el juez, al momento de resolver en la sentencia, pretermita el marco de los hechos que fueron adquiridos —esto es, que profiera un fallo por fuera de la congruencia—, y se aparte del modelo positivo que debe atenderse en la sentencia en lo concerniente a los

¹ Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 83.

hechos. Frente a esta desviación se estudian los remedios que se tienen para subsanar tal anomalía y cómo la jurisprudencia ha abordado el tema. En particular, se examina la dualidad que presenta la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito del proceso penal, que si bien frente a la incongruencia en unas ocasiones opta por revocar la decisión y proferir sentencia absolutoria, en otras acoge como solución la invalidación del proceso y declara su nulidad hasta el momento en que la Fiscalía debió cumplir con la carga de afirmación de los hechos para que se enmiende la falencia de la afirmación, actos que corresponden a la imputación y la acusación.

Desde la óptica a través de la cual se desarrolló esta investigación, confluyen dos enfoques: uno de validez, vinculado con el positivismo jurídico, y otro de eficacia o efectividad, relacionado con la sociología del derecho. En lo atinente a la validez, se hace latente analizar el marco normativo que, tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Penal, regulan la adquisición de los hechos y el contenido de la sentencia y establecen las reglas de congruencia que deben atenderse en esta, así como los remedios que se consagran para corregir la infracción que a ella se diere. En lo relativo a la eficacia, se examina y se hace seguimiento a las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, y se revisan las providencias que resuelven eventos de fallos incongruentes desde el punto de vista de los hechos o de la causa fáctica de la pretensión. A su vez, se examina de una manera crítica el alcance de estas.

El desarrollo de este artículo está dividido en tres acápitales. En el primero se analizan las etapas de la actividad probatoria. En el segundo se aborda de manera especial la etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos son adquiridos por el proceso —tanto en el ámbito civil como en el penal—, y se reflexiona sobre los aspectos comunes y diferenciadores entre ambos procesos. Por último, en el tercero se estudian las consecuencias derivadas de la no adquisición de los hechos por el proceso, mediante el abordaje de los remedios que se tienen para subsanar tal anomalía y las diferencias frente al proceso civil y el penal.

2. Las etapas de la actividad probatoria y en especial la etapa de adquisición de los hechos

En el marco del proceso es fundamental abordar dos actividades en torno a los hechos: la que se realiza tendiente a la individualización de los supuestos fácticos que son relevantes, que delimita el tema de prueba, y aquella cuyo objeto es la acreditación

de los hechos. Ambas pueden subsumirse en el concepto actividad probatoria. A su vez, esta tiene lugar en lo que podría denominarse como sus diferentes etapas; en la doctrina son varios los autores que hacen mención a las etapas de la actividad probatoria².

Para el desarrollo del presente artículo, y tomando en cuenta la referencia que hacen los doctrinantes citados en relación con las etapas o periodos de la actividad probatoria, se formula el siguiente planteamiento sobre lo que serían estas etapas, con el fin de precisar los distintos momentos en los cuales los enunciados de hecho y su prueba se proyectan en la secuencia propia de la actividad procesal: adquisición, ofrecimiento, depuración (inmaculación), decreto, práctica, asunción, valoración parcial y valoración imparcial, todas ellas predicables tanto en el marco del proceso civil como del proceso penal. Además, resulta necesario adicionar, para el proceso penal, una etapa previa consistente en la investigación y el aseguramiento, que incide en lo relativo a la adquisición de los hechos en el acto de imputación.

Con el propósito de identificar el quehacer en cada una de estas etapas, se hará referencia a ellas:

2.1. Etapa de la adquisición

Se refiere al momento en el cual los hechos o enunciados de hecho son adquiridos por el proceso y que, por tanto, se incorporan como parte del tema de prueba. A ello se hará referencia en el siguiente acápite, al ser uno de los temas centrales.

2.2. Etapa del ofrecimiento

Está relacionada con la petición de pruebas que presentan los sujetos activo y pasivo de la pretensión, o, excepcionalmente, los terceros intervinientes facultados para ello. Para tal efecto, se establecen diferentes oportunidades en cada una de las regulaciones procesales.

En el proceso civil, estas corresponden a la demanda, su contestación y el término de traslado de las excepciones de mérito, cuando estas sean propuestas por el demandado. Adicionalmente, durante la práctica de la prueba testimonial, los

2 Véase Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, tomo I (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 204-272; Hernán Fabio López Blanco, Código general del proceso. Pruebas, tomo 3 (Bogotá, D.C.: Dupre Editores Ltda, 2019), 37-39; Nattan Nisimblat, Derecho probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación, 5.a ed. (Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2023), 209 - 228; Anamaría Castellanos Artunduaga, "Admisión, rechazo y decreto de pruebas", en Derecho probatorio: Desafíos y perspectivas (Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020), 25-44; Juan Montero Aroca, La prueba en el proceso civil, 4.a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2005), 171-218.

testigos podrán aportar documentos relacionados con los hechos que son objeto de declaración, y las partes podrán solicitar pruebas relacionadas con los hechos sobre los cuales versa la inspección judicial durante su práctica.

En el proceso penal, las oportunidades corresponden al escrito de acusación y a la audiencia preparatoria, actuaciones en las que también deberá darse el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física. Lo anterior, sin perjuicio de otras oportunidades posteriores que atienden a ciertas circunstancias particulares, como lo son los eventos en los cuales sería procedente aceptar la prueba sobreviniente (artículo 344 del C. de P. P) y la prueba de refutación (artículo 362 del C. de P.P.).

2.3. Etapa de la depuración

En esta se han de precisar aquellos hechos con los que no se va a requerir adelantar actividad probatoria para su acreditación, en consideración a que son admitidos por las partes y el juez los declara probados. Esto puede ocurrir tanto en el marco del proceso civil como en el del proceso penal, tal como lo establecen los ordenamientos procesales. En el proceso civil, se consagra expresamente como una de las etapas de la audiencia inicial del proceso verbal o de la audiencia única del proceso verbal sumario, en el numeral 7 del artículo 372 del C. G. P. al indicar:

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieren ser probados.

En el proceso penal, es uno de los aspectos que debe considerarse en el desarrollo de la audiencia preparatoria, regulado en el numeral 4 y parágrafo del artículo 356 del C. de P. P. que establece: "4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. (...) PAR. —Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias".

2.4. Etapa del decreto

Atendiendo el *iter* de la actividad probatoria, sigue el decreto, por parte del juez, de las pruebas que han sido ofrecidas por los sujetos parciales y que pueden ser adicionadas por aquellas que, de oficio, considerase el juez procedente en los

ordenamientos en los cuales se consagra la prueba de oficio. Es en esta etapa donde el juez debe examinar el cumplimiento tanto de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia, utilidad y licitud) como extrínsecos (oportunidad, formalidad, competencia o capacidad y legitimación). El decreto podrá consistir bien en la orden de incorporar la prueba o de practicarla. Lo primero se dará frente a la prueba documental aportada (cuando no se requiera cumplir con una formalidad adicional para su incorporación como ocurre en el proceso civil mas no en el proceso penal al exigirse en este que los documentos deban ser leídos, exhibidos o proyectados para ser conocidos por todos los intervinientes en la audiencia, tal como lo establece el artículo 431 del C. de P.P., lo cual lleva a la siguiente etapa: la práctica de la prueba). Lo segundo se da frente aquellos medios de prueba que comportan la realización de una serie de actividades en la oportunidad establecida para ello que permitan predicar su producción, como ocurre con el testimonio o la inspección judicial, entre otros.

2.5. Etapa de práctica

En esta se llevan a cabo las diferentes actividades que posibiliten la producción de los medios de prueba cuya práctica fue ordenada. Cada proceso tiene establecida una oportunidad para ello. En el proceso civil, tratándose de los procesos de conocimiento, será en la audiencia de instrucción y juzgamiento del proceso verbal o en la audiencia única del proceso verbal sumario (artículo 373 y 392 del C. G. del P.). En el proceso penal será en la audiencia del juicio oral (artículo 374 C. de P.P.).

2.6. Etapa de asunción

Es una etapa que se da de manera concomitante con la etapa de práctica de la prueba. Se caracteriza porque en ella el juez desarrolla el proceso de interiorización del resultado de la actividad probatoria.

2.7. Etapa de valoración

En esta deben distinguirse de manera secuencial la valoración parcial y la valoración imparcial.

La primera de ellas, la valoración parcial, es efectuada por los sujetos parciales de la pretensión y se da en aquel momento u oportunidad habilitados para que estos presenten sus alegaciones; de allí que también se le denomine *etapa de alegaciones*.

Esta se abre una vez termina la práctica de la prueba y antes de que el juez profiera la sentencia. En ella tiene lugar la labor argumentativa de los sujetos parciales ante el juez, para indicarle cuál o cuáles han de ser las conclusiones sobre la ocurrencia o no de los hechos, a partir del resultado de la prueba incorporada y practicada, de tal manera que manifieste ante el juez si la prueba cumple o no con el estándar probatorio para considerar acreditados los enunciados de hecho que fueron adquiridos por el proceso.

La segunda — la valoración imparcial de la prueba— corresponde al juez como sujeto imparcial y tiene por finalidad determinar si los hechos adquiridos por el proceso, que constituyen el tema de prueba, se encuentran probados o no. Es decir, si la prueba cumple con el estándar probatorio exigido, de tal manera que pueda concluirse que los hechos fueron acreditados, bien sea que se pruebe su ocurrencia o su no ocurrencia —esto es, la prueba del hecho infirmante frente al que se afirma como elemento axiológico de la pretensión o de la excepción de mérito—, o bien porque no se alcance dicho estándar y, por ende, deba acudir a la aplicación de la carga de la prueba como regla de juicio que le permita al juez adoptar una decisión de fondo.

Una vez identificadas las diferentes etapas de la actividad probatoria, en el siguiente acápite se examinará de manera particular lo que se ha denominado etapa de adquisición de los hechos, atendiendo a que uno de los objetivos de este escrito es el de determinar con claridad la manera como los hechos son adquiridos por el proceso.

3. La etapa de adquisición de los hechos y la forma como estos se incorporan al proceso

En el acápite anterior se hizo referencia a la etapa de la adquisición de la prueba, a aquella en la cual los hechos son adquiridos por el proceso y por tanto ingresan a hacer parte del tema de prueba. Por ello, si bien al hablar de las etapas de la actividad probatoria los autores no hacen mención a la adquisición de los hechos, como se indicaba en el numeral anterior, el hacerlo e incorporarla de manera expresa como una de las etapas de la actividad probatoria contribuye a dar claridad al quehacer probatorio en el proceso. De esta manera, el *iter* de la actividad probatoria adquiere una dimensión de completitud que permite dimensionar de forma adecuada las diferentes fases propias de esta actividad. El no indicar como primera etapa la adquisición de los hechos por el proceso lleva a enunciar las demás etapas sin el insumo principal: los hechos.

Ahora bien, identificada la adquisición como una de las etapas de la actividad probatoria, debe indagarse por la manera como los hechos son adquiridos por el proceso. La respuesta es que ello puede ocurrir de dos formas: por afirmación, en

desarrollo de la carga de afirmación de los hechos que tienen los sujetos parciales, o por conexidad con los hechos afirmados.

Como lo menciona el tratadista Adolfo Alvarado Velloso: “Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: afirmación, negación, confirmación y alegación (o evaluación o conclusión)”³. Los dos primeros pasos mencionados por el autor, la afirmación de los hechos y su negación, permitirán que estos sean adquiridos por el proceso; en tanto que el tercer paso se hará a través del ofrecimiento de la prueba, el decreto, la depuración, la incorporación o práctica y la asunción; para terminar con el cuarto paso indicado por el autor, propio de la valoración tanto parcial como imparcial de la prueba. En el mismo sentido se manifiesta el autor Carlos Climent Durán: “La actividad procesal o probatoria de las partes contendientes y la actividad enjuiciadora o valorativa del juzgador se desarrollan a partir de los hechos afirmados o alegados por aquellas”⁴.

A continuación, se abordará el desarrollo de lo concerniente a la adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal. Metodológicamente se considera que lo más adecuado es hacerlo de manera separada, dedicando un acápite propio a uno y otro proceso, analizando en cada uno de ellos tanto la forma como se da la adquisición como los actos procesales destinados para ello. Debe advertirse que, no obstante la metodología acogida, existen elementos que, si bien podrían permitir el desarrollo de este tema de manera común a ambos procesos, ello no sería lo más adecuado al tener presente las particularidades propias de cada proceso. De allí que se aborde el análisis de manera separada.

3.1. La adquisición de los hechos en el proceso civil

Esta parte desarrolla la distinción de los hechos que se adquieren a partir de la actividad de los sujetos parciales, esto es, del sujeto activo y del pasivo de la pretensión. Así mismo, se hará la diferenciación entre aquellos hechos que, para ser adquiridos, deben necesariamente ser afirmados, y aquellos que se adquieren por conexidad con los hechos que son afirmados. Cabe anotar que la circunstancia de que puedan ser adquiridos por conexidad no obsta para que también puedan ser afirmados por los sujetos parciales.

3 Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal*, vol. III (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 27.

4 Carlos Climent Durán, *La prueba penal* (doctrina y jurisprudencia) (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999), 70.

3.1.1. Hechos que necesariamente deberán ser afirmados

3.1.1.1. Los fundamentos de hecho de las pretensiones

El acto procesal por excelencia para la adquisición de los hechos en desarrollo de la carga de afirmación es la pretensión, contenida a su vez en el acto procesal de la demanda. En ella, el sujeto activo (demandante o pretensor) debe indicar la *causa petendi*, es decir, los hechos o, siendo más rigurosos, debe afirmar, de modo expreso y claro, los enunciados de hecho en los cuales se funda la petición presentada ante la jurisdicción. Esto debe hacerse delimitando con precisión los hechos concretos que dan lugar a la formulación de la pretensión.

En tal sentido, lo expresado por los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto:

El fundamento de la pretensión procesal no es un motivo invocado o no, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya quien la aduce, no para justificarla, sino simplemente para acotarla, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se contrae: lo que permite al juez previamente conocer cuál ámbito particular de la vida es el que la pretensión busca asignarse; la invocación del fundamento opera no como justificante, sino como individualizadora de la pretensión misma. El titular de la pretensión cumple una primera tarea en la individualización de aquella, al delimitarla describiendo no una situación abstracta ideal, sino narrando unos hechos concretos de la vida, hechos que son los fundamentos de la pretensión, no como cimientos en que descansa, sino como muros que la delimiten⁵.

Al hacerse la afirmación de los hechos como fundamento de la pretensión, se está dando cumplimiento a una carga, de tal manera que si no se hiciere, tales hechos no ingresarán al proceso, ya que ningún otro sujeto diferente al sujeto activo se encuentra legitimado para realizar dicho acto procesal. Se cita al tratadista Devis Echandía, quien de una manera bastante clara se refiere a este aspecto:

Desde este punto de vista puede hablarse de carga de la afirmación, por cuanto para la obtención del fin deseado con la aplicación de cierta norma jurídica, la parte debe afirmar los hechos que le sirvan de presupuesto, sin lo cual el juez no puede tenerlos en cuenta, aun cuando aparezcan probados, y también de determinación del tema de prueba por la afirmación de los hechos. Se dice que hecho no afirmado es inexistente para los fines del proceso (a menos que sea secundario o accesorio, o configure una

5 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 4.a ed. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 341.

excepción perentoria que el juez deban considerar oficiosamente)⁶.

Normativamente, el artículo 82 del C. G. del P. regula cuál es el contenido de la demanda. En el numeral 5 establece: “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”.

3.1.1.2. El fundamento de hecho de las excepciones de mérito propias

La contestación de la demanda es un acto procesal a través del cual también se logra la adquisición de hechos por el proceso. Este acto puede contener hechos que se adquieren solo por afirmación que serían excepciones de mérito propias; y otros que, independiente de que sean afirmados o no, tendrán la vocación de ser adquiridos por conexidad con hechos que hayan sido afirmados, los hechos infirmantes y las excepciones de mérito impropias.

En la contestación de la demanda, el sujeto pasivo o demandado puede proponer excepciones de mérito. La formulación de estas comporta la manifestación de hechos nuevos, generadores de hechos sustanciales, “que tiene una relación negativa con los hechos fundantes de la pretensión en tanto que disminuye, modifica o destruye los efectos jurídicos de estos últimos”⁷.

Es necesario tener presente la distinción entre excepciones de mérito propias e impropias. Las primeras solo podrán ser adquiridas por el proceso y, por ende, harán parte del tema de prueba, si son afirmadas. Las segundas, esto es, las impropias, no requieren ser afirmadas por el sujeto pasivo para que sean adquiridas por el proceso; aun sin haber sido afirmadas el juez podrá reconocerlas oficiosamente.

El artículo 282 el C. G. del P. establece cuáles son las excepciones de mérito propias al hacer referencia a la resolución de las excepciones. Indica que para reconocer la prescripción, la compensación y la nulidad relativa se requiere que el demandado las haya alegado al contestar la demanda. Por ende, los hechos que permiten alegarlas o que las soportan deberán ser individualizados y afirmados en dicho acto, para que así puedan ser adquiridos por el proceso, mediante la manifestación del sujeto pasivo de la pretensión.

6 Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 180.

7 Alberto Ceballos Velásquez, “El tema de decisión”, *Temas procesales* 21 (1997): 77.

3.1.2. Hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos que fueron enunciados de modo expreso

Debe advertirse que si bien se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos en relación con los cuales se exige la carga de afirmación, nada obsta para que estos a su vez sean debidamente afirmados. Se podría pensar que una adecuada actitud por parte de los representantes de los sujetos parciales en el proceso conllevaría que estos sean afirmados de acuerdo con el interés que asista a cada uno de ellos en lograr su prueba en el marco del proceso, pero ha de destacarse que, de no ser afirmados, su adquisición se dará por conexidad con los afirmados.

3.1.2.1. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto activo de la pretensión

3.1.2.1.1. Premisa fáctica en los casos de facultad para emitir sentencia *extra petita* o *ultra petita* por *causa petendi*

En el ordenamiento procesal civil se faculta al juez para proferir fallos *extra petita* y *ultra petita*. Ello sucede en los asuntos de familia cuando se requiera para brindar protección a la pareja, a los niños, a personas discapacitadas o de la tercera edad, y en asuntos agrarios cuando una de las partes goce de amparo de pobreza. Estos eventos están especialmente mencionados en los parágrafos 1 y 2 del artículo 281 del C. G. del P. Igualmente, cuando se objeta el juramento estimatorio, puede el juez reconocer una cantidad superior a aquella que fue estimada bajo juramento (inciso 5 del artículo 206 del C. G. del P.). Como consecuencia lógica de esta facultad, los hechos que den lugar a las mencionadas decisiones podrán ser adquiridos por conexidad, sin ser determinante que hayan sido afirmados.

3.1.2.1.2. Premisa fáctica de las declaraciones consecuenciales legales

Existen algunos supuestos frente a los cuales el legislador establece para el juez el deber de pronunciarse más allá del objeto de la pretensión formulada, en asuntos que están relacionados con la pretensión o pretensiones formuladas y que tienen una relación de dependencia con ella. Esto implica que la declaración positiva del enunciado legal principal permite al juez pronunciarse sobre dichos

aspectos consecuenciales, hayan sido o no solicitados por el demandante. Es el caso del reconocimiento de las prestaciones o restituciones mutuas, establecido en los artículos 1546, 1746 y 1932 del Código Civil colombiano. Del mismo modo ocurre en las pretensiones de nulidad de matrimonio civil, divorcio, separación de cuerpos y cesación de efectos del matrimonio católico, pues una vez formuladas, y cuando prosperan, obligan al juez a pronunciarse —independientemente de que se haya solicitado o no por el sujeto activo de la pretensión— sobre los siguientes aspectos: el cuidado de los hijos, alimentos a favor de los hijos (o del cónyuge, dado el caso), así como sobre la titularidad de la patria potestad, tal como lo establece el artículo 389 del C. G. del P. En consecuencia, los elementos fácticos que dan lugar al reconocimiento de estas peticiones tienen la vocación de ser adquiridos por conexidad, independientemente de si han sido o no afirmados.

3.1.2.2. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto pasivo de la pretensión

3.1.2.2.1. Supuesto de hecho de las excepciones de mérito impropias

Ya se hizo mención de los supuestos fácticos de las excepciones de mérito propias, que necesariamente deben alegarse en el acto procesal de contestación de la demanda. En dicho acto, además, deben afirmarse los hechos que dan lugar a ellas. Pero la misma norma, esto es el artículo 282 del C. G. del P., indica: “cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”. Por tanto, los hechos que sustentan las excepciones de mérito impropias podrán ser adquiridos por conexidad, aunque no hayan sido afirmados por el sujeto pasivo de la pretensión.

3.1.2.3. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la pretensión

3.1.2.3.1. Hechos infirmantes

Son aquellos con los cuales se logra acreditar que el hecho que es afirmado no

ocurrió u ocurrió de una manera diferente. Con ellos se demuestra que lo que se afirmó como sucedido en realidad ocurrió de una manera diferente o no ocurrió. Su prueba atrae necesariamente un juicio negativo relativo a la prueba del hecho fundante de la pretensión o de la excepción de mérito; por tanto, su acreditación puede favorecer tanto al sujeto pasivo —como lo sería en el primer evento—, como al sujeto activo —como lo sería en último caso—.

Una de las regulaciones que permite explicar este supuesto es la consagrada en el n.º 2 del artículo 96 del C.G. del P., cuando establece para el sujeto pasivo de la pretensión el deber de pronunciarse de manera expresa y concreta sobre los hechos de la demanda (debería decir *de la pretensión*) e indica entre estos “los que se niegan”, caso para el cual deberá señalar las razones de su respuesta, que consistirán precisamente en que el hecho no ocurrió u ocurrió de una manera diferente. No obstante lo que se acaba de mencionar, nada impide que en el curso del proceso, y propio de la actividad de práctica de la prueba, se logre probar un hecho infirmante, así este no haya sido afirmado antes en alguno de los actos procesales destinados para ello, como podrían ser la contestación de la demanda, tal como se indicó, o la respuesta al traslado de las excepciones de mérito propuestas por el demandado, que debe darse al demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 370 del C.G. del P. Ese hecho infirmante que resulta probado, así no haya sido afirmado, se podrá adquirir —tal como se ha manifestado— por conexidad con hechos ya afirmados.

3.1.2.3.2. Los hechos circunstanciales o indicadores

Ha de advertirse que si bien los hechos circunstanciales o hechos indicadores no configuran la causa fáctica de la pretensión, sí serán presupuesto para que, a través de la prueba indirecta, prueba por indicios, se logre acreditar la existencia de hechos principales o hechos indicados. De allí que estos integran o hacen parte del universo de hechos del tema prueba en el proceso. En relación con estos ha de plantearse si sobre ellos existe la carga de afirmación o si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad. Al respecto se incorpora la siguiente mención explícita encontrada en la doctrina: “cuando el hecho es accesorio, en el sentido de que el mismo no es determinante de la causa a pedir alegada por la parte, nada se opone que el juez de oficio pueda apreciar su existencia”⁸.

3.1.3. El caso de los hechos sobrevinientes (hay eventos en los que deben ser afirmados para ser adquiridos y otros en los que se adquieren por conexidad)

Consagrados en el inciso 4 del artículo 281 del C. G. del P., los hechos sobrevinientes pueden beneficiar tanto al sujeto pasivo como al activo de la pretensión. Estos podrán ser modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio. Se denominan sobrevinientes al darse su ocurrencia con posterioridad a la presentación de la demanda en relación con aquellos que son favorables al sujeto activo o a la contestación de la demanda en lo atinente al sujeto pasivo. Respecto a su forma de adquisición, podrá haber hechos que deban alegarse, ello implica que deba cumplirse con la carga de afirmación para que sean adquiridos por el proceso. Otros, en cambio, pueden ser considerados de oficio por el juez y, por ende, se pueden adquirir por conexidad con hechos ya afirmados.

Con el propósito de identificar uno u otro caso, se ejemplifica a partir de lo que serían hechos constitutivos de agravamiento o disminución del daño causado en el marco de los procesos de responsabilidad civil: cuando se trate de un hecho sobreviniente que constituya el agravamiento del daño —lo cual favorece al sujeto activo de la pretensión—, este deberá ser alegado por el demandante para que sea adquirido por el proceso, ya que para tal evento existe la carga de afirmación del tal hecho. En cambio, cuando se trata de un hecho sobreviniente que comporte una disminución del daño —lo cual ha de beneficiar al sujeto pasivo de la pretensión—, el juez podrá considerarlo de oficio por ser constitutivo de una excepción de mérito impropia, independiente de que sea o no afirmado por el demandado.

Una vez analizada la forma de adquisición de los hechos en el proceso civil, y la individualización de los diferentes supuestos, se pasará a realizar idéntico análisis en el ámbito del proceso penal, atendiendo la misma línea de trabajo que se utilizó para el desarrollo de este acápite.

3.2. La adquisición de los hechos en el proceso penal

A continuación, se abordará el estudio de la adquisición de los hechos en el ámbito del proceso penal, siguiendo la línea de lo manifestado hasta ahora en relación con la forma como en el proceso se adquieren los hechos; esto es, la exigencia de la carga de la afirmación para unos, en tanto que para otros se dará por su conexidad con los hechos afirmados.

3.2.1. Hechos que necesariamente deben ser afirmados

3.2.1.1. Los hechos jurídicamente relevantes de la imputación y de la acusación

En el desarrollo de este tópico se encuentra una sola categoría, pero esta comporta la particularidad de que la carga de afirmación debe cumplirse en dos actos procesales: la imputación y la acusación, siendo esta última contentiva de la pretensión punitiva.

Con el fin de contextualizar la actividad de la adquisición de los hechos en el proceso penal y teniendo presente que en este también se da la formulación de la pretensión, es pertinente iniciar replicando lo dicho por el autor español Climent Durán en el texto *La prueba penal*, donde, además de referirse al proceso penal, destaca la unidad propia del derecho procesal, independientemente de la especialidad o ámbito del derecho en el cual se aplique:

cuando se habla de hechos alegados o afirmados por las partes se puede estar haciendo alusión a todo tipo de procesos, tanto los de naturaleza civil como los de carácter penal, contencioso-administrativo o laboral, pues en cada uno de ellos se precisa la alegación de hechos como soporte fáctico (*causa petendi*) de la pretensión ejercitada⁹.

Ello mismo se refleja en lo expresado por los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, en su texto *Teoría general del derecho procesal*:

La pretensión procesal penal es el acto de voluntad mediante el cual, un particular, un funcionario público o el Estado en general, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado¹⁰ o acusado por razón de un hecho también determinado.

La pretensión punitiva está dirigida contra el acusado por conducto del acusador, titular del *ius puniendi* y se ejerce ante el juez que tiene la jurisdicción. La así denominada

9 Climent Durán, *La prueba penal*, 72.

10 Debe tenerse presente, para una adecuada precisión del texto citado, que la imputación no es una pretensión, es un acto del fiscal, formalizado por el juez de control de garantías, en virtud del cual la Fiscalía vincula a la etapa preprocesal denominada fase previa de investigación a una persona vinculada a circunstancias de hecho que permiten inferir la posible comisión de un hecho delictuoso y su correspondiente responsabilidad. La imputación convierte al imputado en sujeto pasivo de una investigación, así en la imputación no hay formulación de pretensión alguna. La formulación de la pretensión (la acusación) es un resultado contingente del preproceso investigativo, así como lo es también la preclusión; la pretensión punitiva está contenida únicamente en el escrito de acusación.

pretensión punitiva busca el sometimiento del culpable a la pena.

La pretensión punitiva no difiere del modelo clásico de pretensión. El acusador a veces es el Estado por medio de un funcionario cuya denominación más común es la de fiscal. Otras veces los delitos serían disponibles y el *ius puniendi* estaría confiado a la autonomía privada¹¹. [Cursiva fuera de texto].

Se observa que ambas citas hacen alusión a que en el proceso penal la pretensión es un acto que hace parte de su estructura y por tanto es medular al hablar de este. El tener claridad de que la pretensión es un acto necesario en el proceso penal permite afirmar la necesidad de individualizar los hechos que configuran la causa fáctica de la pretensión, labor que corresponde a la Fiscalía como sujeto activo de la pretensión punitiva.

La legislación procesal penal en el Código de Procedimiento Penal se refiere a los hechos con el denominador de “hechos jurídicamente relevantes”, al regular el contenido tanto del acto de la imputación como el de la acusación. En el numeral 2 del artículo 288 del C. de P. P., cuando se refiere al contenido de la imputación, se advierte: “2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, (...)”; y, así mismo, el numeral 2 del artículo 337 del C. de P. P. al indicar el contenido de la acusación, establece: “2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”.

Ahora, es pertinente precisar cuál es el alcance del concepto de hechos jurídicamente relevantes. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del tema, en la Sentencia 3168 de 2017, con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en la cual se hace mención a estos de la siguiente manera:

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

(...)

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales.

Por tanto, los hechos jurídicamente relevantes corresponden a aquellos que están llamados a constituir la *causa petendi* de la pretensión punitiva formulada en

11 Quintero y Prieto, Teoría general del derecho procesal, 357.

el ámbito del proceso penal, los cuales deberán ser afirmados por la Fiscalía¹², como sujeto parcial encargado de la investigación. Dicha afirmación debe cumplirse en dos momentos atendiendo la naturaleza del proceso penal: en un primer momento, al formular la respectiva imputación, y en un segundo momento, al formular la acusación, siendo este último el acto en el cual se formula la pretensión punitiva.

Debe destacarse que en el ámbito del proceso penal¹³, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, no se tiene solo un acto para que por parte de la Fiscalía, como sujeto activo de la pretensión, se efectúe la afirmación de los hechos en el proceso. Esta debe hacerse en dos actos en armonía con las diferentes etapas que se tienen establecidas en la actuación y en el proceso penal (esto es la indagación preliminar, la investigación y el juicio). La afirmación de los hechos para que efectivamente sean adquiridos por el proceso debe realizarse en la imputación y la acusación, actos diferentes para lo cual se tienen oportunidades distintas.

Ello lleva a que, para abordar lo atinente a la forma y a los momentos propios para la adquisición de los hechos en el proceso penal, se deba tener presente el carácter progresivo de la actuación penal, con la exigencia de hacerlo en dos actos diferentes, esto es, la imputación y la acusación. Esto se establece en desarrollo de la implementación de la potestad de configuración normativa por parte del legislador, en aplicación del principio de legalidad de formas y procedimientos en el proceso penal.

El primer momento es la imputación que antecede la formulación de la pretensión punitiva. Se trata de un acto necesario que vincula al imputado a la investigación, en la que la Fiscalía afirma los hechos que, de acuerdo con la averiguación por ella adelantada, deben comunicarse al imputado, siempre que sobre su existencia haya evidencia que permita reunir un grado de probabilidad de inferencia razonable. En segundo lugar, ante la existencia de evidencia o información que en relación con los hechos permita enunciarlos con un grado de probabilidad de verdad, se debe

12 Debe hacerse la precisión que esta referencia corresponde al proceso penal regulado de manera original por el C. de P.P., pues adicional a este existe el procedimiento penal especial abreviado que fue establecido por la ley 1826 de 2017, que adicionó al C. de P. P. los artículos 534 y siguientes. En esta ley, se consagra el procedimiento mencionado y se regula la figura del acusador privado, con una aplicación limitada a las conductas punibles indicadas en el artículo 10 de dicha ley que corresponde al artículo 534 adicionado al C. de P.P., en el cual el acusador privado tiene la legitimación para formular la pretensión punitiva cuando se ha presentado la conversión de la acción penal pública a privada.

13 Lo dicho corresponde al proceso penal regulado originalmente en el C. de P.P., tal como se advierte en la nota anterior la ley 1826 de 2017 consagra y adiciona a este un procedimiento penal especial abreviado, en el cual no existe la imputación como acto procesal autónomo y se establece como sucedáneo de este acto el traslado del escrito de la acusación.

formular el acto de acusación. Este es un acto complejo, ya que no se agota con la presentación del escrito de acusación, sino que además requiere que en el transcurso de la audiencia destinada a tal fin, la Fiscalía presente la acusación de forma oral —lo cual se exige en desarrollo y en el contexto del sistema oral que rige el proceso penal en Colombia—. Por último, debe advertirse que durante dicha audiencia la acusación presentada por escrito podrá ser aclarada, adicionada o corregida.

De otro lado es pertinente preguntarse qué implica o comporta decir que la actuación penal tiene un carácter progresivo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre lo que significa el carácter progresivo de la actividad que se da en el proceso penal. La Corte Constitucional se refiere de la siguiente manera:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) *su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación;* (iii) *de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado;* y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos¹⁴. [Cursiva fuera de texto].

En la doctrina, los tratadistas Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, en su texto sobre el proceso penal, también dan cuenta de la progresividad cuando indican:

Pero justamente la noción de probabilidad de verdad sobre la existencia de la conducta y la autoría muestra que la acusación tampoco es inmutable. Lo que ocurre es que existe un límite temporal para que el fiscal introduzca elementos nuevos. Este límite no es precisamente la acusación sino el momento de exposición de la llamada teoría del caso (art.371 CPP) y de la tipificación específica de la conducta, al culminar la audiencia (art. 443 CPP). En efecto, antes de estos puntos hay diversas alternativas que posibilitarían discusiones sobre el objeto del juicio oral y, por ende, de una

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; enero 27 de 2010).

transformación de la acusación.

(...)

Aclaremos, entonces, que la acusación es un acto complejo, integrado también por las adiciones del juicio oral. El único límite se presenta precisamente en el desarrollo del juicio, en la medida en que no puede modificarse la acusación sobre temas no discutidos y no controvertidos en el juicio oral, lo anterior con el fin de preservar el derecho de defensa y el debido proceso¹⁵.

Sobre el alcance de lo planteado por los autores antes mencionados —según el cual pueden introducirse nuevos elementos fácticos al exponer la teoría del caso y la tipificación de la conducta al presentarse las alegaciones en la audiencia—, debe cuestionarse si en realidad es una oportunidad adicional para afirmar nuevos hechos o circunstancias de los hechos, o si, más bien, se han de concebir como un espacio para que, en desarrollo de un sistema oral, se comuniquen de nuevo los hechos que ya habían sido adquiridos por el proceso mediante la acusación, pero que deben ser reiterados de forma verbal en la audiencia del juicio oral como expresión de una garantía frente al acusado, en desarrollo de haber acogido el sistema oral como forma de expresión y, por lo tanto, de comunicación de los actos procesales.

Por ende, en el primer momento mencionado (la exposición de la teoría del caso), lo que se busca es permitir que el procesado tenga claridad, directamente o a través de su defensor, de cuáles son los elementos fácticos que se le están atribuyendo. Para el segundo momento (el de las alegaciones finales), el propósito es que la Fiscalía indique los hechos que considera se han probado. Esto redundará en que, al darse la palabra a la defensa, el ejercicio argumentativo atienda con mayor precisión la facultad de controvertir lo que en concepto de la Fiscalía se acreditó, pero circunscrito y limitado a los hechos que fundamentan la acusación y la teoría del caso presentada, no en nuevos hechos que fueren allí afirmados. Sobre este aspecto, Binder advierte: “la doctrina que sostiene que la acusación se completa recién con los alegatos es errónea y contraria al principio acusatorio”¹⁶. En tal sentido, se está ante dos actos diversos, con propósitos distintos, que se producen en momentos diferentes de la audiencia de juzgamiento, pero que el carácter de la progresividad del proceso exige que sean coherentes.

Es así como los hechos jurídicamente relevantes, que corresponden a los

15 Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*, vol. I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 838.

16 Alberto Binder, *Derecho procesal penal*, vol. VI (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018), 348.

fundamentos de hecho de la pretensión punitiva, deben afirmarse tanto al momento en que se presenta la imputación por parte de la Fiscalía como en la formulación de la acusación. Son dos oportunidades distintas, que ocurren antes jueces diferentes y en etapas diferentes de la actuación penal. La primera se da en la etapa de investigación ante el juez de control de garantías. La segunda se da en la etapa del juicio ante el juez de conocimiento, y requerirá sin excepción alguna estar precedida de la primera, esto es de la imputación. Las premisas de hecho que apoyan la imputación son antecedentes necesarios de los fundamentos de hecho que apoyan la acusación. El hecho de la imputación precede al hecho de la acusación. En ambos actos, deberán ser afirmados los hechos jurídicamente relevantes. Si no son afirmados no ingresan al proceso y el juez al proferir sentencia no los podrá tener como fundamento de la decisión, así la actividad probatoria permita concluir que están debidamente probados.

Al hablar de la progresividad en la actuación penal, surge una pregunta: ¿es posible que, al momento de formular la acusación por parte de la Fiscalía, los hechos que se individualizaron en la imputación puedan variar? Este es un tema que ha sido analizado de manera amplia y precisa por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 2042 de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar). Según lo planteado en la decisión antes mencionada deben distinguirse tres tipos de situaciones fácticas para dar respuesta a la pregunta. Estas situaciones son las siguientes: las relativas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la calificación jurídica; las que suponen cambios favorables al procesado; o las que implican cambios desfavorables al procesado.

En torno al primer supuesto, esto es, cuando se trata de circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en la calificación jurídica, se dice que en la audiencia de acusación pueden hacerse precisiones de los hechos relativas a estas, siempre y cuando no sean constitutivas de una adecuación a un tipo penal más gravoso, o que comporten circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, entre otras.

Sobre el segundo supuesto, esto es, cuando se trate de circunstancias fácticas que representan cambios favorables al acusado, se indica que bien pueden eliminarse circunstancias genéricas o específicas de agravación, o incorporar hechos que configuren circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad no afirmadas hasta ese momento (ha de tenerse presente que en este evento no se trata propiamente de una adición a los hechos jurídicamente relevantes, pues al tratarse de hechos favorables al acusado, estos podrán ser adquiridos por conexidad

y, por lo tanto, ser tenidos en cuenta por el juez al proferir la sentencia, sin que dé lugar a afectar la congruencia), o suprimir hechos que lleven a que la conducta se adecue a un tipo penal menos grave, siempre y cuando con ello no se genere indefensión.

El tercer supuesto, el más delicado, es el de la inclusión en la acusación de hechos que sean desfavorables al procesado, esto es, que hagan más gravosa su situación. Para abordar este aspecto, la Corte distingue tres eventos:

El primero de ellos es el de la afirmación, por primera vez, de hechos que lleven a atribuir al acusado la realización de nuevos delitos que no podrían inferirse a partir de los hechos afirmados en la imputación. Sobre este punto, la Corte es clara en advertir que no es posible, y que el camino adecuado para incorporar estos nuevos hechos es la adición a la imputación, regulada en el inciso 3 del artículo 351 del C. de P. P.

El segundo evento se presenta cuando se incorporan hechos que darían lugar a la aplicación de un tipo penal diferente “máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad”. En tal sentido manifiesta “que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo fáctico de la imputación (...) deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional”¹⁷, tal como se mencionó, que se encuentra regulado en el artículo 351 del C. de P. P.

Por último, el tercer evento se da cuando en la acusación se afirman por primera vez hechos que son constitutivos de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad. Sobre estos, manifiesta la Corte que, si bien son elementos fácticos que pueden dar lugar a una mayor punibilidad o pueden incidir en la concesión o no de subrogados, si estas circunstancias no modifican la esencia de los hechos afirmados en la imputación, es factible que ingresen al proceso mediante la afirmación que de ellos realice la Fiscalía en el escrito de acusación. Advierte, eso sí, que para garantizar de manera adecuada la defensa, se deberá tener en cuenta dicha adición como un factor que determine un mayor tiempo entre la formulación de la acusación

17 En relación con la mención que se realiza en torno a que la imputación es un acto comunicacional, debe precisarse que más que un acto comunicacional, se está frente a un acto complejo, en el cual se emiten dos actos sucesivos, el del fiscal que la formula y el del juez que la homologa. En tal sentido se manifiestan los autores Jaime Bernal y Eduardo Montealegre : “En otros términos, el artículo 286 CPP no puede interpretarse exegéticamente en el sentido de que el acto de comunicación es simplemente dar aviso al procesado de la iniciación del proceso penal. (...) El término comunicación es dar aviso de la iniciación de una etapa procesal, pero el contenido de la audiencia de imputación presupone tener en cuenta criterios sustanciales que apuntan a la protección de derechos fundamentales por medio de la actividad del juez de control de garantías”, Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, *El proceso penal*, 147.

y el desarrollo de la audiencia preparatoria, de tal forma que el procesado cuente con tiempo suficiente para preparar su defensa, se entendería en consideración a que en la acusación se permite el ingreso de nuevos hechos al proceso mediante la afirmación que formula la Fiscalía. En concepto de la Corte, encuadrarían en este supuesto los hechos constitutivos de las circunstancias de agravación del homicidio (art. 104 del Código Penal) y las circunstancias de agravación de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (art. 211 del Código Penal).

3.2.2. Hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con los hechos que fueron enunciados de modo expreso

3.2.2.1. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen al sujeto pasivo de la pretensión punitiva

3.2.2.1.1. Hechos nuevos que tengan la vocación de evitar la prosperidad total o parcial de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía

Si bien en el ámbito del proceso penal el concepto de excepciones de mérito es ajeno —no se consagra legalmente y no se usa—, sí se puede hablar que desde el punto de vista del sujeto pasivo hay una serie de hechos que van más allá de los hechos infirmantes, en razón a que no niegan la existencia de los hechos que sirven de fundamento a la imputación o a la acusación, pero sí buscan que no haya lugar a una sentencia de condena o que se reconozcan circunstancias que lleven a una menor punibilidad de la conducta cometida por el procesado. En este contexto, los autores que a continuación se mencionan dan cuenta de ello:

Devis Echandía manifiesta: “El imputado o procesado puede adoptar conductas similares, pero en estricto sentido no propone excepciones, sino que alega hechos exculpativos o atenuantes de responsabilidad”¹⁸.

Urbano Martínez, en relación con el tema tratado, indica:

Como lo expone Bayón, la diferencia entre los elementos constitutivos del delito y los elementos exonerantes refleja algunas distinciones que son justificatoriamente significativas. (...)

18 Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso*, tomo I (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993), 235.

La prueba de los primeros le correspondería a la acusación, en tanto que en cuanto a los segundos a la defensa le incumbiría incluir ese tema en el debate del juicio para sobre esa base generar una práctica probatoria de parte de la Fiscalía. De esta forma, por ejemplo, si esta parte acusa por el delito de homicidio, debe probar los elementos constitutivos de esta conducta y la responsabilidad del acusado; la defensa puede introducir un principio de prueba sobre la posible concurrencia de una legítima defensa y, en razón de ello, la Fiscalía debe ofrecer pruebas sobre la no concurrencia de tal justificante¹⁹.

Estos hechos nuevos, bien sea que se afirmen o aún sin serlo, se adquieren por conexidad, en atención a su relación con los hechos afirmados por la Fiscalía. Podrán clasificarse como hechos impeditivos, modificativos o extintivos de la consecuencia jurídica que se busca con la pretensión punitiva.

Son hechos impeditivos, aquellos susceptibles de encuadrarse en las causales de ausencia de responsabilidad consagradas por el artículo 32 del Código Penal colombiano, que, siendo concomitantes con los hechos que permiten hacer el juicio sobre la responsabilidad penal, tendrán la vocación de enervar los efectos de algunos de ellos, bien sea porque se acrediten o porque por lo menos generen en el juez de una manera razonable la duda sobre su existencia, de tal manera que no le permita considerar cumplido el estándar de prueba más allá de toda duda razonable sobre los elementos de la responsabilidad penal. Por tanto, se inscriben dentro de esta categoría los hechos que permitan plantear la existencia de las diferentes causales de justificación ante el juicio de antijuridicidad, tales como el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, el legítimo ejercicio de una actividad lícita, el legítimo ejercicio de un cargo público, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante; así como la existencia de causas de inculpabilidad, esto es, ocurrencia de un error de prohibición, los eventos de estado de necesidad excluyentes de la culpabilidad, y los de inimputabilidad²⁰.

Hay otro tipo de hechos que encuadran dentro de la categoría de modificativos, como son aquellos que configuran atenuantes de responsabilidad o que, en general, permiten una menor punibilidad para el acusado. En la legislación colombiana lo son las circunstancias de menor punibilidad consagradas en el artículo 55 del Código Penal, así como las de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema que no alcanzan a

19 José Joaquín Urbano Martínez, *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 437.

20 Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal: Parte general* (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020).

excluir la responsabilidad, pero influyen en la realización de la conducta, a las cuales se refiere el artículo 56 del Código Penal, y la ejecución de la conducta bajo el estado de ira e intenso dolor, regulado en el artículo 57 del Código Penal.

Y, por último, estarían los hechos que podrían ubicarse en la categoría de extintivos, dentro de los cuales encuadrarían los diferentes supuestos que establece la ley como causales de extinción de la acción penal en los artículos 82 del Código Penal y 77 del C. de P. P., que son los siguientes: la muerte del acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, la indemnización integral, la retractación y las que estableciere la ley²¹.

Estos hechos tienen la vocación de favorecer o beneficiar al acusado, pues el efecto que tiene el probarlos, o por lo menos generarle al juez una duda razonable sobre su existencia en su juicio al momento de proferir sentencia, o bien llevará a proferir una sentencia absolutoria o bien a una sentencia de condena en la cual se reconozcan atenuantes de punibilidad.

Ha de tenerse presente que, en virtud de la regla de comunidad de la prueba o adquisición procesal, los hechos nuevos podrán acreditarse con cualquiera de los medios de prueba que se decreten en el proceso, independientemente de quien los haya solicitado. Además, durante la práctica y contradicción de la prueba pueden acreditarse hechos nuevos favorables al acusado, cuya existencia no se había planteado hasta ese momento, pero que surgen del debate probatorio y que ingresan al proceso por conexidad con los hechos ya afirmados en la pretensión punitiva.

Respecto a los hechos nuevos, no se consagra la carga de afirmación; sin embargo, sí existen en el proceso unas oportunidades con vocación para que allí se realice tal afirmación, sin que pueda predicarse un efecto preclusivo para hacerlo hasta el momento en que el juez profiera la sentencia. En efecto, siempre que tales hechos se prueben, bien podrá el sujeto interesado advertir de su existencia y el juez podrá considerarlos al momento de proferir sentencia.

Un primer momento se presentaría durante la audiencia preparatoria, y se va a reflejar específicamente cuando el acusado o su defensor lleven a cabo el ofrecimiento o solicitud de pruebas, según lo establecido por los artículos 356 y 357 del C. de P. P. En efecto, para poder determinarse por parte del juez el decreto de

21 Debe precisarse que, tratándose de la caducidad y el desistimiento, en sí no constituyen como tal hechos extintivos, se trata de circunstancias de carácter procesal en el contexto de los delitos querrelables. La primera derivada por el transcurso del tiempo ante la falta de actividad del querellante legítimo en presentar la querrela; la segunda por decisión del mismo sujeto de su deseo de desistir de acción penal iniciada ante la presentación de la querrela por él (artículos 73 y 76 del C. de P. P.).

las pruebas solicitadas, deberá aducirse cuáles son los hechos que con las pruebas solicitadas se buscan acreditar. Solo así puede el juez analizar el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de estas, de manera particular el de la pertinencia o relevancia que implicará evaluar la correspondencia de los hechos a probar con aquellos que hagan parte del tema de prueba, ya sea porque, teniéndose la carga de afirmarlos, esta se cumplió, o porque, aun no siendo exigida dicha carga, pueden ingresar al proceso por la conexidad con los hechos afirmados.

En la audiencia del juicio oral, antes de la práctica de las pruebas, se concede el uso de la palabra a la Fiscalía y a la defensa para que presente la teoría del caso, tal como se regula en el artículo 371 del C. de P. P. que dispone: "la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio". Obsérvese que, tratándose de la defensa, su intervención es facultativa, si decidiere hacer uso de esta, este será el momento oportuno para hacer alusión a los hechos nuevos.

Más adelante, al presentarse los alegatos de conclusión durante la audiencia del juicio oral, propio del ejercicio argumentativo realizado, según lo establecido por el artículo 443, se habilitan las oportunidades para alegar al fiscal, al representante de las víctimas, al ministerio público y a la defensa. El inciso tercero se refiere específicamente a la intervención de la defensa:

Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados.

Allí es completamente posible que la defensa aduzca la existencia de hechos que, aún sin haber sido afirmados hasta ese momento en el proceso, fueron objeto de debate durante la práctica y contradicción de la prueba. De dicha práctica puede haber surgido prueba de su ocurrencia, o por lo menos elementos que permitan argumentar su ocurrencia, razonablemente, ante el juez; y así no se pueda acreditar con certeza, sí podrán generar en el juez una duda razonable sobre su existencia.

3.2.2.2. Hechos adquiridos por conexidad que favorecen tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo de la pretensión punitiva

3.2.2.2.1. Los hechos infirmantes

Tal como se mencionó, todos aquellos hechos con los cuales se logra acreditar que el hecho que es afirmado no ocurrió u ocurrió de una manera diferente, y que lleven a demostrar que lo que se dice por la Fiscalía —en los actos procesales de imputación o de acusación—, en realidad sucedió de una manera diferente o no sucedió, serán hechos que en el ámbito del proceso penal se adquieren por conexidad con los hechos afirmados en los mencionados actos procesales. En términos de Taruffo, se trataría de una prueba negativa o contraprueba, la cual “tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, es decir, que el hecho no sucedió”²². Es el caso de lo que ocurre cuando se aduce la existencia de causales de atipicidad. En tal sentido brinda bastante precisión lo dicho por el tratadista Velásquez Velásquez:

La categoría en estudio tiene una faz positiva y otra negativa, según los resultados a que se lleve el juicio de tipicidad en el caso concreto que —de ser afirmativos— puede conducir a afirmar la congruencia típica por presentarse los elementos objetivo y subjetivos de la figura respectiva; o, en caso contrario, negarla, y caer entonces en el terreno de la no tipicidad, que a su vez puede ser de carácter absoluto (cuando la conducta examinada no es subsumible en ningún tipo penal) o relativo (por no aparecer alguno o algunos de los elementos de la descripción comportamental y poder ser comprendida por otro tipo penal)²³.

Aunque no es muy frecuente, también puede suceder que por parte de la Fiscalía exista interés en acreditar hechos infirmantes, como cuando busca demostrar que los hechos nuevos, planteados por el acusado, no ocurrieron. Tal sería el caso, por ejemplo, de un proceso en el que el acusado aduzca alguna de las causales de ausencia de responsabilidad en su defensa y la Fiscalía logre acreditar algún elemento fáctico que elimine la duda sobre su existencia, de modo que el juez pueda tener la convicción sobre la no ocurrencia de esta. Así sucedería si la Fiscalía demuestra la ausencia de proporcionalidad en relación con los hechos que busquen acreditar la legítima defensa.

22 Michele Taruffo, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 61.

23 Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 396

Por tanto, también serán hechos infirmantes aquellos que logren acreditar que los hechos descritos en el anterior numeral —esto es, los hechos nuevos favorables al acusado, que tienen la vocación de evitar la prosperidad total o parcial de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía— no ocurrieron u ocurrieron de una manera diferente. Estos hechos infirmantes atienden al interés de la Fiscalía como sujeto activo de la pretensión.

Si bien, en relación con estos hechos no se consagra la carga de afirmación, existen unas oportunidades en el proceso con la vocación para que estos sean afirmados, tal como se indicó en el acápite anterior en relación con los hechos nuevos. Son estas la audiencia preparatoria al momento de hacer el ofrecimiento o solicitud de pruebas, la audiencia del juicio oral cuando se otorga la palabra a los sujetos parciales para que presenten su teoría del caso, y en esta misma audiencia cuando se presentan los alegatos de conclusión. Al revisar lo dicho sobre estas oportunidades en el numeral anterior, se explica con profundidad la dinámica propia de cada una de estas ocasiones para formular la afirmación de hechos que han de adquirirse por conexidad.

3.2.2.2. Los hechos circunstanciales o indicadores

De la misma manera como se hizo mención al hacer referencia en el proceso civil, ha de indicarse que si bien los hechos circunstanciales o indicadores no configuran la causa fáctica de la pretensión, sí serán el supuesto fáctico de los hechos indicadores a través de los cuales se puede lograr acreditar por inferencia la existencia de hechos principales o hechos indicados, en desarrollo de la estructura de las pruebas indirectas, por lo cual harán parte del universo de hechos del tema prueba en el proceso. Ya en las líneas anteriores se hizo el planteamiento de si sobre ellos existe la carga de afirmación o si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad. De nuevo se anota la cita, ya transcrita, que responde a este planteamiento: “cuando el hecho es accesorio, en el sentido de que el mismo no es determinante de la causa a pedir alegada por la parte, nada se opone a que el juez de oficio pueda apreciar su existencia”²⁴.

Sin embargo, en el proceso penal esto ha de coordinarse, en lo pertinente, con lo relativo al deber del descubrimiento de elementos materiales y evidencia física que se establece en este proceso, y al cual hace referencia en el artículo 344 del C. de P. P. en tanto que este pudiere comportar la prueba de hechos indicadores en el ámbito del proceso penal.

3.2.3. El caso de los hechos sobrevinientes (hay eventos en los que deben ser afirmados para ser adquiridos y otros en los que se adquieren por conexidad)

Al examinar la adquisición de los hechos en el proceso civil, se trató lo relativo a los hechos sobrevinientes. Estos son aquellos que ocurren con posterioridad a la oportunidad que se tiene para realizar los actos procesales en los que debe cumplirse con la carga de afirmación, tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo de la pretensión. Sobre estos, existe regulación normativa expresa en el artículo 281 inciso 4 del C.G. del P. para el proceso civil, donde se establecen algunas condiciones para que el juez pueda tenerlos como fundamento de su decisión al momento de proferir sentencia. Es decir, que se hayan probado y que se aleguen por la parte interesada antes de los alegatos de conclusión, salvo que se trate de hechos que puedan ser considerados de oficio.

En el ámbito del proceso penal, la carga de afirmación de los hechos jurídicamente relevantes le corresponde realizarla al sujeto activo de la pretensión punitiva, que será la Fiscalía, debiendo cumplirse esta en dos actos procesales: la imputación y la acusación. En el ordenamiento procesal penal, no hay norma que haga referencia de manera similar a los hechos sobrevinientes como lo hace el ordenamiento procesal civil. El artículo 448 del C. de P. P., que regula lo relativo a la congruencia en la sentencia dentro del proceso penal, no menciona esta categoría de hechos, ante lo cual surge la pregunta: ¿qué hacer frente a los hechos sobrevinientes en el ámbito del proceso penal?

Si se tratase de hechos sobrevinientes favorables al acusado, debidamente probados, nada impide que el juez se pronuncie sobre ellos siguiendo la regla de que estos hechos se adquieren por conexidad sin que se requiera el cumplimiento de la carga de afirmación por parte del acusado en calidad de sujeto pasivo de la pretensión punitiva. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de la retractación en relación con los hechos constitutivos de los delitos de injuria y calumnia, tal como lo establece el artículo 225 del Código Penal, que permite que la retractación se dé hasta antes de proferir sentencia de primera o única instancia.

Teniendo presente que en el proceso penal la adquisición de los hechos desde la óptica del sujeto activo de la pretensión se da de manera progresiva, que son dos los momentos y actos procesales en los cuales debe darse (en la imputación y en la acusación), y que se consagra la posibilidad de que se adicione la imputación por medio del acto procesal de ampliación de la imputación, podrían plantearse

dos situaciones en relación con los hechos sobrevinientes: cuando estos ocurren antes de la formulación de la acusación y cuando ocurren con posterioridad a la formulación de la acusación. Se abordará por separado cada uno de estos eventos.

El primer evento, cuando se trata de un hecho sobreviniente que ocurre antes de la formulación de la acusación, se podrá incorporar al proceso a través de la adición de la imputación, tal como se consagra en el inciso 3 del artículo 351 del C. de P. P., para lo cual la Fiscalía debe cumplir con la carga de afirmación por medio de dicho acto.

El segundo evento se presenta cuando el hecho ocurre con posterioridad a la formulación de la acusación. Al respecto ha de advertirse que en la legislación procesal penal no se encuentra regulación ante esta situación. El artículo 448 del C. del P. P. nada menciona al respecto, ya que en el supuesto normativo hace mención de que no se puede declarar culpable a un acusado por hechos que no consten en la acusación, sin hacer ningún desarrollo en relación con los hechos sobrevinientes.

Sobre este tema, el tratadista Binder, en el tratado de derecho procesal penal, en donde a su vez cita a Mair —en el contexto de la legislación procesal penal de Argentina—, hace referencia tal como se transcribe a continuación:

este acto se denomina ampliación de la acusación y para nuestras leyes solo es posible para otro acto de continuación delictiva en el delito continuado o para una circunstancia agravante respecto de la acusación originaria.

(...)

El problema consiste, entonces, en saber ¿cuándo se puede agregar alguna circunstancia del hecho que no altera esa estructura o unidad? Maier piensa en dos supuestos: 1) continuación de la unidad del delito continuado; 2) la producción de la muerte, una vez iniciado el debate. En cuanto al primer supuesto, no es problemático, porque la calificación de un conjunto de acciones u omisiones como delito continuado es una calificación favorable al acusado, ya que rompe la lógica del concurso real por el de la unidad de acción o resultado; en cuanto al segundo supuesto debemos hacer una aclaración. Parece de sentido común que si la víctima muere durante el debate seguir sosteniendo una acusación por tentativa de homicidio iría en contra de la sensatez. Podemos considerarlo un supuesto de ampliación posible, siempre que el acusador haya hecho la reserva de esa ampliación en su acusación. Si una persona ha sido acusada de tentativa de homicidio, su posterior muerte —imputable al acusado— no puede ser sorpresiva ni desconocida, y no hay razón para quitarle la carga de la reserva de ampliación al acusador. Por lo tanto, pareciera que el único caso claro es el de la

muerte posterior y esperable de quien, al momento de la acusación, todavía no había fallecido²⁵.

En el ordenamiento procesal colombiano no existe la figura de la ampliación de la acusación u otra institución similar.

Al revisar la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia 2042 de 2019 hace mención a lo que ocurre en relación con el caso específico cuando se pasa de la tentativa al delito consumado antes de la formulación de la acusación, sin que allí quede planteada cuál sería la manera de afrontarlo cuando ello ocurre una vez ha sido formulada la acusación. La antedicha mención se limita a indicar que los eventos de incorporación de hechos que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente constitutivo de un delito más grave no puede hacerse en la acusación, pero advierte que el paso de tentativa al delito consumado quedaría excluido de este limitante. En consecuencia, concluye que, si de la tentativa se pasa al delito consumado antes de la acusación, estos hechos pueden ser adicionados en la acusación, así no estén afirmados en la imputación:

Bajo el anterior supuesto no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado, pues es sabido que dicha figura —la tentativa— es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones pueden realizarse en la audiencia de acusación, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima.

(...)

(iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos facticos que pueden adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación²⁶.

Nada se menciona para el caso en el cual el paso de la tentativa al delito consumado ocurre con posterioridad a la formulación de la acusación.

25 Binder, *Derecho procesal penal*, 357-358.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 2042 de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

3.3. Reflexiones sobre la adquisición de los hechos, semejanzas y diferencias en el proceso civil y en el proceso penal

Como el propósito de este artículo de investigación es examinar si hay un tratamiento diferente en lo relativo a la adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, luego de haber abordado en los acápite anteriores esta temática en cada uno de los procesos, se revisará el tema haciendo la comparación entre estos.

En ambos procesos puede plantearse que existen las mismas formas de adquisición de los hechos. Esto es, mediante el cumplimiento de la carga de afirmación de estos y por conexidad con los hechos en relación con los cuales se cumplió la carga de afirmación, advirtiéndose que en relación con los hechos que pueden ser adquiridos por conexidad nada impide que también sean afirmados por alguno de los sujetos parciales de la pretensión. Sin embargo, debe advertirse que en el proceso penal no hay consagración legal que permita, desde la óptica de los fundamentos fácticos de la pretensión punitiva, la adquisición de hechos por conexidad. En tal sentido no es permitido al juez penal fallos *extra petita* o *ultra petita* ni se establecen pretensiones consecuenciales legales. Tampoco existe una institución procesal que permita la adquisición de hechos sobrevinientes con posterioridad a la formulación de la acusación. Y en lo atinente al interés del sujeto pasivo, hay otro aspecto que marca una diferencia significativa; todos los hechos que pudieren beneficiar al acusado son susceptibles de adquirirse por conexidad; mas no es así en el proceso civil, ya que en este, cuando se trata de excepciones de mérito propias, se establece la carga de afirmación por parte del sujeto pasivo de la pretensión.

En lo relativo a la oportunidad para cumplir la carga de afirmación de los hechos, hay una diferencia manifiesta que emana de la naturaleza del proceso mismo, ya que la estructura del proceso penal tiene etapas diferentes que separan la indagación y la investigación del juzgamiento. Esto hace que en este se den dos oportunidades diferentes y necesarias —en las que debe cumplirse con la carga de la afirmación por parte de la Fiscalía—: la imputación y la acusación. La primera necesariamente deberá anteceder a la segunda y ello, además, comportará que la etapa de adquisición se vea afectada o condicionada por el carácter progresivo de la actuación penal. En tanto, en el proceso civil, solo se tiene una oportunidad para cumplir con la carga de afirmación de los hechos por el sujeto activo de la pretensión: la demanda. Además, en algunos eventos, tratándose del sujeto pasivo de la pretensión, también

debe cumplir con la carga de la afirmación en la oportunidad que se tiene para la contestación de la demanda.

En la siguiente parte se abordarán las consecuencias que se derivan de la no adquisición de los hechos, así como las implicaciones que se presentan cuando el juez toma decisiones con base en hechos que no fueron adquiridos por el proceso, esto es, en relación con los cuales no se dio cumplimiento a la carga de afirmación.

4. Consecuencias que se derivan en el proceso por la no adquisición de los hechos

Una vez revisada la manera como los hechos son adquiridos por el proceso, se procederá a examinar por qué es tan determinante hablar de la adquisición de los hechos en el proceso y, por ende, qué consecuencias se derivan de la no adquisición de estos y cómo se proyecta tal falencia o ausencia. Dos aspectos son de trascendencia, uno en materia probatoria y el otro relativo al contenido de la sentencia y su congruencia.

Es importante advertir que también otros aspectos son relevantes, ya que adicional a los mencionados, se proyectan en otros elementos propios de su naturaleza, tal como se infiere de la siguiente cita:

Nótese que es tal la trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes, que estos son el derrotero para fijar la competencia, el tipo de procedimiento, el fuero si lo hay, la exigencia de requisitos de procesabilidad y procedibilidad, el reconocimiento de las víctimas, la procedencia de mecanismos de justicia restaurativa o premial; además, rige el debate probatorio, la pertinencia de la prueba, la congruencia, entre otros aspectos (...) ²⁷.

En lo relativo a la actividad probatoria, el juez, al analizar el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos para el decreto de las pruebas que son ofrecidas o pedidas por las partes del proceso, debe verificar que estas sean pertinentes, esto es que busquen acreditar los hechos que hacen parte del tema de prueba, tal como lo disponen los artículos 168 del C. G. del P., y 357 y 375 del C. de P. P. En consonancia con ello surge una pregunta: ¿cómo se establece que los hechos que se busca probar con los medios de prueba solicitados hacen parte del tema de prueba? Ante esto, cabe responder que ello ocurre cuando se trata de hechos que han sido adquiridos por el proceso mediante su afirmación, o de hechos que tienen

27 Juan Fernando Silva Henao, El concepto de "hechos jurídicamente relevantes" (Medellín: Lijursánchez, 2023), 88.

la vocación de ser adquiridos por conexidad con los hechos afirmados cuando los ordenamientos procesales así lo regulen. Si los hechos no han sido adquiridos por el proceso porque debiendo ser afirmados no se afirman, o no obstante no haber sido afirmados no tienen la vocación de ser adquiridos por conexidad con hechos afirmados, el juez deberá concluir que las pruebas ofrecidas o pedidas por las partes no cumplen con el requisito de la pertinencia y por lo tanto no deberá decretarlas.

El otro aspecto, al cual se hacía alusión, es el relativo al contenido de la sentencia y su congruencia. Sobre su alcance puede decirse:

De manera que en una primera aproximación debemos decir que el principio de congruencia es la concordancia lógica entre el conflicto planteado o conocido por la Jurisdicción y el decisorio, siendo siempre el conflicto el continente y el decisorio el contenido, que si bien puede ocupar todo el conflicto planteado o conocido, puede ocupar una parte menor²⁸.

Tal como se observa de la cita anterior, se denomina a la congruencia como un principio, y en el mismo sentido lo plantea Nisimblat²⁹. Sin embargo, de ser así, no se podría pensar que en los ordenamientos procesales existan excepciones a dicho principio, por la naturaleza propia de ser un principio³⁰, que permitirían al juez proferir sentencias fundando su decisión en hechos no afirmados o reconociendo consecuencias jurídicas no solicitadas por el sujeto activo de la pretensión. Por ello, más que un principio se estaría frente una especie de tipo o sistema procesal que “desde el punto de vista de los poderes del juez y de las partes para la aportación del material de conocimiento: tipo procesal dispositivo o el tipo procesal inquisitivo”³¹, posibilita optar por la congruencia o no congruencia de la decisión, bajo el desarrollo del principio de defensa o contradicción en ponderación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 29 y 228 de la Constitución Nacional), que implicará que, frente a ciertas tutelas jurídicas, el juez, para garantizar una solución justa más allá de la simple solución del conflicto de intereses, tenga en cuenta la realidad de los hechos que se acreditaron en el ámbito del proceso.

Atendiendo a que el manejo que se ha dado al alcance de la exigencia de la

28 Enrique M. Falcón, “Formación y el contenido del principio de congruencia”, en, *El principio de congruencia. Libro homenaje a Augusto Mario Morello*, M. Masciotra, & R. Rosales Cuello (coords.) (La Plata: Librería Editora Platense, 2009), 33.

29 Nisimblat, *Derecho probatorio. Tecnologías de la información y la comunicación*.

30 Si bien el enunciado, en torno a que los principios no admiten excepción, puede no ser pacífico, o el uso de este término pudiere tener diferentes acepciones en su uso por la doctrina y jurisprudencia, tomar partido por lo dicho ha de brindar precisión. Sobre este enunciado ver López Blanco, *Código general del proceso*, quien comparte dicho planteamiento.

31 Clemente A. Díaz, *Instituciones de derecho procesal*. Parte general (Buenos Aires: Abelado Perrot, 1968), 298-299.

congruencia en la sentencia proferida en el proceso civil y en el proceso penal ha sido diferente, a continuación se abordará su examen en cada uno de los procesos mencionados en acápite separados:

4.1. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso civil

La congruencia se regula en el C.G. del P. en el artículo 281, donde se indica en detalle el marco que tiene el juez para proferir la sentencia, atendiendo a los hechos en relación con los cuales el legislador establece la carga de afirmación para que sean adquiridos por el proceso; y así mismo, aquellos en relación con los cuales podrá pronunciarse el juez al ser adquiridos por conexidad con los hechos afirmados, aspecto abordado al analizar la adquisición de los hechos en el proceso civil.

Si en el ámbito del proceso civil, al momento en el cual el juez va a proferir la sentencia, existen elementos fácticos o hechos que, pese a no haber sido afirmados por las partes se encuentran probados, deberá examinarse con sumo cuidado si se trata de hechos que pueden ser adquiridos por conexidad con aquellos en relación con los cuales se establece la carga de afirmación y que efectivamente fueron afirmados. Esto, con el fin de saber si, por ello, pueden considerarse como adquiridos por el proceso y derivar de ellos las consecuencias jurídicas que en el ámbito del derecho sustancial se han consagrado. De no ser así, deberá advertirse que esos hechos, a pesar de haber sido probados en el proceso, no hacen parte de los extremos de la litis sometida a su conocimiento y, por lo tanto, no puede reconocérseles ninguna consecuencia jurídica al proferir la sentencia. Se estaría, entonces, frente a la ausencia de un presupuesto material para la sentencia favorable, ya sea respecto del demandante —consistente en la afirmación de los hechos que estructuran la causa de la pretensión—, o del demandado, cuando se trata de hechos que configuran las excepciones de mérito propias; esto es, aquellas que deben ser alegadas por el demandado (prescripción, nulidad relativa y compensación)³².

Si, tratándose de hechos que no fueron adquiridos por el proceso, el juez les otorga consecuencias jurídicas, se estará frente a un fallo incongruente. Tal anomalía hace que la sentencia se desvíe, esto es, se salga del modelo positivo que debe atender. Para controlar esta desviación, aparecen varios remedios procesales: el recurso ordinario de apelación, cuando la decisión es susceptible de apelarse; el recurso extraordinario de casación, cuando frente a la sentencia sea procedente este recurso (artículo 336 n.º 3 del C.G. del P.); el recurso extraordinario de revisión,

32 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso*, 291.

por presentarse una nulidad originada en la sentencia que termina el proceso y no es susceptible de recurso, nulidad que se deriva de exceder el juez su competencia funcional (artículo 355 n.º 8 del C.G. del P.); y, por último, la acción de tutela contra providencias judiciales por una vía de hecho, al incurrir en defecto sustantivo o procedimental.

Sobre la posibilidad de solicitar la nulidad de la sentencia, debe advertirse que no hay una posición unánime de su procedencia. Hay quienes piensan que no es posible, en tanto que otras personas consideran que es lo adecuado. Al respecto, es conveniente hacer referencia a la Sentencia SC4415-2016, con ponencia de Ariel Salazar Ramírez, en la que se resuelve un recurso extraordinario de revisión y se indica que este no es procedente para atacar desviaciones por incongruencia, pues se consideró que la falta de congruencia no afecta la competencia funcional del juez ni de primera ni de segunda instancia. A continuación se transcribe lo dicho por la sala. Luego se hará alusión al salvamento de voto, que considera que sí es procedente:

Luego, la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido.

Para el ataque de ambos tipos de errores en la sentencia de segunda instancia, la ley procesal tiene reservado el recurso extraordinario de casación, toda vez que atañen al fondo de la decisión, sin que tengan ninguna relación con las nulidades procesales. De ahí que ninguna de esas figuras está enlistada como motivo de nulidad en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

En relación con esta misma sentencia, se tiene el salvamento de voto del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona quien difiere de lo dicho. Por su parte, considera que al proferirse una sentencia fuera de los extremos de la litis, como en el evento de hechos no adquiridos por el proceso, se estaría vulnerando la competencia funcional, en tanto que esta no fue otorgada por las partes al juez, al no haberse afirmado los hechos en los actos procesales establecidos para ello. Se transcriben apartes del salvamento de voto que da cuenta de esta posición:

7. La incompetencia funcional. Vicio insaneable y nulidad de la sentencia

Este defecto surge cuando el sentenciador se pronuncia sobre materia diferente, un hecho, una pretensión, una excepción por fuera de la esfera y función juzgadora

prevista, según los factores de competencia de cada juez, distorsionando la pretensión y el modelo institucional procesal y la norma de orden público que le asigna el asunto o las facultades juzgadoras la materia o función determinada por la ley como competencia suya para decidir. La irregularidad no permite saneamiento, porque el juez, dispensa en la sentencia una solución por fuera de su resorte funcional o al margen de ella, en forma asimétrica o incongruente. Si se trata de juzgamiento de segunda instancia, excede el marco de la solución de los puntos concretos materia de juzgamiento, así constituya un problema de *reformatio in peius*.

En la sentencia que da lugar al salvamento de voto, se advierte que la incongruencia en las decisiones no puede catalogarse como un problema de afectación de la competencia funcional, y que se consagra ante su ocurrencia como una desviación del modelo positivo de acto, una causal expresa en el recurso extraordinario de casación para alegarla (artículo 336 n.º 3 C.G. del P.). Posición diferente se asume en el salvamento de voto, en el cual se concluye que en la decisión incongruente se excede la competencia funcional que se configura por los actos de las partes en el proceso, y que por tanto la decisión incongruente genera una nulidad insaneable en la sentencia, que en caso de no ser objeto de recursos podrá ser objeto del recurso extraordinario de revisión (artículo 355 n.º 8 del C.G. del P.), y no solo es su posición, sino que se refleja en varias sentencias de la Sala Civil que son mencionadas en el salvamento de voto en mención³³. La posición asumida por el salvamento de voto en mención es una postura que brinda una mayor garantía a las partes que se pueden ver afectadas por una decisión incongruente y permite estructurar un remedio o solución adecuada frente a la incongruencia, que de no permitirse limitaría los instrumentos para corregir este tipo de desviaciones, por ello debería propenderse por su aceptación.

Por último, estaría la posibilidad de acudir a la tutela contra providencias judiciales por una vía de hecho. La Corte Constitucional, en Sentencia T-455 de 2016 con ponencia de Alejandro Linares Cantillo, manifiesta:

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “*como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”* [Sentencia T-714 de 2013, (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que a su vez reitera lo dicho en las sentencias T-773 de 2008, (M. P. Mauricio

33 Sentencia de casación del 26 de julio de 2013, Exp. n.º 05001-31-003-09-2004-00263-01, M. P. Dra. Ruth Mariana Díaz Rueda. Sentencia 4 de septiembre de 2000, Exp. n.º 5602, M. P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo. Sentencia de 26 de junio de 2003, Exp. n.º 7058, M. P. Dr. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia de casación del 30 de noviembre de 2015, Exp. n.º 25286-31-03-001-2007-00335-01, M. P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

González Cuervo); T-450 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-025 de 2002, (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras]. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

4.2. Las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal

En el código de procedimiento penal, la congruencia se regula en el artículo 448, así: "ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena".

Es abundante la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la cual se aborda el tema de la congruencia, pero antes de hacer el examen sobre esta y lo que ha considerado sobre las desviaciones que se generan al desconocerla, es conveniente examinar qué ha dicho la doctrina sobre el tema, con el fin de examinar si es viable encontrar una línea uniforme que permita manejar una unidad de criterio de las Cortes para abordar el desconocimiento de la congruencia entre el proceso penal y el proceso civil. Dos textos son suficientemente ilustrativos para este propósito, el primero propio de la literatura del proceso penal y el segundo de la teoría general del proceso.

Binder, en el tratado de derecho procesal penal, en donde a su vez cita a Mair, se refiere a la congruencia sobre los hechos, así:

En cuanto a los hechos no hay duda acerca de las limitaciones de toda sentencia de condena. Mair nos dice con claridad: "La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, que hemos estudiado, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia solo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; *ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (ne est iudex ultra petita)*. La regla se expresa como el *principio de correlación entre la acusación y la sentencia*; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema nacional (...)” Mair, 2002 (1:568)³⁴. [Cursiva fuera de texto].

Quintero y Prieto (2008), en el texto *Teoría general del proceso*, indican al respecto:

El principio tiene un significado de lealtad con el reo que no puede ser condenado por hechos no controvertidos; si los justiciables no conocen con exactitud las acusaciones que les formulan, no hay claridad en el debate y el ejercicio del derecho de defensa se dificulta y menoscaba; *en materia penal, hay incongruencia por extra petita cuando en la sentencia no se limita a resolver inculpaciones hechas al sindicado en el llamado auto de cargos, o auto de proceder, o en la acusación fiscal, o en el cuestionario presentado al jurado, sino que condena por algo diferente, aun cuando ese ilícito diverso aparezca comprobado en el proceso; también habrá incongruencia cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado*³⁵. [Cursiva fuera de texto].

De ambas citas, se resalta la trascendencia de la congruencia en el proceso penal. Esta debe darse entre múltiples actos procesales que llevan a comunicarle al imputado o acusado los hechos por los cuales, como sujeto pasivo, debe afrontar un proceso, esto es, entre la imputación y la acusación, y la sentencia que resuelve sobre ellos. No se concibe, por tanto, que se dé una condena por hechos o circunstancias sobre los cuales no se brindó el derecho de defenderse en la oportunidad debida o establecida.

En consecuencia, puede afirmarse que si el juez al momento de proferir sentencia encuentra que hay hechos jurídicamente relevantes probados, pero que no fueron adquiridos por el proceso, debe proferir una decisión favorable al acusado que bien podrá derivar en una sentencia absolutoria, o aun en una sentencia condenatoria, pero en la cual no se consideren los hechos no adquiridos por el proceso que podrían llevar a una mayor punibilidad, como sería el caso de una circunstancia de agravación. Por ende, en uno u otro caso, lo procedente es optar por la no prosperidad de la pretensión punitiva formulada por la Fiscalía, de manera total o parcial, en consideración a que hay hechos probados que no fueron adquiridos por el proceso, y, por tanto, no facultan al juez para fundar en ellos su decisión. Lo anterior equivale a advertir la ausencia de uno de los presupuestos materiales para que haya sentencia condenatoria, y correlativamente la existencia de un presupuesto para proferir sentencia favorable al acusado³⁶.

Ahora, al hacer un recorrido por la manera como la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha decidido en estos eventos, se encuentra

35 Quintero y Prieto, *Teoría general del derecho procesal*, 175.

36 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 291-292.

que son dos las soluciones ante los posibles eventos de incongruencia: por un lado, el proferimiento de una sentencia absolutoria (total o parcialmente); y, por otro lado, la declaración de nulidad del proceso. Para controlar las anomalías de las decisiones judiciales derivadas de la falta de congruencia en el ámbito del proceso penal, se cuenta con los siguientes recursos y acciones: el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el desarrollo de la garantía de la doble conformidad, el recurso extraordinario de casación (artículo 181 n.º. 2 del C. de P.P.) y la acción de tutela por incurrir en defecto sustantivo o procedimental³⁷.

A continuación, de manera independiente se abordará cada una de estas posiciones, y las razones que se tienen para acogerlas.

4.2.1. Lo procedente es proferir sentencia absolutoria

Sobre la procedencia del proferimiento de sentencia absolutoria, se encuentran los siguientes pronunciamientos: CSJ SP 3168-2017, CSJ SP 3623-2017, CSJ SP 16891-2017, CSJ SP 497-2018, CSJ SP 5660-2018, CSJ SP 5332-2019, CSJ SP 4034-2020, CSJ SP 372-2021, entre otros, según el análisis realizado por Saray Botero y Peláez Mejía³⁸. En la primera de las sentencias citadas, la razón de la absolución no se fundamenta en la falta de congruencia, sino que se llega a esta en virtud de lo que se ha denominado “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”, lo cual implica que si en el contexto del proceso, si bien podría optarse por la declaración de nulidad en beneficio del acusado, considerando que se violaron garantías que solo lo afectan a él, debe preferirse la opción que permita la absolución, como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado, argumento mencionado con antelación por la Sala Penal, en Sentencia de la CSJ SP 32983-2013, con ponencia de José Leónidas Bustos Martínez.

Debe advertirse que en las sentencias antes mencionadas existen diferentes motivos para llegar a proferir sentencia absolutoria. Dentro de ellas hay decisiones que de manera contundente advierten que ante la no afirmación del hecho por parte de la Fiscalía en la imputación y en la acusación, lo procedente es absolver. Así ocurre en la sentencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia SP5332-2019, con ponencia del magistrado Jaime Humberto Moreno Acero, en la que la Corte, conociendo como juez de segunda instancia para resolver el recurso de

37 Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-083 del 24 de marzo de 2023 (M. P. Natalia Ángel Cabo).

38 Nelson Saray Botero y José María Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal: Construcción y aplicación práctica* (Bogotá: Leyer Editores, 2022), 181-234.

apelación de una sentencia de un Tribunal Superior, que atribuye a un juez el delito de prevaricato por acción, decide:

Sin embargo, estos hechos no fueron imputados fáctica ni jurídicamente al procesado, por lo que *inexorablemente deberá absolver* a CESAR AUGUSTO LEÓN BERMÚDEZ por el delito de prevaricato por acción.

(...)

Determinado que, en verdad, no había ninguna necesidad de realizar dicha demostración para dar por terminado el proceso ordinario por el camino conciliatorio, de ninguna manera es posible, ahora, mutar los hechos para atribuir al acusado uno diferente al objeto de la acusación, evidentemente como se hace que ello viola de manera flagrante, no solo el debido proceso, sino los derechos de defensa y de contradicción.

Ello conduce a absolver del delito de prevaricato por acción al acusado, (...). [Cursiva fuera de texto].

Así mismo, en Sentencia SP372-2021, con ponencia del magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán, que resuelve un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia en la que se condena a una persona como cómplice del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, hace el siguiente análisis:

En suma: (ii) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (...) (iv) la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, obrar en sentido contrario sería vulnerar el principio de congruencia; y (vi) *la solución del asunto pasa, entonces, por la absolución del enjuiciado.* [Cursiva fuera de texto].

4.2.2. Lo procedente es declarar la nulidad del proceso

La otra postura es la que da lugar a considerar que, ante la falta de congruencia entre la causa fáctica y la sentencia, lo procedente es declarar la nulidad del proceso. Hay un grupo de decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que asume esta posición. Ello en consideración a que se vulnera el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, y, por ende, lo procedente es la involución del proceso hasta el momento en el cual se debieron afirmar esos hechos que, siendo probados, no habían sido adquiridos por el proceso. Como se ha manifestado, los actos procesales establecidos para cumplir con la carga de la afirmación por el sujeto activo de la pretensión en el proceso penal son la imputación y la acusación,

debiendo darse cumplimiento a la afirmación en ambos, siendo este el instrumento que permite garantizar así la protección del derecho violentado. En tal sentido están las sentencias CSJ SP 16913-2016, CSJ SP 4792-2018, CSJ SP 4045-2019, CSJ SP 3831-2019, CSJ SP 4252-2019, CSJ SP 3329-2020, CSJ SP 4045-2019, CSJ SP 4792-2018, CSJ SP 2920-2017, CSJ SP 1653-2021, entre otras, según el análisis realizado por Saray Botero y Peláez Mejía³⁹.

En coherencia, similar tratamiento deberá darse cuando el juez de primera instancia, al momento de proferir sentencia, encuentra hechos que no fueron adquiridos por el proceso, pero que sí han sido probados.

Llama la atención de esta posición que la nulidad del proceso no busque la destrucción únicamente de la sentencia y, en consecuencia, el proferimiento de una nueva que corrija la desviación, de acuerdo con los lineamientos expuestos en el numeral anterior; esto es, la emisión de una nueva sentencia en la cual no se acoja la prosperidad de la pretensión de manera total o parcial y que lleve a la absolución, sino que se involucre el proceso hasta el momento en que se habilitarían nuevamente las oportunidades ya precluidas. Al proceder como se indica, se habilita de nuevo una oportunidad ya precluida para cumplir con la carga de afirmación por la Fiscalía, bien sea en la imputación o en la acusación, salvo que por el trascurso del tiempo hubiere operado la prescripción de la acción penal y lo procedente, por tanto, sea su preclusión. No resulta razonable declarar la nulidad de un proceso para salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso del cual es titular el acusado, para que corregida la irregularidad resulte condenado el acusado que se vio afectado. Con ello se viola el principio de protección, pues el sujeto de quien se salvaguarda el derecho fundamental al debido proceso finalmente termina sufriendo un efecto desfavorable.

4.2.3. Colofón a las consecuencias que se generan en el ámbito del proceso penal

Surgen dos posiciones antagónicas: una considera procedente la absolución, la otra estima que lo adecuado es la declaración de nulidad. Sobre esta última cabe la pregunta, ¿qué es lo que busca esa declaración de nulidad? Pues ante la ausencia del hecho que permite la subsunción de los comportamientos atribuibles a una situación concreta del presupuesto abstracto establecido por la norma penal —esto es, la individualización de los hechos jurídicamente relevantes—, lo adecuado es absolver por no darse todos los supuestos fácticos para que proceda la aplicación

39 Saray Botero y Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*, 156-181.

de la consecuencia jurídica establecida por el ordenamiento jurídico. Se trata de la ausencia de uno de los presupuestos materiales o sustanciales para dictar sentencia condenatoria en los procesos penales, tal como lo indica Devis Echandía:

Son presupuestos materiales de la sentencia condenatoria del sindicado o imputado: 1) adecuada imputación en el auto de proceder o en la acusación del fiscal para iniciar el enjuiciamiento en el sistema acusatorio; 2) la prueba, en legal forma, de la existencia de los hechos delictuosos que se investigaron; 3) *que esos hechos sean precisamente los imputados para el enjuiciamiento; (...)*

Son presupuestos materiales de la sentencia absolutoria del procesado: 1) que falte alguno de los cuatro presupuestos de la sentencia condenatoria; (...)⁴⁰. [Cursiva fuera de texto].

En relación con la posición que opta por la nulidad del proceso, debe partirse de la base que este es un remedio para corregir la desviación de aquel acto procesal que menoscaba el debido proceso, bien sea porque se afecta un interés público o porque se afecta un interés privado, en este último caso de uno de los sujetos procesales, como lo sería el derecho de defensa. Es este aspecto el que corresponde al análisis en este acápite, en el cual el sujeto que se ve afectado en su derecho es solo el acusado o procesado, por ende, la nulidad que busca la reparación del derecho afectado solo debería atender su interés.

Ahora bien, lo que sucede con la posición adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es que, al declarar la nulidad del proceso, no solo destruye la sentencia —que es el acto en el cual se afectó el derecho de defensa del acusado—, sino que involuciona el proceso hasta etapas muy tempranas de este, y se habilita de nuevo una oportunidad ya precluida para la Fiscalía, de tal manera que esta pueda realizar de manera correcta el acto procesal (imputación o acusación) que en su momento no hizo en debida forma. Esta decisión permite que el hecho que fue probado en el proceso, pero que no hacía parte de la causa fáctica de pretensión punitiva por no haberse cumplido con la carga de afirmación, pueda ser adquirido por este en debida forma gracias a la nulidad declarada.

La posición que opta por la declaración de nulidad para involucionar el proceso entraña una situación bastante sensible: cuando, en virtud de la nulidad declarada, se permite la afirmación de manera correcta del hecho para que sea adquirido en esta nueva oportunidad que se habilita, ello conlleva un esbozo o antesala de una sentencia de condena por parte de aquel juez que declaró la nulidad. Dicha decisión

40 Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 291.

tendría por justificación o propósito que el acusado pueda defenderse de hechos que resultaron acreditados en el debate probatorio realizado en la actuación inicial que declara nula, pero que no podrían considerarse en la sentencia por no haber sido adquiridos por el proceso. Por ende, ahora en la actuación que se rehace, tendrán una alta probabilidad de resultar probados y difícilmente podrán ser desvirtuados. Bien podría decirse que se está ante una condena ya advertida que busca legitimarse con el anuncio de garantizar el derecho de defensa del acusado. Es claro que este derecho se garantizaría de una manera más adecuada involucrando el proceso solo para destruir la sentencia y, en su lugar, dictar una que absuelva al acusado, en atención que los hechos probados no fueron afirmados en la oportunidad procesal para configurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que le permitan al juez emitir sentencia condenatoria. Por ello, ante la ausencia de este presupuesto sustancial o material necesario para dictar sentencia condenatoria en el proceso penal, adquiere sentido la denominada “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”.

Asunto diferente, que no es objeto de análisis en el tema desarrollado en este artículo, es lo que sucede cuando en relación con los hechos adquiridos en debida forma se adopta una calificación jurídica diferente. Allí es claro que los hechos sí fueron adquiridos por el proceso, y, por tanto, no se excede el pronunciamiento del juez en la sentencia desde la óptica de causa fáctica. Lo que sucede es que se hace una condena por un delito diferente al que inicialmente se solicitó, situación que plantea un problema bastante sensible en relación con la congruencia, ya no desde el punto de vista de la falta de correspondencia o identidad de la causa fáctica, sino desde el *petitum* o petición formulada como elemento de la pretensión punitiva. Sobre este aspecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han advertido que es factible su modificación siempre y cuando se trate de una conducta punible de menor entidad, la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten derechos de los sujetos intervinientes⁴¹.

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto); Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar); Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia SP17436-2015 del 16 de diciembre de 2015 (M. P. Eugenio Fernández Carlier), entre otras.

5. Conclusiones

Al revisar cuáles son las consecuencias que se generan de la no adquisición de los hechos en el proceso civil y en el proceso penal, se encuentran diferencias atendiendo la manera como la jurisprudencia ha resuelto las falencias sobre adquisición de los hechos.

Cuando el juez profiere sentencia teniendo como premisa fáctica hechos que, si bien están probados, en relación con ellos no se cumplió con la carga de afirmación cuando así se requería —porque no era posible que ingresaran al proceso por conexidad—, se estará frente a una sentencia incongruente. En tal caso, lo que debe hacer el juez cuando se encuentre con dicha situación es abstenerse de considerarlos y proferir sentencia desfavorable al sujeto activo de la pretensión que, debiendo afirmar los hechos, no lo hizo, por no cumplir con uno de los presupuestos necesarios para proferir sentencia favorable al sujeto activo; o, del mismo modo, en aquellos eventos en los que el sujeto pasivo tenga la carga de afirmación de los hechos y tampoco la cumpla (lo cual solo sucedería en el proceso civil en el caso de las excepciones de mérito propias).

Si, a pesar de tratarse de hechos no adquiridos por el proceso, el juez los tiene como fundamento de su decisión, se presenta una anomalía o desviación en la sentencia. Para corregirla existen distintos instrumentos o remedios procesales que comprenden recursos ordinarios o extraordinarios, e incluso la acción constitucional de tutela. El acudir a tales remedios tiene como propósito brindar una solución ante dicha anomalía o desviación, para dar un correctivo frente al acto desviado. Lo adecuado es destruir la sentencia, acto procesal en el que se incurre en la falencia, y en su lugar proferir una nueva sentencia que tenga como referente el marco de los hechos que fueron adquiridos por el proceso. Ello conlleva que, si la sentencia se profirió teniendo en cuenta hechos que se encuentran probados, pero no fueron adquiridos por el proceso, estos no se podrán tener como fundamento de la decisión porque no se cumpliría con la congruencia entre la decisión adoptada y los hechos que ingresaron al proceso. Esta es la solución que se adopta en el ámbito del proceso civil, mas no sucede lo mismo en el proceso penal.

En ocasiones, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procede en el sentido antes indicado, pero en otras se aleja de esta solución y opta no solo por destruir la sentencia, sino que involuciona el proceso y declara su nulidad, hasta el momento en que se habilita de nuevo la realización del acto que estaba destinado a afirmar los hechos —imputación o acusación—, pero en el cual la Fiscalía, de manera primigenia, no cumplió con la carga de llevar a cabo la

afirmación de los hechos.

Obsérvese que en el ámbito penal, por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se plantean dos soluciones diferentes frente al mismo evento de incongruencia: por un lado, no considerar los hechos que no fueron afirmados en la oportunidad establecida para ello, lo cual dará lugar a una sentencia absolutoria, o condenatoria, pero con un menor grado de punibilidad, como ocurriría frente a hechos que darían lugar a causales de agravación. Por otro lado, no solamente modifica o destruye la decisión contenida en la sentencia, sino que involuciona el proceso y declara su nulidad hasta la oportunidad para formular la imputación o la acusación.

Sobre esta última posición surge preguntarse si es adecuada tal decisión. Para responder, debe tenerse presente que atendiendo a que el interés lesionado es solo el del acusado —sería su derecho de defensa—, que no fue él quien dio lugar a la nulidad, sino el otro sujeto parcial del proceso (la Fiscalía), no debería pensarse que la solución correcta pase por involucionar el proceso hasta dicho momento. Debe pensarse que lo adecuado sería solo invalidar la sentencia que se produce con afectación del derecho de defensa del acusado y que la declaración de nulidad debe estar orientada a resolver el agravio que se produjo a este, para lo cual basta la declaración de nulidad de la sentencia. Lo que se hace al involucionar el proceso es beneficiar a la parte que dio lugar a la irregularidad y que no sufrió agravio alguno, pues fue ella misma quien no cumplió con la carga de afirmación de los hechos. En tal sentido, lo adecuado es solo suprimir el acto que produce el agravio que es la sentencia, y en su lugar proferir una nueva dentro del marco fáctico de la congruencia de ese proceso específico, de tal manera que, si los hechos probados no fueron adquiridos por el proceso al no haber sido afirmados por la Fiscalía, lo procedente es proferir una sentencia absolutoria o una que sea menos gravosa al acusado, para que, así como ya se dijo, adquiera sentido la denominada “prevalencia de la absolución sobre la declaración de nulidad”.

6. Bibliografía

Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal* (Vol. III). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, 2008.

Arango Giraldo, Andrés Felipe. “Diseño, construcción y ejecución de la teoría del caso desde la teoría del delito: Una visión dogmática de los hechos jurídicamente relevantes”. En L. E. Cerón Eraso, *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal. Derecho procesal penal II. Cuestiones fundamentales*, 915-940. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín y Librería Jurídica Sánchez R

- Ltda., 2022.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general* (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Binder, Alberto. *Derecho Procesal Penal* (Vol. VI). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2018.
- Castellanos Artunduaga, Anamaría. "Admisión, rechazo y decreto de pruebas". En *Derecho probatorio: Desafíos y perspectivas*, 27 - 44. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Ceballos Velásquez, Alberto. "El tema de decisión". *Temas procesales* 21 (1997).
- Climent Durán, Carlos. *La prueba penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Teoría General del proceso* (Tomo I). Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo primero). Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2002.
- Díaz, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal. Parte General*. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1968.
- Falcón, Enrique M. "Formación y el contenido del principio de congruencia". En M. Masciotra, & R. Rosales Cuello, *El principio de congruencia. Libro homenaje a Augusto Mrio Morello*, 25-39. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Kielmanovich, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, 3.ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- López Blanco, Hernán Fabio. *Código general del proceso. Pruebas* (tomo 3). Bogotá, D.C.: Dupre Editores Ltda., 2019.
- Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 4.ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2005.
- Nisimblat, Nattan. *Derecho probatorio: Tecnologías de la información y la comunicación*, 5.ª ed. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2023.
- Posada Botero, José David. "La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?". *Estudios de Derecho*, 77, n.º 170 (2020): 95-116.
- Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del derecho procesal*, 4.ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Saray Botero, Nelson. "Hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal acusatorio". En L. E. Cerón Eraso, *Jornadas Iberoamericanas de Derecho*

Procesal Penal. Derecho procesal penal II. Cuestiones fundamentales. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín y Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2022.

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

Silva Henao, Juan Fernando. *El concepto de "hechos jurídicamente relevantes".* Medellín: Lijursánchez, 2023.

Taruffo, Michele. *La prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

Universidad de Medellín. (10 de Noviembre de 2022). *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Penal 2022.* Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://www.youtube.com/watch?v=2bAXSJ30j5M>

Urbano Martínez, José Joaquín. *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal. Parte general.* Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2020.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-025 del 27 de enero de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-455 del 25 de agosto de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo).

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de octubre de 2013, Rad. 32983 (M. P. José Leónidas Bustos Martínez).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP17436-2015 del 16 de diciembre de 2015 (M. P. Eugenio Fernández Carlier).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16913-2016 del 23 de noviembre de 2016 (M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2920-2017 del 8 de mayo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3168-2017 del 8 de

- marzo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3623-2017 del 15 de marzo de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP16891–2017 del 11 de octubre de 2017 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP497–2018 del 28 de febrero de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5660–2018 del 11 de diciembre de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4792-2018 del 7 de noviembre de 2018 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4045-2019 del 17 de septiembre de 2019 (M. P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3831-2019 del 17 de septiembre de 2019 (M. P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4252-2019 del 2 de octubre de 2019 (M. P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5332–2019 del 4 de diciembre de 2019 (M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 4034–2020 del 21 de octubre de 2020 (M. P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP372-2021 del 17 de febrero de 2021 (M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1653-2021 del 5 de mayo de 2021 (M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).



LEDESMA CANO, MATEO, "El ánimo libidinoso y su prueba: análisis dogmático y epistémico de la imputación subjetiva en el delito de *acto sexual con menor de catorce años*", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

El ánimo libidinoso y su prueba: análisis dogmático y epistémico de la imputación subjetiva en el delito de *acto sexual con menor de catorce años*

The libidinous intent and its proof: dogmatic and epistemic analysis of subjective imputation in the crime of sexual act with a minor under fourteen years of age

MATEO LEDESMA CANO*

Fecha de recibo: 18/11/2025. Fecha de aceptación: 26/02/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.3

A mi maestro Juan Guillermo Jaramillo Díaz, que encendió en mí el convencimiento de que la esencia de una institución resplandece más allá de la fría literalidad normativa.

* Abogado, especialista y magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia; experto en Bases en Razonamiento Probatorio de la Universidad de Girona (España). Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). Se desempeña como abogado litigante y docente universitario. Correo electrónico: m.ledesma8146@gmail.com; CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002165170; ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0481-792X>
El presente artículo de investigación se desarrolló bajo un paradigma cualitativo en el ámbito jurídico, adaptando un método de análisis comprensivo, desde un marco metodológico fundamentado en la hermenéutica. La recolección de datos se sustentó en técnicas de investigación documental y revisión sistemática de fuentes jurisprudenciales.

Resumen

Este artículo examina la controversia en torno a la determinación del dolo en la teoría del delito y su acreditación probatoria en el proceso penal. Desde un enfoque dogmático y procesal, el estudio se centra en el delito de *acto sexual con menor de catorce años*, en lo que respecta a la acreditación del *ánimo libidinoso*.

Sin pretender clausurar definitivamente el debate, se sostiene que el elemento subjetivo especial diferente del dolo debe inferirse mediante prueba indiciaria estructurada conforme al *principio de racionalidad mínima*, orientada tanto a reforzar la solidez epistémica de la decisión judicial como a preservar las garantías procesales en tensión.

Palabras clave

Teoría del delito, proceso penal, prueba indiciaria, dolo, ánimo libidinoso.

Abstract

This article examines the controversy surrounding the determination of intent within the theory of crime and its evidentiary substantiation in criminal proceedings. From a dogmatic and procedural perspective, the study focuses on the crime of sexual acts with a minor under fourteen years of age, specifically regarding the establishment of libidinal intent.

Without seeking to definitively close the debate, it argues that the special subjective element, distinct from intent, must be inferred through circumstantial evidence structured according to the principle of minimum rationality, aimed both at reinforcing the epistemic soundness of the judicial decision and at preserving the procedural guarantees that are under tension.

Keywords

Theory of crime, criminal process, circumstantial evidence, intent, libidinal mood.

Sumario

1. Introducción; 2. Hecho jurídicamente relevante, el dolo y el error; 2.1. Hecho jurídicamente relevante: generalidades; 2.2. El dolo: una crítica desde su atribución; 2.3. El error: un análisis desde la tipicidad; 3. La prueba, los estados mentales y la decisión epistémica; 3.1. La prueba: mecanismo dialéctico del proceso jurisdiccional; 3.2. Los estados mentales: entre mitos y verdades; 3.3. La decisión epistémica: entre la racionalidad y las garantías procesales; 4. Conclusión; 5. Bibliografía.

1. Introducción

La dogmática penal contemporánea suele desenvolverse bajo un consenso apenas aparente: categorías consolidadas se presentan como inmunes a la controversia, como si hubiesen alcanzado el estatuto de verdades incuestionables. Sin embargo, en el seno de esas certezas late una tensión permanente: la determinación de los elementos subjetivos del tipo, eje vertebral de la teoría del delito y, al mismo tiempo, uno de los problemas probatorios más complejos del proceso penal.

Mientras el elemento objetivo del tipo puede acreditarse mediante constataciones externas —sujeto agente, sujeto pasivo, verbo rector, objeto material, objeto jurídico, nexo causal e ingredientes normativos—, la imputación subjetiva plantea un desafío cualitativamente distinto: el acceso racional a la esfera interna del autor. En Colombia, esta dificultad parece ser abordada desde un acento normativista que, en la práctica, parece aligerar la exigencia de una demostración probatoria de los elementos subjetivos del tipo por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Autores¹ como Paulik, por ejemplo, sostienen que el dolo y la imprudencia, como nociones jurídico-penales, “no son conceptos psicológicos, sino técnico jurídicos”². Esta postura, aunque teóricamente relevante, puede generar serios inconvenientes en el plano práctico, de manera particular para reconstruir los estados mentales del sujeto agente y determinar cuál fue su intención en el momento de ejecución de la conducta. Lo que produce riesgos significativos para el proceso debido, concretamente, con relación al principio de legalidad y presunción de inocencia.

El artículo propone analizar este problema desde dos planos complementarios: (i) el dogmático, orientado a revisar las teorías del dolo como la ubicación del *ánimo libidinoso* dentro de la estructura de la teoría del delito; y (ii) el procesal-epistémico, dirigido a identificar los mecanismos de inferencia racional —en especial, *la prueba indiciaria*— que ofrezcan criterios, en un sistema de libertad probatoria, para considerar la intención que acompañó la conducta del agente y aproximarse a su estado mental.

1 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni y Nadia Espina, *¿Dolo o culpa? La cuestión de la culpa temeraria* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2025), 42-45. Se pone en discusión los pensamientos de Jakobs, Luhmann, Mezger, Pérez Barberá y Puppe respecto de la normativización del dolo y las corrientes fundantes sobre *evitabilidad de conductas que lesionan normas*. Confróntese con la postura de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y prueba del dolo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 26, N° 79 (2005): 101-103; Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 1997), 375-377, donde el autor afirma que “sería infructuoso psicológicamente [está hablando del dolo], y el reproche de que el sistema conceptual jurídico-penal no basta para <<abarcar e interpretar la realidad psicológica de lo ocurrido>> sería correcto en la misma medida en que sobreestima la abertura del ángulo visual del Derecho penal: El Derecho penal no atiende a la realidad psicológica, sino que de esa realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la psicología pueden parecerle meros fragmentos”.

2 Michael Paulik, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, trads. Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Darío Orozco López (Bogotá: Atelier, 2023), 414.

De esa manera, se emprende el estudio desde el tipo penal de *acto sexual con menor de catorce años*, punible que, desde su ejecución externa, se podría concluir que el sujeto agente dirigió su acción a satisfacer su apetencia *libidinosa*.

En este contexto, la metáfora de la *Kerkaporta*³ —aquella puerta inadvertida que precipitó la caída de Constantinopla en 1453— resulta ilustrativa: basta un descuido al exigir la prueba del dolo o de los elementos subjetivos especiales diferentes de este y se abre la posibilidad para que el procesado sea aplastado *como mísero grano de trigo por potente molino*⁴.

En consecuencia, el objetivo es alcanzar un equilibrio: criterios de racionalidad probatoria suficientemente rigurosos para evitar el despotismo judicial, pero no tan inflexibles que imposibiliten sancionar la conducta dolosa cuando exista una *correspondencia* razonable entre la adecuación típica y el hecho probado.

2. Hecho jurídicamente relevante, el dolo y el error

El *ius puniendi*, entendido como la facultad exclusiva del Estado para castigar⁵, atribuida mediante el pacto social⁶, ha debido adaptarse —al igual que el propio Estado y, por supuesto, la dogmática penal— a las transformaciones sociales. En ese contexto, se ha vuelto imperioso implementar los mecanismos necesarios para prevenir y sancionar las nuevas formas de aparición del delito. En el caso colombiano, los estudios y análisis realizados por el Consejo Nacional de Política Criminal⁷ permiten al Estado identificar y definir qué comportamientos deben incorporarse o excluirse del Código Penal (en adelante, Ley 599 de 2000), en función a los fines estatales previstos en el artículo 2 de la Constitución Política⁸.

3 Ver en Stefan Zweig, *La conquista de Bizancio: 29 de mayo de 1453. Momentos estelares de la humanidad: catorce miniaturas históricas*, trad. Berta Vias Mahou (Barcelona: Acantilado, 2023), 37-66.

4 Ver en Nódier Agudelo Betancur, *El garantismo carriano ¿Por qué el Colegio de Abogados Penalistas de Colombia bajo los auspicios de Francesco Carrara?* (Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2020), 58. Cfr. Nicola Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. Simón Carrejo y Jorge Guerrero, vol. 1 (Bogotá: Temis, 1973), 5-6.

5 Cfr. Diego Araque Moreno, coord., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Segunda edición (Medellín: Universidad de Medellín, 2011), 26-28; Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Temis, 1995), 24-28.

6 Cfr. Armando Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018), 23-30.

7 La función principal del *Consejo Superior de Política Criminal*, como órgano colegiado, es la de asesorar al Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal. Para conocer sus miembros y sus funciones, se puede acudir al artículo 167 de la Ley 65 de 1993 y al Decreto 2055 del 16 de octubre de 2014.

8 Colombia. Constitución Política, Artículo 2, inciso 1º: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

Dentro de este marco de configuración normativa, el poder legislativo delimita qué conductas resultan contrarias al derecho y las tipifica como delito. En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación —por intermedio del Fiscal General de la Nación o de sus delegados— cuenta con el deber constitucional de “realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”⁹, sea por denuncia, querrela, petición especial o de oficio, siempre que concurren soportes fácticos y razones fundadas que permitan *inferir razonablemente*¹⁰ su probable existencia.

2.1. Hecho jurídicamente relevante: generalidades

Es preciso recordar que no cualquier acto humano puede activar el aparato punitivo del Estado, sino únicamente aquellos comportamientos típicos descritos en la Ley 599 de 2000. Por lo tanto, es el propio ordenamiento jurídico el que define qué hechos adquieren relevancia jurídica.

La exigencia de relevancia jurídica de los hechos goza de amparo constitucional¹¹ y convencional¹². Su justificación se encuentra anclada en el principio de legalidad¹³ como una de las manifestaciones del proceso debido consagrado en nuestra Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional resaltó:

9 Colombia. Constitución Política, Artículo 250.

10 “Cuando se utiliza la expresión “inferencia” ciertamente estamos hablando de una operación lógica ya sea inductiva o también deductiva o de un razonamiento deductivo cuyas formas más usuales son el silogismo y el Sofisma [...] Lo razonable se construye entonces respetando las reglas de la lógica en el que a dos proposiciones (independiente que una de ellas sea falsa) le sigue una conclusión, no afectándose la validez de la deducción lógica”. José Leonardo Suarez Ramírez, *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*, Segunda reimpresión. (Bogotá: Ibáñez, 2016), 21 y 23.

11 Colombia. Constitución Política, Artículo 29 inciso 2º: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa [...]”.

12 Colombia. Constitución Política, Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Esto nos permite relacionar que en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se categoriza esta garantía en el artículo 15 numeral 1º; también, en el artículo 9º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Colombia ratificó su ingreso al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos mediante la Ley 74 de 1968 del 26 de diciembre de ese año y, a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la Ley 16 de 1972 del 30 de diciembre de ese año.

13 En nuestro sistema penal, se encuentra materializado en la Ley 599 de 2000 en los artículos 6 y en el artículo 10, respectivamente. En la Ley 906 de 2004 se encuentra desarrollado en el artículo 6. La Corte Constitucional lo ha definido como: “el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente, y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles y las penas deben ser no sólo previa sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley. Sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal” (Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-238 de 2005, C- 559 de 1999; C- 843 de 1999).

El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. Del principio de legalidad se deriva el de la tipicidad [...] ¹⁴.

Así pues, una vez el fiscal conoce de la posible comisión de una conducta hipotéticamente delictiva, debe verificar que esta satisfaga las características de un delito ¹⁵. Cumplida esa exigencia, corresponde construir el programa metodológico de investigación ¹⁶ y realizar el *juicio de imputación* ¹⁷, lo que permite delimitar de manera precisa los *hechos jurídicamente relevantes* ^{18/19}. Estos han sido explicados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

La relevancia jurídica de un hecho está supeditada a la correspondencia con la norma penal [...] debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe de hacerse de la

-
- 14 Corte Constitucional, apartado 3º, Sentencia C- 133 del 3 de marzo de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Línea de pensamiento que, entre otras, se puede ubicar en las decisiones C- 127 de 1993; T- 142 de 1999; C- 344 de 1996; C-559 de 1999; C- 820 de 2005, respectivamente.
- 15 Crf. "(i) la existencia de un hecho relevante para el derecho penal y (ii) la caracterización de ese hecho como típicamente delictivo". Ver en Miguel Ángel Pedraza Jaimes y Nicolás Valencia Avendaño, *La indagación penal y el archivo de las diligencias* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2021), 96-97.
- 16 Crf. Ley 906 de 2004, Artículo 207. Es "un concepto jurídico que se constituye como herramienta de planeación, dirección y control de la investigación, elaborado conjuntamente por el fiscal delegado y su equipo de policía judicial, con unos objetivos claros, concretos, medibles, verificables y posibles de lograr por los investigadores y técnicos, conforme a los recursos disponibles, en relación con la conducta punible objeto de investigación, el fiscal debe continuar con su desarrollo en procura de los objetivos trazados". Rodrigo Barrera Barinas, Cristina Díaz Vásquez y Diana Rocío Álvarez Ochoa, coord. *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano* (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2009), 82-83. Una vez lo caracterice, deberá emitir las órdenes a policía judicial para los efectos de suplir el grado de conocimiento de la inferencia razonable de autoría o participación, en aras de adelantar el acto de vinculación, consistente en formular la imputación de cargos; de lo contrario, deberá elegir entre emitir la orden de archivo de las diligencias o solicitar —de ser el plausible— la preclusión de la acción penal respecto de la causal que se circunscriba para el caso en concreto, según lo estipulado en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.
- 17 "Consiste en un análisis o razonamiento privado que realiza el fiscal en su despacho u otro lugar cualquiera —pero en todo caso, fuera de las audiencias de imputación y acusación— y que tiene como propósito final la delimitación de la hipótesis delictiva que será atribuida a un *sujeto concreto*". José María Peláez Mejía y Harry Fernando Mora Mayorga, coord., *Guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios*, 2.ª edición (Bogotá: Legis, 2020), 33. Puede confrontarse con las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: SP del 21 de marzo de 2018, Rad. 47848; SP del 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311; SP del 5 de junio de 2019, Rad. 51007; SP del 16 de febrero de 2022, Rad. 58186, entre otras.
- 18 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 de 2004), artículo 288, numeral 2º: "Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes"; artículo 337, numeral 2º: "Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes".
- 19 Para ampliar el tema de análisis sobre los hechos de relevancia jurídica, sus discusiones, críticas y sus verdaderas formas de aplicar su contenido en el proceso penal, puede acudir a obras como: José María Peláez Mejía y Harry Fernando Mora Mayorga, *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios* (Bogotá: Ibáñez, 2019), 51-82; Nelson Saray Botero y José María Peláez Mejía, *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica* (Bogotá: Leyer, 2022); Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Tercera edición (Madrid: Marcial Pons, 2010), 45-50; Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, cuarta edición (Madrid: Trotta, 2011), 89-138.

antijuridicidad y la culpabilidad²⁰.

Los *hechos jurídicamente relevantes* —además de construir el soporte de la pretensión punitiva del Estado— permiten a la Fiscalía General de la Nación estructurar la teoría del caso y delimitar el tema de prueba²¹, con miras a demostrar la responsabilidad penal del procesado. A partir de dicha delimitación, la defensa puede comprender los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios en que se basa la acción penal, diseñar su estrategia y definir el cauce procesal que habrá de navegar.

Desde esta perspectiva, el tipo penal²² —en su componente objetivo y subjetivo— integra la tipicidad²³ y, por consiguiente, el *hecho jurídicamente relevante*; razón por la que cada uno de sus elementos deben ser objeto de prueba. En este sentido, Ferrajoli sostiene:

Las condiciones de verificabilidad y refutabilidad procesal, más arriba identificadas con la estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad de las denotaciones penales [...] sólo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos – la acción, el resultado, la culpabilidad – puede ser objeto de prueba en sentido estricto, así como de comprobación contradictoria e imparcial²⁴.

Finalmente, Sotomayor complementa esta tesis al señalar que “la conducta dolosa requiere un conocimiento efectivo de la segura o al menos probable realización del tipo, por cuanto de otra manera no podría diferenciarse el dolo de la culpa”²⁵.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias SP de 8 marzo de 2017, Rad. 44599; SP de 5 de julio de 2017, Rad. 44932; SP de 11 de diciembre de 2018, Rad. 52311; SP de 5 de junio de 2019, Rad. 51007; SP de 3 de julio de 2019, Rad. 52967; SP de 14 de agosto de 2019, Rad. 51745; SP de 27 de mayo de 2020, Rad. 54509; SP del 17 de febrero de 2021, Rad. 55532; SP del 6 octubre de 2021, Rad. 56204; SP del 19 de julio de 2023, Rad. 58147; SP del 13 de noviembre de 2024, Rad. 58636; SP del 5 de febrero de 2025, Rad. 65614; SP del 5 de marzo de 2025, Rad. 61459; SP del 16 de julio de 2025, Rad. 60926; entre otras.

21 La “prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión [...] el hecho es el << objeto >> de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que << es probado >> en el proceso”. Taruffo, *La prueba de los hechos*, 89. Cfr. Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias SP del 15 de marzo de 2017, Rad. 48175; SP, del 30 de julio de 2025, Rad. 59982.

22 “El *tipo* —en palabras de Welzel— es la materia de prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho” Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, 4ta. edición (Chile: Editorial Jurídica, 1993), 58.

23 Esta categoría dogmática debe concebirse como una noción de carácter dinámico, que se configura mediante un proceso lógico de confrontación (adecuación) entre la conducta efectivamente realizada y la formulación abstracta contenida en el tipo penal: Ver a Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 326.

24 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Décima edición, tercera reimpresión (Madrid: Trotta, 2018), 129.

25 Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Fundamento del dolo y ley penal (una aproximación crítica las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano)”, *Revista Político Criminal*, volumen 11, N° 22, (2016): 691.

2.2. El dolo: una crítica desde su atribución

El dolo como categoría dogmática ha sido explicado, tradicionalmente, desde dos grandes corrientes teóricas²⁶. La primera, conocida como *teoría de la representación*, entiende que el dolo se configura cuando quien realiza la conducta conoce —elemento cognitivo— que con su comportamiento realiza los elementos descritos en el tipo penal, siendo este criterio suficiente para diferenciar el dolo de la imprudencia²⁷. Por su parte, las *teorías de la voluntad* —enfoque psicológico/volitivo²⁸ —, además de exigir el conocimiento de los elementos que integran el tipo penal, demandan la aceptación voluntaria del resultado; esto es, que el agente quiera su materialización²⁹, con predominio del elemento volitivo.

De acuerdo con el diseño legislativo colombiano, pareciere³⁰ que el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 acoge la *teoría de la voluntad* —haciendo énfasis en que nuestro Código Penal no se adscribe a alguna línea dogmática—. Se desprende de su tenor literal: “Artículo. 22. *Dolo*. La conducta es dolosa cuando el agente *conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización* [...]” [énfasis propio].

Para la verificación de los componentes del dolo, a saber, elemento cognitivo —conocimiento de los elementos de la *infracción penal*— y el elemento volitivo —*querer* el resultado— suscita un debate particularmente intenso, en la medida en que su acreditación exige examinar los *estados mentales* y procesos psicológicos de quien ejecuta una conducta presuntamente delictiva.

Esta estructura *bicéfala* del dolo de *lege data* —conocimiento más voluntad— tiene consecuencias probatorias directas y diferenciadas para la Fiscalía General de la Nación. En efecto, si el dolo exigiera únicamente el conocer los elementos del tipo —concepción estrictamente cognitiva—, la acreditación del elemento subjetivo podría

26 Desde esta caracterización general, la dogmática penal ha desarrollado desde las dos corrientes —*teorías de la voluntad y teoría de la representación*— durante décadas reflexiones explicativas orientadas a definir qué es el dolo y su factor diferencial con la imprudencia. Cuestión que no será objeto de análisis, en tanto desbordaría la finalidad del artículo. Por lo que, pueden remitirse a la clasificación de cada arista teórica (con su respectivo expositor) que realiza el doctor Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, 218-264; Cfr. Miguel Ángel Muñoz García, *El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva* (Bogotá: Ibáñez, 2024), 261 a 301; Sotomayor Acosta, “Fundamentos del dolo y la ley penal”, 681.

27 Cfr. Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, 215.

28 Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, 221 a 229.

29 “María del Mar Díaz Pita, *El dolo eventual* (Valencia: Tiran lo Blanch, 1994), 47 y ss.; Ramón Ragués I Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: Bosch, 1999), 53 y ss.; Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental* (Buenos Aires: Hammurabi, 2011), 151 y ss., como se citó en Sotomayor Acosta, “Fundamento del dolo y ley penal”, 675-703. Cfr. Johannes Wessels, Werner Bulke y Helmut Satzger, *Derecho penal parte general. El delito y su estructura*, trad. Raúl Pariona Arana, 46.^a ed. alemana (Perú: Instituto Pacífico, 2018), 132-133.

30 Cfr. Ricardo Posada Maya, “El dolo en el código penal del 2000”, *Revista digital de la maestría en ciencias penales de la Universidad de Costa Rica*, N°1, (2009): 75, donde expone que se asume una concepción “mixta tradicional” en razón a que se conforma por el conocer los elementos del tipo objetivo y el “querer” alcanzar cierto resultado.

satisfacerse, en principio, con la sola constatación de que el sujeto agente conocía los presupuestos fácticos de la conducta prohibida. Sin embargo, al incorporarse en el artículo 22 del Código Penal el elemento volitivo —querer la realización de la conducta—, el tema de prueba se expande: el ente acusador no puede limitarse a demostrar que el agente sabía lo que hacía, sino que debe corroborar epistémicamente, además, que lo quería.

Frente a este escenario, existen posturas contemporáneas disidentes respecto de la que se defiende. Autores, por ejemplo, como Hruschka³¹ y Jakobs³² —por mencionar algunos— sostienen que el dolo es un juicio normativo³³, ya que si existen indicadores externos para imputar el conocimiento, resulta innecesaria la verificación de una determinada voluntad o intencionalidad³⁴.

Si se sigue esa línea dogmática, podría sostenerse que, a lo largo del *iter criminis*, el sujeto agente sabe que con su conducta contraría el ordenamiento jurídico y tiene la voluntad de concretarla. No obstante, se discrepa de ella, pues concebir el dolo como una mera atribución normativa desprovista de constatación empírica se torna irrelevante y la misma conduciría a sancionar como dolosa una conducta que no lo es³⁵.

Dicho sea de paso, el sistema penal colombiano no consagra un régimen de tarifa legal. Ello implica que los hechos delictivos pueden acreditarse mediante cualquier medio probatorio, siempre que sea respetuoso con los derechos fundamentales del procesado³⁶. Por consiguiente, es legítimo acudir a inferencias racionales sustentadas en prueba indiciaria³⁷ para corroborar la intención del agente cuando así lo requiera el tipo penal.

Para el estudio que nos ocupa, se hará un análisis de la conducta de *acto sexual con menor de catorce años* cuando su ejecución se realiza mediante el tocamiento

31 Joachim Hruschka, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed. (Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2009), 183. Tal como como se citó en Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, 254-256.

32 Sánchez Málaga, *Una teoría para la determinación del dolo*, 256-258.

33 Para ampliar sobre la perspectiva del dolo desde un enfoque normativo Cfr. Ragués I Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 275-321.

34 Ragués I Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 249.

35 Cfr. Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, tercera reimpresión (Buenos Aires: Ediar, 2014), 524 y ss. Como fue citado en Zaffaroni y Espina, *¿Dolo o culpa? La cuestión de la culpa temeraria*, 66.

36 Ley 906 de 2004, artículo 373: "Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos".

37 Como se ha acudido, por ejemplo, en la decisión SP del 12 de febrero de 2020, Rad. 46147 donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo: "Dada la obvia dificultad para acreditar a través de prueba directa la presencia del dolo, la Sala ha concluido que su demostración generalmente se hace a través de inferencias, esto es, valorando aquellos datos objetivos que rodean la realización de la conducta".

corporal a una zona íntima o considerada como erógena³⁸. Por lo tanto, resulta necesario identificar los elementos objetivos del tipo penal, a fin de delimitar aquello que el sujeto agente conoce y sobre lo que debe recaer su voluntad: “Artículo 209. *Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales [...]*” [énfasis añadido].

De esta disposición normativa no se identifica —en sus componentes descriptivos o normativos—, como elementos objetivos del tipo el ánimo libidinoso. Ante esta ausencia, ha sido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia quien ha examinado su estructura típica vía jurisprudencial³⁹.

A partir de lo anterior, con fundamento en la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 599 de 2000 —reza que la *ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*—, prospera el interrogante acerca de la ubicación del ánimo libidinoso. La postura que aquí se asume es que dicho elemento integra la tipicidad y constituye un elemento subjetivo especial del tipo⁴⁰, o sea, un ingrediente de carácter intencional⁴¹, vinculado a una finalidad específica del autor y necesario para completar la tipicidad material de la conducta⁴².

Cuando la intencionalidad o factores anímicos de la conducta de relevancia jurídica no se encuentran definidos en el tipo objetivo⁴³, estos integran los elementos

38 Solo se centrará la atención en esta forma de ejecución de la conducta, por lo que no se reflexionará cuando se trata de un beso en la boca a un menor de catorce años, o cuando se ejecutan actos de contenido sexual en presencia de este, mediante violencia, o sobre una persona mayor de edad en estado de inconciencia o inferioridad psíquica, tal como lo ha reconocido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Sentencias SP892-2024, Rad. 62482; SP068-2023, Rad. 61313; SP564-2022, Rad. 56994; SP784-2021, Rad. 57864, entre otras).

39 En relación con el tipo penal de *acto sexual con menor de catorce años*, la Corte ha destacado que este, “en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige de una parte, a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apatencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro” (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias SP de marzo 19 de 2025, Rad. 63703; SP de marzo 5 de 2025, Rad. 63763; SP de febrero 19 de 2025, Rad. 58474; SP de febrero 19 de 2025, Rad. 63982; SP del 22 de mayo de 2024, Rad. 61815; SP de marzo 2 de 2022, Rad. 56994; SP de agosto 12 de 2020, Rad. 52024; SP de octubre 24 de 2016, Rad. 47640, entre otras).

40 Cfr. Velásquez Velásquez, *Derecho penal*. Parte general, 288; Araque Moreno, coord., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, 475-478; Wessels, Bulke y Satzger, *Derecho penal parte general. El delito y su estructura*, 134; Claus Roxin, *Derecho penal, Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trads. de la 2ª edición alemana Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª. Reimpresión (Madrid: Civitas, 2010), 314-318; en donde el autor se detiene un momento para diferenciar ciertos elementos de la *actitud interna* donde va a ubicar unos en el *injusto* y otros, en sede de *culpabilidad*.

41 Es una intención especial, diferente a la intención como forma de dolo ya que aquella “constituye elementos subjetivos del tipo con carácter independiente. Sin embargo, respecto a la representación del objetivo, se trata de ambas formas de intención de manera homogénea”. Wessels, Bulke y Satzger, *Derecho penal parte general*. El delito y su estructura, 137.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP228-2023, Rad. 60332 del 21 de junio de 2023 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

43 Como ocurre, por ejemplo, con el *ánimo de venta* en el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuenta con un criterio pacífico según el cual:

subjetivos especiales del tipo.

Desde esta perspectiva, el *ánimo libidinoso* en el delito de *acto sexual con menor de catorce años* debe ser objeto de prueba, en la medida en que integra el hecho jurídicamente relevante. Prescindir de esta exigencia conduciría al desconocimiento del principio de legalidad y, correlativamente, del debido proceso como derecho fundamental y convencional de toda persona sometida a una investigación penal.

2.3. El error: un análisis desde la tipicidad

El *error*⁴⁴ puede entenderse, desde una visión general⁴⁴, como una disociación entre el conocimiento del sujeto y la realidad fáctica. En el ámbito penal, para Díaz y García Conlledo el error se presenta “cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden, de manera que existe un conocimiento y falta la realidad a la que cree referirse o existe al revés una realidad que no se conoce”⁴⁵.

Bajo esta premisa, existe atipicidad cuando falta alguno de los elementos que conforman el tipo penal, ya sean de carácter objetivo y/o subjetivo⁴⁶. En este último caso, la ausencia de dolo o de un elemento subjetivo especial diferente de aquel — como el *ánimo libidinoso*— impide la configuración de la tipicidad.

En tal sentido, Velásquez Velásquez precisa:

Tampoco hay tipicidad si el agente, a pesar de haber realizado el aspecto objetivo del supuesto de hecho, no obra con el dolo exigido *o con los elementos subjetivos requeridos, o con ambos* [...] Naturalmente, si el agente no realiza los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, *tampoco realiza conducta típica*, por más que obre

“Enfatiza la Sala, 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 prohibición, lo que significa que aparte del dolo constitutivo de la tipicidad subjetiva de la conducta prevista en el artículo 376 del Código Penal, es necesario constatar la presencia de elementos especiales de ánimo relativos a una peculiar *finalidad de consumo personal* o de *distribución* por parte del sujeto realizador del comportamiento descrito en el tipo penal” (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias SP del 12 de febrero de 2025, Rad. 59445; SP del 29 de noviembre de 2023, Rad. 57802; SP del 21 de junio de 2023, Rad. 60332; SP del 29 de abril de 2020, Rad. 51627; SP del 9 de marzo de 2016, Rad. 41760; entre otras).

44 Acudiendo a una acepción de la palabra, el diccionario de la Real Academia Española lo define como: “Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto”. Tomado de: <https://dle.rae.es/error>

45 Miguel Díaz y García Conlledo, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Tercera edición (Buenos Aires: B de F, 2025), 108.

46 “Se debe afirmar que si falta por lo menos uno de los elementos para que exista concordancia de la conducta con la descripción típica, la conducta adquiere el rango de atípica, y por lo tanto no adquiere la relevancia frente al derecho penal. La ausencia del elemento puede recaer sobre uno subjetivo, normativo, objetivo o descriptivo”. Araque Moreno, coord., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, 479.

con dolo y se den los elementos del aspecto objetivo del tipo⁴⁷ [énfasis propio].

Ahora bien, ante la presencia de un error, no puede concluirse de manera automática que la conducta es atípica. Es necesario determinar si el error en el que se encuentra inmerso el sujeto agente es *invencible*⁴⁸ (inevitable), esto es, si aun actuando con la diligencia, el cuidado y atención exigibles al ser humano medio⁴⁹ o prudente⁵⁰, no le habría sido posible superarlo. En tal evento, se configura una ausencia de responsabilidad penal⁵¹.

La otra posibilidad se presenta cuando el error es *vencible*⁵² (evitable). Ocurre cuando el sujeto pudo superar el desacierto y adecuar su comportamiento al derecho. En estos casos, la consecuencia jurídica es la degradación de la conducta a título de culpa, siempre que el respectivo tipo penal se encuentre expresamente previsto como punible a título imprudente en la Ley 599 de 2000; de lo contrario, se tornaría en atípica.

Lo anterior evidencia la tensión existente entre garantías fundamentales como el principio de legalidad y de presunción de inocencia, que deben armonizarse con el derecho a *la verdad*⁵³ como garantía de las víctimas. En este contexto, el proceso penal debe preservar el espíritu de civilidad propio del Estado constitucional, en la medida en que —como advierte Bernd Schünemann— el derecho procesal penal actúa como el verdadero sismógrafo de la Constitución⁵⁴.

47 Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 295 y 301.

48 Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 299-301.

49 Se toma la postura que sostiene el profesor Juan Carlos Gómez Nieto sobre la traducción que se hace, ya que en Alemania se emplea la palabra Mensch que traduce ser humano y no erradamente como se conoce en nuestra latitud como el hombre medio. Además, puede ser un factor incluyente en posibles conductas delictivas que puedan desplegar mujeres, y sea una forma de baremo para valorar en el contexto que se realizó su comisión. Ver en Juan Carlos Gómez Nieto, *Los conocimientos especiales en la imputación objetiva. Estudio de la problemática en la teoría alemana del delito y la jurisprudencia colombiana*, (Bogotá: Ibáñez, 2024), 21.

50 Cfr. Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, Tercera edición (Bogotá: Temis, 2005), 115-118.

51 Ley 599 de 2000, artículo 32, num. 10: "No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica [...]".

52 Retomar la cita número 46.

53 La Corte Constitucional en la decisión C- 228 de 3 de abril de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) genera un cambio de paradigma sobre la intervención de las alegadas víctimas en el proceso penal y el reconocimiento de sus derechos: *verdad, acceso efectivo a la administración de justicia y reparación*, siendo el eje central donde jurisprudencialmente la Alta Corporación ha robustecido las facultades de estas al interior del mismo. Ver, entre otras, las sentencias C- 805 de 2002; C- 004 de 2003; C- 979 de 2005; C- 454 de 2006; C- 209 de 2007; C- 516 de 2007; C- 579 de 2013; C- 180 de 2014; C- 031 de 2018; SU- 479 de 2019; SU- 360 de 2024.

54 Se puede sorprender al lector con la afirmación que se realiza, toda vez que se concibe que es una frase que se le adjudica a Claus Roxin —en paz descanse—. Schünemann, quien es discípulo de este último, cuando escribía en 2017 el prólogo de la 29ª edición afirmó en una bonita anécdota que, cuando era ayudante de su maestro, le propuso a él la calificación que se referencia. Ver en: Bernd Schünemann y Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, trads. Mario F. Amoretti y Darío N. Rolón (Buenos Aires: Didot, 2019), 55-56.

3. La prueba, los estados mentales y la decisión epistémica

Para ilustrar este capítulo, se recurre a la obra del pintor barroco Michelangelo Merisi da Caravaggio (1571-1610), cuya producción artística marco un punto de inflexión en la historia del arte occidental. En particular, se toma como referencia *La incredulidad de Santo Tomás*⁵⁵, pintura seleccionada deliberadamente para articular el núcleo conceptual de esta sección.

La escena representa el momento en que Jesucristo, tras su resurrección, se presenta ante sus discípulos y Tomás —incrédulo frente a ese acontecimiento paradigmático— es invitado a introducir su dedo en la herida del costado de Cristo como condición para aceptar como verdadero aquello que previamente le había sido relatado por terceros.

La potencia simbólica de esta imagen reside en subrayar la exigencia de razones epistémicas suficientes para tener por acreditado un hecho. No basta la afirmación, ni siquiera el testimonio reiterado: se requiere una corroboración racional que permita distinguir entre creencia y conocimiento. Al respecto, Diego Dei Vecchi lo expresa con claridad:

[...] una cosa es que un enunciado acerca de un hecho esté probado, otra cosa es que sea verdadero. Lo primero es función de la presencia de razones suficientes de tipo adecuado, esto es: razones epistémicas, en favor del enunciado en cuestión; lo segundo depende de si el enunciado corresponde o no con la realidad⁵⁶.

Esta distinción adquiere especial relevancia en el proceso penal, donde la decisión judicial no puede descansar en intuiciones, convicciones subjetivas o inferencias no justificadas, so pena de degradar la sentencia a un acto de fe y no al resultado de un ejercicio racional de valoración probatoria.

En efecto, frente a las dificultades que plantea la delimitación de conductas que se consuman mediante un tocamiento corporal no consentido, se impone la necesidad de abandonar toda *zona de penumbra* probatoria y recurrir a mecanismos rigurosos de corroboración epistémica. Al igual que Santo Tomás, al juez penal debe dotársele de pruebas que le permitan tener por acreditado un hecho y, en particular, su significado jurídico-penal.

55 Su título original es *L' Incredulità di san Tomasso*. Obra realizada en el año 1602 con la técnica de óleo sobre lienzo. Se encuentra ubicada en el Palacio de Sanssouci, Potsdam (Alemania). Para los efectos de la reconstrucción del momento de fe, puede retornarse a la biblia en el pasaje de Juan 20: 24-29.

56 Diego Dei Vecchi, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio* (Lima: Zela, 2020), 32.

3.1. La prueba: mecanismo dialéctico del proceso jurisdiccional

El deber de la Fiscalía General de la Nación consiste en sustentar la hipótesis acusatoria mediante evidencias obtenidas lícitamente y descubiertas de forma oportuna, permitiéndole al juez reconstruir los hechos controvertidos y valorar racionalmente la responsabilidad —o no— del sujeto agente como autor o partícipe de la conducta⁵⁷ acusada, a fin de dictar la sentencia que en derecho corresponda.

En los casos en que la acción se consuma mediante un tocamiento corporal sin consentimiento —como ocurre en el delito de *acto sexual con menor de catorce años*—, la relevancia jurídico-penal no radica exclusivamente en el contacto físico, sino en la intención que orienta la acción. De este modo, la actividad probatoria no solo debe limitarse a acreditar la existencia del tocamiento corporal, sino también a justificar, mediante inferencias racionales, el sentido y finalidad del tocar.

La defensa, aun cuando se encuentra amparada por garantías convencionales, constitucionales y legales, no puede asumir una actitud pasiva dentro del trámite procesal. Si bien es cierto que la carga de la prueba recae exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, en cuanto le corresponde demostrar la responsabilidad penal *más allá de duda razonable* del acto sexual, la defensa no puede permanecer desinteresada desde el punto del debate probatorio.

En otros términos, si desde su estrategia, el ejercicio defensivo se centra en generar una *duda razonable* de la conducta punible⁵⁸, lo debe hacer a partir de *los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida* que le hayan sido debidamente descubiertos y exhibidos por el ente acusador, así como de aquellos elementos probatorios que logre recaudar mediante su propia actividad investigativa⁵⁹.

El *dubium* o la duda, según Nieva Fenoll, “no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis”⁶⁰, las cuales emergen de la confrontación dialéctica entre la acusación y la defensa. Pues bien, sin entrar en el debate circular acerca de que sobre la defensa no recae la carga de acreditar *los hechos* materia de investigación

57 Ley 906 de 2004, artículo 372: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, *los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado*, como autor o partícipe” [Énfasis añadido].

58 Ley 599 de 2000, artículo 9: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

59 Ley 906 de 2004, artículo 125, numeral 9º: “En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] 9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley [...]”.

60 Cfr. Jordi Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 19.

ni la responsabilidad de su representado, sí le corresponde sustentar —a partir de la prueba practicada y la postulación de la *duda razonable*— una *hipótesis alternativa verdaderamente plausible*, orientada a erosionar la hipótesis acusatoria, sin que ello implique la asunción de una carga dinámica de la prueba.

Sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asumido un criterio pacífico:

El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presunta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como *verdaderamente plausible*⁶¹.

En consecuencia, el juez deberá optar por aquella hipótesis que posea una mayor capacidad justificativa —la que explique mejor los hechos a partir de la prueba disponible⁶²— y que, además, haya logrado debilitar las hipótesis contrapuestas sometidas al debate⁶³. Cabe advertir que el estándar probatorio exigible para la defensa no es equivalente al de la Fiscalía; por ello, si ambas hipótesis resultan *plausibles* —posibles— desde una perspectiva explicativa, se materializa el principio de *in dubio pro reo*⁶⁴, imponiéndose una sentencia absolutoria por duda razonable.

Se propone un ejemplo en el que la relevancia penal del tocamiento depende del elemento subjetivo que logre acreditarse:

Ejemplo: Durante un espectáculo artístico, el cantante A permite el ingreso de varios fanáticos al escenario. Entre ellos se encuentra B, de menos de *catorce años*, a quien saluda tocándole los genitales⁶⁵.

Del caso en cuestión, podría formularse casi de manera automática un *juicio de imputación* por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*. Sin embargo, emerge un interrogante central: ¿qué acto, circunstancia o elemento —

61 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias SP19617-2017, Rad. 45899; SP5295-2019, Rad. 55651; SP4289-2020, Rad. 55906; SP3221-2021, Rad. 58687; SP5462-2021, Rad. 55659; SP148-2023, Rad. 60022; SP382-2023, Rad. 54937; SP3823-2021, Rad. 59144; SP441-2023, Rad. 54837; SP462-2023, Rad. 55491; SP555-2024, Rad. 55896, tiene como la sentencia hito la SP1467-2016, del 12 de octubre de 2016, Rad. 37175 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar) y la última SP006-2026, del 21 enero de 2026, Rad. 62731 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

62 Cfr. Taruffo. *La prueba de los hechos*, 15; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 147; Perfecto Andrés Ibáñez y Daniel González Lagier, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos* (Lima: Palestra, 2023), 33-38.

63 Para realizar la contrastación de hipótesis y seleccionar la que mejor explique los hechos de relevancia jurídica puede acudir a Taruffo, *La prueba de los hechos*, 292-325.

64 Ley 906 de 2004, artículo 7°, inciso 2: “[...] La duda que se presente se resolverá en favor del procesado”.

65 No se utilizan nombres reales y tampoco la ubicación donde ocurrieron los hechos, atendiendo a la honra y el buen nombre tanto de la presunta víctima como del artista.

probatoriamente hablando— permite llegar a la conclusión de que el tocamiento tuvo un contenido *libidinoso o lujurioso*?

Cuestionamientos de esta naturaleza evidencian los riesgos de una aproximación meramente dogmática del procedimiento penal, desconectada de las realidades fácticas y probatorias de cada caso en concreto, proclive a eludir la discusión sobre la imputación subjetiva —dolo, culpa, preterintención y, eventualmente, los elementos subjetivos especiales diferentes al dolo—.

Finalmente, en lo que respecta a la determinación probatoria de la intención del sujeto agente, la prueba indiciaria permite reconstruir racionalmente los *estados mentales* a partir de circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, alejando cualquier presunción psicológica infundada. En este sentido, acierta Gascón Abellán al señalar:

Que los hechos psicológicos sean internos o no-observables no significa que no sean auténticos hechos, y por lo tanto comprobables mediante juicios descriptivos. Significa tan sólo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos⁶⁶.

3.2. Los estados mentales: entre mitos y verdades

El desarrollo de este epígrafe constituye apenas la *punta del iceberg* en la acreditación de un hecho hipotéticamente delictivo, especialmente en aquellos supuestos en los que se pretende reconstruir el estado mental del sujeto agente con el fin de probar un elemento subjetivo especial diferente del dolo.

El examen de la esfera interna del sujeto siempre entraña dificultades metodológicas. No obstante, disciplinas como la psicología y la psiquiatría han desarrollado criterios de evaluación conductual que permiten identificar alteraciones del estado anímico o cognitivo de una persona. A partir de tales herramientas diagnósticas, resulta posible identificar el hecho generador del trastorno o psicopatía y formular hipótesis razonadas sobre su origen y eventual tratamiento.

En la vida cotidiana, las personas realizan valoraciones conductuales de manera constante; por ejemplo, en una exposición académica, si un estudiante emplea muletillas de forma reiterada, presenta sudoración excesiva y adopta una postura corporal inadecuada, tanto el docente como sus compañeros pueden formular

66 Cfr. Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, 71.

diversas hipótesis: (H1) no domina el tema; (H2) se encuentra nervioso; (H3) domina el contenido, pero padece miedo escénico; (H4) conoce el tema y ese es simplemente su estilo de exposición. La hipótesis finalmente aceptada dependerá de valoraciones que, no siempre, se encuentran sometidas a un control racional estricto.

Ahora bien, en el ámbito penal —frente al comportamiento que se adecua en un tipo penal— podría ensayarse un razonamiento silogístico elemental (aunque no es el que aquí se defiende) para atribuir responsabilidad penal. A modo de ilustración: X dispara un arma de fuego en contra de la humanidad de Y (premisa mayor: hecho) y le causa la muerte inmediata por la gravedad de la herida (premisa menor: hecho jurídicamente relevante); en consecuencia, debe imponérsele una pena (conclusión). Sin embargo, este razonamiento resulta manifiestamente insuficiente.

Es indispensable indagar las circunstancias que rodean el hecho —legítima defensa, ira o intenso dolor, miedo insuperable u otra—, pues de ellas depende realizar un correcto juicio de imputación y calificar debidamente el comportamiento desplegado por el sujeto agente. Desde ese contexto, la intención que impulsó al sujeto X a disparar debe integrarse al conjunto de hipótesis posibles, lo que incide directamente en el tema de prueba.

No puede minimizarse la relevancia probatoria de los *estados mentales*, aun reconociendo su complejidad. Esta dificultad no justifica la consolidación de la tesis según la cual, cuando un comportamiento contradice una norma penal, la demostración del elemento subjetivo se encuentra implícita en el tipo, bastando una imputación normativa —usted quería y conocía— para afirmar su concurrencia. Tal postura equivale a debilitar el fundamento mismo del estándar probatorio exigido para dictar sentencia: la prueba.

Los estados mentales, como advierte González Lagier, deben satisfacer una condición necesaria de que “x no puede ser considerado un estado mental si (a) no tiene un contenido representacional o (b) no posee carácter fenomenológico”⁶⁷. En otros términos, el sujeto agente se representa un riesgo o un resultado (dimensión cognitiva) y experimenta internamente dicha representación (dimensión fenomenológica). Sin esta representación —inferible a partir de hechos anteriores, concomitantes y posteriores a la conducta⁶⁸ —, no puede hablarse de cognición atribuible ni de experiencia subjetiva relevante.

Desde esa estructura, toda afirmación sobre un comportamiento humano debe

67 Daniel González Lagier, “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales (Una defensa de los criterios de <<sentido común>>)”, *Questio facti*, volumen 3, (2022): 54.

68 Daniel González Lagier, “La prueba de la intención y de la explicación de la acción”, *ISEGORÍA*, volumen 35, (2006): 185.

estar impregnada de *razones epistémicas*, más allá de su mera adecuación típica. Aunque el acto sexual se consume mediante un tocamiento corporal, ello no autoriza a inferir automáticamente la apetencia sexual o impulsos libidinosos⁶⁹. La afectación de tocar una zona íntima o erógena de la víctima puede constituir un indicio, pero no una conclusión definitiva.

De lo contrario, se produce un interrogante: ¿cómo valorar la manipulación corporal realizada por un masajista en la zona pélvica de una fémina, con movimientos que no forman parte de ninguna técnica que se utiliza para tales fines? Aunque puede pensarse que el rol ampara la conducta, hay un exceso en el acto justificado y no podría descartarse apriorísticamente la posibilidad de un *ánimo libidinoso*. De ahí que, tanto en este como en el ejemplo previamente propuesto, debe prevalecer la presunción de inocencia hasta que se pruebe el elemento subjetivo especial distinto del dolo.

Para afrontar esta dificultad, González Lagier propone el *principio de racionalidad mínima* (PRM), conforme al cual el sujeto agente actúa intencionalmente cuando utiliza los medios que considera más adecuados para alcanzar el fin que persigue. Este principio vincula de manera inescindible la acción con la intención y permite reconstruir racionalmente los *estados mentales*⁷⁰.

Por esta razón González Lagier estructura el siguiente esquema para la verificación de intenciones:

- (1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).
- (2) S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C.
- (3) S hizo A en las circunstancias C.
- (4) S hizo A intencionalmente (presunción de intencionalidad).
- (5) S hizo A con la intención de conseguir F⁷¹.

Conviene detenerse especialmente en la llamada *presunción de intencionalidad*, noción que, pese a su denominación, no constituye una presunción legal ni probatoria en sentido estricto, sino la aceptación provisional de una proposición fáctica basada

69 Como en varios pronunciamientos lo indicase la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: "(i) toda acción de tocar la zona íntima o erógena de un menor de catorce años [...] constituye un acto sexual indebido (y no un atentado contra la integridad moral de la víctima)". Cfr. AP del 6 de diciembre de 2023, Rad. 61479; SP del 24 de febrero de 2010, Rad. 32872; SP del 5 de noviembre de 2008, Rad. 30305.

70 Daniel González Lagier, "Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)", *Doxa, cuadernos del Filosofía del Derecho*, volumen 26, (2003), como se referenció en Daniel González Lagier, "Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales", 71.

71 González Lagier, "La prueba de la intención y de la explicación de la acción", 185.

en *razones epistémicas* suficientes^{72/73}, es decir, sería una presunción epistemológica.

Desde esa óptica, resulta imprescindible realizar un análisis antes, durante y después del comportamiento, atendiendo al *principio de racionalidad mínima* y al sentido común, entendiendo este último como el marco de referencia del ser humano medio.

Aplicando estos criterios al ejemplo propuesto, el hecho de que el artista tocara los genitales del menor no permite, por sí solo, afirmar una intención de satisfacer su lujuria o impulso libidinoso. Más allá de los reproches morales y señalamientos sociales, puede entenderse como un comportamiento socialmente adecuado, en ciertos contextos culturales⁷⁴. Ahora bien, la ausencia de indicios previos, concomitantes o posteriores —como contacto privado previo de subir al escenario, reiteración del comportamiento o el ofrecimiento de dádivas posteriores al hecho— debilitan significativamente la inferencia libidinoso o de contenido erótico del artista hacia el menor.

En consecuencia, es el *indicio*⁷⁵ el medio idóneo para transitar del hecho conocido —el tocamiento corporal— al hecho desconocido —la intención— mediante un análisis racional *ex ante* y *ex post*, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004. Todo ello debe realizarse con pleno respeto de los derechos fundamentales y resolviendo cada caso concretamente.

3.3. La decisión epistémica: entre la racionalidad y las garantías procesales

La diferencia entre quien administra justicia y la colectividad no radica en sus cosmovisiones, sino en las exigencias que condicionan la adopción de decisiones. El juez debe ceñirse, de manera obligatoria, a un conjunto secuencial de pasos que le permitan estructurar la motivación de su decisión, de modo que resulte controlable

72 Dei Vecchi, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio* (Perú: Zela, 2020), 80.

73 Se puede fortalecer también como el “procedimiento racional por el que la mente, de un hecho conocido y cierto, infiere, por concatenación natural y probable de causa a efecto, un hecho desconocido” Michele Taruffo, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Marcial Pons, 2023), 65.

74 “[...] las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción”. Welzel, *Derecho penal alemán*, 99.

75 Cfr. Germán Pabón Gómez, *De la censura de indicios en casación penal* (Bogotá: Ibáñez, 2020); Germán Pabón Gómez, *De la casación penal en el sistema acusatorio*, Segunda edición (Bogotá: Ibáñez, 2022), 468-482. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP del 12 de febrero de 2025, Rad. 59445: “la prueba indiciaria sí puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio”.

por las partes. En la vida cotidiana, por el contrario, las personas suelen optar por explicaciones simples y vagas, por lo general influidas por sesgos derivados de creencias personales. Ello ocurre especialmente cuando el debate se desarrolla en terrenos intelectualmente incómodos, lo que conduce al uso de *heurísticas*⁷⁶ como atajos cognitivos para resolver situaciones de forma rápida e intuitiva⁷⁷.

En ese sentido, no se trata de controlar el contenido de la decisión judicial —sea adoptada por un órgano unipersonal o colegiado—, sino de examinar críticamente la forma en que dicha decisión es motivada. La motivación, en cuanto garantía fundamental⁷⁸ en un sistema democrático, no puede sujetarse de razonamientos vacíos o de un convencimiento sustentado exclusivamente en las creencias personales del juzgador.

La *íntima convicción*, entendida como modelo de valoración probatoria que determina el valor justificativo de ciertas evidencias de acuerdo con el impacto psicológico que generan en el juez⁷⁹, impide el contraste efectivo de hipótesis alternativas. En cambio, el sistema de valoración de prueba libre o sana crítica racional permite ejercer un control racional sobre la hipótesis que define la causa penal, favoreciendo aquella que posea mayor capacidad explicativa y que haya resistido los intentos de refutación, siendo un razonamiento judicial pura y exclusivamente epistémico⁸⁰.

Este modelo de razonamiento permite no solo justificar racionalmente la decisión judicial, sino también asegurar la correspondencia entre los hechos declarados probados y la norma jurídica aplicada, satisfaciendo el estándar probatorio exigido para dictar sentencia: *el conocimiento más allá de toda duda razonable*.

En este contexto, la prueba —entendida como mecanismo dialéctico del proceso

76 “Dado que no disponemos normalmente de <<estadísticas de éxito>> y, además, no acostumbramos a preocuparnos de ver si nuestra percepción de lo posible es o no errónea en la realidad, solemos acudir a una serie de atajos del pensamiento que han sido denominados <<heurísticos>>, y que son como principios generales que asisten a la persona en la toma de decisiones”. Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, 54.

77 “la causalidad ilusoria [...] se define así a la tendencia a identificar entre personas, hechos, fenómenos, etcétera, relaciones causales que en realidad no existen. Los seres humanos demuestran, en efecto, una profunda propensión a atribuir relaciones de causa-efecto a todo lo que ven”. Antonio Forza, Giulia Menegon y Rino Rumiati, *El juez emotivo. La decisión entre razón y emoción*, trad. Maximiliano A. Aramburo Calle (Madrid: Marcial Pons, 2024), 67.

78 La Corte Constitucional ha ido consolidando la postura de que una transgresión al proceso debido como derecho y garantía fundamental puede serlo por una insuficiente o inexistente motivación judicial, generando la consecuencia en un defecto sustantivo por desconocer las disposiciones aplicables a un caso determinado. De no verse así, podría tornarse en una arbitrariedad judicial. Puede analizarse en: Colombia. Corte Constitucional, sentencias SU- 448 de 2011; SU-365 de 2015, entre otras. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de julio de 2009: caso Escher y Otros vs Brasil, párrafo 139.

79 *Cfr.* Dei Vecchi, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, 126-127.

80 Dei Vecchi, *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, 128.

jurisdiccional— posibilita articular la *verdad como correspondencia*⁸¹ de los hechos ocurridos fenomenológicamente y los probados en el proceso penal. Así lo destacan Andrés Ibáñez y González Lagier al afirmar que “[e]l requisito de la capacidad explicativa consiste en que son preferibles aquellas hipótesis fácticas que explican mejor (tanto cualitativa como cuantitativamente) los hechos probatorios”⁸².

La disparidad entre las decisiones que adoptan los ciudadanos en su cotidianidad y aquellas que debe adoptar el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional es, en este punto, radical. No por los marcos culturales en los que se desenvuelven, sino por los fundamentos probatorios y sus consecuencias jurídicas. La hipótesis sometida al conocimiento del funcionario judicial debe estar sustentada en *razones epistémicas* que irradian una norma jurídica en la que ha de apoyarse la decisión; en ese sentido, el juez deberá elegir —más allá de la persuasión subjetiva que le genere el caso— la hipótesis que mejor explique lo debatido en el juicio oral, conforme a los principios de contradicción e intermediación.

Esta es la vía para racionalizar el conocimiento y desplazar la mera creencia, entendiendo que el componente cognoscitivo resulta indispensable para el proceso jurisdiccional. La epistemología aporta criterios para establecer cuándo una hipótesis es valiosa, es decir, cuándo se encuentra acreditada y, en cierta medida, es correcta⁸³. De tal manera, una providencia judicial debidamente motivada permite reconstruir las razones que condujeron a su adopción e identificar la proposición jurídica seleccionada; sin embargo, ello no garantiza, por sí mismo, su verdad o falsedad.

En palabras de Iacoviello, aunque pueden producirse algunas diferencias entre el conocimiento- creencia y entre verdad-falsedad, debe advertirse:

El argumento silogístico nos da certeza (si las premisas son ciertas), pero no incrementa nuestro conocimiento. Esto hace evidente por qué el silogismo no sirve para la constatación del hecho, pues el proceso tiene necesidad de informaciones que el silogismo no puede proporcionar [...] Permite justificar una determinada conclusión a partir de determinadas premisas (la llamada justificación interna), pero no es capaz de justificar las premisas (la llamada justificación externa) [...] una vez que la norma

81 Cfr. Taruffo, La prueba de los hechos, 59; Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, 63; Francesco Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en casación*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez (Lima: Palestra, 2022), 76.

82 Andrés Ibáñez y González Lagier, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, 36

83 “La epistemología no está interesada solo en la reducción de errores y el derecho tampoco. La justificación de una decisión sobre los hechos tiene una doble cara (o hay dos tipos de justificaciones, si se prefiere): una material y otra procedimental. Desde el primer punto de vista, podemos decir que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera. En el sentido procedimental, en cambio, la decisión está justificada si la hipótesis que se declara probada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponibles”. Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 73.

ha seleccionado del flujo de experiencias determinados eventos y los ha calificado de un cierto modo – por ejemplo, ha seleccionado un tipo de comportamiento humano y lo ha calificado <<causar voluntariamente la muerte de un hombre>> – el proceso no tiene más que comprobar si ese comportamiento así calificado se ha verificado en la realidad. La teoría de la verdad como correspondencia se daría entre dos hechos precalificados normativamente, el afirmado en el proceso por la acusación pública y el realmente acontecido⁸⁴.

De este modo, la sentencia judicial debe sostenerse desde una dimensión *interna*, caracterizada por la relación lógica inescindible entre premisas y conclusión; esto es, entre la hipótesis fáctica y la proposición normativa seleccionada como *hecho jurídicamente relevante*. No obstante, la motivación se sitúa en un punto intermedio, pues la proposición normativa elegida —en nuestro caso, *acto sexual con menor de catorce años*— debe someterse a los criterios epistémicos que permiten evaluar su corrección. De allí surge el interrogante: ¿qué criterios epistémicos autorizan a concluir que la premisa fáctica está fundada y que el enunciado normativo elegido es verdadero o falso?

Una cosa es que la proposición fáctica se tenga por acreditada y otra distinta que sea verdadera. La primera condición se vincula ligada a la concurrencia de pruebas que la respalden epistémicamente, con independencia de su verdad o falsedad ontológica. La segunda exige una efectiva correspondencia entre el enunciado normativo y la realidad⁸⁵. En el ejemplo propuesto, la consumación de la conducta se produce mediante el tocamiento en una zona corporal considerada íntima o erógena, lo que satisface una justificación interna; sin embargo, deben existir *razones epistémicas* suficientes que permitan respaldar la hipótesis seleccionada con miras a alcanzar la *verdad como correspondencia*.

Desde una concepción racionalista de la prueba, un enunciado fáctico se considera justificado —y, por ende, aceptado como verdadero— en la medida que existan *razones epistémicas* suficientes en su favor. Dei Vecchi expone que “la justificación externa de la premisa fáctica depende de que haya sido probada, y probar una hipótesis (*i.e.* justificarla epistémicamente) significa mostrar que es verdadera”⁸⁶.

En consecuencia, la sentencia judicial para que se encuentre debidamente justificada y satisfaga su deber de motivación, debe consolidarse desde una dimensión

84 Iacoviello. *La motivación de la sentencia penal y su control en casación*, 67 y 72.

85 Dei Vecchi. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, 32.

86 Diego Dei Vecchi, “Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales”, *Isonomía*: volumen 58 (2023): 136.

interna que evidencie la relación lógica entre la hipótesis elegida y el *hecho jurídicamente relevante*, reforzada por criterios epistémicos normativos que expliquen la suficiencia probatoria capaz de derrotar las demás hipótesis alternas contrastadas. Solo así es posible alcanzar un conocimiento racional de lo ocurrido, incluido —cuando resulte necesario— el estado mental del agente para acreditar el ánimo libidinoso. De no adoptarse esta metodología, al omitirse el examen integral de las aristas justificativas del comportamiento descrito en el tipo penal —el dolo y/o los elementos subjetivos especiales distintos de aquel—, la decisión incurrirá en un déficit epistémico susceptible de ser calificado como error judicial.

4. Conclusión

El recorrido desarrollado en este estudio permite constatar que el *ánimo libidinoso*, como elemento subjetivo especial del tipo penal diferente del dolo, no puede permanecer relegado a una imputación netamente normativa. Como se demostró, su acreditación exige un proceso racional de inferencia que responda a los cánones del derecho procesal moderno: las decisiones judiciales en materia penal no pueden fundarse en meras intuiciones, impresiones o convicciones psicológicas del juzgador, sino en razones epistémicas debidamente acreditadas.

No es aceptable que los factores de *intención* — que hacen parte de los elementos especiales subjetivos diferentes del dolo— queden reducidos a intuiciones o apreciaciones subjetivas. Se debe construir mediante inferencia que debe estar sujeta a criterios de racionalidad que permitan su control, apoyándose en elementos objetivos, en la convergencia de indicios y/o reglas de la experiencia que sean claramente expuestas en la decisión judicial.

El *principio de racionalidad* mínima (PRM) y de sentido común, fortalece la construcción indiciaria orientada a establecer si la acción exteriorizada estuvo efectivamente dirigida a la satisfacción de impulsos libidinosos o, por el contrario, respondió a una finalidad diferente —como el ánimo de afectar la honra— o a un comportamiento contextual o culturalmente explicable. Imponiendo la necesidad de seleccionar, entre las distintas hipótesis explicativas posibles —*plausibles*—, aquella que ofrezca una mayor capacidad justificativa frente al conjunto de *razones epistémicas* disponibles, descartando aquellas *alternativas* que no logren sostenerse de manera razonable.

Bajo estas circunstancias, es posible formular algunos criterios operativos mínimos que orienten la labor judicial en la construcción inferencial de la *intención* del

tocamiento libidinoso: (i) identificar y sistematizar indicios previos, concomitantes y posteriores, tales como comunicaciones privadas, reiteración de la conducta, contexto o patrones temporales; (ii) la concurrencia de al menos dos (2) indicios independientes y concordantes que permitan vincular la conducta externa con una finalidad libidinal; (iii) aplicar el principio de *racionalidad mínima* y de *sentido* común para seleccionar la hipótesis explicativa que presente mayor fuerza justificativa frente a las alternativas plausibles; (iv) explicitar en la motivación judicial la secuencia inferencial, indicando los indicios empleados, su articulación y por qué descartan otras hipótesis; y (v) cuando los indicios resulten insuficientes o débiles —*hipótesis alternativa plausible* de la defensa—, optar por la consecuencia procesal derivada del principio de presunción de inocencia, de acuerdo al estándar de *in dubio pro reo*.

El derecho procesal penal contemporáneo enfrenta así un desafío epistemológico decisivo: sustituir la íntima convicción por una convicción racionalmente fundada. En el ámbito del delito en estudio, este desafío adquiere una relevancia particular, pues la frontera entre la legítima tutela de la dignidad sexual y la expansión punitiva del Estado se define, precisamente, en la acreditación de la intención del sujeto agente. No se trata de minimizar la protección debida de las víctimas, sino de evitar que la respuesta penal se fundamente en una lógica de sospecha o en una represión simbólica sustituyendo al juicio racional.

El exceso de confianza en la retórica del “*querer y conocer*” cuando se desvincula de la exigencia probatoria transforma el proceso penal en un instrumento de presentimiento institucionalizado. Probar esa *intención* —en los delitos que tienen elementos subjetivos especiales— es probar la verdad del hecho; prescindir de su demostración equivale a rendirse ante la apariencia.

En un Estado Constitucional que transita por el camino de la civilidad, el proceso penal no puede sostenerse en un acto de fe, sino en la racionalidad: la fe abre la *Kerkaporta* hacia la arbitrariedad; la racionalidad la cierra para preservar la ciudad, que no es otra cosa que las garantías fundamentales.

Bibliografía

Agudelo Betancur, Nódier. *El garantismo carriano ¿Por qué el Colegio de Abogados Penalistas de Colombia bajo los auspicios de Francesco Carrara?* Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2020.

Araque Moreno, Diego, coord. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*. Segunda edición. Medellín: Universidad de Medellín, 2011.

- Barrera Barinas, Rodrigo, Cristina Díaz Vásquez, Diana Rocío Álvarez Ochoa, coord. *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2009. DOI: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Binder, Alberto M. *Derecho procesal penal. Tomo VIII. Teoría del conocimiento. Teoría de la prueba. Valoración de la prueba. Relevancia, credibilidad, fuerza probatoria. Máximas de experiencia. Certeza. Más allá de duda razonable*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2025.
- Colombia. Congreso de la República. *Código Penitenciario y Carcelario*. Ley 65 de 1993. Agosto 18 de 1993.
- Colombia. Congreso de la República. *Código Penal*. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.
- Colombia. Congreso de la República. *Código de Procedimiento Penal*. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004.
- Colombia. Congreso de la República. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Ley 1098 de 2006. Noviembre 8 de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia T- 242 de 1999 (M.P. Martha Victoria Sachica de Moncaleano).
- Corte Constitucional. Sentencia T- 843 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional. Sentencia C-559 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 228 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 805 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 004 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).
- Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

- Corte Constitucional. Sentencia SU-448 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-635 de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera).
- Corte Constitucional. Sentencia C-SU de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-360 de 2024 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Escher y Otros vs Brasil. Julio 6 de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de julio de 2005. Rad. 22299 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Rad. 30305 (M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2009. Rad. 31715 (M.P. Yesid Ramírez Bastidas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2010. Rad. 32872 (M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5785-2015 del 30 de septiembre de 2015. Rad. 46153 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP7415-2015 del 16 de diciembre de 2015. Rad. 44401 (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2940-2016 del 9 de septiembre de 2016. Rad. 41760 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1467-2016 del 12 de octubre de 2016. Rad. 37175 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP15269-2016 del 24 de octubre de 2016. Rad. 47640 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3168-2017 del 8 de marzo de 2017. Rad. 44599 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3623-2017 del 15 de marzo de 2017. Rad. 48175 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP9621-2017 del 5 de julio de 2017. Rad. 44932 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP19617-2017 del 23 de noviembre de 2017. Rad. 45899 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5660-2018 del 11 de diciembre de 2018. Rad. 52311 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP798-2018 del 21 de marzo de 2018. Rad. 47848 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042-2019 del 5 de junio de 2019. Rad. 51007 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2446-2019 del 3 de julio de 2019. Rad. 52967 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3702-2019 del 6 de septiembre de 2019. Rad. 53976 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5295-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 55651 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3250-2019 del 14 de agosto de 2019. Rad. 51745 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP346-2020 del 12 de febrero de 2020. Rad. 46147 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de abril de 2020. Rad. 51627 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP922-2020 del 6 de mayo de 2020. Rad. 50282 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP977-2020 del 27 de mayo de 2020. Rad. 54509 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2894-2020 del 12 de agosto de 2020. Rad. 52024 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4289-2020 del 4 de noviembre de 2020. Rad. 55906 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP372-2021 del 17 de febrero de 2021. Rad. 55532 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP784-2021 del 10 de marzo de 2021. Rad. 57864 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3221-2021 del 28 de julio de 2021. Rad. 58687 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3823-2021 del 1 de agosto de 2021. Rad. 59144 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4264-2021 del 22 de septiembre de 2021. Rad. 55027 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4525-2021 del 6 de octubre de 2021. Rad. 56204 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5462-2021 del 1 de diciembre de 2021. Rad. 55659 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP379-2022 del 16 de febrero de 2022. Rad. 58186 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP564-2022 del 2 de marzo de 2022. Rad. 56994 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2086-2022 del 22 de junio de 2022. Rad. 60430 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3792-2022 del 2 de noviembre de 2022. Rad. 52770 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP068-2023 del 1 de marzo de 2023. Rad. 61313 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP161-2023 del 26 de abril de 2023. Rad. 58617 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP148-2023 del 26 de abril de 2023. Rad. 60022 (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP228-2023 del 21 de junio de 2023. Rad. 60332 (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP283-2023 del 19 de julio de 2023. Rad. 58147 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP382-2023 del 13 de septiembre de 2023. Rad. 54937 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP441-2023 del 1 de noviembre de 2023. Rad. 54837 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP462-2023 del 8 de noviembre de 2023. Rad. 55491 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP509-2023 del 29 de noviembre de 2023. Rad. 57802 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3843-2023 del 6 de diciembre de 2023. Rad. 61479 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP789-2024 del 21 de febrero de 2024. Rad. 64483 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP555-2024 del 20 de marzo de 2024. Rad. 55896 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP892-2024 del 17 de abril de 2024. Rad. 62482 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1305-2024 del 22 de mayo de 2024. Rad. 61815 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4843-2024 del 21 de agosto de 2024. Rad. 64534 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3022-2024 del 13 de noviembre de 2024. Rad. 58636 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP136-2025 del 22 de enero de 2025. Rad. 67130 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP137-2025 del 5 de febrero de 2025. Rad. 65614 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP238-2025 del 12 de febrero de 2025. Rad. 59445 (M.P. Carlos Roberto Solorzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP814-2025 del 19 de febrero de 2025. Rad. 62725 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP322-2025 del 19 de febrero de 2025. Rad. 58474 (M.P. Carlos Roberto Solorzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP475-2025 del 19 de febrero de 2025. Rad. 63982 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP471-2025 del 5 de marzo de 2025. Rad. 61459 (M.P. Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP583-2025 del 5 de marzo de 2025. Rad. 63763 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP780-2025 del 13 de marzo de 2025. Rad. 63703 (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1560-2025 del 21 de mayo de 2025. Rad. 63228 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1736-2025 del 16 de julio de 2025. Rad. 60926 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1776-2025 del 30 de julio de 2025. Rad. 59982 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
- Dei Malatesta, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Traducido por Simón Carrejo y Jorge Guerrero. Volumen I. Bogotá: Temis, 1973.
- Dei Vecchi, Diego. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima: Zela, 2020.
- Dei Vecchi, Diego. "Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales". *Isonomía*, volumen 58 (2023): 107-148. DOI: <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/655>
- Díaz y García Conlledo, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. 3.ª edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2025.
- Díaz Pita, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Décima edición, tercera reimpression. Madrid: Trotta, 2018.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- Forza, Antonio, Giulia Menegon y Rino Rumiati. *El juez emotivo. La decisión entre razón y emoción*. Traducido por Maximiliano A. Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2024.
- Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado, 2012.
- Gómez Nieto, Juan Carlos. *Los conocimientos especiales en la imputación objetiva. Estudio de la problemática en la teoría alemana del delito y la jurisprudencia colombiana*. Bogotá: Ibáñez, 2024.
- González Lagier, Daniel. "Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones)". *Doxa, cuadernos del Filosofía del Derecho*, volumen 26, (2003): 635-685. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3301487>
- González Lagier, Daniel. "La prueba de la intención y de la explicación de la acción".

- ISEGORÍA*, volumen 35, (2006): 173-192. DOI: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/35/35>
- González Lagier, Daniel. "Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales (Una defensa de los criterios de <<sentido común>>)". *Questio facti*, volumen 3, (2022): 49-80. DOI: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22731/26435>
- Hruschka, Joachim. *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. 2.^a edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2009.
- Iacoviello, Francesco. *La motivación de la sentencia penal y su control en casación*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Lima: Palestra, 2022.
- Ibáñez, Perfecto Andrés y Daniel González Lagier. *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*. Lima: Palestra, 2023.
- Jakobs, Günter. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo 2.^a edición. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y teoría del derecho judicial*. Segunda edición. Decimosegunda reimpresión. Bogotá: Legis, 2013.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, 1996.
- Muñoz García, Miguel Ángel. *El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva*. Bogotá: Ibáñez, 2024.
- Nieva Fenoll, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Pabón Gómez, Germán. *De la casación penal en el sistema acusatorio*. Segunda edición. Bogotá: Ibáñez, 2022.
- Pabón Gómez, Germán. *De la censura de indicios en casación penal*. Bogotá: Ibáñez, 2020.
- Paulik, Michael. *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*. Traducido por Ivó Coca Vila, Marcelo D. Lerman y Hernán Darío Orozco López. Bogotá: Atelier, 2023.
- Pedraza Jaimes, Miguel Ángel y Nicolás Valencia Avendaño. *La indagación penal y el archivo de las diligencias*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2021.
- Peláez Mejía, José María y Harry Fernando Mora Mayorga, coord. *Estándares jurisprudenciales sobre conceptos acusatorios*. Bogotá: Ibáñez, 2019.

- Peláez Mejía, José María y Harry Fernando Mora Mayorga, coord. *Guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios*. 2.^a edición. Bogotá: Legis, 2020. DOI: https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/guia_sobre_conceptos_acusatori.pdf
- Pérez Barberá, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- Posada Maya, Ricardo. "El dolo en el código penal del 2000". *Revista digital de la maestría en ciencias penales de la Universidad de Costa Rica*, N°1, (2009): 37-122. DOI: <https://archivo.revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12625/11881>
- Raguès I Valles, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosh, 1999.
- Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 2005.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1989.
- Roxin, Claus. *Derecho penal, Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducido de la 2.^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1.^a reimpresión. Madrid: Civitas, 2010.
- Roxin, Claus. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Traducido por Enrique Bacigalupo. Segunda edición. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2022.
- Roxin, Claus. "El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania", *InDret*, n°4, Barcelona, (2012): 1-25. DOI: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf>
- Sánchez Málaga, Armando. *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2018.
- Sánchez-Vera Gómez Trelles, Javier. "Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 26, N° 79, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (2005): 99-112 DOI: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1007/952>
- Saray Botero, Nelson y José María Peláez Mejía. *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal. Construcción y aplicación práctica*. Bogotá: Leyer, 2022.
- Schauer, Frederick. *La prueba. Los usos de la prueba en el derecho, en el diseño de políticas y en todo lo demás*. Traducido por Alan Limardo. Madrid: Marcial Pons, 2025.

- Schünemann, Bernd y Claus Roxin. *Derecho procesal penal*. Traducido por Mario F. Amoretti y Darío N. Rolón. Buenos Aires: Didot, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Fundamento del dolo y ley penal (una aproximación crítica las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano)", *Revista Político Criminal*, volumen 11, N° 22, (2016): 675-703. DOI: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v11n22/art10.pdf>
- Suárez Ramírez, José Leonardo. *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*. Segunda reimpresión. Bogotá: Ibáñez, 2016.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2011.
- Taruffo, Michele. *Hacia la decisión justa*. Traducido por César E. Moreno More. Lima: Zela, 2020.
- Taruffo, Michele. *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Marcial Pons, 2023.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1995.
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Cuarta edición. Chile: Editorial Jurídica, 1993.
- Wessels, Johannes, Werner Bulke y Helmut Satzger. *Derecho penal general. El delito y su estructura*. Traducido de la 46.ª ed. alemana por Raúl Pariona Arana. Perú: Instituto Pacífico, 2018.
- Zaffaroni, E. Raúl y Nadia Espina. *¿Dolo o culpa? La cuestión de la culpa temeraria*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2025.
- Zweig, Stefan. *La conquista de Bizancio: 29 de mayo de 1453. Momentos estelares de la humanidad: catorce miniaturas históricas*. Traducido por Berta Vias Mahou. Barcelona: Acantilado, 2023.



HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO; PANTOJA-RUIZ, JUAN PABLO, "Legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de revisión de la responsabilidad penal: una apuesta por la justicia material en el proceso acusatorio colombiano", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de revisión de la responsabilidad penal: una apuesta por la justicia material en el proceso acusatorio colombiano

Third parties and criminal's action review

NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ*
JUAN PABLO PANTOJA-RUIZ**

Fecha de recibo: 21/11/2025. Fecha de aceptación: 16/03/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.4

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

** Máster en Derecho Público Europeo (LLM) por la Universidad Católica de Lovaina (KU Leuven), Bélgica. Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y Acreditado en *Compliance* por la International Federation of Compliance Associations (IFCA).

Resumen

Este artículo examina la legitimación del tercero civilmente responsable para promover la acción de revisión en el sistema penal acusatorio colombiano. Aunque el artículo 193 de la Ley 906 de 2004 no menciona expresamente a este sujeto como titular de dicha acción, se defiende que los terceros civilmente responsables que (i) hayan participado en el incidente de reparación integral y (ii) acrediten interés jurídico están legitimados para promoverla inclusive con respecto a la condena penal subyacente. Este argumento se sustenta en la naturaleza accesoria de la responsabilidad civil declarada en el incidente frente al delito como obligación principal, en la interpretación armónica con la Ley 600 de 2000 y el Código General del Proceso, y en la teleología garantista de la acción de revisión.

Palabras clave

Acción de revisión penal, tercero civilmente responsable, incidente de reparación integral, *non bis in idem*, cosa juzgada, justicia material.

Abstract

This article examines the standing of the civilly liable third party to bring an action for review within the Colombian accusatory criminal procedure system. Although Article 193 of Law 906 of 2004 does not expressly confer standing on this party, the thesis advanced is that civilly liable third parties who (i) have participated in the integral reparation proceeding and (ii) can demonstrate a cognizable legal interest are entitled to bring such action—including with respect to the underlying criminal conviction. This argument rests on the derivative nature of the civil liability declared in those proceedings vis-à-vis the criminal offense as its primary source of obligation, on the harmonious interpretation of Law 600 of 2000 and the General Code of Procedure, and on the rights-protective teleology of the action for review.

Keywords

Criminal review action, civilly liable third party, integral reparation proceedings, *non bis in idem*, *res judicata*, substantive justice.

Sumario

1. Introducción. 2. La acción de revisión en el procedimiento penal colombiano (con tendencia acusatoria); 2.1. Características generales de la acción de revisión; 2.2. Causales de procedencia de la acción de revisión en materia penal; 2.3. Legitimación

en la causa para proponer la acción de revisión; 3. Sujetos procesales en el sistema penal colombiano: partes, intervinientes y el tercero civilmente responsable; 4. Del caso concreto: legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de revisión en el procedimiento penal colombiano; 4.1. Naturaleza jurídica y teleología del incidente de reparación integral en la Ley 906 de 2004; 4.2. ¿Y quién puede proponer la acción de revisión?; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

1. Introducción

Entre las múltiples fuentes de obligaciones que contempla el derecho colombiano se encuentra el delito, entendido como hecho jurídico —en contraposición al acto jurídico— al cual se recurre principalmente para explicar el surgimiento de obligaciones no voluntarias¹. Los artículos 1494 del Código Civil y 94 del Código Penal consagran normativamente esta realidad, este último al facultar al juez penal de conocimiento para imponer en contra del condenado (o al tercero civilmente responsable) la obligación de “*reparar los daños materiales y morales causados con ocasión [del delito]*”².

El artículo 193 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal colombiano) señala que las partes (Fiscalía y defensa), así como el ministerio público y *los demás intervinientes* (siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión), pueden promover la acción de revisión³. Con base en lo anterior, se habilita a estos sujetos para ejercer esta prerrogativa procesal, omitiendo señalar, inclusive de forma implícita, la facultad de los terceros civilmente responsables.

Esta omisión podría afectar los intereses del tercero en cualquiera de los eventos previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, pues la decisión que lo vincula puede haber sido determinada, entre otros supuestos, por la conducta delictiva del juez, la intervención de un tercero o la incorporación de prueba falsa al proceso —por mencionar algunas circunstancias que la Sentencia C-799 de

1 José Armando Bonivento Jiménez, *Obligaciones*, primera ed. (Bogotá: Editorial Legis, 2017), 43.

2 Indica el artículo 94 del Código Penal colombiano: “ARTÍCULO 94 REPARACIÓN DEL DAÑO. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

3 En el Capítulo X, regulando lo relativo a la Acción de Revisión, indica “ARTÍCULO 193 LEGITIMACIÓN. La acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión. Estos últimos podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio. En los demás casos se requerirá poder especial para el efecto”.

2005 analizó en relación con las causales 5 y 6⁴. En todos esos supuestos, la declaración de responsabilidad civil del tercero queda condicionada por una injusticia que él mismo no pudo prevenir ni corregir en el trámite ordinario del proceso penal, pues no hizo parte del litisconsorcio principal, en el que se determinó la existencia de la responsabilidad penal.

Sin embargo, la propuesta de esta investigación es más ambiciosa⁵. Consideramos que también sería procedente la acción de revisión promovida por el guardián de la cosa⁶ (terceros declarados como civilmente responsable) respecto de las causales de revisión que afectan la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil declarada en el incidente de reparación integral (accesoria), tiene como fuente el delito (principal)⁷.

Al respecto, hace más de una década indicaba el profesor Córdoba Angulo que el tercero civilmente responsable era una especie de condenado al rol de espectador sobre la responsabilidad penal, lo que —en un criterio que compartimos— constituye un silencio ilegítimo⁸. Empero, dentro del ámbito punitivo que compete a la jurisdicción penal, sin vencerse en juicio al acusado de manera definitiva, no es posible iniciar el incidente de reparación integral, de conformidad con el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal⁹. En consecuencia, y como argumentaremos en este texto, al tercero civilmente responsable también le interesa corregir una eventual injusticia en sede de responsabilidad penal con el objetivo de resultar indemne de la responsabilidad civil que se deriva de aquella (artículo 97 del Código Penal). Esto porque, básicamente, sin fuente de delito, las consecuencias civiles del

4 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-799 de 02 de agosto de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

5 En sentido similar a la demanda de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente D-13513, que culminó con fallo inhibitorio. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 del 06 de mayo 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger). La tesis del presente artículo amplía el alcance del debate suscitado en ese expediente, al defender la legitimación del tercero civilmente responsable no solo frente al incidente de reparación integral, sino también frente a la condena penal cuando ello sea necesario. Algunos argumentos de nuestra intervención ciudadana, dentro de esta deliberación constitucional, se utilizan en este documento, reformulando la conclusión en torno a que los terceros solo están legitimados para la acción de revisión en contra de la sentencia que decide sobre el incidente de reparación integral.

6 Cfr. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7462-2016 del 8 de junio de 2016. Rad. 45804. Sobre la figura del tercero civilmente responsable ver Miguel F. Córdoba Angulo, “El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano”, *Derecho Penal y Criminología* 34, núm. 96 (2013): 57–81.

7 Sobre esta relación entre principal (delito) y accesorio (reparación integral) y la condicionalidad del incidente de reparación integral, ver: Nelson Saray Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio*, 2a Ed. (Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2017), 1003.

8 Córdoba Angulo, “El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano”, 78.

9 ARTÍCULO 102 PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. *En firme la sentencia condenatoria* y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante” [énfasis añadido].

mismo ni siquiera tienen cabida procesal para su discusión.

Por otra parte, a los terceros se les ha reconocido constitucionalmente la oportunidad de interponer recursos —incluido el extraordinario de casación—, contra la sentencia que decide las pretensiones objeto del incidente de reparación integral¹⁰. Bajo esta óptica, nada obsta para habilitar su ámbito de acción con miras a que puedan interponer demandas de revisión cuando la decisión en materia penal resulta abiertamente injusta¹¹.

Nuestra tesis se construye sobre cuatro premisas. Primera: en el proceso penal con tendencia acusatoria regulado por la Ley 906 de 2004, el tercero civilmente responsable no es parte ni interviniente¹². Segunda: su participación solo se activa con la tramitación del incidente de reparación integral¹³. Tercera: dentro de dicho trámite, el tercero puede interponer recursos¹⁴. Cuarta: su participación está constitucionalmente limitada por la estructura propia de un sistema de partes¹⁵. Con base en lo anterior, el objetivo del presente trabajo gira en torno a la siguiente pregunta de investigación: *¿los terceros civilmente responsables están legitimados para promover la acción de revisión?*

Para responder esta pregunta, se analizarán: (i) las particularidades de la acción de revisión y su distinción frente a otros mecanismos impugnatorios; (ii) las causales establecidas en el artículo 192 del CPP y su interpretación jurisprudencial; (iii) el ámbito de legitimación para promoverla según el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal y el Código General del Proceso; (iv) la posición procesal del tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio; y (v) los fundamentos normativos y teleológicos que justifican reconocerle legitimación para interponer la acción de revisión.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 06 de abril de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

11 Cf. Norberto Hernández Jiménez, “Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral”, *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 33 (2010): 261–86, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3618657>.

12 Sobre este particular, ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-425 del 31 de mayo de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139 del 2020.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 de 2011. También ver el inciso segundo del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual: “ARTÍCULO 107 TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado. *El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente*” [énfasis añadido].

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 de 2011. También ver el inciso segundo del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual: “ARTÍCULO 107 TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado. *El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente*” [énfasis añadido].

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1075 del 4 de diciembre de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

2. La acción de revisión en el procedimiento penal colombiano (con tendencia acusatoria)

2.1. Características generales de la acción de revisión

La acción de revisión es una forma de impugnación que procede contra sentencias ejecutoriadas y tiene como objetivo darle primacía a la justicia frente a la seguridad jurídica que brinda la sentencia ejecutoriada¹⁶. Cuando la revisión se promueve con el objetivo de revocar una sentencia condenatoria —ya sea para reivindicar la inocencia del procesado, por haber prescrito la acción penal o porque sobrevinieron hechos y pruebas que desvirtúan la responsabilidad declarada—, no existe tensión alguna con el principio de *non bis in idem*, comoquiera que no se juzga al absuelto dos veces, sino que se corrige una condena injusta en beneficio de quien fue procesado. En cambio, la tensión con el *non bis in idem* surge de manera directa cuando la revisión opera contra una sentencia absolutoria, en tanto implica la reapertura del debate frente a quien ya fue exonerado¹⁷. Este es, precisamente, el escenario que la Corte Constitucional analizó en la Sentencia C-799 de 2005 al declarar exequibles las causales 5 y 6 del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, concluyendo que dichas causales responden a los límites constitucionales del principio *non bis in idem* en procura de garantizar la justicia y el orden justo, que son intereses de mayor jerarquía.

Así, la acción de revisión se constituye como un remedio judicial para corregir posibles injusticias¹⁸, *contrario sensu* a la casación, que busca corregir los errores

16 José Manuel Fernández Ruiz y Malva Olavarría Avendaño, "Teoría y práctica de la acción de revisión en el nuevo código procesal penal, causal letra d) del artículo 473", *Ius et Praxis* 15, núm. 2 (2009): 216.

17 En el *common law* encontramos el "Coram nobis". Este es un recurso legal originado en Inglaterra en el siglo XVI, permitía la revisión de sentencias finales ante la aparición de nuevos hechos no considerados anteriormente. Migró a Estados Unidos, pero su uso disminuyó sustancialmente a los pocos años. Sin embargo, para 1954 la Corte Suprema lo revivió en el caso *United States v. Morgan*, donde se utilizó para anular una condena federal que había aumentado una sentencia estatal, restableciéndolo como un remedio esencial post-condena ante nuevas pruebas o errores graves con independencia de que la persona esté o no privada de la libertad. Ver: David Wolitz, "The Stigma of Conviction: Coram Nobis, Civil Disabilities, and the Right to Clear One's Name", *Brigham University Law Review*, núm. 5 (2009): 1284, <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss5/5/>.

18 Flavia Carbonell Bellolio y Jonatan Valenzuela Saldías, "La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión", *Revista chilena de derecho*, 48(1) (2021): 64; Humberto Murcia Balén, *Recurso de revisión civil* (Bogotá: Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1981), 12.

in procedendo o *in iudicando*¹⁹, en los cuales pudo incurrir el juez en su decisión²⁰. En todo caso, en ambas situaciones pudo terminarse condenando a quien no debía condenarse o absolviéndose a quien no debía absolverse²¹.

Ahora bien, la distinción entre la acción de revisión y la casación no es puramente formal. Por el contrario, explica por qué no puede catalogarse a la revisión como un recurso, ordinario o extraordinario. Para la Sala de Casación Penal la acción de revisión "*obedece a un trámite especial, posterior y ajeno al proceso penal culminado*", dado que se trata, cuando es promovida por el encartado, de "*circunstancias que por sí mismas advierten de la necesidad de contar con la anuencia expresa del condenado [para brindar un mandato especial para este trámite a un abogado]*"²². En particular, ha indicado que se trata de un mecanismo que no es "*un trámite ordinario o común a todos los procesos, ni una fase ulterior del rito procesal penal, ni tampoco un recurso, sino una acción*"; posición que la misma Sala ha ratificado al establecer que la revisión no es un recurso ordinario ni extraordinario²³.

En el ámbito civil, la regulación de este mecanismo extraordinario de impugnación está contenida en los artículos 354 y subsiguientes del Código General del Proceso. *Contrario sensu* a lo regulado dentro del ámbito penal, el artículo 354 del Código General del Proceso rotula a la revisión como un "recurso" extraordinario que procede en contra de sentencias ejecutoriadas²⁴ y en el párrafo 1 del artículo 358 señala que este *recurso* no suspende el cumplimiento de la sentencia²⁵. Sin

19 "La doctrina también suele diferenciar los defectos judiciales *in procedendo* de los *in iudicando*. Las irregularidades *in procedendo* serían aquellas que dan origen a un funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante el proceso. En cambio, los errores *in iudicando* serían aquellos que dan origen a un fallo judicial defectuoso". Juan B. Etcheverry, "Error judicial y decisión judicial defectuosa. Presupuestos, problemas conceptuales y tipologías", *Revista Jurídica Austral*, 6(2), (2025): 485.

20 Guillermo Velaochaga Miranda, "La Revisión en el Procedimiento Penal", *Derecho PUCP*, núm. 6 (1946): 123, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.194602.004>.

21 José Manuel Fernández Ruiz y Malva Olavarría Avendaño, "Examinando de nuevo la acción de revisión", *Política Criminal* 13, núm. 26 (2018): 1191, http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A15.pdf.

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5878-2021 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 57.841, reiterado por Auto AP4293-2025 del 18 de junio de 2025, Rad. 64.272.

23 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4246-2018 del 26 de septiembre de 2018, Rad. 51.933, reiterado por Auto AP6273-2024 del 6 de noviembre de 2024, Rad. 60.881. La cita transcrita corresponde al Auto AP5878-2021 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 57.841 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán). En similar sentido, pero en el ámbito de extinción de dominio, ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2805-2020 del 21 de octubre de 2020, Rad. 56.719 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).

24 "ARTÍCULO 354 Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas".

25 "ARTÍCULO 358 Trámite. La Corte o el tribunal que reciba la demanda examinará si reúne los requisitos exigidos en los dos artículos precedentes, y si los encuentra cumplidos solicitará el expediente a la oficina en que se halle. Pero si estuviere pendiente la ejecución de la sentencia, aquél sólo se remitirá previa expedición, a costa del recurrente, de copia de lo necesario para su cumplimiento. Con tal fin, éste suministrará en el término de diez (10) días, contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordene remitir el expediente, lo necesario para que se compulse dicha copia, so pena de que se declare desierto el recurso. [...] Párrafo primero. En ningún caso, el trámite de recurso de revisión suspende el cumplimiento de la sentencia.

embargo, esa calificación legislativa no vincula la categorización dogmática en sede penal.

En materia penal, con independencia de los efectos en los que se puede conceder un recurso de alzada (suspensivo, devolutivo y diferido), consideramos más acertado catalogar a la revisión como una acción y no como un recurso extraordinario, en la medida que la tramitación del rito procesal ha culminado y lo que se pretende con esta acción es corregir una injusticia que no se debe perpetuar en el tiempo. De hecho, la ejecutoria —que hace procedente la revisión— se entiende como un fenómeno procesal en virtud del cual contra esa decisión no procede ningún recurso. En consecuencia, rotular a la revisión como un recurso afecta el principio lógico de no contradicción, pues al exigir la ejecutoria como premisa de procedencia —es decir, que no procede recurso alguno contra la sentencia— no podría simultáneamente habilitarse un recurso²⁶. Cuando la acción de revisión se dirige contra la sentencia que resuelve el incidente de reparación integral, se aplica la regulación civil como marco normativo procedimental²⁷.

Además de algunas particularidades formales que exige la norma procesal civil, el artículo 356 del Código General del Proceso establece un término de caducidad de 2 años cuando la causal de procedencia se encuentre relacionada con (i) la aparición de nuevas pruebas documentales que no fueron aportadas por fuerza mayor o caso fortuito, (ii) la colusión o maniobra fraudulenta de las partes, cuando se ha causado perjuicios al recurrente, (iii) la existencia de una nulidad en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso y (iv) la vulneración de la cosa juzgada. Por su parte, cuando haya existido indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, los dos (2) años se contabilizan desde el momento en que la parte perjudicada haya tenido conocimiento, contando con un límite máximo de cinco (5) años.

Finalmente, a diferencia del término establecido en el artículo 356 del Código General del Proceso, en materia penal la acción de revisión puede interponerse en cualquier tiempo. Es decir, cuando la revisión se proponga frente a la sentencia que resuelve sobre la responsabilidad penal del acusado —y no únicamente con respecto al incidente de reparación integral— no aplica el término de caducidad previsto en el inciso primero del artículo 356 del Código General del Proceso. Adicionalmente,

26 En ese sentido se ha pronunciado también mayoritariamente la doctrina española, al señalar la excepcionalidad del procedimiento y su autonomía procesal. Ver: Fernández Ruiz y Olavarría Avendaño, "Examinando de nuevo la acción de revisión", 1196.

27 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos del (i) 28 de febrero de 2024 (AP927-2024), Rad. 63276, (ii) 2 de septiembre de 2022 (AP4003-2022), Rad. 61802, (iii) 28 de febrero de 2022 (AP710-2022), Rad. 58016.

consideramos que más allá de la remisión pretoriana a la regulación civil por parte del Tribunal de Casación en materia penal, las causales contenidas en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004 pueden ser invocadas por el tercero civilmente responsable —por especialidad— y las disposiciones consagradas en el artículo 355 del Código General del Proceso operarían con carácter complementario.

2.2. Causales de procedencia de la acción de revisión en materia penal

El artículo 192 de la Ley 906 de 2004 señala las siguientes causales de procedencia frente a la acción de revisión:

2.2.1. Cuando se condena a 2 o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

Cuando se condena a “*más personas de las que debían ser condenadas*”, en sede de revisión se podrá debatir aspectos relacionados con la coautoría y los delitos de propia mano [Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 1 de diciembre de 2010, Rad. 34046], así como la disyuntiva atinente a los delitos que son considerados monosubjetivos o plurisubjetivos, dentro de la clasificación de los tipos penales según los sujetos²⁸.

Frente a esta causal, el tercero civilmente responsable podría tener interés en que se excluya la conducta del condenado que lo vincula de conformidad con la ley civil y por el cual debe responder. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un padre que debe responder por los daños ocasionados por su hijo (artículo 2348 del Código Civil), el cual fue condenado como coautor propio de un homicidio en el que la víctima falleció como consecuencia de un único disparo que realizó el otro coautor condenado. O cuando la empresa aseguradora es llamada a indemnizar los daños, muchas veces con deformidad, perturbación o pérdida permanente, derivados de un delito de lesiones personales en un accidente de tránsito por virtud de un seguro de

28 Aunque la norma procesal no define expresamente los delitos de propia mano, la doctrina y la jurisprudencia colombianas distinguen entre tipos penales de sujeto activo singular o plural (monosubjetivos y plurisubjetivos) para efectos de determinar las formas de intervención punible y la posibilidad de coautoría. Esta distinción es central para la causal 1, pues si el delito estructuralmente no admite más de un autor, la condena de un número mayor de personas contradice la propia naturaleza del tipo penal. Cfr. Ricardo Posada Maya, *Delitos contra la vida y la integridad personal. Homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*, 2 Ed., vol. 1 (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019).

responsabilidad (Artículo 1127 del Código de Comercio)²⁹.

2.2.2 Cuando el fallo no ha debido proferirse porque a) el Estado no podía emprender el ejercicio del *ius puniendi* o b) no era factible proseguir con el mismo, ante la configuración de alguno de los eventos consagrados en el artículo 82 del Código Penal.

Cuando se dicta sentencia condenatoria en delitos en donde la acción penal se encuentra prescrita, es decir, cuando haya transcurrido el tiempo máximo de la pena del delito a ser imputado y no se haya ejercido la acción penal³⁰. Cabe recordar que existen excepciones para determinados delitos, los cuales tienen un tiempo de prescripción mayor o son imprescriptibles; aspectos regulados en la parte general del Código Penal³¹.

También cobija esta causal la situación cuando se dicta sentencia condenatoria contra delitos querellables que no hubieran sido denunciados oportunamente por quien se encontraba legitimado para ello. Recordemos que la querrela solamente puede ser presentada por el querellante legítimo (artículo 71 de la Ley 906 de 2004), tiene un término de caducidad (artículo 72 de la Ley 906 de 2004) y está reservada para unos delitos en particular (artículo 74 de la Ley 906 de 2004), en los cuales la Fiscalía no puede investigar de oficio. Esta causal también es extensible a la ausencia de petición válidamente formulada por el Procurador General de la Nación (artículo 75 de la Ley 906 de 2004) y frente a la ocurrencia de cualquier otra causal de extinción de la acción penal (artículo 82 del Código Penal).

Estos últimos supuestos claramente le interesan al tercero civilmente responsable con el objetivo de desvirtuar la responsabilidad penal y por contera, la responsabilidad civil derivada del delito.

29 Cf. Carlos Roberto Solórzano Garavito, "La acción de revisión en el sistema acusatorio colombiano", en *Temas de Defensa Penal*. Tomo I., ed. Jorge Armando Otálora Gómez y Esiquio Manuel Sánchez Herrera, 1 Ed. (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2014), 319.

30 Solórzano Garavito, "La acción de revisión en el sistema acusatorio colombiano", 320.

31 Norberto Hernández-Jiménez y Jose Fernando Mestre-Ordoñez, "Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 8, núm. 3 (2022): 1263–98, <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>; José Fernando Mestre Ordoñez, "La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal", en *Derecho Procesal. Nuevas Tendencias. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.*, ed. Jairo Parra Quijano, 1o Ed. (Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020), 787–803.

2.2.3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de la decisión, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

Atendiendo el objetivo de la acción de revisión, resulta lógico levantar la cosa juzgada frente a sentencias condenatorias que no debieron adoptarse porque con base en hechos y pruebas nuevas —no necesariamente sobrevinientes, sino desconocidas por la judicatura al momento del juicio—, se demuestra la inocencia³². Esta causal es similar a la establecida en el artículo 355-1 del Código General del Proceso. Tampoco resulta aceptable aplicar una pena privativa de la libertad cuando, en atención a la ausencia de culpabilidad por inimputabilidad, debió aplicarse una medida de seguridad, cuya finalidad es diferente (artículos 4° y 5° del Código Penal).

Sobre esta causal y con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tribín Echeverry señala las siguientes características que se deben cumplir para su prosperidad³³: en primer lugar, aportar prueba sobreviniente, pues no se habilita una nueva valoración de las pruebas existentes; en segundo lugar, que las pruebas sobrevinientes aportadas estén relacionadas con hechos, ya que no se habilita la demostración de aspectos jurídicos; y en tercer lugar, que las pruebas sobrevinientes sean pertinentes y útiles³⁴. En consecuencia, se pretende dar prevalencia a la inocencia o la inimputabilidad con base en nuevos hechos o pruebas que conlleven a este resultado y que no pudieron ser debatidos al interior de las instancias judiciales. Esto último permite reiterar la improcedencia de la acción de revisión para corregir errores *in iudicando*, para lo cual se encuentran previstos los recursos ordinarios y extraordinarios³⁵.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP1939-2022 del 13 de mayo de 2022, Rad. 59179 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán); reiterado en: Auto AP6352-2025 del 18 de septiembre de 2025, Rad. 68184 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez); y Auto AP3262-2025 del 16 de mayo de 2025, Rad. 65619 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez); Cfr. para el caso francés con: Katrien Verhesschen y Cyrille Fijnaut, "Correcting Wrongful Convictions in France", *Erasmus Law Review* 13, núm. 4 (2020): 22–32, <https://doi.org/10.5553/elr.000176>.

33 Fernando Tribín Echeverry, "Inconvenientes en el ejercicio de la acción de revisión", *Umbrales Científicos*, núm. 13 (2008): 133, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30420469013>.

34 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de junio de 2019, rad. 44397 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

35 Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal: Fundamentos constitucionales y teoría general*, 6 Ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 33.

2.2.4. Cuando después de un fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar sería e imparcialmente tales violaciones.

En este caso no será necesario mostrar que hubo pruebas nuevas desconocidas en la decisión que se adoptó en la jurisdicción colombiana. Esta causal se convierte ciertamente en un mecanismo de ejecución de las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos³⁶.

Los presupuestos de procedencia de esta causal —conforme a la interpretación autorizada de la Corte Constitucional respecto del numeral 3.º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, contenida en la Sentencia C-004 de 2003, y citada en la Sentencia C-979 de 2005— son dos: primero, la interposición de la acción contra una sentencia en firme, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario; y segundo, el incumplimiento de las obligaciones de investigación en cabeza del Estado respecto de esas violaciones, declarado por una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos cuya competencia haya sido aceptada formalmente por el Estado colombiano³⁷. En todo caso, la precitada sentencia declaró inexecutable el contenido “*absolutorio*” del fallo, por resultar contrario a los deberes de investigación que tiene el Estado en materia de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario; además de restringir, de manera injustificada, el ámbito de protección de los derechos de las víctimas y perjudicados de estas conductas.

Ahora bien, aunque la causal exige la existencia de una decisión judicial internacional o nacional que declare el incumplimiento de las obligaciones estatales frente a la investigación seria e imparcial de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, la Sala de Casación Penal considera que esta causal puede prosperar aun en ausencia de dicha decisión.

36 Édgar Solano González, “La acción de revisión penal como mecanismo de ejecución de las decisiones de la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el deber de investigar seriamente las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, en *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición*, ed. Gerardo Barbosa Castillo, Magdalena Correa Henao, y Andrés Rolando Ciro Gómez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 204, <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/b4bcc456-ebb4-4099-902b-ba195037a1a8>.

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 del 26 de septiembre del de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Esto cuando, con base en un juicio de ponderación, se busca asegurar el principio de coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, con el objetivo de viabilizar los cometidos de la Ley 975 de 2005³⁸. En este caso, Salvatore Mancuso confesó los delitos relacionados con la Masacre de Pichillín, por los cuales había sido absuelto en una oportunidad anterior.

2.2.5. Cuando después de que haya sido emitida la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que la sentencia estuvo “contaminada” por el comportamiento delictivo del juez, o de un tercero.

Frente a esta causal será indispensable acreditar una decisión judicial ejecutoriada en donde se señale que la sentencia cuestionada fue el objeto material de un delito cometido por el juez, como por ejemplo un prevaricato; o de un tercero, como por ejemplo un soborno. Por tratarse de un comportamiento delictivo, no basta el decir del interesado, sino que debe aportar copia de decisión condenatoria ejecutoriada proferida por un juez de la República en ejercicio de sus funciones que acredite la ocurrencia de aquel³⁹.

Al igual que la causal subsiguiente, fueron declaradas exequibles mediante Sentencia C-799 de 2005, tras considerar que responden a los límites constitucionales del principio *non bis in idem*, en procura de garantizar la justicia y el orden justo, siendo estos últimos intereses de mayor jerarquía. Esta causal es similar a la establecida en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 355 del Código General del Proceso.

2.2.6. Cuando se demuestre que el fallo que se quiere revisar se basó, en todo o en parte, en pruebas falsas que alteraron sus conclusiones.

Al igual que con la causal anterior, la falsedad de las pruebas deberá ser comprobada con base en una decisión judicial ejecutoriada que así lo señale⁴⁰ y el accionante se encuentra obligado a aportar la decisión judicial en firme que declara su falsedad⁴¹. Esta causal es similar a la establecida en el artículo 355-2 del Código

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204-2017 del 8 de marzo de 2017, Rad. 43669 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP4381-2024 del 6 de agosto de 2024, Rad. 64361 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP9864-2015 del 30 de julio de 2015, Rad. 42088 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP4703-2021 del 6 de octubre de 2021, Rad. 56837 (M.P. Gerson Chaverra Castro).

General del Proceso.

2.2.7. Cuando la jurisprudencia haya cambiado favorablemente el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad.

Como se señaló en otra oportunidad⁴², la aplicación de esta causal exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos sustanciales, señalados en las sentencias SP2395-2017 del 2 de febrero de 2017, Rad. 47143 y SP10906-2017 del 24 de julio de 2017, Rad. 49052, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

- (i) la acción debe estar dirigida en contra de una sentencia condenatoria en firme;
- (ii) la decisión debe haber sido proferida por un juez o Corporación Judicial;
- (iii) la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe haber variado (mediante decisión posterior), la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se persigue, y
- (iv) el nuevo criterio jurídico sentado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe ser favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia.

Esta causal no es cosa distinta que la materialización del principio de favorabilidad en materia procesal (inciso 2 del artículo 6 de la Ley 906 de 2004). De antaño la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que la causal invocada solo encuentra justificación en sus pronunciamientos, en virtud de su labor unificadora⁴³.

2.3. Legitimación en la causa para proponer la acción de revisión

Estudiada la procedencia de la acción de revisión, ahora pasamos a analizar la legitimación para proponerla, es decir, relacionar qué sujetos procesales pueden proponerla. Sobre este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reproducido constantemente el contenido del artículo 193 de la Ley 906

42 Norberto Hernández Jiménez, "Comentario a la sentencia del 17 de abril de 2018 [11001-22-04000-2017 -00107 00 (AR-001/17)] del Tribunal Superior de Bogotá. Acción de revisión adelantada por EAFIT y UNIANDES a propósito del indebido incremento punitivo de la Ley 890/04 en casos de ace", *Nuevo Foro Penal*, núm. 90 (2018): 254–60.

43 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias SP2395-2017, Rad. 47143 y SP10906-2017, Rad. 49052.

de 2004⁴⁴. La misma interpretación se evidencia en las varias providencias de la misma Sala de Casación Penal⁴⁵, seleccionadas entre otras, dentro del período 2018-2025.

Ahora bien, en el auto AP4246-2018 del 26 de septiembre de 2018, Rad. 51933, se señaló que la acción de revisión puede ser incoada por las víctimas y el Ministerio Público. En el mismo sentido el auto AP2356-2018 del 30 de mayo de 2018, Rad. 50213. Importante exaltar que la legitimidad del Ministerio Público, adicionalmente a lo expresado por la Sala de Casación Penal, se desprende de lo normado en el artículo 277 Constitucional (en el cual se regulan las funciones del Procurador General de la Nación y sus delegados), lo cual ha sido reconocido por esta Corporación en el mismo sentido⁴⁶.

A su vez, mediante auto AP2113-2018 del 24 de mayo de 2018, Rad. 52521, se advirtió que la demanda de revisión puede ser presentada por *los demás intervinientes*, lo que a juicio de la Sala de Casación Penal corresponde a los condenados, siempre y cuando acrediten la calidad de abogados en ejercicio. En el mismo sentido los autos (i) AP2132-2024 del 17 de abril de 2024, Rad. 64145; (ii) AP3943-2023 del 6 de diciembre de 2023, Rad. 64840; (iii) AP3933-2023 del 6 de diciembre de 2023, Rad. 57410; (iv) AP2177-2023 del 26 de julio de 2023, Rad. 61583; (v) AP5730-2022 del 7

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP5227-2019 del 4 de diciembre de 2019, Rad. 55378, (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP4345-2018 del 3 de octubre de 2018, Rad. 49739; Auto AP4204-2018 del 26 de septiembre de 2018, Rad. 51632; Auto AP4246-2018 del 26 de septiembre de 2018, Rad. 51933; Auto AP4049-2018 del 18 de septiembre de 2018, Rad. 51974; Auto AP2763-2018 del 27 de junio de 2018, Rad. 52962; Auto AP2747-2018 del 27 de junio de 2018, Rad. 52541; Auto AP783-2019 del 27 de febrero de 2019, Rad. 52765; Auto AP1135-2019 del 13 de marzo de 2019, Rad. 54046; Auto AP2037-2019 del 29 de mayo de 2019, Rad. 54107; Auto AP2048-2019 del 5 de junio de 2019, Rad. 54440; Auto AP2246-2019 del 11 de junio de 2019, Rad. 55205; Auto AP3461-2019 del 16 de agosto de 2019, Rad. 51891; Auto AP3661-2019 del 27 de agosto de 2019, Rad. 55391; Auto AP4484-2019 del 11 de octubre de 2019, Rad. 54709; Auto AP1142-2020 del 18 de junio de 2020, Rad. 56179; Auto AP1195-2020 del 24 de junio de 2020, Rad. 53844; Auto AP1521-2020 del 15 de julio de 2020, Rad. 56528; Auto AP1593-2020 del 22 de julio de 2020, Rad. 54426; Auto AP1594-2020 del 22 de julio de 2020, Rad. 50736; Auto AP1595-2020 del 22 de julio de 2020, Rad. 57290; Auto AP2603-2020 del 30 de septiembre de 2020, Rad. 56740; Auto AP3182-2020 del 18 de noviembre de 2020, Rad. 57889; Auto AP3681-2020 del 20 de noviembre de 2020, Rad. 52177; Auto AP512-2021 del 23 de febrero de 2021, Rad. 52514; Auto AP942-2021 del 10 de marzo de 2021, Rad. 53754; Auto AP1060-2021 del 24 de marzo de 2021, Rad. 54654; Auto AP1566-2021 del 28 de abril de 2021, Rad. 58287; Auto AP2855-2021 del 14 de julio de 2021, Rad. 54974; Auto AP5923-2021 del 9 de diciembre de 2021, Rad. 58693; Auto AP669-2022 del 23 de febrero de 2022, Rad. 60615; Auto AP696-2022 del 25 de febrero de 2022, Rad. 57953; Auto AP815-2022 del 2 de marzo de 2022, Rad. 57284; Auto AP1939-2022 del 13 de mayo de 2022, Rad. 59179; Auto AP3169-2022 del 21 de julio de 2022, Rad. 60454; Auto AP3367-2022 del 1 de agosto de 2022, Rad. 58650; Auto AP5424-2022 del 15 de noviembre de 2022, Rad. 60236; Auto AP5730-2022 del 7 de diciembre de 2022, Rad. 60560; Auto AP2014-2023 del 12 de julio de 2023, Rad. 63070; Auto AP2177-2023 del 26 de julio de 2023, Rad. 61583; Auto AP3933-2023 del 6 de diciembre de 2023, Rad. 57410; Auto AP3943-2023 del 6 de diciembre de 2023, Rad. 64840; Auto AP2132-2024 del 17 de abril de 2024, Rad. 64145; Auto AP6273-2024 del 6 de noviembre de 2024, Rad. 60881; Auto AP7205-2024 del 13 de noviembre de 2024, Rad. 66920; Auto AP7436-2024 del 4 de diciembre de 2024, Rad. 66963; Auto AP2206-2025 del 9 de abril de 2025, Rad. 68724; Auto AP3768-2025 del 13 de junio de 2025, Rad. 68386; Auto AP4293-2025 del 18 de junio de 2025, Rad. 64272; Auto AP5351-2025 del 13 de agosto de 2025, Rad. 69053; Auto AP5547-2025 del 13 de agosto de 2025, Rad. 68312; Auto AP5582-2025 del 20 de agosto de 2025, Rad. 68386; Auto AP7753-2025 del 29 de octubre de 2025, Rad. 65681; Auto AP8102-2025 del 12 de noviembre de 2025, Rad. 70225.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP1601-2020 del 15 de julio de 2020, Rad. 51952.

de diciembre de 2022, Rad. 60560; (vi) AP2246–2019 del 11 de junio de 2019, Rad. 55205; (vii) AP8021-2017 del 29 de noviembre de 2017, Rad. 51600; (viii) AP2124-2016 del 11 de abril de 2016, Rad. 46620; (ix) AP5723-2015 del 30 de septiembre de 2015, Rad. 46703; (x) AP4409-2014 del 30 de julio de 2014, Rad. 43310 y (xi) auto del 22 de mayo de 2013, Rad. 41294. Sobre las víctimas, adicionalmente es importante reiterar su calidad de interviniente especial, conforme las sentencias de la Corte Constitucional C-209 de 2007, C-516 de 2007, C-250 de 2011, C-260 de 2011, C-782 de 2012, C-233 de 2016 y C-473 de 2016; entre otras⁴⁷.

Señalado lo anterior, consideramos indispensable hacer una breve referencia al término “*interviniente*” como actor dentro de la dinámica acusatoria consagrada en nuestra ley de enjuiciamiento criminal. Solo delimitando este concepto y su rol al interior de la actuación penal, es posible determinar su actuación frente a la acción de revisión y consecuente legitimación.

3. Sujetos procesales en el sistema penal colombiano: partes, intervinientes y el tercero civilmente responsable

De antaño los sujetos procesales se clasificaban en: “*titulares del poder jurisdiccional y partes*”⁴⁸. Frente a las partes, el maestro Gaitán Mahecha distinguía entre sujetos procesales y sujetos de los actos procesales⁴⁹. Los sujetos procesales incluyen a las personas que deben sufrir las consecuencias del proceso (procesado), las personas que tienen derechos vinculados a las resultas del proceso desde el punto de vista del daño causado (víctimas) y las personas que están obligadas a tutelar esos derechos (juez). Por otro lado, los sujetos de los actos procesales son aquellos que intervienen transitoriamente dentro del proceso en el desarrollo de determinados actos procesales (peritos y testigos).

Actualmente se habla de partes e intervinientes⁵⁰. Así, el Título IV de la Ley 906 de 2004 regula el tema de las partes e intervinientes, ubicando a la Fiscalía General de la Nación y a la defensa en el primer grupo y a la víctima en el segundo. Adicionalmente, y con base en lo normado en la Ley 1826 de 2017, podríamos incluir dentro del primer grupo al acusador privado, que, siendo interviniente en el proceso ordinario por su calidad de víctima, adquiere titularidad como parte en el procedimiento abreviado.

47 Saray Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio*, 51.

48 Bernardo Gaitán Mahecha, *Esquemas de derecho procesal penal colombiano* (Bogotá: Editorial Temis, 1958), 75.

49 Gaitán Mahecha, *Esquemas de derecho procesal penal colombiano*.

50 Saray Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio*, 14.

A su vez, el Título III de la Ley 906 de 2004 regula el tema del Ministerio Público, catalogado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como interviniente *sui generis*⁵¹. En esta misma línea, la precitada Sentencia C-425 de 2006 señaló que el tercero civilmente responsable no es considerado ni parte ni interviniente, sin perjuicio de que sea citado para efectos del incidente de reparación integral de perjuicios⁵². En el mismo sentido la Sentencia C-250 de 2011⁵³.

De lo anterior se desprende que son intervinientes en el proceso penal: (i) la víctima y (ii) el Ministerio Público. Este último puede promover la acción de revisión por expreso mandato del artículo 193 de la Ley 906 de 2004 (aunque técnicamente debe ser catalogado como interviniente), mientras que la víctima lo hace en virtud de la cláusula residual "*demás intervinientes*", que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también contempla al condenado. La legitimación de este último se da, atendiendo a que la redacción de la norma demandada (a diferencia de la regulación contenida en la Ley 600 de 2000), relacionó en las primeras líneas a algunos sujetos procesales (Fiscal, Ministerio Público y Defensor), sin utilizar la fórmula "*partes*", pero al final expresamente delimitó la legitimación a quienes ostenten la calidad de "*intervinientes*", sin que el condenado lógicamente pueda encontrarse excluido de esta prerrogativa, en desventaja con las partes o intervinientes.

Por su parte, el tercero civilmente responsable es una persona natural o jurídica sobre la cual recae una responsabilidad civil extracontractual directa o indirecta, por el hecho de sus agentes (hecho propio) o por la conducta de otra persona que se encuentra bajo el cuidado del responsable⁵⁴. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el tercero civilmente responsable en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no es una parte o interviniente y su ámbito de acción está limitado al incidente de reparación integral⁵⁵.

Siendo un "*tercero*", la claridad consagrada para efectos de legitimación en el artículo 193 de la Ley 906 de 2004 le impide, al menos en principio, promover la acción de revisión, ya que no es (i) Fiscal, (ii) Ministerio Público, ni (iii) Defensor, pero debe tenersele como (iv) interviniente, con base en el interés jurídico que le asiste

51 Corte Constitucional. Sentencias C-209 de 2007, C-260 de 2011 y T-293 de 2013.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

53 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

54 La Sala de Casación Penal lo define como la "persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado" Auto AP710-2022 del 28 de febrero de 2022, Rad. 58016.

55 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 6 de abril de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

en la tramitación del rito procesal inherente al incidente de reparación integral⁵⁶. No obstante, esta interpretación restrictiva parece contradecir la teleología garantista de la acción de revisión y sus fines constitucionales. Como mencionábamos al principio, privar al tercero de legitimidad para proponer la revisión parece condenarlo a una suerte de espectador silencioso, lo cual es ilegítimo⁵⁷. De este problema jurídico nos ocupamos en los próximos dos acápite.

Importante advertir, previo al abordaje del tema que se hará a continuación, que la regulación procesal civil no consagra ninguna restricción en torno a la legitimación para promover la revisión —que el artículo 354 del Código General del Proceso denomina “recurso extraordinario”, denominación que, como se expuso en la sección 2.1., no comparte este artículo al menos en lo relativo al ámbito penal—.

4. Del caso concreto: legitimidad de los terceros civilmente responsables para promover la acción de revisión en el procedimiento penal colombiano

4.1. Naturaleza jurídica y teleología del incidente de reparación integral en la Ley 906 de 2004

Dentro de las garantías con que cuenta el tercero civilmente responsable, reconocidas por la Corte Constitucional, está la posibilidad de interponer recursos dentro del incidente de reparación integral⁵⁸. En todo caso, como se observó arriba, la *acción* de revisión en materia penal no es un *recurso*. En este sentido, mediante auto AP781-2019 del 27 de febrero de 2019, Rad. 52252, la Corte Suprema de Justicia advirtió que a través de esta acción no se pueden reexaminar los medios de conocimiento que soportan la sentencia, ni la valoración realizada sobre los mismos⁵⁹. Esto fue reiterado en providencia de la misma fecha y con la actuación del mismo magistrado como ponente (Luis Guillermo Salazar Otero) — AP782-2019, Rad. 52660 —⁶⁰.

Por lo anterior, la facultad otorgada mediante la Sentencia C-250 de 2011,

56 Cfr. Solórzano Garavito, “La acción de revisión en el sistema acusatorio colombiano”, 316.

57 Cfr. Córdoba Angulo, “El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano”, 78.

58 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 6 de abril de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP781-2019 del 27 de febrero de 2019, Rad. 52252 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP782-2019 del 27 de febrero de 2019, Rad. 52660 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

dentro de la claridad que se desprende del término *recurso*, en principio no es extensible para que el tercero civilmente responsable promueva la *acción* de revisión. Sin embargo, ¿debería ampliarse la interposición de este *instrumento* en favor del tercero civilmente responsable? En nuestra consideración, la respuesta al anterior interrogante debe ser afirmativa, con un alcance amplio, por las razones que pasamos a exponer.

Si bien el incidente de reparación integral se adelanta ante el mismo juez de conocimiento, que hace parte de la especialidad penal, este es un proceso de naturaleza civil, que parte de la premisa de existir responsabilidad penal (Sentencia C-409 de 2009, en especial el considerando 40 y siguientes)⁶¹. Por ello, para iniciar el incidente de reparación integral —cuya lógica no necesariamente es la misma que rige el proceso declarativo de responsabilidad civil que es alternativo al incidente de reparación integral⁶²— es necesario, se insiste, que la sentencia que pone al fin al proceso penal sea de carácter condenatorio y se encuentre ejecutoriada (Sentencia C-250 de 2011 de la Corte Constitucional)⁶³.

Esto responde a la estructura de las obligaciones en el derecho colombiano: como advertíamos, el delito, por ser un comportamiento esencialmente antijurídico, es fuente de obligaciones⁶⁴. O mejor, el daño que deriva del injusto penal, por ser un perjuicio antijurídico sufrido por una persona natural o jurídica —víctima— es fuente de obligaciones⁶⁵. Por lo que, si la decisión es de contenido absolutorio, al menos la jurisdicción de lo penal se priva de poder conocer de los perjuicios derivados del delito.

Una vez en firme la sentencia condenatoria, es potestativo iniciar el incidente de reparación integral. Podrán iniciarlo los legitimados *por activa* para ello⁶⁶, es

61 En ese mismo sentido, ver: Nelson Saray Botero, *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*, 1o Ed. (Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2013), 361.

62 Y que responde a criterios de adjudicación distintos a los de la responsabilidad penal. En ese sentido: Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2013); Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, segunda ed. (Bogotá: Legis Editores, 2007); Javier Tamayo Jaramillo, "¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?", en *Derecho de las Obligaciones*, ed. Marcela Castro de Cifuentes, Primera ed. (Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Editorial Temis, 2013), 295–313.

63 Ver: Saray Botero, *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*, 82.

64 Bonivento Jiménez, *Obligaciones*.

65 Vicente Emilio Gaviria Londoño, "Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 26, N° 78 (2005): 25–52.

66 Para un sector de la doctrina será posible, vía interpretación extensiva del artículo 57 de la Ley 600 de 200 y únicamente ante la jurisdicción de lo civil que se inicie la reclamación civil cuando no se desvirtúa la existencia, participación o actuación en cumplimiento de un deber o legítima defensa. Ver: Saray Botero, *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*, 82.

decir: (i) la víctima en sentido amplio (artículo 95 del Código Penal y artículos 135, 136.13 y 137.7 del Código de Procedimiento Penal), (ii) la Fiscalía a instancia de la víctima (artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, (iii) el Ministerio Público⁶⁷, (iv) el actor popular cuando se cause una lesión directa a bienes colectivos (inciso segundo del artículo 95 del Código Penal), (v) el defensor de familia e inclusive (vi) el juez oficiosamente en casos excepcionales frente a las niñas, niños y adolescentes (artículo 197 del Código de Infancia y Adolescencia)⁶⁸. Obsérvese cómo se usa la terminología procesal civil de legitimación en la causa por activa, porque estamos ante un conflicto eminentemente patrimonial que se rige principalmente por las reglas del derecho procesal y sustancial privado.

En síntesis, el incidente de reparación integral posee las siguientes características⁶⁹: es una acción dispositiva, en tanto puede optarse por iniciarlo o no, salvo disposición legal expresa en contrario —como cuando niñas, niños o adolescentes son víctimas de delitos cometidos por adultos—; es disponible, pues permite conciliar, transigir y desistir por tratarse de intereses particulares independientes de la responsabilidad penal; es una acción separada y posterior al proceso penal, de naturaleza civil; y su pretensión es eminentemente indemnizatoria —inclusive a nivel simbólico—, sin que constituya un espacio de discusión sobre la responsabilidad penal.

4.2. ¿Y quién puede proponer la acción de revisión?

El derecho procesal no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo para salvaguardar el derecho sustancial y, por supuesto, las garantías constitucionales de los ciudadanos⁷⁰. Su regulación responde a las dinámicas del derecho sustancial y las reglas de atribución de responsabilidad en una sociedad libre, no viceversa, pues las instituciones procesales son un instrumento para la materialización de la tutela judicial efectiva y los fines del Estado⁷¹. Y es claro que los terceros civilmente

67 La Corte Constitucional ha morigerado el alcance del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de indicar que, cuando la Fiscalía es quien inicia la solicitud de reparación, esta tiene un contenido principalmente simbólico.

68 Saray Botero, *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*, 43.

69 Saray Botero, *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*, 365.

70 La prevalencia del derecho sustancial es un mandato constitucional (artículo 228 de la Constitución Política de Colombia) que cuenta por tanto con capacidad de “irradiación” sobre todo el ordenamiento jurídico y es “principio de principios”. Cfr. Alvaro Bertel Oviedo, *Derecho Probatorio. Partes General y Especial*, 1ª Ed. (Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez - Universidad Santo Tomás, 2009), 99.

71 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Tercera Ed. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 41 y ss.

responsables son convocados *como consecuencia de un proceso penal fallado con sentencia condenatoria*, y cuya sentencia hace las veces de fuente formal de acreditación de la fuente de la obligación —el delito—, por lo que pueden tener interés frente a la estructuración de este, o por lo menos de sus consecuencias civiles.

En nuestro criterio, su exclusión nominal como titulares en la acción de revisión, no puede ser un obstáculo para permitir su participación en este trámite. Es más probable que esta circunstancia derive de la regulación insuficiente y contraria a las exigencias constitucionales mínimas de la figura de los terceros y específicamente de aquel civilmente responsable en la Ley 906 de 2004, que de una decisión de arquitectura procesal consciente⁷².

Por ello sostenemos que el tercero civilmente responsable debe gozar de legitimación en la causa por activa para proponer la acción de revisión. No solo frente a la sentencia que resuelve la responsabilidad civil derivada del delito (incidente de reparación integral) sino inclusive respecto de la sentencia que resuelve sobre la responsabilidad penal del condenado cuando esto sea necesario. Varios argumentos pueden esgrimirse para defender esta tesis, pero vamos a proponer los dos que consideramos esenciales:

4.2.1 Interpretación favorable e interpretación armónica de las reglas procesales consagradas por la Ley 600 de 2000

A diferencia de lo normado en el artículo 193 de la Ley 906 de 2004, el artículo 221 de la Ley 600 de 2000 habilita la legitimidad de los terceros para promover la acción de revisión, atendiendo a su identificación como sujetos procesales⁷³, lo que les permite ejercer el derecho de contradicción, ostentando los mismos derechos y facultades de los demás sujetos procesales. En este sentido, mediante providencia del 5 de diciembre de 2018 (AP5373-2018), Rad. 51639, la Corte Suprema de Justicia relacionó a la Fiscalía, el Ministerio Público, el sindicato, el defensor, la parte civil y los terceros, *incidental y civilmente responsable*, como titulares de esta acción. En la misma línea se observan las providencias de nuestro Tribunal de Casación en lo penal, fechadas (i) 23 de mayo de 2002, Rad. 13392, (ii) 23 de febrero de 2006, Rad. 24815, (iii) 29 de julio de 2009, Rad. 31239 y (iv) 17 de noviembre de 2010,

72 Córdoba Angulo, "El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano", 76.

73 Vicente Emilio Gaviria Londoño, *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, 3ª. Ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 22.

Rad. 5246.

Nótese que la interpretación que hace esta Corporación frente a los actores legitimados para promover la acción de revisión con base en la Ley 600 de 2000 es sustancialmente diferente a la evidenciada para los procesos regidos por la Ley 906 de 2004 (conforme a la jurisprudencia relacionada), que en ninguna parte menciona a los terceros como titulares de esta acción.

Lo anterior tiene sentido en torno al debate de la responsabilidad penal, como consecuencia de la fluctuación de un sistema inquisitivo hacia una confrontación adversarial, como se señala tangencialmente en la Sentencia C-139 de 2020. Se suma a lo anterior la claridad con que los legisladores de los años 2000 y 2004 describen a los “*sujetos procesales*” como titulares de la acción de revisión (para el sistema mixto con tendencia inquisitiva) y al Fiscal, el Ministerio Público, el defensor y los demás intervinientes (para el sistema con tendencia acusatoria).

Si bien es cierto que en Colombia coexisten paralela y autónomamente dos sistemas de enjuiciamiento criminal —y que no necesariamente uno es más favorable que el otro (Auto AP1829-2023, Rad. 62.772)⁷⁴—, no es menos cierto que estos se rigen bajo las mismas normas convencionales y constitucionales, que guardan primacía normativa (artículos 4, 93-1 y 228 constitucionales). Esta primacía lleva a pensar que la coherencia procesal, cuando obedece a la materialización de principios de justicia sustanciales, es deseable en el caso concreto.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la naturaleza civil del incidente de reparación integral, debe acudir de manera complementaria a la regulación contenida en el Código General del Proceso, en donde la revisión sí es considerada como un *recurso* (artículo 354) y no se limita la participación de los terceros. Esto en virtud de la integración consagrada en el Código de Procedimiento Penal (artículo 25) y la cláusula de reglamentación residual contenida en el artículo 1° del Código General del Proceso, que encuentra respaldo en algunas decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷⁵.

4.2.2. Teleología de la acción de revisión y alcance de esta en asuntos penales cuando se propone contra el incidente de reparación integral: la apuesta

74 El caso más claro de esta autonomía, y la renuencia de la jurisprudencia nacional en aplicar efectos procesales de un sistema en el otro, fue el cambio de postura frente a la procedencia de la indemnización integral como causal de preclusión en el sistema penal acusatorio vía interpretación extensiva del artículo 42 de la Ley 600 del 2000. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020, Rad. 53293 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

75 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 14 de junio de 2017, Rad. 47446; Auto del 13 de abril de 2016, Rad. 47076.

por la justicia material

Debe reiterarse que la acción de revisión no es un recurso, sino un instrumento procesal excepcional e independiente del trámite que la origina. Y es un instrumento que privilegia la justicia material como valor de especial importancia en un Estado de Derecho, al punto de relativizar la cosa juzgada para garantizar justicia material⁷⁶. Si, como indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta institución es aplicable para limitar el *non bis in idem* y buscar condenar por delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, con más razón debe ser una herramienta para absolver al inocente, con independencia de que sea un tercero el que proponga el debate ante la jurisdicción⁷⁷.

Justamente por ello, la seguridad jurídica o la economía procesal no son argumentos sólidos para oponerse a una interpretación extensiva de la legitimidad en la causa por activa para la acción de revisión —cuyas causales cuentan con un estándar de prueba bastante alto y específico— bajo una interpretación taxativa del artículo 193 de la Ley 906 de 2004. Como señala Wolitz, imponer límites artificiales a la revisión de sentencias injustas es un atentado contra el sistema en sí mismo⁷⁸.

Si por virtud de la consecuencia civil del delito existe un incentivo para que un tercero, que seguramente cuenta con mayores recursos para afrontar los costos judiciales de una acción de revisión y por tanto puede soportar de mejor manera el alto estándar probatorio que es demandado de esta figura procesal, una interpretación restrictiva tiene que ser suficientemente sólida, y en el derecho colombiano esta no parece estar decantada aún. Eso sí, la legitimidad en principio se circunscribe a las consecuencias civiles del delito, pues es el trámite al que el tercero civilmente responsable fue vinculado; pero, de ser necesario, el juez que conozca de la revisión debe poder adentrarse a los supuestos mismos de la condena penal originaria e inclusive revocar la atribución de responsabilidad penal.

Podría objetarse que una interpretación extensiva, como la propuesta, con respecto a la legitimación para promover la acción de revisión pone en riesgo la seguridad jurídica que la cosa juzgada ofrece a las partes, a los terceros vinculados a la actuación procesal, e inclusive a la sociedad como un todo. Sin embargo, este

76 Solano González, “La acción de revisión penal como mecanismo de ejecución de las decisiones de la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 175.

77 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de septiembre de 2006: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

78 Wolitz, “The Stigma of Conviction: Coram Nobis, Civil Disabilities, and the Right to Clear One’s Name”, 1277.

argumento no es convincente por dos razones: (i) las causales del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal ya prevén un estándar de prueba excepcionalmente exigente —no basta la duda ni la inconformidad con la decisión, sino la demostración fehaciente de la injusticia— y (ii) el sacrificio de la seguridad jurídica está expresamente autorizado por el ordenamiento constitucional cuando es necesario para alcanzar la justicia material y prevalencia de esta por sobre las formas (artículo 228 de la Constitución Política), razón por la cual ampliar la legitimación activa no debilita la institución, sino que la hace más coherente con su propia teleología.

En efecto, si los argumentos presentados por el tercero buscan cuestionar los fundamentos fácticos que sustentan el nexo de causalidad entre el delito (como hecho jurídico) y la responsabilidad civil⁷⁹, limitar su actuación exclusivamente al ámbito civil resultaría contrario al principio de justicia material. El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, lo cual refuerza la posición según la cual el tercero civilmente responsable no solo puede cuestionar los aspectos civiles derivados del delito, sino también impugnar la declaratoria misma de responsabilidad penal cuando esta sea injusta.

Finalmente, y previo a concluir, es importante reiterar que la legitimación del tercero civilmente responsable no deriva de ser titular de la acción penal, ni de sustituir al condenado en el ejercicio de sus derechos, sino de su interés jurídico propio y autónomo en las consecuencias civiles del delito. Esta distinción resulta especialmente relevante en escenarios de colusión, donde el condenado puede tener interés en mantener la condena precisamente para blindar a sus copartícipes o cómplices, o inclusive al determinador, mediante la seguridad jurídica que ofrece la cosa juzgada. En tales casos, será competencia del juez de revisión ponderar ese conflicto de intereses al momento de decidir sobre la admisibilidad y el fondo.

5. Conclusiones

La teleología de la acción de revisión es subsanar errores extraordinarios que se hayan presentado al interior de la actuación procesal y corregir sus defectos y consecuencias⁸⁰. Esto no debería excluir, por una simple interpretación restrictiva,

79 A fin de cuentas, y como ha decantado siempre la jurisprudencia y doctrina, el nexo causal es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil y una premisa de imputación. Ver: Diego M. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual, Sustainability (Switzerland)*, 1 Ed., vol. 11 (Madrid: Marcial Pons, 2019), 79.

80 Ricardo Ignacio Hoyos Duque, "La indemnización de perjuicios en favor del absuelto (Consideraciones acerca del art. 251 del proyecto de C de PP)", *Nuevo Foro Penal* 34 (1986): 482.

los perjuicios que se hayan generado a terceros, como lo confirma la jurisprudencia más reciente de la Sala de Casación Penal, que en enero de 2026 anuló una sentencia ejecutoriada al declarar fundada la acción de revisión por cambio jurisprudencial favorable (SP031-2026, Rad. 65543).

Debe habilitarse la procedencia de que los terceros declarados civilmente responsables puedan promover la acción de revisión con respecto al incidente de reparación integral, e inclusive —cuando esto sea necesario— en relación con las causales que afectan la responsabilidad penal misma, pues sobre esta se finca cualquier pretensión indemnizatoria subsiguiente. Esto se basa en la consideración de que la responsabilidad civil declarada en el incidente de reparación integral (accesoria) deriva del delito (principal). Sin una condena definitiva en la jurisdicción penal, no es posible iniciar dicho incidente (artículo 102 del Código de Procedimiento Penal); lo que genera un interés para el tercero civilmente responsable en corregir cualquier injusticia en la responsabilidad penal, con el objetivo de quedar exento de la responsabilidad civil asociada (artículo 97 del Código Penal).

Sumado a su condición de intervinientes en el sentido funcional que este artículo defiende, y atendida la naturaleza civil del incidente de reparación integral, puede acudir a la integración normativa consagrada en el Código de Procedimiento Penal, recurriendo así a la legislación procesal civil, en donde la revisión es un recurso extraordinario y no limita la participación de los terceros; sin perjuicio de reiterar la preferencia del presente artículo por la clasificación de este remedio judicial como acción, atendida la ejecutoria de la decisión penal como requisito *sine qua non* para activar este mecanismo de impugnación extraordinario.

Así, una distinción procesal al interior del rito procesal penal entre las etapas que determinan la responsabilidad civil y la penal no es óbice para desconocer el verdadero debate sustancial: sin delito judicialmente declarado como tal no puede existir indemnización alguna en cabeza del condenado o un tercero civilmente responsable.

6. Bibliografía

6.1. Doctrina

Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. *El proceso penal: Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

- Bertel Oviedo, Álvaro. *Derecho Probatorio. Partes General y Especial*. 1º Ed. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez - Universidad Santo Tomás, 2009.
- Bonivento Jiménez, José Armando. *Obligaciones*. Primera Ed. Bogotá: Editorial Legis Editores S.A., 2017.
- Carbonell Bellolio, Flavia y Jonatan Valenzuela Saldías. "La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión". *Revista chilena de derecho*, 48(1) (2021): 55-80.
- Córdoba Angulo, Miguel F. "El tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano". *Derecho Penal y Criminología* 34, núm. 96 (2013): 57–81.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Tercera Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.
- Etcheverry, Juan B. "Error judicial y decisión judicial defectuosa. Presupuestos, problemas conceptuales y tipologías". *Revista Jurídica Austral*, 6(2) (2025): 465-517. <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.etc>
- Fernández Ruiz, José Manuel y Malva Olavarría Avendaño. "Teoría y práctica de la acción de revisión en el nuevo código procesal penal, causal letra d) del artículo 473". *Ius et Praxis* 15, núm. 2 (2009): 215–54.
- Fernández Ruiz, José Manuel y Malva Olavarría Avendaño. "Examinando de nuevo la acción de revisión". *Política Criminal* 13, núm. 26 (2018): 1190–1285. http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A15.pdf.
- Gaitán Mahecha, Bernardo. *Esquemas de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1958.
- Gaviria Londoño, Vicente Emilio. "Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal". *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 26, N° 78 (2005): 25–52.
- Gaviria Londoño, Vicente Emilio. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*. 3 Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Hernández-Jiménez, Norberto y Jose Fernando Mestre-Ordoñez. "Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 8, núm. 3 (2022): 1263–98. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.734>.
- Hernández Jiménez, Norberto. "Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral". *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 33 (2010): 261–86.
- Hernández Jiménez, Norberto. "Comentario a la sentencia del 17 de abril de 2018 [11001-22-04000-2017 -00107 00 (AR-001/17)] del Tribunal Superior de Bogotá.

- Acción de revisión adelantada por EAFIT y UNIANDES a propósito del indebido incremento punitivo de la Ley 890/04 en casos de ace". *Nuevo Foro Penal* 14, núm. 90 (2018): 254–60.
- Hoyos Duque, Ricardo Ignacio. "La indemnización de perjuicios en favor del absuelto (Consideraciones acerca del art. 251 del proyecto de C de PP)". *Nuevo Foro Penal* 34 (1986): 475–83.
- Mestre Ordóñez, José Fernando. "La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal". En *Derecho Procesal. Nuevas Tendencias. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Editado por Jairo Parra Quijano, 1º Ed., 787–803. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020.
- Murcia Balén, Humberto. *Recurso de revisión civil*. Bogotá: Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1981.
- Papayannis, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. Sustainability (Switzerland)*. 1 Ed. Vol. 11. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Posada Maya, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal. Homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*. 2 Ed. Vol. 1. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.288>.
- Saray Botero, Nelson. *Incidente de Reparación Integral de Perjuicios*. 1º Ed. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación, 2013.
- Saray Botero, Nelson. *Procedimiento Penal Acusatorio*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2017.
- Solano González, Édgar. "La acción de revisión penal como mecanismo de ejecución de las decisiones de la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el deber de investigar seriamente las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario". En *Justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición*, editado por Gerardo Barbosa Castillo, Magdalena Correa Henao, y Andrés Rolando Ciro Gómez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Solórzano Garavito, Carlos Roberto. "La acción de revisión en el sistema acusatorio colombiano". En *Temas de Defensa Penal. Tomo I*. Editado por Jorge Armando Otálora Gómez y Esiquio Manuel Sánchez Herrera, 1 Ed. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2014.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Segunda Ed. Bogotá: Legis Editores, 2007.
- Tamayo Jaramillo, Javier. "¿Hasta dónde se puede objetivar la responsabilidad civil?".

En *Derecho de las Obligaciones*, editado por Marcela Castro de Cifuentes, Primera ed., 295–313. Bogotá: Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Editorial Temis, 2013.

Tribín Echeverry, Fernando. "Inconvenientes en el ejercicio de la acción de revisión". *Umbral Científico*, núm. 13 (2008): 127–40.

Velaochaga Miranda, Guillermo. "La Revisión en el Procedimiento Penal". *Derecho PUCP*, núm. 6 (1946): 116–46. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.194602.004>.

Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Segunda Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

Verhesschen, Katrien, y Cyrille Fijnaut. "Correcting Wrongful Convictions in France". *Erasmus Law Review* 13, núm. 4 (2020): 22–32. <https://doi.org/10.5553/elr.000176>.

Wolitz, David. "The Stigma of Conviction: Coram Nobis, Civil Disabilities, and the Right to Clear One's Name". *Brigham University Law Review*, núm. 5 (2009): 49. <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss5/5/>.

6.2. Jurisprudencia

6.2.1. Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-1075 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional. Sentencia C-799 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Corte Constitucional. Sentencia C-260 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Constitucional. Sentencia C-782 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional. Sentencia C-233 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

6.2.2. Corte Suprema de Justicia de Colombia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 23 de mayo de 2002.
Rad. 13392 (M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 29 de julio de 2009.
Rad. 31239 (Conjuez Ponente: Alfonso Daza González).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 17 de noviembre de 2010.
Rad. 5246 (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 1 de diciembre de 2010.
Rad. 34046 (Conjuez Ponente: Abel Darío González Salazar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 23 de febrero de 2006.
Rad. 24815 (M.P. Marina Pulido de Barón).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de mayo de 2013.
Rad. 41294 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4409-2014 del 30 de julio de 2014.
Rad. 43310 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP9864-2015 del 30 de julio de 2015.
Rad. 42088 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5723-2015 del 30 de septiembre de 2015.
Rad. 46703 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 13 de abril de 2016.
Rad. 47076 (M.P. José Luis Barceló Camacho).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2124-2016 del 11 de abril de 2016.
Rad. 46620 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7462-2016 del 8 de junio de 2016.
Rad. 45804 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2395-2017 del 22 de febrero de 2017.
Rad. 47143 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204-2017 del 8 de marzo de 2017.
Rad. 43669 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de junio de 2017.
Rad. 47446 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP10906-2017 del 24 de julio de 2017. Rad. 49052 (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP8021-2017 del 29 de noviembre de 2017. Rad. 51600 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2113-2018 del 24 de mayo de 2018. Rad. 52521 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2356-2018 del 30 de mayo de 2018. Rad. 50213 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2763-2018 del 27 de junio de 2018. Rad. 52962 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2747-2018 del 27 de junio de 2018. Rad. 52541 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4049-2018 del 18 de septiembre de 2018. Rad. 51974 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4204-2018 del 26 de septiembre de 2018. Rad. 51632 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4246-2018 del 26 de septiembre de 2018. Rad. 51933 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4345-2018 del 3 de octubre de 2018. Rad. 49739 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5373-2018 del 5 de diciembre de 2018. Rad. 51639 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP781-2019 del 27 de febrero de 2019. Rad. 52252 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP782-2019 del 27 de febrero de 2019. Rad. 52660 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP783-2019 del 27 de febrero de 2019. Rad. 52765 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1135-2019 del 13 de marzo de 2019. Rad. 54046 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2037-2019 del 29 de mayo de 2019. Rad. 54107 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2048-2019 del 5 de junio de 2019. Rad. 54440 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2246–2019 del 11 de junio de 2019. Rad. 55205 (Conjuez Ponente: Carlos Roberto Solórzano Garavito).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3461-2019 del 16 de agosto de 2019. Rad. 51891 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3661-2019 del 27 de agosto de 2019. Rad. 55391 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4484-2019 del 11 de octubre de 2019. Rad. 54709 (Conjuez Ponente: Abel Darío González Salazar).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5227-2019 del 4 de diciembre de 2019. Rad. 55378 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP0130-2020 del 22 de enero de 2020. Rad. 49302 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1142-2020 del 18 de junio de 2020. Rad. 56179 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1195-2020 del 24 de junio de 2020. Rad. 53844 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1521-2020 del 15 de julio de 2020. Rad. 56528 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1601-2020 del 15 de julio de 2020. Rad. 51952 (M.P. Eyder Patiño Cabrera).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1593-2020 del 22 de julio de 2020. Rad. 54426 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1594-2020 del 22 de julio de 2020. Rad. 50736 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1595-2020 del 22 de julio de 2020. Rad. 57290 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2603-2020 del 30 de septiembre de 2020. Rad. 56740 (M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020. Rad. 53293 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2782-2020 del 21 de octubre de 2020. Rad. 29534 (M.P. Luis Antonio Hernández Rueda).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2805-2020 del 21 de

- octubre de 2020. Rad. 56719 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3182-2020 del 18 de noviembre de 2020. Rad. 57889 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3681-2020 del 20 de noviembre de 2020. Rad. 52177 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP512-2021 del 23 de febrero de 2021. Rad. 52514 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP942-2021 del 10 de marzo de 2021. Rad. 53754 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1060-2021 del 24 de marzo de 2021. Rad. 54654 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1566-2021 del 28 de abril de 2021. Rad. 58287 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2855-2021 del 14 de julio de 2021. Rad. 54974 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4703-2021 del 6 de octubre de 2021. Rad. 56837 (M.P. Gerson Chaverra Castro).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4737-2021 del 20 de octubre de 2021. Rad. 55510 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5923-2021 del 9 de diciembre de 2021. Rad. 58693 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5878-2021 del 9 de diciembre de 2021. Rad. 57841 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP669-2022 del 23 de febrero de 2022. Rad. 60615 (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP696-2022 del 25 de febrero de 2022. Rad. 57953 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP815-2022 del 2 de marzo de 2022. Rad. 57284 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1939-2022 del 13 de mayo de 2022. Rad. 59179 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3169-2022 del 21 de julio de 2022. Rad. 60454 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3367-2022 del 1 de

- agosto de 2022. Rad. 58650 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP710-2022 del 28 de febrero de 2022. Rad. 58016 (M.P. Diego Eugenio Corredor).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4003-2022 del 2 de septiembre de 2022. Rad. 61802 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5424-2022 del 15 de noviembre de 2022. Rad. 60236 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5730-2022 del 7 de diciembre de 2022. Rad. 60560 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP1829-2023 del 28 de junio de 2023. Rad. 62772 (M.P. Fabio Ospitia Garzón).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2014-2023 del 12 de julio de 2023. Rad. 63070 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2177-2023 del 26 de julio de 2023. Rad. 61583 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3933-2023 del 6 de diciembre de 2023. Rad. 57410 (M.P. Jorge Hernán Díaz Soto).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3943-2023 del 6 de diciembre de 2023. Rad. 64840 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP927-2024 del 28 de febrero de 2024. Rad. 63276 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2132-2024 del 17 de abril de 2024. Rad. 64145 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4381-2024 del 6 de agosto de 2024. Rad. 64361 (M.P. Gerardo Barbosa Castillo).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP6273-2024 del 6 de noviembre de 2024. Rad. 60881 (M.P. Myriam Ávila Roldán).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP7205-2024 del 13 de noviembre de 2024. Rad. 66920 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP7436-2024 del 4 de diciembre de 2024. Rad. 66963 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2206-2025 del 9 de abril de 2025. Rad. 68724 (M.P. Hugo Quintero Bernate).
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3262-2025 del 16 de

- mayo de 2025. Rad. 65619 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP3768-2025 del 13 de junio de 2025. Rad. 68386 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4293-2025 del 18 de junio de 2025. Rad. 64272 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5351-2025 del 13 de agosto de 2025. Rad. 69053 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5547-2025 del 13 de agosto de 2025. Rad. 68312 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP5582-2025 del 20 de agosto de 2025. Rad. 68386 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP6352-2025 del 18 de septiembre de 2025. Rad. 68184 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP7753-2025 del 29 de octubre de 2025. Rad. 65681. (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP8102-2025 del 12 de noviembre de 2025. Rad. 70225 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP031-2026 del 28 de enero de 2026. Rad. 65543 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

6.2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Septiembre 26 de 2006. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Declaración de coautoría

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

- **Norberto Hernández-Jiménez:** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.
- **Juan Pablo Pantoja-Ruiz** conceptualización, metodología, revisión de datos, investigación, redacción – borrador original, validación, redacción – revisión y edición, validación, aprobación de la versión final.



MEDINA RICO, RICARDO HERNÁN, "Autonomía de la voluntad y dominio del hecho: la paradoja dogmática de la prohibición del agente provocador en el derecho penal contemporáneo", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Autonomía de la voluntad y dominio del hecho: la paradoja dogmática de la prohibición del agente provocador en el derecho penal contemporáneo

Autonomy of will and control of action: the dogmatic paradox of the prohibition of agent provocateurs in contemporary criminal law

RICARDO HERNÁN MEDINA RICO*

Fecha de recibo: 03/02/2026. Fecha de aceptación: 19/03/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.5

* Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en Educación en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (México). Profesor de pregrado y posgrado en diferentes universidades y conferencista nacional e internacional. Se desempeña como Research Analyst en la Universidad de Toronto.

Resumen

Este artículo examina la tensión dogmática entre la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) y la prohibición del agente provocador en el derecho penal contemporáneo. Mientras que el sujeto provocado mantiene el control físico sobre la ejecución del delito, la creación activa del dolo por parte del Estado desafía las categorías tradicionales de autoría. Mediante un análisis comparativo de Alemania, España, Estados Unidos y Colombia, el estudio explora cómo diversos sistemas jurídicos resuelven esta paradoja. Apoyándose en la doctrina de Roxin, Feijoo Sánchez, Jescheck, Jakobs y Díaz y García Conlledo, la investigación sostiene que la provocación estatal constituye un desplazamiento normativo de la responsabilidad individual. Se incorporan los desarrollos jurisprudenciales más recientes, incluyendo la codificación alemana de la *Tatprovokation* (§110c StPO, 2024) y la jurisprudencia del TEDH posterior a *Furcht c. Alemania*. Finalmente, con apoyo en la filosofía de Kant, Rawls, Dworkin, Habermas y Ferrajoli, se concluye que la legitimidad del castigo depende de la integridad ética del Estado, y que la provocación constituye un obstáculo procesal o una violación de derechos fundamentales que neutraliza el dominio fáctico del sujeto sobre el hecho.

Palabras clave

Agente provocador, dominio del hecho, imputación objetiva, *entrapment*, autonomía de la voluntad, derecho penal, garantismo.

Abstract

This article examines the dogmatic tension between the theory of functional control over the act (*Tatherrschaft*) and the prohibition of the agent provocateur in contemporary criminal law. Through a comparative analysis of Germany, Spain, the United States, and Colombia, the study explores how different legal systems address this paradox. Drawing on the doctrines of Roxin, Feijoo Sánchez, Jescheck/Weigend, Jakobs, and Díaz y García Conlledo, the research argues that state provocation constitutes a normative displacement of individual responsibility. The article incorporates the latest jurisprudential developments, including Germany's 2024 statutory codification of *Tatprovokation* (§110c StPO) and post-*Furcht* ECtHR case law. Drawing on the philosophy of Kant, Rawls, Dworkin, Habermas, and Ferrajoli, the paper concludes that the legitimacy of punishment depends on the ethical integrity of the State.

Keywords

Agent provocateur, control over the act, objective imputation, entrapment, autonomy of the will, criminal law, garantismo.

Sumario

1. Introducción; 2. La teoría del dominio del hecho y la fisura de la voluntad provocada; 3. La imputación objetiva y la creación de riesgo: una perspectiva complementaria; 4. Análisis comparado: soluciones jurisprudenciales a la paradoja; 4.1. Alemania: de la atenuación al impedimento procesal y la codificación de 2024; 4.2. España: el “delito provocado” y la consolidación constitucional; 4.3. Estados Unidos: *entrapment* y la predisposición subjetiva; 5. La paradoja dogmática: dominio fenomenológico vs. dominio normativo; 6. Conclusiones: la primacía de la integridad ética sobre la eficacia punitiva; 7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La arquitectura dogmática del derecho penal moderno descansa, en gran medida, en la premisa fundamental de la autonomía de la voluntad como sustrato indispensable para la atribución de responsabilidad penal. Bajo esta concepción, el delito se entiende como la obra de un sujeto libre que, dotado de la capacidad de motivarse por la norma, decide quebrantarla. Sin embargo, esta construcción teórica enfrenta una de sus pruebas más arduas y contradictorias en la figura del agente provocador: aquel funcionario estatal o colaborador que, actuando bajo el manto de la autoridad, instiga, facilita o “siembra” la idea criminal en un ciudadano para luego someterlo al aparato punitivo¹. Este fenómeno introduce una paradoja irresoluble en las categorías tradicionales de la autoría y la participación, específicamente en la tensión que genera con la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaftslehre*) formulada por Roxin². Si el sujeto provocado ejecuta materialmente la conducta típica y mantiene el control sobre la causación del resultado, ¿cómo puede el sistema jurídico negar su autoría o eximirlo de pena sin contradecir los principios de la imputación objetiva y subjetiva?

1 Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal* (Barcelona: PPU, 1991), 43-55. Sobre el tránsito del concepto unitario al concepto restrictivo de autor, véase especialmente 253-310.

2 Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 9.ª ed., trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2016), 115-132.

El presente informe de investigación se propone desglosar esta tensión dogmática y político-criminal, explorando exhaustivamente las fricciones entre la teoría del dominio del hecho, la imputación objetiva y la proscripción del agente provocador. A través de un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos de Alemania, España, Estados Unidos y Colombia, y apoyándose en la doctrina de autores seminales como Roxin³, Feijoo Sánchez⁴, Jescheck, Weigend⁵, Jakobs, Díaz y García Conlledo y Mir Puig, se examinará si la provocación estatal constituye una causa de exclusión del injusto, una exculpación basada en la falta de libertad, o un obstáculo procesal derivado de la ilegitimidad del Estado para perseguir lo que él mismo ha creado. Además, se incorporan los más recientes desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las reformas legislativas alemanas de 2024, así como una reflexión filosófica final sobre por qué la integridad ética debe prevalecer sobre la eficacia punitiva.

2. La teoría del dominio del hecho y la fisura de la voluntad provocada

La evolución de la dogmática penal en el último siglo ha estado marcada por el tránsito desde un concepto unitario de autor hacia un concepto restrictivo, donde la delimitación entre autoría y participación se vuelve crucial para la seguridad jurídica y la proporcionalidad de la pena⁶. En este contexto, la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaftslehre*), sistematizada magistralmente por Roxin, se ha consolidado como el criterio hegemónico para distinguir al autor del mero partícipe⁷. Según Roxin, autor es quien tiene en sus manos el curso del acontecer típico, quien decide el “si” y el “cómo” de la realización del tipo penal. Este “señorío” sobre el hecho puede manifestarse de tres formas principales: el dominio de la acción (autoría directa), el

3 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 133-145 (dominio de la acción), 147-267 (dominio de la voluntad), 269-296 (dominio funcional).

4 Bernardo José Feijoo Sánchez, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* (Granada: Comares, 1999), 45 ss.

5 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª ed. (Granada: Comares, 2002), 735-757.

6 Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 253-310. Díaz y García Conlledo defiende la necesidad de un concepto restrictivo de autor como exigencia del principio de legalidad y de seguridad jurídica, frente a los conceptos extensivos que difuminan la frontera entre autoría y participación.

7 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 115-132 (fundamentos estructurales del concepto de autoría).

dominio de la voluntad (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría)⁸.

Sin embargo, la figura del agente provocador desafía la lógica interna de estas categorías. En un escenario de provocación delictiva, el sujeto provocado (el ciudadano) realiza la acción ejecutiva típica *manu propria*. Desde una perspectiva puramente ontológica y causal, el provocado tiene el dominio de la acción: él toma el arma, entrega la droga, recibe el dinero. No obstante, la génesis de esa decisión no es autárquica, sino que es inducida estratégicamente por un agente del Estado que controla el entorno, los medios y, a menudo, la posibilidad misma de que el delito se consuma o quede en tentativa. Como lo han señalado tanto Roxin en su tratamiento de la participación⁹, como Jescheck y Weigend en su análisis de la inducción¹⁰, el agente provocador carece de dolo de consumación (*Vollendungsvorsatz*) en el sentido material, pues su objetivo no es la lesión del bien jurídico, sino la detención del autor.

Es fundamental, en este punto, precisar la relación entre la figura del agente provocador y la autoría mediata por estructuras organizadas de poder (*Organisationsherrschaft*), frecuentemente invocada para explicar la responsabilidad de los líderes en estructuras criminales o estatales jerarquizadas¹¹. La tentación de equiparar al Estado provocador con un “hombre de atrás” que instrumentaliza al ciudadano debe resistirse con rigor dogmático. A diferencia de la mera determinación (inducción), en la autoría mediata por aparatos organizados de poder, como la sistematizó Roxin, el “hombre de atrás” sí ostenta un auténtico dominio del hecho, en razón de tres condiciones estructurales: la fungibilidad de los ejecutores, la operación del aparato al margen del Derecho (*Rechtsgelöstheit*) y la disposición organizativa al cumplimiento de órdenes. Ninguna de estas condiciones concurre en

8 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 133-145.

9 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. (Madrid: Civitas -Thomson Reuters, 2014), §26 B V (Rn. 67). Roxin señala que el *Lockspitzel* (agente provocador) queda impune por carecer de *Vollendungsvorsatz* (dolo de consumación).

10 Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, 742-744. Los autores subrayan que la doctrina dominante entiende que el inductor debe perseguir la consumación del hecho principal; si solo pretende conducir a la tentativa (agente provocador), no responde penalmente.

11 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 237-245 (§24: dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas). A diferencia de la mera determinación (inducción), en la autoría mediata por aparatos organizados de poder el “hombre de atrás” sí ostenta un auténtico dominio del hecho, en razón de la fungibilidad de los ejecutores, la operación al margen del Derecho (*Rechtsgelöstheit*) y la disposición organizativa al cumplimiento de órdenes. Ninguna de estas condiciones concurre en el agente provocador.

el supuesto del agente provocador: el ciudadano provocado no es fungible dentro de una estructura organizada, el provocador no opera desde un aparato al margen del Derecho (sino, paradójicamente, desde el propio Estado de Derecho), y no existe la automaticidad de cumplimiento que caracteriza a los aparatos de poder¹².

La contradicción esencial radica en que, bajo las reglas de la accesoriidad limitada, la conducta del partícipe (el provocador) debería ser impune por falta de dolo típico, pero la del autor principal (el provocado) debería mantenerse intacta al conservar el dominio del hecho. Sin embargo, la dogmática contemporánea y la jurisprudencia —particularmente la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Furcht c. Alemania*¹³, *Akbay y otros c. Alemania*¹⁴, y *Jevtić c. Austria*¹⁵— han reaccionado contra esta conclusión formalista. La voluntad del provocado, aunque psicológicamente presente, está normativamente condicionada por una “situación de prueba” ilegítima creada por el Estado. En el terreno de la participación, el provocador opera como un inductor fallido o incompleto que carece del doble dolo requerido para la inducción punible (dolo de determinar y dolo de consumación),^{16/17/18} lo que explica su impunidad en la generalidad de los ordenamientos.

12 Miguel Díaz y García Conlledo, “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, *Nuevo Foro Penal* 7, nº 76 (2012): 15-48. También: Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 545 ss. (análisis crítico de la teoría del dominio del hecho).

13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de octubre de 2014: caso *Furcht c. Germany*, Estrasburgo, Demanda n.º 54648/09 §§ 64-69. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329>

14 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de octubre de 2020: caso *Akbay and Others c. Germany*, Estrasburgo, Demandas n.º 40495/15, 37273/15 y 40913/15 §§ 109-124, https://www.stradalex.eu/fr/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_37273-15_40495-15_40913-15_001-204996

15 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de enero de 2023: caso *Jevtić c. Austria*, Estrasburgo, Demanda n.º 54664/16, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222653>

16 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed. (Barcelona: Reppertor, 2016), sección sobre inducción, agente provocador y delito provocado. También: Carlos Castellví Monserrat, *Provocar y castigar* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020).

17 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 11.^a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 493-494.

18 Juan Muñoz Sánchez, *El agente provocador* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 59 ss.

3. La imputación objetiva y la creación de riesgo: una perspectiva complementaria

Junto a la teoría del dominio del hecho —centrada en la fenomenología de la acción y en la delimitación entre autoría y participación—, la teoría de la imputación objetiva ofrece herramientas normativas complementarias para abordar la provocación desde una óptica distinta¹⁹. Es preciso subrayar que no se trata de instrumentos rivales ni de que uno resulte más elaborado que el otro; dominio del hecho e imputación objetiva son instrumentos analíticos diferentes que abordan cuestiones dogmáticas distintas dentro de la teoría del delito. El primero delimita autoría y participación; la segunda determina la atribución normativa de resultados al tipo objetivo. Díaz y García Conlledo, desde su propia teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, ha subrayado precisamente esta complementariedad: la autoría se determina por la realización de la acción que objetivamente determina positivamente el hecho, lo que permite un análisis más preciso que el dominio del hecho para ciertos supuestos problemáticos²⁰.

Feijoo Sánchez sostiene que la imputación objetiva no debe limitarse a la atribución de resultados, sino que debe operar como una teoría general de la conducta típica y del injusto penal²¹. Desde esta óptica, la pregunta no es quién controló físicamente el hecho, sino a quién le compete normativamente el riesgo generado. Feijoo Sánchez introduce la noción de la “prohibición de regreso” y la competencia por el riesgo para analizar la interacción entre el Estado y el ciudadano²². Si el Estado, cuya función constitucional es la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos, genera activamente un riesgo delictivo (instigando a un ciudadano a delinquir), está actuando fuera de su rol normativo. Al “arrogarse” la creación del riesgo, el Estado desplaza la competencia del ciudadano. El delito provocado se

19 Es preciso señalar que dominio del hecho e imputación objetiva son instrumentos analíticos diferentes que abordan cuestiones dogmáticas distintas dentro de la teoría del delito. El primero delimita autoría y participación; la segunda determina la atribución normativa de resultados al tipo objetivo. Véase: Roxin, Derecho Penal PG Tomo II, §25 C II; Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996), capítulo III.

20 Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 625-700. (teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho). Díaz y García Conlledo propone que la autoría se determine por la realización de la acción que objetivamente determina positivamente el hecho, lo que ofrece un criterio más preciso que el dominio del hecho para ciertos supuestos problemáticos, incluida la intervención de agentes estatales en la generación del riesgo.

21 Bernardo José Feijoo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret*, n.º 2 (2009): 1-74. DOI: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/627_1.pdf.

22 Feijoo Sánchez, *Límites de la participación criminal*, 45-128.

convierte así en un “hecho del Estado” y no en un “hecho del ciudadano”.

Jakobs, desde su concepción funcionalista del derecho penal, refuerza este análisis a través del concepto de competencia institucional y la prohibición de regreso²³. Cada persona es responsable únicamente de la gestión de su propia esfera de organización (*Organisationskreis*); cuando el Estado desborda su esfera de competencia y penetra en la esfera de organización del ciudadano para fabricar un riesgo delictivo, la imputación del resultado debe recaer sobre quien infringió su propio rol normativo.

Este análisis resulta particularmente agudo en los delitos económicos y de empresa, áreas estudiadas en profundidad por Feijoo Sánchez²⁴. En estos ámbitos, donde los delitos suelen ser de infracción de deberes —como también lo reconoce Roxin en su propia teoría de los *Pflichtdelikte*—, la provocación estatal puede inducir a administradores o directivos a violar deberes de lealtad o transparencia que, en ausencia de la presión creada por el agente encubierto, habrían permanecido intactos.

Respecto de la doctrina de la ignorancia deliberada (*willful blindness*), es necesario una aclaración rigurosa²⁵. El tratamiento que Feijoo Sánchez ha dado a esta doctrina se circunscribe al ámbito de la imputación subjetiva —la frontera entre dolo eventual e imprudencia— en delitos como el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales y la criminalidad empresarial. No existe en su obra un tratamiento de la ignorancia deliberada vinculado a la provocación estatal. Ahora bien, resulta conceptualmente sugerente preguntarse si cuando el Estado diseña una “trampa cognitiva” para que el ciudadano no perciba la ilicitud de su conducta, no está generando artificialmente las condiciones de una ignorancia deliberada institucionalizada. Esta reflexión, empero, requeriría un desarrollo doctrinal autónomo que excede el alcance de la obra de Feijoo Sánchez sobre la materia.

23 Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 71 ss. También: Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª ed. corregida, (Madrid: Marcial Pons, 1997), §§ 21-24.

24 Bernardo José Feijoo Sánchez, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid: Reus, 2007), 63 ss. Sobre los delitos de infracción de deber, véase también: Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 352-402 (*Pflichtdelikte*).

25 Bernardo José Feijoo Sánchez, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *Indret*, n.º 3 (2015): 1-66. DOI: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1153.pdf>. Es necesario precisar que el tratamiento de Feijoo sobre la ignorancia deliberada (*willful blindness*) se circunscribe al ámbito de la imputación subjetiva —la frontera entre dolo eventual e imprudencia— en delitos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales y criminalidad empresarial. No aborda la provocación estatal como supuesto de aplicación de esta doctrina. Véase también: Ramón Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal* (Barcelona: Atelier, 2007).

4. Análisis comparado: soluciones jurisprudenciales a la paradoja

La tensión teórica descrita no se ha quedado en los manuales de dogmática, sino que ha obligado a los tribunales supremos y constitucionales de diversas jurisdicciones a desarrollar construcciones jurídicas complejas —y a veces oscilantes— para justificar la impunidad del provocado sin desmantelar por completo la teoría de la autoría.

4.1. Alemania: de la atenuación al impedimento procesal y la codificación de 2024

El sistema jurídico alemán ha experimentado una transformación radical en su tratamiento del agente provocador (*Lockspitzel*). Históricamente, el BGH aplicaba la “solución de la medición de la pena” (*Strafzumessungslösung*): si un individuo era provocado por el Estado a cometer un delito, seguía siendo culpable y punible, pero la provocación se valoraba como circunstancia atenuante cualificada. Esta construcción fue demolida por el TEDH en *Furcht c. Alemania* (2014), donde se dictaminó que la mera reducción de la pena no constituye reparación suficiente por la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁶. La doctrina fue reforzada categóricamente en *Akbay y otros c. Alemania* (2020), que se convirtió en la sentencia de referencia, rechazando definitivamente que la reducción de pena pudiera constituir remedio suficiente²⁷.

Como consecuencia directa, el BGH dio un giro histórico en su sentencia de 16 de diciembre de 2021 (1 StR 197/21), abandonando la *Strafzumessungslösung* y estableciendo que la provocación policial *rechtsstaatswidrig* constituye un impedimento procesal (*Verfahrenshindernis*) verificable de oficio²⁸. Pero el desarrollo

26 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de octubre de 2014: caso *Furcht c. Germany*, Estrasburgo, Demanda n.º 54648/09, §§ 64-69, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329>. El Tribunal dictaminó que el interés público en la lucha contra el crimen no puede justificar el uso de pruebas obtenidas mediante incitación que sustituya la pasividad investigativa por la comisión activa del delito.

27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de octubre de 2020: caso *Akbay and Others c. Germany*, Estrasburgo, Demandas n.º 40495/15, 37273/15 y 40913/15, §§ 109-124, https://www.stradalex.eu/fr/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_37273-15_40495-15_40913-15_001-204996. Esta sentencia se convirtió en la referencia estándar, rechazando definitivamente que la reducción de pena pueda constituir remedio suficiente.

28 BGH, Sentencia del 16 de diciembre de 2021, 1 StR 197/21 (1.º Strafsenat). El Tribunal abandonó la *Strafzumessungslösung* y estableció que la *Tatprovokation rechtsstaatswidrig* constituye un *Verfahrenshindernis* verificable de oficio.

más significativo se produjo con la aprobación de la *Gesetz zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation*, publicada en el Boletín Oficial Federal el 16 de julio de 2024²⁹. El nuevo §110c StPO define legislativamente la provocación delictiva y establece como consecuencia automática un impedimento procesal. Alemania se convierte así en la primera gran jurisdicción europea en codificar tanto la definición como la consecuencia de la provocación ilícita^{30/31}.

4.2. España: el “delito provocado” y la consolidación constitucional

En España, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina prolija sobre el “delito provocado”, diferenciándolo tajantemente del delito cometido a través de un agente encubierto legítimo³². La piedra angular de esta distinción es el concepto de *omnimodo facturus* (aquel que lo habría hecho de todos modos): la intervención policial es legítima únicamente cuando se limita a comprobar una actividad delictiva preexistente o a proporcionar una ocasión a quien ya tiene la resolución criminal firme y decidida^{33/34}.

Un hito reciente de primer orden es la STC 87/2024 del Tribunal Constitucional, primer pronunciamiento del máximo intérprete constitucional español sobre la figura del agente encubierto³⁵. El Tribunal aplicó el test de “conducta esencialmente pasiva” del TEDH y concluyó que la mera autorización de un agente encubierto no vulnera

29 Gesetz zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation, BGBl, 16 de julio de 2024. El nuevo §110c StPO define la provocación delictiva *rechtsstaatswidrig* y establece como consecuencia automática un impedimento procesal (*Verfahrenshindernis*).

30 Franziska Görlitz, Juliane Hubert, Jasmin Kucher, Moritz Scheffer and Patrick Wieser, “Tatprovokation – The Legal Issue of Entrapment in Germany and Possible Solutions”, *German Law Journal* 20, n.º 4 (2019): 515-536.

31 Thomas Weigend, “Unzulässige Tatprovokation durch staatliche Ermittler – Voraussetzungen und Folgen”, *KriPoZ. Kriminalpolitische Zeitschrift* (2022): 131, DOI: 10.20375/0000-000E-BCB8-F.

32 Tribunal Supremo de España, STS 526/2019 de 31 de octubre; Tribunal Supremo de España, Sentencia del 23 de enero de 2025 (Rec. 4665/2022).

33 Juan Luis Fuentes Osorio, “Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnimodo facturus”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, n.º3. (2007).

34 Luis Fernando Ruiz Antón, *El agente provocador en el Derecho penal* (Madrid: Edersa, 1982).

35 Tribunal Constitucional de España, STC 87/2024, de 4 de junio de 2024, Ponente: César Tolosa Tribiño (BOE-A-2024-14000). Primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre agentes encubiertos, aplicando el test de “conducta esencialmente pasiva” del TEDH.

el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE); lo determinante es la conducta concreta del agente. Asimismo, la STS 932/2025 representa la sentencia más exhaustiva del Tribunal Supremo en materia de agentes encubiertos y delito provocado, al aplicar el marco *Bannikova* del TEDH en sus dimensiones sustantiva y procesal, sintetizando los estándares europeos con la doctrina doméstica³⁶.

4.3. Estados Unidos: *entrapment* y la predisposición subjetiva

El sistema estadounidense aborda la cuestión mediante la defensa afirmativa de *entrapment* (atrapamiento), con una bifurcación entre enfoques subjetivos y objetivos³⁷. El caso *Jacobson v. United States* (1992) representa el punto álgido de esta doctrina: el gobierno intentó durante dos años y medio inducir a un granjero de Nebraska a comprar material ilícito; la Corte Suprema revocó la condena y estableció que el gobierno debe probar la “predisposición” previa del acusado^{38/39}. La reciente decisión *United States v. Anderson* (7th Cir. 2022) revocó una condena en una operación encubierta del FBI, reafirmando la vitalidad del test de predisposición⁴⁰.

4.4. Colombia: dignidad humana y el “contrasentido” estatal

En Colombia, la discusión sobre el agente provocador trasciende lo procesal para anclarse en lo constitucional y lo ético-político. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido categórica al declarar que la figura del agente provocador es

36 Tribunal Supremo de España, STS 932/2025 de 12 de noviembre de 2025, Ponente: Javier Hernández García (ECLI:ES:TS:2025:5236). Aplica el marco *Bannikova* del TEDH en sus dimensiones sustantiva y procesal.

37 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Sorrells v. United States*. Washington, D.C.. 287 U.S. 435 (1932), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/435/>; Corte Suprema de los Estados Unidos. *Sherman v. United States*, Washington, D.C.. 356 U.S. 369 (1958), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/369/>

38 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Jacobson v. United States*. Washington, D.C.. 503 U.S. 540 (1992), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/503/540/>

39 Thomas Ward Frampton, “Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 103, n.º 1 (2013): 1-42.

40 *United States v. Anderson*, 55 F.4th 545 (7th Cir. 2022). El Séptimo Circuito revocó una condena en una operación encubierta del FBI, aplicando el test de predisposición de *Jacobson*.

incompatible con el Estado Social de Derecho⁴¹. Reyes Echandía calificó como un “contrasentido jurídico y ético” que el Estado instigue la lesión de los bienes jurídicos que está llamado a proteger⁴². Agudelo Betancur, desde una perspectiva humanista y garantista, enfatiza que la dignidad humana prohíbe que el ciudadano sea tratado como objeto de experimentación moral por la policía⁴³.

La Sentencia C-243 de 2021 de la Corte Constitucional reafirmó esta postura, reiterando que la prohibición de “sembrar la idea criminal” está implícita en todo el ordenamiento⁴⁴. La sentencia SP2708-2022 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consolidó estos criterios al sostener que la provocación ocurre cuando la iniciativa y el comportamiento del provocador son la verdadera causa de toda la actividad criminal^{45/46}.

5. La paradoja dogmática: dominio fenomenológico vs. dominio normativo

Regresando al núcleo de la teoría de Roxin, la paradoja se vuelve evidente. Si aplicamos estrictamente los criterios del dominio del hecho, el sujeto provocado es un autor⁴⁷. Sin embargo, la solución jurídica universal (la impunidad o exclusión del proceso) sugiere que el sistema penal opera con un concepto de “dominio” que no es puramente fáctico. El “dominio del hecho” que fundamenta la responsabilidad

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176/94 del 12 de abril de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero); Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-156/16 del 6 de abril de 2016. (M.P. María Victoria Calle Correa); Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-243/21 del 28 de julio de 2021. (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

42 Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983). También: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia de Casación de 1.º de diciembre de 1983, M.P. Alfonso Reyes Echandía.

43 Nódier Agudelo Betancur, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado* (Bogotá: Ibáñez, 2013). Sobre dignidad y garantías penales: Nódier Agudelo Betancur, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad* (Bogotá: Temis, 1982).

44 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-243/21. Aunque la Corte se declaró inhibida por razones de técnica procesal, su *ratio decidendi* reiteró que la prohibición de “sembrar la idea criminal” es un principio implícito en todo el ordenamiento.

45 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2708-2022 del 3 de agosto de 2022. Rad. 61363. (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

46 Camilo Sampedro Arrubla, “El agente provocador frente a la Constitución Nacional”, *Derecho Penal y Criminología* 22, n.º 71 (2001).

47 Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, 133-145. Sobre la insuficiencia del criterio puramente fáctico, véase también: Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, 545-624. (crítica al dominio del hecho como criterio unitario de la autoría).

penal no es la mera causalidad física, sino un dominio normativamente desaprobado. Cuando el Estado provoca el delito, el dominio fáctico del ciudadano queda “neutralizado” normativamente.

Feijoo Sánchez, Jakobs y la teoría de la imputación objetiva resuelven esta aporía:^{48/49} el sistema jurídico no puede reconocer validez a una voluntad manufacturada por una intromisión ilegítima en la esfera de organización del ciudadano. La prohibición del agente provocador es una regla de competencia: el Estado no es competente para crear delitos, y los delitos que crea no existen para el derecho penal⁵⁰. La convergencia entre el derecho alemán codificado (§110c StPO), la jurisprudencia del TEDH (*Bannikova*⁵¹, *Furcht, Akbay, Kuzmina*)⁵², la doctrina española del *omnimodo facturus*, el *entrapment* estadounidense y la prohibición constitucional colombiana confirma que esta regla trasciende las fronteras y las tradiciones jurídicas⁵³.

6. Conclusiones: la primacía de la integridad ética sobre la eficacia punitiva

El análisis pormenorizado de la figura del agente provocador permite establecer que el derecho penal contemporáneo no opera como una mera aplicación mecánica de silogismos sobre la causalidad y la voluntad. Si bien, bajo los criterios de Roxin, el sujeto provocado retiene el dominio de la acción, la respuesta jurídica universal de impunidad demuestra que el “dominio del hecho” es un concepto normativo y no puramente ontológico. A partir de Feijoo Sánchez y Jakobs, la provocación constituye una ruptura de los roles normativos del Estado. A pesar de las variaciones técnicas —el “obstáculo procesal” codificado en Alemania, la doctrina del *omnimodo facturus* en España, la defensa de *entrapment* en Estados Unidos o la nulidad radical

48 Feijoo Sánchez, *Límites de la participación criminal*, 78-100.

49 Jakobs, *La imputación objetiva*, 89 ss.

50 Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal*, 742-744.

51 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de noviembre de 2010: caso Bannikova c. Russia, Estrasburgo, Demanda n.º 18757/06, § 47, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>

52 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de abril de 2021: caso Kuzmina and Others c. Russia, Estrasburgo, Demanda n.º 66152/14, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209328> con indicaciones específicas bajo el artículo 46 CEDH.

53 Miguel Díaz y García Conlledo, “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º10 (2008): 13-50. Díaz y García Conlledo subraya que la determinación de la autoría debe partir de criterios objetivos que permitan distinguir con precisión la contribución del autor de la del partícipe, y que esta distinción tiene relevancia constitucional por su conexión con el principio de legalidad penal.

en Colombia—, el mensaje sistémico es unánime: el fin de la persecución penal no justifica la creación artificial del delito.

Esta unanimidad jurídica encuentra su fundamento más profundo en una convicción ética que atraviesa siglos de filosofía moral y política. Desde la perspectiva kantiana, la provocación estatal constituye una violación directa del imperativo categórico en su formulación de la humanidad como fin: el agente provocador instrumentaliza al ciudadano, lo convierte en medio para la consecución de objetivos de política criminal⁵⁴. Kant distingue entre lo que tiene precio y lo que tiene dignidad; la autonomía moral del ciudadano pertenece al ámbito de la dignidad y no puede ser sacrificada en el altar de la eficacia procesal⁵⁵. En su *Metafísica de las costumbres*, Kant sostiene que el castigo nunca puede imponerse meramente como medio para promover algún otro bien, sino únicamente porque se ha cometido un delito (*quia peccatum est* y no *ne peccetur*)⁵⁶. Cuando el Estado provoca el delito para luego castigarlo, invierte esta lógica: castiga no porque se haya cometido una injusticia, sino para fabricar una apariencia de justicia.

Rawls refuerza esta tesis: cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en su conjunto puede anular⁵⁷. Su análisis del imperio de la ley exige que el sistema legal cree una “base para expectativas legítimas”; la provocación destruye precisamente esas expectativas⁵⁸. Desde la posición original, sujetos racionales bajo el velo de la ignorancia jamás consentirían un sistema donde el Estado pueda fabricar delitos para perseguirlos.

Dworkin aporta la noción de los derechos como “triumfos” frente a las políticas públicas: incluso si la práctica del agente provocador fuera “eficaz” para la detección de criminales, ello no justifica vulnerar el derecho del ciudadano a no ser manipulado

54 Immanuel Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. Roberto Rodríguez Aramayo, 2.ª ed. (Madrid: Alianza, 2012), Ak: 4:429. “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin, nunca meramente como medio”.

55 Kant, *Fundamentación*, Ak 4:434. Kant distingue entre lo que tiene precio y lo que tiene dignidad: aquello que posee dignidad no admite equivalente y está por encima de todo precio.

56 Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (Madrid: Tecnos, 1989), Ak 6:331. Kant sostiene que el castigo nunca puede imponerse meramente como medio para promover algún otro bien, sino únicamente porque se ha cometido un delito.

57 John Rawls, *A Theory of Justice*, ed. revisada (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999), 3.

58 Rawls, *A Theory of Justice*, §38 (235-243), sobre el imperio de la ley (*rule of law*) y las exigencias de la justicia natural.

hacia la criminalidad⁵⁹. En *El imperio de la ley*, Dworkin desarrolla el principio de integridad: el gobierno debe actuar conforme a un conjunto coherente de principios. Un Estado que simultáneamente criminaliza conductas y provoca esas mismas conductas actúa de manera incoherente⁶⁰.

Habermas, desde la teoría del discurso, establece que solo son válidas las normas de acción que podrían ser aceptadas por todos los posibles afectados como participantes en discursos racionales⁶¹. La provocación policial jamás podría superar este test: un ciudadano racional nunca aceptaría como legítima una norma que autorice al Estado a inducirlo al delito para luego castigarlo. El engaño es la antítesis misma de la racionalidad comunicativa.

Finalmente, Ferrajoli, desde el garantismo penal, proporciona el marco sistemático más completo. En sus diez axiomas, la provocación estatal viola simultáneamente: *nulla poena sine crimine* (el delito fue creado por el Estado), *nulla lex sine necessitate* (no hay necesidad genuina de castigo cuando el crimen fue manufacturado) y *nulla actio sine culpa* (la culpabilidad queda comprometida por la manipulación)⁶². Para Ferrajoli, el derecho penal debe constreñir el poder estatal incluso cuando ello reduzca la eficacia, porque la negación de un valor intrínseco del poder por el mero hecho de ser eficaz es precisamente lo que distingue a un Estado de Derecho de un Estado autoritario⁶³.

En suma, la paradoja dogmática del agente provocador se disuelve en una certeza ética que Beccaria anticipó hace más de dos siglos: toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica⁶⁴. Radbruch lo expresó al sostener que la ley que traiciona deliberadamente la justicia pierde el carácter esencial del Derecho⁶⁵. La legitimidad del castigo depende de la integridad con la que actúa el Estado. No hay injusto punible donde el escenario criminal ha sido escrito y producido por el

59 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977), xi, 172-176.

60 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986), 176-224 (capítulo 6: "Integrity").

61 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 1998), 172 ss. (original: Faktizität und Geltung, 1992).

62 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez y Ruiz Miguel (Madrid: Trotta, 1995), 33-116 (Parte I, capítulos 1-3: los diez axiomas del garantismo).

63 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 209-352 (Parte I, capítulos 4-5: justificación de la pena).

64 Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Madrid: Universidad Carlos III, 2015), cap. 2.

65 Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946), *Oxford Journal of Legal Studies* 26, n.º1 (2006): 1-11.

mismo aparato encargado de su represión. En un Estado de Derecho, el sistema no puede perseguir legítimamente lo que él mismo ha provocado —no porque carezca de fuerza para hacerlo, sino porque, al hacerlo, se destruye a sí mismo como Estado de Derecho—^{66/67}.

7. Referencias bibliográficas

Agudelo Betancur, Nódier. *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Bogotá: Temis, 1982.

Agudelo Betancur, Nódier. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibáñez, 2013.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Cancio Meliá, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. 3.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2022.

Castellví Monserrat, Carlos. *Provocar y castigar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176/94 del 12 de abril de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-156/16 del 6 de abril de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-243/21 del 28 de julio de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2708-2022 del 3 de agosto de 2022. Rad. 61363 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán).

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Jacobson v. United States*. Washington, D.C. 503 U.S. 540 (1992), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/503/540/>

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Sherman v. United States*. Washington, D.C. 356 U.S. 369 (1958), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/369/>

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Sorrells v. United States*. Washington, D.C. 287 U.S. 435 (1932), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/435/>

66 Gerald Dworkin, "The Serpent Beguiled Me and I Did Eat: Entrapment and the Creation of Crime", *Law and Philosophy* 4, n.º 1 (1985): 17-39.

67 Daniel Hill, Stephen McLeod y Attila Tanyi, "The Concept of Entrapment", *Criminal Law and Philosophy* 12 (2018): 539-554.

- Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas". *Nuevo Foro Penal* 7, n.º 76 (2012): 15-48.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "Autoría y participación". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10 (2008): 13-50.
- Dworkin, Gerald. "The Serpent Beguiled Me and I Did Eat: Entrapment and the Creation of Crime". *Law and Philosophy* 4, n.º 1 (1985): 17-39.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- Dworkin, Ronald. "Law's Empire". Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en Derecho penal?* Granada: Comares, 1999.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial". *InDret*, n.º 2 (2009): 1-74. DOI: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/627_1.pdf.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial". *InDret*, n.º 3 (2015): 1-66. DOI: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1153.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 1995.
- Frampton, Thomas Ward. "Predisposition and Positivism: The Forgotten Foundations of the Entrapment Doctrine". *The Journal of Criminal Law and Criminology* 103, n.º 1 (2013): 1-42.
- Fuentes Osorio, Juan Luis. Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnimodo facturus. *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, n.º 3. (2007).
- Görlitz, Franziska, Juliane Hubert, Jasmin Kucher, Moritz Scheffer and Patrick Wieser. "Tatprovokation – The Legal Issue of Entrapment in Germany and Possible Solutions". *German Law Journal* 20, n.º 4 (2019): 515-536. DOI:10.1017/

glj.2019.33.

- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- Hernández Esquivel, Alberto. «Autoría y participación». En *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Hill, Daniel, Stephen McLeod y Attila Tanyi. "The Concept of Entrapment". *Criminal Law and Philosophy* 12 (2018): 539-554.
- Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2.ª ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. 5.ª ed. Granada: Comares, 2002.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducido por Roberto Rodríguez Aramayo. 2.ª ed. Madrid: Alianza, 2012.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1989.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte General*. 11.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Muñoz Sánchez, Juan. *El agente provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Radbruch, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946). *Oxford Journal of Legal Studies* 26, n.º1 (2006): 1-11.
- Ragués i Vallès, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Ed. revisada. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.
- Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 9.ª ed. Traducido por

- Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delit*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas:Thomson Reuters, 2014.
- Ruiz Antón, Luis Fernando. *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid: Edersa, 1982.
- Sampedro Arrubla, Camilo. "El agente provocador frente a la Constitución Nacional". *Derecho Penal y Criminología* 22, n.º 71 (2001).
- Tribunal Constitucional de España. STC 87/2024 de 4 de junio de 2024. https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/30200#complete_resolucion.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Akbay and Others c. Germany. Estrasburgo. Demandas n.º 40495/15, 37273/15 y 40913/15. 15 de octubre de 2020. https://www.stradalex.eu/fr/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_37273-15_40495-15_40913-15_001-204996
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Bannikova c. Russia. Estrasburgo.. Demanda n.º 18757/06. 4 de noviembre de 2010. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Furcht c. Germany. Estrasburgo. Demanda n.º 54648/09. 23 de octubre de 2014. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Jevtić c. Austria. Estrasburgo. Demanda n.º 54664/16. 24 de enero de 2023. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222653>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Kuzmina and Others c. Russia. Estrasburgo. Demanda n.º 66152/14. 20 de abril de 2021. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209328>
- Tribunal Supremo de España. Sentencia STS 526/2019 de 31 de octubre de 2019.
- Tribunal Supremo de España. Sala de lo penal. Sentencia STS 37/2025 del 23 de enero de 2025 (Rec. 4665/2022).
- Tribunal Supremo de España. Sentencia STS 932/2025 de 12 de noviembre de 2025.
- United States Court of Appeals, Seventh Circuit. United States v. Anderson.

Springfield. 55 F.4th 545 (2022).

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.^a ed. Medellín: Comlibros, 2007.

Weigend, Thomas. "Unzulässige Tatprovokation durch staatliche Ermittler – Voraussetzungen und Folgen". *KriPoZ. Kriminalpolitische Zeitschrift*. (2022): 131, DOI: 10.20375/0000-000E-BCB8-F



License Creative Commons Attribution 4.0 International

MAYA VILLAZÓN, OSNAIDER, "Limitaciones de la igualdad de armas en la preclusión de la actuación penal", *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Limitaciones de la igualdad de armas en la preclusión de la actuación penal

Limitations of equality of arms in the preclusion of criminal proceedings

OSNAIDER MAYA VILLAZÓN*

Fecha de recibo: 09/09/2025. Fecha de aceptación: 30/01/2026

DOI: 10.17230/nfp22.106.6

* Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Joven investigador Colciencias por el Grupo Derechos Humanos, Cultura de Paz, Conflicto y Postconflicto. Participante en concursos nacionales e internacionales de técnicas de juicio oral, sistema interamericano y Derechos Humanos. Iniciado en docencia investigativa e investigación. Participante y juez de Moot Court Competition de la American University Washington College of Law. Asesor jurídico de entidades públicas y privadas en asuntos de derecho penal y disciplinario. Candidato a magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1967-8797>. E-mail: osnaidermayavillazon@gmail.com

El presente artículo constituye el producto de una investigación académica realizada como requisito para optar al título de Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. La investigación se desarrolló con el objetivo de examinar críticamente las limitaciones del principio de igualdad de armas en la preclusión de la actuación penal, a partir de un enfoque procesal y dogmático, lo que permitió integrar el análisis teórico con la realidad práctica del ordenamiento jurídico.

Resumen

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el principio de igualdad de armas constituye un pilar esencial para garantizar procesos equitativos, al asegurar que las partes dispongan de prerrogativas procesales simétricas. Esta garantía busca mitigar desequilibrios que puedan comprometer la equidad procesal, brindando a la Fiscalía y a la defensa herramientas idóneas para el ejercicio de sus funciones. En el ámbito colombiano, el principio adquiere relevancia en la preclusión de la acción penal. Mientras la Fiscalía puede solicitarla bajo diversas hipótesis legales, la defensa solo accede a causales específicas y en momentos determinados, lo que restringe la posibilidad de un cierre anticipado del proceso. Esta asimetría puede afectar el contradictorio y limitar el derecho de defensa. El estudio analiza, desde un enfoque cualitativo normativo, doctrinal y jurisprudencial, si estas restricciones generan desequilibrio procesal y si se requieren ajustes que aseguren mayor simetría entre las partes.

Palabras claves

Igualdad de armas, sistema penal acusatorio, juicio justo, equidad procesal, preclusión de la acción penal.

Abstract

According to the American Convention on Human Rights (ACHR), the principle of equality of arms is a fundamental safeguard for fair trials, as it ensures procedural symmetry between the parties. This guarantee aims to reduce imbalances that could undermine fairness, providing both the Prosecutor's Office and the defense with adequate means to perform their roles. In the Colombian legal system, this principle is especially relevant in relation to the discontinuance of criminal proceedings. While prosecutors have broad authority to request preclusion under multiple legal grounds, the defense is limited to specific causes and procedural stages, which restricts the possibility of early termination. Such asymmetry may generate disadvantages in adversarial proceedings and weaken the right to defense. This study, through a qualitative normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, examines whether these restrictions create procedural imbalance and reflects on the evidentiary standard to determine the need for reforms ensuring greater parity.

Keywords

Equality of arms, adversarial criminal justice system, fair trial, procedural fairness, discontinuance of criminal proceedings.

Sumario

1. Introducción; 2. Principio de igualdad de armas; 3. Fundamentos constitucionales y desarrollo legal de la preclusión en el sistema acusatorio colombiano; 4. Estándar probatorio de la preclusión en etapa de instrucción; 5. Discusión; 5.1. Reforma al Código de Procedimiento Penal vigente: Ley 2477 de 2025; 5.2. Análisis de las causales de preclusión bajo la posibilidad de ser invocadas por la defensa; 6. Conclusiones; 7. Referencias.

1. Introducción

El principio de igualdad de armas está incorporado al sistema jurídico procesal a través del Derecho Internacional, como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y se caracteriza por su aplicación flexible según el contexto procesal. En el ámbito del sistema penal colombiano, su implementación plantea desafíos que pueden afectar el ejercicio efectivo del derecho de defensa y el cumplimiento de las garantías judiciales. Por ello, resulta pertinente examinar sus alcances y limitaciones desde una perspectiva crítica, a fin de comprender sus implicaciones prácticas en el proceso penal.

El principio de igualdad de armas, entendido como manifestación de la igualdad procesal, implica la adopción de garantías administrativas, legislativas y judiciales que deben observarse en todas las etapas del proceso, con el fin de asegurar justicia y evitar perjuicios para el procesado¹. Este principio actúa como una expresión legítima del derecho o como complemento de la ley, especialmente cuando se requiere su aplicación a un caso específico, garantizando que ambas partes dispongan de iguales oportunidades y medios procesales². En ese sentido, desde el escenario internacional, el artículo 8 de la CADH consagra el principio de igualdad de armas —o de igualdad de medios— como expresa materialización del derecho al juicio justo y a la defensa, el cual debe interpretarse en conexidad con el precepto número 25 del mismo instrumento internacional.

El estudio propuesto no solo busca identificar cómo se materializa el principio de igualdad de armas a través de los instrumentos de ley, también pretende diagnosticar los problemas estructurales del sistema de enjuiciamiento colombiano, con el fin de contribuir al debate académico y práctico. De esta manera, puede

1 Juan Francisco Linares. *Razonabilidad de las leyes: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2.^ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2002).

2 Héctor Ramón Peñaranda Quintero, "Principio de equidad procesal", *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences* 21, n^o 1 (2009): 3.

servir como referencia para visibilizar la importancia de ejecutar reformas razonables necesarias que equilibren la aplicación de este principio, fortaleciendo así los derechos fundamentales dentro del sistema penal colombiano.

Partiendo del hecho de que la Fiscalía General de la Nación goza de una facultad amplia y exclusiva para solicitar la preclusión en cualquier momento procesal —y por cualquiera de las causales previstas en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal—, mientras que a la defensa se le reconoce esta posibilidad de manera restringida y limitada a ciertas causales y etapas procesales, surge la siguiente pregunta: *¿la imposibilidad de que la defensa solicite la preclusión de la actuación por todas las causales que puede invocar la Fiscalía General de la Nación constituye una violación al principio de igualdad de armas?*

Para buscar una respuesta a la pregunta planteada, es fundamental acudir a conceptos clave que permiten comprender la problemática plasmada y, de ese modo, constatar si las limitaciones impuestas a la defensa en este ámbito constituyen una vulneración a dicho principio.

2. Principio de igualdad de armas

El principio de igualdad de armas deviene del término legal alemán “*Waffengleichheit*” utilizado por primera vez en el procedimiento de Ofner y Hopfinger vs. Austria ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) del 23 de noviembre de 1962³. En este documento se definió como “el principio de trato en condiciones de igualdad”. Dentro de esta diligencia, la CEDH intervino coadyuvando su utilización, al señalar que lo que generalmente se llama “igualdad de armas” —la igualdad procesal del acusado frente al fiscal— es un elemento inherente a un juicio justo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo el Sistema Penal Acusatorio en Colombia, en el cual se consagró como imperativo el principio de igualdad de armas, el cual exige que las partes intervengan en condiciones equitativas en cuanto a derechos, oportunidades y acceso a medios probatorios⁴. En consonancia, con la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento Penal, se buscó transformar la aplicación del derecho penal, situando a la Fiscalía y a la defensa en un plano de

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Herbert Ofner and Hopfinger contra Austria, Caso n° 166, Report of the Commission (23 de noviembre de 1962).

4 Alfonso Daza, “El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002”, *Revista Principia Iuris*, n° 12 (2009): 131.

equivalencia, conforme al artículo 250 y al artículo 282.4 de la Constitución⁵.

Ahora bien, en el procedimiento penal acusatorio actual, la igualdad de armas está destinada a generar tensiones en un sistema que fue previamente creado con el objeto de representar los intereses de la sociedad frente a los intereses del acusado; de allí que la igualdad como principio rector se introdujo en una etapa posterior del desarrollo de los sistemas jurídicos concebidos, y los recursos estatales habitualmente se destinan a la lucha contra la criminalidad y la penalización de sus infractores.

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos (CCPR) lo definió como:

el derecho a la igualdad ante los tribunales que, garantiza los principios de igualdad de acceso a la justicia e igualdad de medios procesales, para asegurar que las partes dentro de los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna⁶.

Aunque este principio —así como el principio de contradicción— se aplica favorablemente a ambas partes en el proceso, la igualdad de armas significa en la práctica que “el acusado no debe ser privado de sus derechos procesales fundamentales en relación con el fiscal”⁷.

No es de extrañar que la cantidad de recursos destinados a la defensa de los derechos del acusado palidecen en comparación a la cantidad de recursos asignados a la Fiscalía. Ahora bien, no se trata de imponer un sistema aritmético de prerrogativas, ya que cualquier disposición en ese sentido desnaturalizaría la esencia del proceso penal. No podemos pasar por alto, por ejemplo, que la carga de la prueba está en el órgano persecutor, quien debe desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. Esa gigantesca responsabilidad conlleva que algunos institutos procesales puedan tener un trato distinto, pero toda distinción debe poseer un fundamento objetivo y razonable. De lo contrario, resultará arbitrario.

El concepto de igualdad de armas apareció más tarde en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y fue incorporado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como un derecho esencial para el

5 Rodrigo Uprimny Yepes et al., *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2005.

6 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general núm. 32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007), párr. 8.

7 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general núm. 32: Artículo 14, párr. 17.

juicio justo, aplicándolo por primera vez en el caso *Neumeister vs. Austria*⁸. Este principio robustece su aceptación como fundamento de la equidad procesal, tanto así que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que del principio de la igualdad se derivan otros principios no explicitados por el constituyente.

De acuerdo con el CCPR⁹, todas las partes intervinientes gozan de las mismas prerrogativas procesales, salvo que la ley prevea excepciones justificadas, con base en causas objetivas y razonables, sin que esto implique una desventaja real para el acusado. Dicho de otra manera, “no hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión, pero el procesado no”¹⁰.

Este principio se erige como un mecanismo de garantía para que las partes de la litis —independientemente de si se trata de procedimientos penales, civiles o regidos por el derecho consuetudinario— tengan oportunidades equitativas de presentar sus argumentos y pruebas, evitando con ello una posición de desventaja sustancial frente a su contraparte. En este sentido, la Sentencia 12005/86 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece, como hito en materia internacional, que no es imprescindible probar un perjuicio directo para que se configure una violación de este principio; basta con que exista una apariencia razonable de desigualdad o una vulneración potencial del derecho de defensa¹¹.

Por ende, la importancia de este principio no solo reside en las garantías sustantivas de justicia, sino también en la percepción pública de imparcialidad y en la sensibilidad hacia una administración equitativa; es así como la mera impresión de falta de conformidad con el derecho a un juicio justo en la práctica puede constituir una infracción según el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este punto es de precisar que, al traerlo al marco procedimental colombiano, el incumplimiento de un requisito procesal en sí mismo no implica automáticamente que el procedimiento en su conjunto sea injusto, ya que la evaluación debe considerar la totalidad del proceso y las circunstancias específicas del caso.

El CCPR, en la Observación General N.º 32 de 2007, refuerza la perspectiva al interpretar la igualdad de medios procesales. Esto implica garantías iguales para las

8 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 27 de junio de 1968: caso Neumeister contra Austria, (Solicitud núm. 1936/63).

9 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comunicación núm. 1347/2005, Caso Dudko contra Australia (2007).

10 Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comunicación núm. 1086/2002, Caso Weiss contra Austria (2003).

11 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 12005/86 del 30 de octubre de 1991: Caso Borgers contra Bélgica.

partes, salvo que la ley establezca diferencias justificadas por razones objetivas y razonables, siempre que dichas distinciones no generen una desventaja real ni una injusticia para el imputado. Esto, para que “el binomio (acusado-defensor) tome la estrategia más favorable en cada caso particular, en condiciones plenas de equidad procesal, sin ventajas de ningún tipo”¹².

En reconocimiento del principio de igualdad de armas en Colombia, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-067 de 2021, ha señalado que esta constituye una garantía derivada de los derechos al debido proceso (artículo 29), al acceso a la administración de justicia (artículo 229) y a la igualdad (artículo 13) de la Constitución Política¹³. Por lo tanto, es incorrecto y contrario, tanto ante el marco constitucional como a la jurisprudencia vigente, afirmar que la Fiscalía General de la Nación (FGN) y la defensa tienen *las mismas cargas probatorias*.

La igualdad de armas no implica simetría en la carga de la prueba, sino la garantía de que ambas partes cuenten con herramientas procesales adecuadas para ejercer sus funciones dentro del proceso penal. La carga probatoria recae exclusivamente sobre la Fiscalía, en virtud del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Esta debe aportar pruebas lícitas y suficientes que acrediten la comisión del delito y la responsabilidad del imputado, mientras que la defensa no está obligada a probar la inocencia ni a desvirtuar activamente la acusación. Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que imponerle a la defensa un estándar probatorio alto —como el de certeza o el de “más allá de toda duda razonable” para lograr la preclusión— vulnera la presunción de inocencia e invierte ilegítimamente la carga probatoria¹⁴.

Resulta diáfano precisar que no debe confundirse igualdad y equidad, pues la primera es un derecho que busca equilibrar las oportunidades de intervención al interior del proceso penal, mientras que la segunda determina las acciones necesarias no solo para garantizar el cumplimiento de la iniciativa procesal, sino también para velar porque esta sea justa. Esto no desconoce algunas excepciones en otros Estados, donde ambos conceptos son equiparados.

12 Yolanda Chiappe, *El derecho de defensa frente a la formalización de la investigación. Reflexiones de derecho penal y procesal penal* (Bogotá: Imprenta Nacional, 2013).

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 del 18 de marzo de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

14 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2259-2025 del 2 de abril de 2025. Rad. 68337 (M.P. J. J. Urbano Martínez), párrs. 33, 34, 37, 38 y 40; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP9737-2022 del 21 de julio de 2022. Rad. 124820 (M.P. M. Ávila Roldán), párr. 501.

3. Fundamentos constitucionales y desarrollo legal de la preclusión en el sistema acusatorio colombiano

La preclusión en el marco de la investigación penal es una institución jurídico procesal en la que se da por concluido el proceso penal de forma anticipada, siendo su resultado el tránsito a cosa juzgada de la causa, el levantamiento de las medidas cautelares y la inviabilidad de la reparación de quienes aducen ser víctimas por parte del procesado. La preclusión puede ser examinada desde múltiples ángulos, ya sea como un mecanismo, un principio, una institución o una técnica en el ámbito procesal. Esto implica que hay diversos aspectos que se pueden considerar de comprensión teórica.

En el sistema penal colombiano, la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad de solicitar la preclusión de una investigación o proceso penal, conforme al numeral 5 del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. La regulación inicial de esta figura ha evolucionado a lo largo del tiempo a partir del desarrollo jurisprudencial. Así, en un inicio la preclusión tenía por características: i) estaba condicionada a que se hubiese formulado imputación; ii) facultad absoluta de la fiscalía, en la investigación y juzgamiento, por todas las causales; iii) limitación de la defensa a solo dos causales y en la etapa de juzgamiento; iv) limitación en la participación de la víctima del injusto. De los cuatro postulados iniciales solo el tercero se sostiene inalterable¹⁵.

En efecto, desde la Sentencia C-591 de 2005, las dos primeras limitaciones desaparecieron en el entendido que, incluso desde la indagación, el titular de la acción penal puede elevar la correspondiente solicitud¹⁶. Esto resulta razonable, pues no era justo condicionar la aplicación de la preclusión a un acto procesal del que se desprenden importantes consecuencias jurídicas, en especial, cuando el resultado final de esta es la terminación del proceso sin responsabilidad penal del procesado. La cuarta también ha sido alterada con las facultades que la jurisprudencia (principalmente la constitucional) ha creado sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal, incluyendo la aplicación de la preclusión, tal y como lo vemos en la Sentencia C-209 de 2007¹⁷. La tercera limitación, por el contrario, se mantiene vigente y no se vislumbran a un corto plazo escenarios que permitan su

15 Colombia. Constitución Política de 1991, art. 250, num. 5.

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591 de 2005 del 9 de junio de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-209 de 2007 del 21 de marzo de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

reinterpretación.

Examinados los fundamentos constitucionales que respaldan la figura de la preclusión, resulta necesario abordar su desarrollo en el marco legal ordinario. Esta transición permite identificar cómo el legislador ha concretado tales disposiciones dentro del Código de Procedimiento Penal y cómo estas normas operan en la práctica.

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 enumera siete causales taxativas por las que el fiscal debe solicitar la preclusión¹⁸, las cuales se explican de la siguiente manera:

“1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”¹⁹. Esta causal se aplica cuando se evidencia que se está ante uno de los escenarios planteados por los artículos 82 del Código Penal y 77 del Código de Procedimiento Penal (prescripción, muerte del procesado, desistimiento, indemnización integral etc.).

“2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal”²⁰. Se materializa cuando se desvirtúa uno de los elementos que configuran el delito, bien sea porque se afecta la conducta (pilar básico de la teoría del delito); porque, existiendo esta, resulta atípica (objetiva o subjetivamente); porque, siendo típica, se encuentra justificada (lo que dependerá de la concepción particular de injusto con que se cuente); porque, configurado el injusto, no sea posible realizar el juicio de reproche; o, incluso, porque aun estructurados todos los predicados de la conducta, la pena resulte innecesaria.

“3. Inexistencia del hecho investigado”²¹. Según la Sentencia STP9737-2022 de la CSJ, (M.P. Myriam Ávila Roldán), la inexistencia del hecho investigado se configura cuando, durante la investigación, se establece que la conducta punible nunca ocurrió²². Esta es una de las causales por las que, conforme al artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la defensa y el Ministerio Público pueden solicitar preclusión, aunque exclusivamente durante la etapa de juzgamiento.

18 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332.

19 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332. num. 1.

20 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 2.

21 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 3.

22 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP9737- 2022 del 21 de julio de 2022. Rad. 124820 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

"4. Atipicidad del hecho investigado"²³. Esta causal hace referencia a las situaciones que, después de ser investigadas, no presentan las características de delito o los actos no encajan en la descripción que de la conducta punible se hace en el tipo penal.

"5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado"²⁴. La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado se configura cuando, del análisis del material probatorio, se concluye que no existe mérito suficiente para sostener que el procesado participó en la conducta punible. No es necesario que se haya formalizado imputación previa para invocar esta causal, siempre que se descarte razonablemente su intervención en el hecho.

"6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia"²⁵. Esta causal tiene su génesis en el principio *in dubio pro reo*, el cual ampara a cualquier persona que deba enfrentar el poder persecutor estatal. Este principio solo puede ser desvirtuado en juicio oral, mediante la práctica de los medios probatorios que allegue la fiscalía²⁶.

"7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del C.P.P."²⁷. Se refiere a los eventos en los que, habiéndose formulado imputación, la fiscalía no presenta el escrito de acusación ni solicita la preclusión. Hay dos momentos importantes para esta causal: el primero es el tiempo que transcurre entre el acto de imputación y la presentación del escrito de acusación dentro de los noventa o ciento veinte días, según el caso. La sanción por la inobservancia de este requisito da lugar a que el fiscal pierda competencia y el superior designe uno nuevo, quien contará con sesenta días (en el caso de los noventa) y noventa días (en caso de los ciento veinte). El vencimiento de estos tiempos es causal de preclusión.

4. Estándar probatorio de la preclusión en etapa de instrucción

En la terminología del sistema penal colombiano, la etapa de instrucción

23 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 4.

24 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 5.

25 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 6.

26 Andrés Felipe Acosta Bohórquez, "La preclusión a partir del principio de igualdad de armas", *Revista Verba Iuris* 13, n.º 39 (2018): 125.

27 Colombia, Congreso de la República, *Código de Procedimiento Penal* (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004, art. 332, núm. 7.

hace referencia a la fase de investigación previa al juicio oral. Comprende desde la indagación inicial y la eventual imputación de cargos, hasta la decisión de acusar formalmente o terminar el caso. La preclusión en esta etapa es concluir que no hay fundamento para llevar al imputado a juicio. Es, por tanto, una resolución de “archivo definitivo” dictada por un juez de conocimiento a petición del fiscal, cuando se acredita alguna de las causales legales mencionadas en el artículo 332 del CPP.

Por su parte, los estándares de prueba fungen como reglas a través de las cuales una hipótesis, en un caso concreto, se entiende por probada o corroborada. En otras palabras, “son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”²⁸. Ahora bien, Ferrer Beltrán ha sostenido que los estándares de prueba cumplen tres funciones de plena importancia en el proceso de decisión probatoria:

*1) aportan los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma, por lo que hace a la suficiencia probatoria; 2) sirven de garantía para las partes, pues les permitirán tomar sus propias decisiones respecto de la estrategia probatoria y controlar la corrección de la decisión sobre los hechos, y 3) distribuyen el riesgo del error entre las partes*²⁹.

Es de recordar que en el proceso penal contemporáneo existen unas estructuras orgánica, metodológica y probatoria³⁰. Así, “la presunción de inocencia remite (...) a los estándares probatorios”, es decir que, “en lo que tiene que ver con la suficiencia de la prueba, la Fiscalía tiene el deber de satisfacer los estándares probatorios impuestos a los jueces como exigencia sustancial para la adopción de decisiones susceptibles de afectar derechos fundamentales”³¹. En coherencia con esta exigencia probatoria que recae sobre la Fiscalía en virtud del principio de presunción de inocencia, resulta fundamental destacar el aporte jurisprudencial más reciente sobre el tema.

La Sentencia AP2259-2025 de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), con ponencia del magistrado José Joaquín Urbano Martínez, constituye un hito reciente

28 Marina Gascón-Abellán et al., *Proceso, prueba y estándar* (Lima: ARA, 2009).

29 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso, Filosofía y derecho* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021), 109.

30 José Joaquín Urbano Martínez, *¿Dudar y condenar?: la repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 248.

31 Urbano Martínez, *¿Dudar y condenar?*, 254.

en la definición del estándar probatorio para la preclusión en la etapa de instrucción penal en Colombia. En esta providencia, la Corte establece que dicho estándar debe concebirse de forma negativa, lo que implica que solo procede la preclusión cuando, tras el análisis de los elementos objetivos y verificables recaudados, no se logra establecer con probabilidad de verdad ni la existencia del hecho punible ni la autoría o participación del imputado³². Esta postura, en línea con lo expresado por Figueroa-Pérez, exige que la decisión no repose en conjeturas, suposiciones o vacíos probatorios, sino en un examen técnico y razonado del material disponible, respetando así la presunción de inocencia como garantía constitucional³³.

La preclusión se configura entonces como un mecanismo de terminación del proceso penal que materializa la presunción de inocencia y evita que casos inviables se prolonguen indefinidamente, afectando los derechos del imputado sin mérito suficiente para acusar³⁴. Si bien en decisiones anteriores la Sala Penal sostenía que era necesaria una demostración plena de la causal de preclusión³⁵, la Sentencia AP2259-2025 aclara que el estándar debe ajustarse al artículo 250.5 de la Constitución Política, lo que corresponde a la ausencia de mérito para acusar, no a la certeza plena. Este enfoque establece un umbral de acreditación negativo³⁶, radicalmente distinto de la certeza deductiva, la demostración plena o la ausencia de duda³⁷.

En consecuencia, exigir niveles probatorios superiores como prueba fehaciente o certeza, más allá de toda duda para precluir, sería desproporcionado e inconstitucional, ya que haría más exigente precluir que condenar³⁸. Precisamente porque el estándar de preclusión no es el de la condena, sino la ausencia del estándar requerido para acusar. Además, la Corte desautoriza criterios anteriores que exigían a la Fiscalía demostrar con certeza que no era posible obtener más pruebas³⁹. Hay que aclarar que basta con constatar razonadamente que el material existente no

32 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Auto AP2259-2025 del 2 de abril de 2025, Rad. 68337 (M.P. José J. Urbano Martínez).

33 Andrés Felipe Figueroa Pérez, "El estándar probatorio de la preclusión" (Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2024), <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/27046>

34 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

35 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

36 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

37 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

38 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

39 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

permite configurar mérito suficiente para formular acusación⁴⁰.

Así mismo, el *principio in dubio pro reo* no puede interpretarse como obligación de agotar toda posibilidad investigativa ni como necesidad de eliminar completamente la duda para decretar la preclusión. Lo relevante es que la Fiscalía cumpla con una carga argumentativa razonable, mostrando que no hay probabilidad suficiente de verdad sobre el hecho o la participación del imputado⁴¹. Tampoco puede exigirse al imputado demostrar su inocencia, ni que la duda pueda ser razonablemente despejada, ya que esto vulnera directamente la presunción de inocencia⁴². Finalmente, queda descartada la equiparación entre el estándar de preclusión y el de condena, pues la Corte reitera que la preclusión debe basarse exclusivamente en la ausencia de mérito, conforme al artículo 250.5 constitucional⁴³.

Este nuevo estándar ha sido respaldado doctrinalmente. Nieva-Fenoll advierte que la presunción de inocencia debe funcionar como un estándar de prueba y no solo como regla de carga, con el fin de neutralizar los prejuicios que inclinan a condenar sin prueba suficiente⁴⁴. En ese mismo sentido, Cordón señala que la prueba indiciaria solo puede ser válida si está anclada a hechos concretos, y no a deducciones especulativas, reafirmando que la preclusión no puede fundarse en conjeturas, sino en un análisis riguroso del acervo probatorio⁴⁵.

Adicionalmente, Sanz-Mulas, al comparar los sistemas penales de España y Colombia, demuestra que continuar procesos sin mérito probatorio vulnera gravemente la presunción de inocencia⁴⁶. Por otro lado, Calderón advierte que medidas como la detención preventiva, sin fundamento probatorio, contrarían esta garantía y refuerzan la necesidad de un límite claro al ejercicio punitivo del Estado⁴⁷.

40 Figuroa Pérez, "El estándar probatorio de la preclusión".

41 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

42 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

43 Corte Suprema de Justicia, Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

44 Jordi Nieva Fenoll, "La razón de ser de la presunción de inocencia [The raison d'être of presumption of innocence]", *Semantic Scholar* (2016). Obtenido de: <https://www.semanticscholar.org/paper/821b6a431e8c443dbd5aaa84cc902e095cfe877e>

45 Julio César Cordón Aguilar, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011).

46 Nuria Sanz Mulas, "Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión", *Justicia* 16, n.º 20 (2011).

47 Lina Calderón Trujillo. *Aplicabilidad de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano frente a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad* (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2015), pp. 3, 29.

De manera que, todos estos autores coinciden en que la preclusión debe operar ante la ausencia de mérito probatorio, tal como lo consolida la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia AP2259-2025, al declararla mecanismo legítimo de protección de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano.

5. Discusión

Es de especial relevancia mencionar que, si bien la defensa puede solicitar la preclusión, lo podrá hacer exclusivamente por dos causales específicas y en la etapa de juzgamiento: “la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal” y “la inexistencia del hecho investigado”. El escenario actual de la discusión propuesta revela que existe una clara inclinación normativa en favor de la Fiscalía, al consagrarla con una potestad más amplia para solicitar la aplicación del instituto jurídico procesal de la preclusión. La Fiscalía General de la Nación podrá solicitar la preclusión en sede de indagación, investigación y juzgamiento, y por todas las causales del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, lo que contrasta con la facultad limitada de la defensa y el Ministerio Público⁴⁸.

Contrario a la idea de una exclusión absoluta, la defensa sí está legitimada para solicitar la preclusión de la actuación penal, aunque con limitaciones específicas en cuanto a la etapa procesal y las causales que puede invocar. Mientras que, antes de la etapa de juzgamiento, es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. En sede del juicio se habilita, además de al acusador, al Ministerio Público y a la defensa para realizar una solicitud similar. No obstante, en esta etapa final, la defensa solo puede presentar la solicitud exclusivamente por los motivos de “imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal” e “inexistencia del hecho investigado”⁴⁹.

Es fundamental diferenciar entre esta facultad de preclusión y la orden de archivo de las diligencias, la cual es una decisión que recae exclusivamente en la Fiscalía como órgano titular de la acción penal. Además, esta se emite únicamente en la etapa de indagación, por ejemplo, cuando se constata que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito (atipicidad del comportamiento). A diferencia de la preclusión, la orden de archivo no hace tránsito a cosa juzgada y la indagación puede reanudarse si surgen nuevos elementos probatorios, siempre y cuando la acción penal no haya prescrito. Por lo tanto, el

48 Corte Suprema de Justicia, Sentencia STP9737-2022, Rad. 124820.

49 Corte Suprema de Justicia, Sentencia STP9737-2022, Rad. 124820.

sistema procesal colombiano sí contempla la posibilidad de que el defensor solicite de forma autónoma la cesación de la acción penal bajo las condiciones y etapas permitidas, desvirtuando la noción de que su aplicación queda totalmente subordinada a la voluntad exclusiva del ente acusador en todas las fases del proceso⁵⁰.

Si bien en algunos escenarios la facultad de la defensa para solicitar la preclusión parece restringida, no puede afirmarse que exista una exclusión absoluta. Así, el sistema procesal reconoce una distribución diferenciada de competencias, sin llegar a excluir totalmente a la defensa del acceso a este mecanismo. Aunque sí es válido sostener que el diseño normativo otorga una posición privilegiada a la Fiscalía frente a esta figura procesal. Tal configuración puede tensionar el principio de igualdad de armas en aquellos supuestos en los que existen elementos que justifican la cesación de la acción penal, pero la defensa no está habilitada para invocarlos por fuera de las causales mencionadas. Esta situación cobra especial relevancia cuando la Fiscalía omite solicitar la preclusión, pese a la existencia de una causal procedente, lo que genera un riesgo de prolongación injustificada del proceso penal y una posible afectación a los derechos del imputado, tal como advierte Figueroa-Pérez al referirse a los límites del ejercicio punitivo del Estado⁵¹.

Esta preocupación ha sido recogida también por instancias internacionales y nacionales que advierten sobre los límites constitucionales y convencionales del ejercicio punitivo del Estado, particularmente cuando se obstaculiza el acceso equitativo a mecanismos procesales como la preclusión. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado no puede erigir barreras estructurales o normativas que impidan a las personas ejercer efectivamente los medios de defensa previstos en el ordenamiento⁵². Así, negar a la defensa la posibilidad de activar el mecanismo de preclusión frente a causales evidentes, compromete no solo la tutela judicial efectiva, sino también al principio de legalidad, ya que mantiene abierta una actuación penal cuando jurídicamente debería cesar.

Al respecto, la jurisprudencia colombiana ha sostenido que el respeto por los derechos fundamentales de los procesados exige que el sistema penal no sea una carga *per se*, sino una herramienta racional de control social sujeta a límites materiales y procesales estrictos⁵³. Por ende, la legitimación exclusiva del fiscal

50 Figueroa Pérez, "El estándar probatorio de la preclusión".

51 Figueroa Pérez, "El estándar probatorio de la preclusión".

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de octubre de 2015: caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf.

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-873 del 19 de marzo de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

para solicitar la preclusión no puede prevalecer sobre la obligación superior del Estado de garantizar el acceso pleno a los mecanismos de protección de derechos, especialmente cuando su omisión deriva en una afectación irrazonable de la libertad personal, el buen nombre y la dignidad del procesado.

a. Reforma al Código de Procedimiento Penal vigente: Ley 2477 de 2025

La ley 2477 de 2025, que reforma la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente), introduce cambios significativos en la aplicación de su artículo 332, que regula la figura de la preclusión⁵⁴. Estas modificaciones tienen como finalidad aclarar la norma y potenciar su uso como un mecanismo de terminación anticipada del proceso penal, generando varios efectos relevantes. En primer lugar, se amplía y clarifica la potestad de la Fiscalía General de la Nación, permitiéndole solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento en cualquier momento, una vez sobrevenga cualquiera de las causales previstas en el artículo 332, incluyendo la etapa de juzgamiento. Con ello, se busca corregir una equivocada interpretación anterior que restringía al fiscal a pedir la preclusión por todas sus causales solo durante las fases de indagación e investigación, y únicamente por las causales primera y tercera durante la fase de juicio. En consecuencia, la reforma reafirma que el fiscal, como titular de la acción penal, tiene la facultad de solicitar la preclusión por todas las causales del artículo 332 en cualquier fase del proceso penal, incluso durante el juzgamiento⁵⁵.

En segundo lugar, la Ley 2477 de 2025 mantiene la facultad limitada que tienen la defensa y el Ministerio Público para solicitar la preclusión durante la etapa de juzgamiento. En este caso, se efectúa una ampliación en tanto el procesado es incluido como sujeto procesal que puede solicitar la preclusión por las mismas dos causales que su defensor y el ministerio público en etapa de juzgamiento. Esta facultad restringida permite que, cuando la Fiscalía no actúe con la debida diligencia, estos otros intervinientes puedan promover la preclusión en esos eventos

54 Colombia. Congreso de la República. Ley 2477 del 2025. *Por medio de la Cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y 1121 de 2006, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz.* Diario Oficial No. 53.178 del 2 de enero de 2025; Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004), 31 de agosto de 2004.

55 Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281 (Gaceta del Congreso, 33, n.º 2044, 2024)*, 1-19.

concretos⁵⁶.

En tercer lugar, la reforma busca incidir positivamente en la eficiencia y descongestión del sistema penal colombiano. Su principal propósito es estimular la emisión oportuna de decisiones judiciales mediante el uso de mecanismos de terminación anticipada. Al tener la preclusión el mismo efecto jurídico que una sentencia absolutoria, se pretende evitar el desgaste de llevar un proceso hasta la etapa final del juicio cuando ya se vislumbra que su resultado sería una absolución. Así, se reduciría la carga del sistema judicial, caracterizado por una excesiva formalidad y demoras significativas en la respuesta estatal, permitiendo que un menor número de casos llegue efectivamente a juicio.

Al facilitar que la Fiscalía pueda solicitar la preclusión en cualquier momento y por cualquier causal, se previene que los procesos se extiendan indefinidamente, lo cual actualmente ocasiona fenómenos de revictimización y pone en riesgo la prescripción de la acción penal. En definitiva, se busca una justicia penal pronta y eficaz, que garantice a las víctimas sus derechos a la verdad, justicia y reparación en un plazo razonable⁵⁷.

En cuarto lugar, esta ley de reforma a la justicia introduce otro aspecto fundamental relacionado con la figura de la preclusión —más allá de los cambios en cuanto a quién y cuándo puede solicitarse—: la incorporación de la reparación integral como causal directa para la terminación del proceso penal a través de la preclusión. En este sentido, la reforma propuso adicionar el artículo 78A a la Ley 906 de 2004, bajo el título “Reparación integral”, el cual establece que en ciertos delitos la acción penal se extinguirá para todos los imputados o acusados cuando cualquiera de ellos repare integralmente el daño causado. Esta extinción de la acción penal se convierte, a su vez, en una de las razones que habilita la solicitud de preclusión bajo el numeral primero del artículo 332, que la ley modifica para incluir expresamente “la configuración de cualquiera de las causales que la extinguen”⁵⁸. La exposición de motivos del proyecto es clara al señalar que se busca establecer la indemnización integral como un factor objetivo de terminación del proceso y como

56 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Justicia y del Derecho. Proyecto de Ley No. 281 de 2024 Senado: Por medio del cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz (Congreso de la República de Colombia, 2024); Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281*.

57 Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281*.

58 Ley 906 del 2004, *Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

causal de preclusión⁵⁹.

Cabe resaltar que esta nueva causal está limitada a ciertos delitos en los que el bien jurídico tutelado no trasciende la esfera individual y personalísima. Por tanto, no se trata de una norma general para todos los tipos penales, sino que aplica específicamente a delitos que admiten desistimiento, como algunas formas de lesiones personales, hurto simple de baja cuantía, estafa de menor valor, injuria, calumnia, entre otros. También incluye delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, siempre que no concurren circunstancias de agravación conforme a los artículos 110 y 121 del Código Penal; lesiones personales dolosas con secuelas transitorias; delitos contra los derechos de autor y algunos delitos contra el patrimonio económico, exceptuando el hurto calificado por violencia contra las personas y la extorsión. De forma enfática, la reforma precisa que esta causal no aplica a delitos de mayor gravedad, como los delitos sexuales o la violencia intrafamiliar⁶⁰.

En cuanto al mecanismo y condiciones para que opere la extinción de la acción penal por reparación integral, se contempla que esta puede tener lugar, incluso, en ausencia de una víctima identificada, siempre que se garantice la reparación mediante una caución u otro medio idóneo determinado por el fiscal. La reparación debe ser integral, es decir, debe cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados. El monto correspondiente puede ser acordado entre la víctima y el procesado o, en caso de desacuerdo, ser fijado por un perito. En este último caso, la víctima o su representante tienen la facultad de objetar el peritaje. Además, se establece una prohibición de reincidencia: una persona que haya sido beneficiada por esta causal no podrá volver a acogerse a ella por el mismo motivo dentro de los cinco años siguientes. Para esto, la Fiscalía General de la Nación deberá llevar un registro actualizado de estas decisiones⁶¹.

La principal finalidad de esta medida consiste en descongestionar tanto la administración de justicia como el sistema penitenciario. Se busca evitar que procesos que probablemente concluirían en una absolución o que versan sobre conductas de menor gravedad se prolonguen innecesariamente, generando un desgaste injustificado para el Estado, el procesado y la víctima. Bajo esta lógica, en los delitos menos graves, la indemnización económica es concebida como una

59 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Justicia y del Derecho. *Proyecto de Ley No. 281 de 2024*; Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281 de 2024*.

60 Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281 de 2024*, p. 10.

61 Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281 de 2024*, p. 2.

alternativa razonable que satisfice las necesidades de justicia de la víctima, sin que sea necesario recurrir a una pena privativa de la libertad. De este modo, se busca no solo incentivar el restablecimiento del daño causado, sino también reducir la carga judicial al disminuir el número de casos que llegan a juicio⁶².

En síntesis, la reforma al artículo 332 de la Ley 906 de 2004 tiene como propósito fortalecer la facultad de la Fiscalía General de la Nación para solicitar la preclusión en cualquier etapa del proceso y por cualquiera de las causales previstas, al tiempo que mantiene un papel delimitado, pero significativo, para la defensa y el Ministerio Público durante la fase de juzgamiento. Esta modificación responde a la necesidad de optimizar la eficiencia del sistema penal, reducir la congestión judicial y garantizar una respuesta oportuna y efectiva a las víctimas. Asimismo, la reforma no se limita a redefinir las competencias de los intervinientes en la solicitud de preclusión. Con la adición del artículo 78A se introduce de manera sustancial la reparación integral como una causal objetiva de extinción de la acción penal, aplicable en delitos de menor gravedad que afectan exclusivamente bienes jurídicos de carácter personal. De este modo, se consolida un mecanismo alternativo de terminación anticipada del proceso, orientado a lograr mayor agilidad, descongestión y eficacia en la administración de justicia.

b. Análisis de las causales de preclusión bajo la posibilidad de ser invocadas por la defensa

Como ya se ha señalado, el procedimiento penal colombiano consagra siete causales de preclusión, regidas por el principio de taxatividad, sin que sea posible invocar cuestiones diversas a las tipificadas en el artículo 332⁶³. Corresponde, entonces, bajo los presupuestos de igualdad y equidad, antes desarrollados, hacer el análisis, causal por causal, para fijar en cuáles existe un fundamento objetivo y razonable para privar a la defensa de su aplicación, y en cuáles existe una limitación injustificada, y, por ende, arbitraria.

A continuación, se desarrollan, no en el orden propuesto por el legislador, sino de acuerdo con los fines trazados en estas líneas, partiendo, con las causales que no revisten tanta complejidad hasta las que comportan mayor dificultad. En primer lugar, iniciamos con las causales 1 y 3, respecto de las cuales la defensa se encuentra habilitada, pero solo durante la etapa de juzgamiento; luego se prosigue con la causal

62 Senado de la República de Colombia, *Proyecto de Ley No. 281 de 2024*, p. 1.

63 Ley 906 del 2004, art. 332.

6; se continúa con aquellas que tienen una carga dogmática importante, pues se desprenden de la negación de alguno de los pilares de la teoría del delito, tales son las causales 4 y 2 (que en este orden se desarrollan); finalmente, se culmina con aquellas que pueden ser más problemáticas y, en cuyas limitaciones se puede encontrar un criterio razonable que justifique el veto impuesto por el legislador.

i. Imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal

Es claro que esta causal opera en aquellos eventos en que se frustra la pretensión punitiva del Estado por la aparición de alguna de las causales que se desarrollan en los artículos 77 del Código de Procedimiento Penal y 82 de la Ley 599 de 2000. De esta manera, la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal no se erige como una simple valoración estratégica de conveniencia procesal, sino como la consecuencia jurídica derivada de la extinción o inviabilidad misma de la pretensión punitiva estatal⁶⁴. Como quiera que la defensa se encuentra habilitada para alegar esta causal, resulta innecesario ahondar en los distintos fenómenos que ahí se desarrollan. La discusión pasaría, más bien, por establecer si el estadio procesal al cual se circunscribe es un límite adecuado o una talanquera innecesaria impuesta por el legislador.

Antes se adelantó que la causal primera, al referirse a situaciones de naturaleza objetiva, como la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción, solo puede ser invocada al condicionarse al hecho de su aparición y, por supuesto, que la parte que lo alega se percate. Si hipotéticamente estamos en un evento en el que el ente acusador imputa el punible de falsedad personal, cuya pena es multa, y el procesado paga la multa correspondiente, ¿cuál es la razón por la que no puede alegarse el instituto de la oblación en audiencia de preclusión a solicitud de la defensa?, ¿o por qué tiene que quedar atada al capricho del ente acusador que insiste en adelantar el trámite procesal para así esperar la etapa de juzgamiento que le permita alegar la causal primera?

Lo mismo se predica de figuras como el desistimiento y la caducidad, en tratándose de delitos querellables. En ese sentido, el límite temporal, que se condiciona a un estadio avanzado, además de atentar contra principios como el de economía procesal, es una atadura injusta para la defensa, quien puede salir anticipadamente del Estado- jurisdicción usando el instituto en comento, justo en el

64 Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia, Auto AEP 120-2025.

momento en que aparece.

ii. Inexistencia del hecho

Esta causal reviste mayor complejidad que la anterior, en especial, por el ámbito de comprensión de la palabra “hecho”. En efecto, comprender el alcance y contenido de la expresión *hecho* es indispensable para fijar el ámbito de aplicación del numeral tercero del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. Esta causal ha sido abordada por la Sentencia STP9737-2022 y el Auto AP2259-2025(68337) de la CSJ, cuando se afirma que la preclusión se configura cuando el material probatorio recaudado por la Fiscalía no permite establecer el mérito para acusar⁶⁵. En este contexto, debe evidenciarse la ausencia de probabilidad de verdad sobre la existencia del delito o sobre la autoría o participación del procesado en el mismo. Es decir, el punto de referencia para el juez no es el estándar de condena —“más allá de toda duda razonable”—, sino la *ausencia del estándar mínimo requerido para formular acusación*.

En otras palabras, se debe evidenciar un estándar negativo de probabilidad, ya sea respecto a la autoría, participación o la *existencia misma del hecho punible*, lo cual indica una insuficiencia probatoria que impide continuar con el proceso. Exigir una demostración plena o la ausencia total de duda sería incompatible con la estructura probatoria del sistema penal acusatorio colombiano, pues implicaría un estándar más riguroso para decretar la preclusión que para dictar una condena.

Entonces, el ejercicio aquí consiste en fijar desde qué lupa analizamos el concepto *hecho*. Si lo hacemos desde un punto de vista filosófico, podemos obtener infinitudes de respuestas, de acuerdo con la escuela o corriente de pensamiento que invoquemos. En esa medida, a partir de la epistemología, no podemos entender *hecho* como un fenómeno natural, pues ello sería regresar a una visión metafísica, aristotélica.

Aquí debemos tener en cuenta el avance a nivel filosófico, el cual nos deja claro que, cuando los seres humanos nos referimos a hechos, no nos estamos refiriendo única y exclusivamente a asuntos de tipo natural, sino a hechos de tipo institucional, que, en el ámbito del derecho, y más estrechamente del proceso penal, los conocemos como *hechos jurídicamente relevantes*, de acuerdo a las reglas constitutivas señaladas en el artículo 250 de la Constitución Política, y artículos 66,

65 Corte Suprema de Justicia. Sentencia STP9737-2022, Rad. 124820; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2259-2025, Rad. 68337.

200, 288, 322 y 337 del CPP; pues lo que interesa al proceso, y más en una posición contemporánea, es el hecho institucional o jurídicamente relevante, más no hechos de tipo natural.

Desde el lente de la dogmática, es importante mirar si la posición adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias resulta acertada o no. Y es que, si tomamos autores de la misma ciencia procesal como Devis Echandía y Taruffo, podemos cobijar sentidos distintos. Rosenberg, citado por Devis Echandía, dice que *hecho* es “todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial”⁶⁶. Por su parte, Taruffo señala que “el hecho no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es hecho lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia”⁶⁷.

Es el criterio del suscrito, que la posición más apropiada es entender *hecho* desde el punto de vista analítico-gramatical, a saber, todo cuanto sucede, ya sea natural o institucionalmente. Ahora, para quienes pretenden una interpretación demasiado amplia del término hecho, entendiéndolo, precisamente, como la inexistencia de un *hecho jurídicamente relevante*, cualquier evento implicaría que se adecua o se subsume a los distintos elementos del delito. Es decir, a la conducta, la tipicidad objetiva, la tipicidad subjetiva, la antijuricidad y la culpabilidad.

Ahora bien, si se establece que cada *hecho* que niegue uno de esos aspectos habilita aplicar la causal, ello significaría crear una posibilidad omnímoda que anularía todas las demás del artículo 332. Por ejemplo, en un caso de hurto, acreditar la ajenidad de la cosa constituye un hecho jurídicamente relevante. No obstante, la ausencia de este elemento objetivo del tipo no da lugar a que, bajo el criterio de *inexistencia del hecho*, se equipare la causal reconocida en el numeral tercero con el concepto de *hecho jurídicamente relevante*. Pretenderlo conduciría, erradamente, a introducir dicha causal, cuando en realidad lo aplicable es invocar la causal cuarta, correspondiente a la *atipicidad del hecho*.

Para cerrar este punto, vale recordar que sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-920 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), donde señala que: “en cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuando aparece intacto el documento cuya

66 Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo 1, 6.ª ed. (Bogotá: Temis, 2022).

67 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002), 92.

destrucción se atribuyó al procesado”⁶⁸.

Una interpretación teleológica también cierra las puertas a esas posturas sobredimensionadas del concepto *hecho*. Puesto que si lo que cuestionamos es la manera restrictiva con la que el legislador quiso limitar la posibilidad de la defensa de solicitar la preclusión, no es lógico pensar que con esta tipificación buscara crear una fórmula vaga, imprecisa, que actúe en subsidio o complemento de las demás, cuando, en realidad, lo que pretendió fue restringir, a lo sumo, la invocación de la figura.

iii. Vencimiento del término previsto en el artículo 294

No resulta del todo comprensible por qué el legislador no incluyó expresamente el vencimiento del término previsto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal como una causal que pueda ser invocada por la defensa, pese a tratarse de una causal objetivable, posiblemente incluso más objetiva que otras ya previstas, como la del numeral primero del artículo 332. Esta omisión se agrava si se considera que la defensa solo está habilitada para solicitar la preclusión durante la etapa de juzgamiento; sin embargo, cuando esta no se activa por la ausencia de escrito de acusación, se impide al imputado acudir a un mecanismo de cesación procesal, generando un efecto restrictivo difícilmente justificable dentro de un Estado constitucional de derecho.

Reconociendo esta problemática, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-806 de 2008, habilitó a la defensa —así como al Ministerio Público— para solicitar la preclusión cuando hayan transcurrido sesenta (60) días desde la audiencia de imputación, sin que se haya presentado escrito de acusación. No obstante, debe precisarse que dicho término fue modificado por el legislador a través de la Ley 1453 de 2011, que reformó los artículos 175 y 294 del Código de Procedimiento Penal, ampliando el plazo para la presentación del escrito de acusación a ciento cincuenta (150) días contados desde la imputación, y a doscientos diez (210) días en los supuestos de concurso de delitos, cuando existan tres o más imputados, o cuando se trate de conductas atribuidas a la competencia de los jueces penales del circuito especializado. En consecuencia, la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional debe entenderse armonizada con los nuevos plazos legales, manteniéndose la habilitación de la defensa para solicitar la preclusión, pero dentro del marco temporal ampliado por la reforma legislativa.

68 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-920 del 7 de noviembre de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

En palabras de la Corte, el artículo 294 regula un “*supuesto excepcional*”, consistente en que, ante una omisión grave del órgano de investigación, el juez puede decretar la preclusión a solicitud de la defensa o del Ministerio Público. Adicionalmente, dicha norma contempla que, en tal caso, el imputado debe quedar en libertad inmediata⁶⁹.

No obstante, la misma providencia aclara que el juez no está obligado a decretar automáticamente la preclusión, ya que el artículo 250.5 de la Constitución exige a la Fiscalía solicitarla cuando no exista mérito para acusar. Esto significa que no basta el simple transcurso del plazo, es necesario, además, que se constate la ausencia de mérito suficiente, con el fin de no desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación⁷⁰.

Esta interpretación constitucional, si bien fortalece el control judicial, también impone a la defensa una carga que excede su rol, al exigirle argumentar —aunque sea indirectamente— sobre la falta de mérito para acusar, aspecto que corresponde exclusivamente a la Fiscalía. Aunque la Corte intenta armonizar las garantías del imputado con los derechos de la víctima, esta exigencia termina por diluir la eficacia garantista del artículo 294, desnaturalizando su propósito de corregir una omisión grave de la Fiscalía y evitar la prolongación indebida del proceso.

En ese sentido, esta causal no puede entenderse como una figura que opere automáticamente —como la prescripción—, pero tampoco debe implicar que la defensa asuma funciones evaluativas del mérito probatorio. La solución razonable, conforme al principio *pro-persona* es considerar el vencimiento del término como un indicio objetivo de falta de diligencia que amerita control judicial, sin imponer a la defensa una carga de demostración que no le es constitucionalmente exigible.

iv. Atipicidad del hecho

La conducta atípica tiene un tratamiento especial en el ordenamiento procesal penal colombiano. Son varias las formas anticipadas de terminación de la actuación penal que encuentran su fundamento en el concepto de atipicidad. Encontramos así la orden de archivo de que trata el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, proferida por el fiscal, durante la etapa de indagación; la preclusión, en cualquiera de las etapas del proceso (art. 332) y la absolución perentoria, cuando luego de practicadas las

69 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806 del 20 de agosto de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806 de 2008.

pruebas en el juicio oral los hechos resultan ostensiblemente atípicos (art. 442).

La tipicidad es el primer filtro del análisis estratificado que hacemos de la conducta punible. Cabe señalar que, relativo a la figura de la preclusión, la defensa tiene una prohibición absoluta de invocarla, incluso durante la etapa de juzgamiento. Esta limitación, a mi juicio, rompe el principio de la igualdad de armas, en la medida en que el juicio de tipicidad es una herramienta que disponemos para limitar y controlar el ejercicio del poder punitivo. Cortar a la defensa el derecho de invocar el criterio de atipicidad es desconocer la función de selección y garantía que cumple el tipo penal, pues ese monopolio en cabeza de la acusación equivale a entregar el control absoluto a quien precisamente se quiere controlar con la invocación de esta categoría dogmática.

El sistema, al estar así diseñado, no solo fractura los principios en los que se fundamenta, sino que genera una incoherencia interna que lo hace insostenible⁷¹. No se entiende por qué un defensor puede, durante la indagación, elevar solicitudes de archivo al titular de la acción penal, pero no puede, del mismo modo, en cualquier estadio procesal, alegar la causal ante el juez de conocimiento. Es cierto que la orden de archivo no es una providencia y que una actuación archivada se puede reanudar, pero eso no es argumento suficiente para mutilar al defensor la posibilidad de pedir preclusión por atipicidad.

Presentemos para mayor claridad varias hipótesis. La primera de ellas: ¿qué sucedería si el ente acusador imputa una conducta que no se encuentra tipificada en la norma penal? Lo que en principio puede parecer un asunto descabellado no lo es cuando, por ejemplo, analizamos un caso en el que se imputó la *apropiación ilegal de baldíos de la nación*, que se encontraba tipificado en el artículo 337, pero que luego fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. En tal evento, bajo la limitación impuesta, el procesado y su defensa quedan limitados a la iniciativa del órgano de persecución para poner fin al proceso por medio de la preclusión.

En ese mismo sentido, puede ocurrir que, aunque la conducta se encuentre en principio tipificada en la norma penal, no se configura uno de los elementos objetivos del tipo. Un ejemplo, ya propuesto antes, es el de la ajenidad de la cosa en el hurto. Si se acredita que la cosa es propia, es decir, del mismo sujeto activo, la conducta resulta atípica, pues no se configura un elemento descriptivo del tipo.

Es digno de discusión cuando lo que se afecta es el elemento subjetivo del

71 Pedro Crespo Barquero, "La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia: referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, N°16, (2014).

tipo. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia veta, sin pensarlo dos veces, todo lo que cuestione aspectos subjetivos en ámbitos ajenos al juicio, especialmente cuando es la defensa quien lo plantea. Incluso al interpretar la figura de la *absolución perentoria*, la Corte mantiene esta postura, aunque se dé en un escenario muy adelantado del proceso, cuando ya se han practicado las pruebas y solo faltan los alegatos de conclusión de las partes. Con esa interpretación, la Corte volvió impracticable esa forma excepcional de terminación del proceso penal. En tal escenario, además, incurre en un error al considerar que la expresión “ostensible” se refiere únicamente a los elementos objetivos del tipo.

La Corte sostiene que lo ostensible es lo palpable y que lo palpable es lo objetivo. Con ello concluye que el término solo se refiere a lo objetivo, como si los aspectos subjetivos no pudieran ser también ostensibles. Sin embargo, puede ser ostensible que el autor desconocía el origen del vehículo adquirido en la receptación; o la falsedad del documento público que usa en virtud de un principio de confianza; o el ánimo de obtener provecho para sí o para un tercero en un caso de hurto. Esta barrera impuesta fractura los derechos del procesado y desconoce que el juez, en su función de limitar el ejercicio del poder punitivo, no puede cercenar la posibilidad de que la defensa haga uso de esta causal conforme a los argumentos presentados.

v. Causal de ausencia de responsabilidad penal de acuerdo con el Código Penal

Esta es otra causal que reviste una carga dogmática, quizá más elevada, que la de la causal cuarta. En efecto, al hablar genéricamente de *causal de ausencia de responsabilidad penal*, se remite al catálogo del artículo 32, el cual afecta no solo algunos de los elementos del injusto, sino que incorpora la categoría de culpabilidad y de necesidad de la pena. A diferencia de lo que disponíamos en códigos anteriores, esta norma no separa las causales de justificación de las causales de inculpabilidad. Esto se traduce en que no hay un sometimiento a ninguna corriente del pensamiento penal en particular, pues pueden ser admisibles distintas concepciones del injusto, siempre y cuando (resulta obvio) sean compatibles con la Constitución.

Está claro que establecer si una determinada causal afecta el tipo o la antijuridicidad —como la legítima defensa— depende de la concepción de injusto que se adopte. Así, si se abraza la teoría de la tipicidad indiciaria, la legítima defensa deja intacto el tipo. Por esta razón, la conducta es típica pero justificada. Distinto es cuando se aplica un derecho penal fundado en la teoría de los elementos negativos

del tipo, en el que el permiso niega la prohibición y, por ende, la presencia de la justificante convierte la conducta en atípica, bajo la regla según la cual una conducta no puede estar prohibida y permitida al mismo tiempo.

Ahora bien, independiente de la categoría que se aplique, la discusión gira en torno a la posibilidad de que la defensa invoque por fuera de juicio —es decir, en escenario de preclusión— la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad; y si queremos añadir una discusión adicional, lo que ocurre cuando la causal de ausencia de responsabilidad pueda ser invocada de acuerdo con los presupuestos del numeral cuarto, verbigracia, el error de tipo que cabe en ambas categorías.

Esta causal es la más problemática de las vistas hasta ahora porque, a diferencia de la conducta atípica, en la que el legislador recurre al estatuto procesal como espada de Damocles para guillotinar cualquier asomo de atipicidad, las causales de ausencia de responsabilidad aparecen de forma menos regular, casi limitadas a la esfera de la preclusión y la del debate del juicio oral y público. No obstante, aunque no sea una circunstancia menos *democrática* que la de atipicidad, ello no es excusa para cercenar a la defensa de la posibilidad de invocarla, pues puede solicitarse, al igual que la atipicidad, sin que ello implique una ruptura de las reglas del proceso.

A manera de aporte, proponemos que sí se pueden establecer unas limitantes. Sugerimos que en la etapa de indagación o investigación, en la cual todavía no hay un juez de conocimiento asignado —pues no se ha presentado acusación—, es factible hacer la solicitud ante un juez que, en caso de negarla, quede impedido para conocer el juicio. Como segunda limitante, proponemos que solo pueda plantearse una vez. Si ya se ha presentado el escrito de acusación, y por ende, ya existe un juez de conocimiento asignado, dando inicio formal a la etapa de juzgamiento, la causal solo pueda alegarse durante juicio oral y público, como teoría del caso; de lo contrario, se generaría una contaminación del juez de la causa y se desnaturalizaría la esencia del proceso penal de corte adversarial.

La tesis que ha hecho carrera en nuestro medio, y que desde una perspectiva técnico-jurídica limita al defensor la posibilidad de solicitar la preclusión por causales subjetivas, se sostiene en argumentos constitucionales y de interpretación sistemática que son útiles para poner en tela de juicio ese actual entender de las cosas. El primero de ellos, ya ampliamente discutido, se fundamenta en el respeto al debido proceso y en el principio de igualdad de armas, que exige que la defensa cuente con las mismas facultades que la Fiscalía. Esta regla, en principio, es clara: si el fiscal puede pedir la preclusión en cualquier momento, tanto por causales objetivas y subjetivas, la defensa también debería poder activar ese mecanismo,

incluso por razones subjetivas.

Las limitaciones que se han impuesto en perjuicio de la defensa, tanto en los momentos procesales como en las causales aplicables, trasgreden derechos de rango ius fundamental. Si bien el artículo 250 de la Constitución faculta a la Fiscalía para elevar la solicitud de preclusión ante el juez de conocimiento, es claro que no prohíbe que la defensa pueda hacerlo. Por esta razón, el límite impuesto por el legislador carece de sustento superior. Y, aunque puede pretender justificarse en la lógica del sistema, este no se desnaturaliza con la concesión de esa garantía a ambos extremos procesales.

Aunado a ello, se configura una clara violación al principio constitucional de prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales. Esto ocurre no solo por la restricción misma, sino también en aquellos casos en los que resulta evidente la configuración de la causal, pero la defensa se encuentra limitada a que sea la Fiscalía quien pueda solicitarla. De esta manera, se niega una protección integral —por la aplicación de un mayor número de causales— y oportuna —por la posibilidad de alegarlas en cualquier estadio procesal—.

La exploración del ámbito interno o de lo subjetivo no debería quedar reducida solo al escenario del juicio oral. Permitir que solo la Fiscalía determine si procede o no la preclusión, incluso cuando existen elementos de fondo como la inimputabilidad o error de prohibición, restringe el acceso de la defensa a un mecanismo que debería estar a disposición de las partes. Un error de prohibición que niega la conciencia de la antijuridicidad debería poder ser abordado por la defensa en sede de preclusión, en igualdad de condiciones con la Fiscalía. La misma podría aplicarse también (y solo se enlista, a manera de ejemplo) a un trastorno mental permanente. En consecuencia, nada impide que se haga una interpretación evolutiva y sistemática acerca de este instituto que permita dicha posibilidad, especialmente cuando se trata de garantizar derechos fundamentales.

vi. Causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia

Consideramos que esta es la única causal que debe estar vetada a la defensa. Además, el fundamento de esa limitante es de naturaleza constitucional. En efecto, el ente acusador es quien tiene la carga de la prueba y la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. Si es la fiscalía quien tiene la carga, es solo ella quien decide si puede soportarla o si la misma le resulta insoportable. Así como

no es admisible que la Fiscalía pretenda que una persona renuncie a su derecho de tener un juicio oral y público bajo el argumento de que le será imposible demostrar su inocencia, lo mismo debe aplicarse en sentido contrario. Es un irrespeto absoluto que la defensa enrostre anticipadamente a su contraparte de una incapacidad jurídica para cumplir con el rol que le compete, aunque internamente esté convencida de tener razón.

Así, la causal de imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia está llamada a ser, a lo sumo, el fundamento de una buena hipótesis para ser planteada como teoría del caso, pero nunca como una causal para frustrar el ejercicio de la acción penal. Además, abrir la puerta en tal sentido es desdibujar la facultad que tiene el Estado de activar el ejercicio de la acción penal.

vii. Ausencia de intervención del imputado en el hecho

En esta causal no se cuestiona la existencia del hecho ni su relevancia jurídico-penal, sino la no intervención del procesado en el mismo. En otras palabras, no cuestionamos ninguna de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino la autoría o participación. En este sentido, es apropiado analizar si privar a la defensa de la posibilidad de alegar preclusión en este evento es justificado o si, por el contrario, es un tópico que debe debatirse, única y exclusivamente, en sede de juicio oral. Aquí la balanza no se inclina tan fuerte como en las antes cuestionadas, pese a ello, creemos que la defensa puede hacer uso de esta causal, con algunas limitantes similares a las que se propusieron en el punto sobre causales de ausencia de responsabilidad penal.

Estas limitantes incluyen, en primer lugar, que si la solicitud se presenta en la etapa de indagación o investigación —cuando aún no hay un juez de conocimiento asignado, pues no se ha formulado la acusación—, esta deba tramitarse ante un juez que, en caso de negarla, quede impedido para conocer del juicio. En segundo lugar, que solo pueda plantearse una vez. Finalmente, una vez presentado el escrito de acusación y asignado el juez de conocimiento, la solicitud únicamente pueda alegarse en el desarrollo del juicio oral y público, como parte de la teoría del caso.

6. Conclusiones

1. El principio de igualdad de armas se considera un aspecto único del derecho que aboga por un juicio justo, por lo que es el actor más crucial que subyace a la imparcialidad de un sistema penal acusatorio. En este sentido, la jurisprudencia

establece que no es imprescindible probar un perjuicio directo para que se configure una violación de este principio; basta con que exista una apariencia razonable de desigualdad o una vulneración potencial del derecho de defensa.

2. En un Estado Social de Derecho, basado en una sociedad democrática, equitativa e igualitaria, la defensa y el mismo Estado deben velar por los intereses de todas las partes e intervinientes en el proceso penal, ya que el derecho a una defensa —que incluye el principio de igualdad de armas— es una prerrogativa que contribuye a la consecución de la justicia.

Aunque el principio es reconocido por la jurisprudencia nacional, existe un reconocimiento expreso y más garantista por parte de los Tribunales internacionales. Por ello, resulta auspicioso este comienzo de transformación de la justicia. Es de esperar que, tanto a nivel legislativo como judicial, se continúe trabajando en la creación de nuevos mecanismos formales que atenúen las prerrogativas procesales del Estado y permitan armonizar los principios, garantías y lineamientos jurídicos propios de cada ordenamiento legal.

3. Existe un desbalance constitucional en la configuración de la preclusión. La restricción impuesta a la defensa para solicitar la preclusión solo por determinadas causales —especialmente aquellas de contenido dogmático subjetivo— vulnera el principio de igualdad de armas y el debido proceso. Al conferirle exclusivamente a la Fiscalía la facultad de invocar estas causales, se desnaturaliza el rol activo de la defensa en el proceso penal acusatorio y se refuerza una asimetría injustificada en el ejercicio de garantías fundamentales.

4. El principio de taxatividad que rige las causales de preclusión no puede leerse de manera aislada ni restrictiva. Debe armonizarse con el bloque de constitucionalidad y con los principios estructurales del sistema acusatorio colombiano. En tal sentido, una interpretación evolutiva y sistemática permitiría habilitar a la defensa para invocar legítimamente causales de naturaleza tanto objetiva como subjetiva. Esto en aras de salvaguardar derechos fundamentales y garantizar la economía procesal.

5. Resulta imperativo revisar el diseño legal actual de la figura de la preclusión, en particular lo concerniente a las facultades procesales de la defensa. El acceso limitado que hoy tiene a este instituto compromete seriamente la coherencia interna del sistema y perpetúa prácticas incompatibles con un modelo penal adversarial garantista. Permitir a la defensa invocar todas las causales —bajo reglas de prudencia y límites procesales razonables— constituiría un avance hacia un proceso verdaderamente equilibrado, eficaz y respetuoso de los derechos de todas las partes.

6. Por último, la reforma introducida por el Proyecto de Ley 281 de 2024,

actualmente Ley 2477 de 2025, representa un avance normativo significativo, ya que robustece la facultad de la Fiscalía para solicitar la preclusión en cualquier etapa del proceso, haciendo uso de todas las causales. Al mismo tiempo, mantiene la posibilidad de intervención de la defensa y el Ministerio Público en el juicio — aunque de manera limitada— y amplía esta facultad al procesado. Sin embargo, aunque estas modificaciones buscan descongestionar el sistema judicial y mejorar la eficiencia del proceso penal, persisten asimetrías estructurales que afectan el principio de igualdad de armas. La incorporación de la reparación integral como causal de extinción de la acción penal constituye un paso hacia una justicia restaurativa; no obstante, su aplicación restringida a ciertos delitos y bajo condiciones específicas exige un diseño normativo más inclusivo y garantista que contemple el rol activo de la defensa en pie de igualdad, sin trasladarle funciones que corresponden exclusivamente al ente acusador.

7. Finalmente, este artículo propone que la implementación oportuna del principio de igualdad de armas —con relación a la preclusión— no es solo esencial, sino que también podría ser un pilar fundamental para el fortalecimiento y la equidad del sistema penal colombiano, promoviendo un sistema más justo y eficiente.

7. Referencias

- Acosta, Andrés. "La preclusión a partir del principio de igualdad de armas". *Revista Verba Iuris* 13, n° 39, Bogotá, Universidad de la Sabana, (2018): 123-137.
- Arias Duque, Juan Carlos. *La nacional de capacitación: Sistema nacional de Defensoría Pública*. Bogotá: Defensoría del Pueblo; USAID, 2006.
- Benjumea Gutiérrez, Pablo. "Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 12, n°1 (2011).
- Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice. *University of Texas School of Law*. <https://law.utexas.edu/humanrights/>
- Bundesministerium der Justiz. *Strafprozessordnung (StPO) [Código de Procedimiento Penal de Alemania]*. Obtenido de: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>
- Calderón Trujillo, Lina Juleth. *Aplicabilidad de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano frente a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la libertad*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2015.
- Chiappe, Yolanda. *El derecho de defensa frente a la formalización de la investigación*.

Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013.

Chile. Congreso de la República de Chile. Ley 19.696. (12 de octubre de 2000). Código de Procedimiento Penal de Chile. Santiago, Chile: Diario Oficial de la República de Chile.

Colombia. Constitución Política de 1991.

Comisión Europea de Derechos Humanos. Caso Herbert Ofner and Hopfinger contra Austria (Caso No. 166, Report of the Commission, 23 de noviembre de 1962).

Comité de Derechos Humanos de la ONU. "Observación general núm. 32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (CCPR/C/GC/32)". (23 de agosto de 2007). Obtenido de: <https://www.refworld.org/es/leg/coment/ccpr/2007/es/52583>

Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Comunicación No. 1347/2005. Caso Dudko contra Australia*. Naciones Unidas, 2007.

Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Comunicación No. 1086/2002. Caso Weiss contra Austria*. Naciones Unidas, 2003.

Congreso de la República de Colombia. Ley 906. (31 de agosto de 2004). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.657.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1453 (24 de junio de 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.110.

Congreso de la República de Colombia. Ley 2477. (2025). Diario Oficial No. 53.178. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=184393>

Congreso de la República del Perú. Decreto Legislativo N.º 957. (22 de julio de 2004). Código Procesal Penal. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Cordón Aguilar, Julio César. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Tesis Doctoral. España: Universidad de Salamanca, 2011. Obtenido de: <https://doi.org/10.14201/GREDOS.11065>

Corte Constitucional. Sentencia C-873 del 19 de marzo de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas

Hernández).

Corte Constitucional. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. Sentencia C-920 del 7 de noviembre de 2007 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. Sentencia C-118 del 13 de febrero de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. Sentencia C-806 del 20 de agosto de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional. Sentencia C-067 del 18 de marzo de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (1 de octubre de 1999). San José, Costa Rica. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09. *La figura del juez ad hoc y la igualdad de armas en el proceso ante la Corte Interamericana en el contexto de un caso originado en una petición individual* (29 de septiembre de 2009). San José, Costa Rica. Obtenido de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del: caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Octubre 5 de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4924-2018 del 7 de noviembre de 2018. Rad. 52.232 (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP9737-2022 del 21 de julio de 2022. Rad. 124.820 (M.P. M. Ávila Roldán).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia STP9737-2022 del 21 de julio de 2022. Rad. 124820 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP2259-2025 del 2 de abril de 2025. Rad. 68337 (M.P. José Joaquín Urbano Martínez).

Corte Suprema de Justicia. Sala Especial de Primera Instancia. Auto AEP 120-2025 del 17 de septiembre de 2025. Rad. 01349 (M.P. B.N. Barreto Ardila).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Fiscalía General de la Nación y Ministerio

de Justicia y del Derecho. *Proyecto de Ley No. 281 de 2024 Senado: Por medio del cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia, 2024.

Crespo Barquero, Pedro. "La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia: referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013". *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* N° 16, (2014): 219-279.

Daza González, Alfonso. "El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002". *Revista Principia Iuris*, n.º 12 (2009): 129–150.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 6.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2022.

España. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se expide la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. *Boletín Oficial del Estado* (BOE-A-1882-6036). 1882. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1882-6036>

Fernández, Whanda. "El mito de la igualdad de armas". *Legis Ámbito Jurídico*, n.º 1 (2014).

Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Filosofía y derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021.

Figuroa-Pérez, Andrés F. *El estándar probatorio de la preclusión*. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.

Gascón-Abellán, Marina, Michele Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán, Josep Aguiló Regla y Pablo Raúl Bonorino. *Proceso, prueba y estándar*. Lima: ARA, 2009.

Gutiérrez, Sindy Raquel. *Vencimiento de términos como causal de preclusión: Transmutación a una causal subjetiva*. Tesis de Especialización. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2016.

Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

- Mrčela, Marin. "Adversarial Principle, the Equality of Arms and Confrontational Right—European Court of Human Rights Recent Jurisprudence". *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, n°1 (2017): 15–31.
- Nieva-Fenoll, Jordi. *La razón de ser de la presunción de inocencia [The raison d'être of presumption of innocence]*. Semantic Scholar, 2016.
- Olano García, Hernán Alejandro. "Teoría del control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales* 1, n° 14 (2016): 61–94.
- Otero Mendoza, Iván Alfredo. "Ineficacia del ejercicio del derecho a la defensa técnica en el proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas". *Temas de Defensa Penal* (Tomo I). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2014.
- Peñaranda-Quintero, Héctor Ramón. "Principio de equidad procesal". *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences* 21, n°1 (2009): 487–494. Obtenido de: <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA0909140487A>
- Perú. Congreso de la República. Decreto Legislativo N.º 957. (22 de julio de 2004). Código Procesal Penal. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Rodríguez-García, Nicolás y Renato Machado de Souza. "La justicia negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades". *Revista General de Derecho Procesal*, n° 55 (2021): 1–39.
- Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil (Tomo 1)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- Sanz Mulas, Nieves. "Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión". *Justicia* 16, n° 20 (2011): 124–150. Obtenido de: https://www.semanticscholar.org/paper/31b0de1f87094ccf8a720093455eaf62d8b3ac2e?utm_source=consensus
- Senado de la República de Colombia. *Proyecto de Ley No. 281*. Gaceta del Congreso, 33(2044), 1-19. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2024.
- Solórzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral* (4ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de J. Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.
- Toscano, Fredy. *Metodología de la investigación. Guía práctica con las preguntas más frecuentes en la elaboración de una tesis en derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Trejo, Lisi. "Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad

de armas como garantía constitucional del imputado". *Aequitas Virtual* 9, n° 23 (2014).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Neumeister contra Austria (Solicitud No. 1936/63, Juicio, 27 de junio de 1968).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Borgers contra Bélgica (Sentencia 12005/86, 30 de octubre de 1991).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Caso Ruiz-Mateos contra España. Junio 23 de 1993.

United States Courts, *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 48: Dismissal*. Administrative Office of the U.S. Courts. Obtenido de: <https://www.uscourts.gov>

Uprimny, Rodrigo, Gerardo Barbosa, Alejandro Aponte, Oscar Julián Guerrero, Darío Bazzani y José Joaquín Urbano. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá: Imprenta Nacional, 2005.

Urbano-Martínez, José Joaquín. *¿Dudar y condenar?: la repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.



Bibliografía

Reseña de: Luigi Ferrajoli. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2025

BENAVIDES HERRERA, BRYAM NICOLÁS

BENAVIDES HERRERA, BRYAM NICOLÁS, “Reseña de: Luigi Ferrajoli. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*”, Editorial Trotta, 2025, *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Reseña de: Luigi Ferrajoli. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*. Editorial Trotta, 2025.

Review of: Luigi Ferrajoli. Justice and politics. Crisis and restoration of penal garantism

BRYAM NICOLÁS BENAVIDES HERRERA*

La publicación en 2025 de *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal* coincide con el trigésimo aniversario de la primera traducción al español de *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, obra aparecida originalmente en italiano en 1989 y considerada por algunos como el texto que consolidó el reconocimiento internacional de Ferrajoli¹.

A día de hoy resulta indiscutible la trascendencia de este texto clásico en la filosofía del derecho penal, cuya influencia se ha proyectado de manera sostenida tanto en el debate europeo como en el latinoamericano. Por ello, el subtítulo de su nueva obra —que alude a la crisis del garantismo y a las propuestas para su

* Abogado. Especialista en Derecho Penal y Magíster en Derecho (Investigación) de la Universidad del Norte-Barranquilla, Colombia. Estudiante del Doctorado en Responsabilidad Jurídica-Estudio Multidisciplinar. Universidad de León, España. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Contacto: bbenavides@utb.edu.co

¹ Rodolfo Moreno, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 40, no.120 (2007).

refundación— promete potenciar la discusión sobre las fuentes de legitimación de la justicia penal, las garantías mínimas en materia de delitos, penas y procesos, así como una crítica a la finalidad preventiva a la luz del constitucionalismo global.

La primera parte del libro, titulada *El modelo garantista de la justicia penal y su actual crisis*, concentra algunas de las reflexiones más sugerentes del autor. Aunque son numerosos los aspectos destacables de este apartado, y siempre queda la invitación al lector a acudir al texto completo, se resaltan algunos de los tópicos más significativos: en primer lugar, sobresale una reflexión profunda sobre el papel de la cognición judicial y las garantías sustantivo procesales que permiten maximizar la verificabilidad y falsabilidad, al menos en abstracto, de las hipótesis judiciales. Ferrajoli reivindica la necesidad de una *argumentación equitativa*², sensible a la singularidad de los casos, pero a la vez firme en su rechazo a cualquier forma de creacionismo judicial. Esta postura se extiende también a su crítica a la idea —cada vez más difundida— de una “justicia predictiva” basada en inteligencia artificial, la cual considera incompatible con los principios epistémicos y normativos del garantismo. Para los estudiosos del derecho procesal y de la teoría de la prueba, estas páginas resultan particularmente indispensables.

Por otra parte, Ferrajoli retoma con fuerza su defensa de un utilitarismo penal no demediado: *el derecho penal mínimo*. Reafirma el profesor italiano que la legitimación del derecho penal descansa en su función de minimizar la violencia y el arbitrio en la sociedad: tanto en la prevención de los delitos como en el control de las penas informales, las venganzas, la justicia por propia mano y los abusos policiales que surgirían en ausencia de garantías sustantivas y procesales³.

Finalmente, aunque muchos de los ejemplos que ilustra Ferrajoli sobre la crisis del modelo garantista se apoyan en el contexto socio jurídico italiano, varios resultan plenamente aplicables a la realidad colombiana. Entre ellos, el avance del populismo punitivo, la debilidad en la separación de poderes, la sobreproducción legislativa, la erosión del principio de estricta legalidad penal, el desbordamiento de los tipos en blanco y la falta de claridad normativa, entre otros fenómenos que también encuentran presencia en nuestro escenario jurídico⁴.

2 En sus términos: “La *argumentación equitativa* se refiere, en cambio, a las connotaciones específicas que hacen del caso concreto, empíricamente probado y jurídicamente calificado, un caso siempre diferente de todos los demás, por más que unidos por las mismas connotaciones legales y designados por los mismos *nomina iuris*”. Luigi Ferrajoli. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*. (Madrid: Trotta, 2025), 42.

3 En este derrotero vuelve a posicionarse en contra de las supuestas consecuencias del abolicionismo penal, que según su opinión, nos devolverían al estado de naturaleza.

4 Al respecto véase: Juan Sotomayor, “¿El derecho penal garantista en retirada?”, *Revista Penal*, n.º 21 (2008). Una reflexión crítica sobre los tipos en blanco en un Estado autoritario en Jaime Sandoval, “Derecho penal y Estado autoritario. Crítica y propuesta desde una perspectiva alternativa de ciencia penal integrada en Colombia”, en

A partir de estas consideraciones iniciales, el libro avanza hacia su segundo gran bloque. La segunda parte, titulada *Por una refundación del garantismo penal*, reúne las principales propuestas de Ferrajoli en torno a la actualización y fortalecimiento del modelo garantista. Este apartado se estructura en torno a lo que el autor denomina el “programa de un derecho penal garantista”, cuyo eje central es una recapitulación sistemática de las garantías en materia de delitos, penas y procesos. Asimismo, comprende una reflexión sobre el ordenamiento judicial y la deontología de los jueces, un análisis de la prevención de la criminalidad y, finalmente, una discusión sobre los desafíos que plantea el garantismo frente a los por él denominados, crímenes del sistema.

En cuanto a su programa garantista, Ferrajoli retoma muchas de las tesis desarrolladas originalmente en *Derecho y Razón*, aunque ajustadas a las transformaciones del derecho penal contemporáneo. Así, defiende con determinación la teoría del bien jurídico⁵ y critica con agudeza las posturas autorreferenciales del *derecho penal del enemigo* y la expansión acrítica de los delitos de peligro abstracto. Un aporte particularmente relevante en esta parte es la formulación de tres “falacias penalistas”: (i) la ilusión de que un derecho penal máximo posee mayor eficacia disuasoria; (ii) la ilusión de que la prevención del delito puede alcanzarse exclusivamente mediante instrumentos penales; y (iii) la ilusión de que los delitos previstos y tratados por el derecho penal son los únicos crímenes merecedores de prevención.

En la discusión de estas falacias, Ferrajoli desarrolla propuestas ya clásicas en su pensamiento, como la articulación entre un *derecho penal mínimo* junto a un *derecho social máximo* para tomarse en serio la finalidad preventiva; y la eliminación del “derecho penal declamatorio”, entendido como el uso político e irracional de la legislación penal, típico de la guerra contra las drogas. También presenta otras iniciativas más disruptivas, entre estas últimas destaca su propuesta de prohibir integralmente las armas de fuego como bienes ilícitos por naturaleza mortífera, no solo en su posesión y comercio, sino en su producción misma. A partir de esta reflexión, concluye que la humanidad continúa pagando un “absurdo tributo” de miles de vidas a la industria armamentista, impidiendo la consolidación del monopolio público de la fuerza vislumbrado desde Hobbes.

La crudeza de los conflictos armados contemporáneos, particularmente en

Criminología y Derecho penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli (Bogotá: Temis, 2021).

5 “Una teoría garantista y constitucional del delito debe partir de una concepción heteropoyética y empírica del daño que ancle los bienes jurídicos merecedores de tutela penal a derechos e intereses de relevancia constitucional” Luigi Ferrajoli. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*, 196.

escenarios como la franja de Gaza o la guerra entre Rusia y Ucrania, lleva al autor a plantear la necesidad de reconstruir la jurisdicción internacional para enfrentar los crímenes de sistema. De este modo, propone una reforma hacia la independencia y universalidad de la Corte Penal Internacional —así opere provisionalmente solo como un tribunal de la verdad— y el establecimiento de garantías globales de paz, derechos sociales y sus correspondientes instituciones de garantía. En este marco, Ferrajoli formula incluso un conjunto de principios globales de derecho penal que apuntan hacia una especie de unificación penal, propuesta que, como su conocida *Constitución de la Tierra*, seguramente suscitará un debate intenso.

En nuestra opinión, aunque algunos podrían considerar estas propuestas para la refundación del garantismo como utópicas o irrealizables, Ferrajoli nos invita a distinguir entre dos formas de realismo: un “realismo vulgar”, expresado en la idea conformista de que no hay alternativas a lo que acontece, y un “realismo racional”, que consiste en enfrentar las injusticias y las catástrofes derivadas del libre juego de las relaciones de poder mediante la elaboración teórica y la implementación normativa de remedios capaces de impedirlos. Desde esta perspectiva, la refundación del garantismo penal que propone Ferrajoli se presenta no solo como una aspiración teórica, sino como un proyecto orientado a asegurar la paz, la igualdad, la dignidad humana y la convivencia civil en un mundo cada vez más amenazado por la violencia y la desinstitucionalización.

Bibliografía

- Ferrajoli, Luigi. *Justicia y política. Crisis y refundación del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2025.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 11ª ed. Madrid: Trotta, 2025.
- Moreno, Rodolfo. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales". *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 40, no.120, (2007): 825-852.
- Sandoval, Jaime. "Derecho penal y Estado autoritario. Crítica y propuesta desde una perspectiva alternativa de ciencia penal integrada en Colombia". En *Criminología y Derecho penal, para el debate. Homenaje a Roberto Bergalli*, 491-511. Coordinado por Álvaro Orlando Pérez, Emilio García Méndez, Jesús A. Muñoz, Analía Ploskenos, Iñaki Rivera. Bogotá: Temis, 2021.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "¿El derecho penal garantista en retirada?". *Revista Penal*, n.º 21 (2008): 148-164.



Jurisprudencia

Comentario a la Sentencia STP5152-2026
**Redención de pena 2 x 3 (dos días de reclusión por tres días de trabajo,
estudio o enseñanza)**
HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO

**Entre la protesta y el terrorismo: crítica dogmática y procesal a la Sentencia
SP022-2025 de la Corte Suprema de Justicia**
BETANCOURTH MONTENEGRO, ALBERTO

HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ, NORBERTO, “Comentario a la sentencia STP5152-2026 Redención de pena 2 x 3 (dos días de reclusión por tres días de trabajo, estudio o enseñanza)”, *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

**Comentario a la Sentencia STP5152-2026
Redención de pena 2 x 3 (dos días de
reclusión por tres días de trabajo, estudio o
enseñanza)**

*Two days of imprisonment for three days of work, study or
teaching (punishment reduction)
Comments on the sentence by the Colombian Supreme
Court (STP5152-2026)*

NORBERTO HERNÁNDEZ-JIMÉNEZ*

* Profesor asociado y Tutor del Semillero 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: norberthernandezj@javeriana.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5074-5049>. Documento derivado del proyecto de investigación “Análisis psico-jurídico de la política criminal colombiana” (ID 21309).

Mediante comunicado No. 07 del 18 y 19 de febrero de 2026, la Corte Constitucional dio a conocer que declaró exequible el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, tras encontrarse una conexidad razonable (Sentencia C-030 de 2026). En el comunicado se enfatiza que *“el trabajo es un mecanismo de redención y una oportunidad de resocialización que traza un puente hacia la libertad”*¹. Con esta afirmación se sigue lo reiterado por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia SU-122 de 2002, relacionando (i) el trabajo, (ii) la educación y (iii) las actividades recreativas, deportivas y culturales, entre otras, como núcleo esencial del derecho a la libertad, siendo el mecanismo indispensable para lograr la resocialización (Sentencia T-448 de 2014)².

Ahora bien, como habíamos comentado con anterioridad³ esta norma había sido inaplicada en sede de ejecución de la pena, acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad, tras considerar que se afectaba el principio de unidad de materia⁴. Esta interpretación es improcedente en la actualidad, con base en el criterio de autoridad sentado por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia C-030 de 2026 —se repite—) y que ya había sido anticipado en la Sentencia STP14521-2025 de la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Gerson Chaverra Castro y en el auto del 4 de septiembre de 2025 (Rad. 050016000000201900867, M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras) de una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín⁵.

De hecho, esta última providencia no solo sirvió como antesala para la Sentencia STP14521-2025 sino también para la Sentencia STP5152-2026⁶ (objeto del presente comentario). Así, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, a la vanguardia de una interpretación enmarcada en clave de resocialización, había señalado que la reforma en materia de redención de pena consagrada en el artículo

1 Resultado fuera del texto original. Se hace énfasis en que el trabajo es *una* oportunidad de resocialización, al igual que el estudio y la enseñanza, que son las actividades analizadas bajo una aplicación igualitaria del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025, en la Sentencia STP5152-2026.

2 En el mismo sentido, la Sentencia SU-306 de 2023.

3 Norberto Hernández-Jiménez, “Comentario a la sentencia STP14521-2025. ¿Redención de pena con base en la reforma laboral?”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 21, N° 105 (2025): 283–287.

4 Esta situación también es señalada en la página 50 de la Sentencia STP5152-2026.

5 En sentido similar, providencia del 26 de noviembre de 2025 (Rad. 68679220400020250017000) de una Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, M.P. Luis Elver Sánchez Sierra. *Contrario sensu*, providencias del 5 de septiembre de 2025 [Rad. 053606099057201907485 (NI 2020E4-01989), M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez] y del 23 de enero de 2026 (Rad. 05001600000020160019302, M.P. César Augusto Rengifo Cuello) de las Salas Penal Nos. 10 y 11 del Tribunal Superior de Medellín.

6 Incluso para la Sentencia C-030 de 2026, señalando *ex ante* la superación del criterio de unidad de materia, relacionado con el trabajo carcelario.

19 de la Ley 2466 de 2025 no solo cobijaba al trabajo, sino también a la enseñanza como una actividad laboral “cualificada”⁷. Con base en lo anterior, se habilitó la interpretación analógica *in bonam partem* de esta norma, considerando que incluso, sería aplicable para estudios y las actividades asimilables⁸.

En sentido similar, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga [Rad. 19573-60-00-631-2009-00149-01 (AC-699-25), M.P. Carlos Andrés Guzmán Díaz], mediante providencia del 18 de diciembre de 2025 concedió la redención de pena por estudio con base en la misma proporción establecida en el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025, inicialmente establecida para las actividades laborales⁹. Esto, tras aplicar un juicio integrado de igualdad y señalar que *“no existe una diferencia verificable, en relación a la resocialización, en otorgarle un ‘mayor valor’ al trabajo que al estudio o la enseñanza”*. También tuvo en cuenta esta Sala —con base en las estadísticas del INPEC—, que la mayoría de la población privada de la libertad tiene un nivel educativo bajo. Con base en lo anterior concluye que *“quien estudia para lograr su título en secundaria o la realización de algún curso técnico o profesional también se preparará para la vida en sociedad, así como el sujeto que aprovecha su conocimiento para instruir a otros”*.

Empero, esta hermenéutica se ratifica mediante Sentencia STP5152-2026 (10-03-26) en donde la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, con ponencia del Magistrado José Joaquín Urbano Martínez, concluye que *“la proporción de la redención de pena, prevista para el trabajo de la Ley 2466 de 2025 sí es aplicable a las labores de estudio y enseñanza que*

7 En sentido similar, la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [STP21832-2025 (11-12-25), M.P. Gerson Chaverra Castro] había advertido que era viable considerar la enseñanza en actividades productivas y ocupacionales como actividades de trabajo y, por ende, susceptibles de quedar inmersas en la cobertura del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025. No obstante, consideró que no resultaba más favorable porque debía cuantificarse la misma intensidad horaria de las actividades laborales [24 horas (3 días de trabajo)] a cambio de 2 días de pena privativa de la libertad, para evitar la *lex tertia*. En la tabla No. 1 se propone una visión alternativa, respaldada por la Sentencia STP5152-2026.

8 En la Sentencia STP5152-2026 se acude a la Resolución 010383 de 2022 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) que reglamenta las actividades de trabajo, enseñanza y los programas de educación válidos para evaluación y certificación de tiempo para la redención de pena, en donde se agrupan aquellas en actividades productivas y ocupacionales, para concluir que *“el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025 consagró un nuevo régimen de redención de pena que congloba todas las actividades productivas y ocupacionales”* [64].

9 En sentido similar, providencia del 20 de marzo de 2026 [Rad. 76834600014420230031701 (AC-130-26)] de otra Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga, M.P. Martha Liliana Bertín Gallego.

10 *Contrario sensu*, la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había señalado que la reforma solo beneficiaba las actividades de redención de pena por trabajo y no era extensible para estudio y enseñanza [STP17313-2025 (20-10-25), M.P. Carlos Roberto Solorzano Garavito]. Aunque la misma Sala reiteró este precedente en la Sentencia STP695-2026 (29-01-26) señalando que el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025 *“no puede extenderse por analogía a supuestos no expresamente regulados, como lo serían las actividades académicas”*, en la Sentencia STP6893-2026 (14-04-26) adoptó el criterio fijado en la Sentencia STP 5152-2026. Lo mismo hizo la Sala de Decisión de Tutelas No. 3, con ponencia del Magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán [Sentencia STP8152-2026 (07-05-26)], unificando la postura de la Sala de Casación Penal.

los reclusos realizan en los establecimientos penitenciarios" [75]¹¹. Para arribar a esta conclusión, comenzó analizando los fundamentos convencionales y constitucionales de la pena, enfatizando en la dignidad del sujeto y su no cosificación¹².

Posteriormente, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emprendió una investigación¹³, en donde analizó las fluctuaciones punitivas desde 1980 hasta 2026, encontrando que el derecho penal colombiano está en permanente reconfiguración. Incluso, acude al rótulo de "expansión" punitiva¹⁴, el cual es citado en varias oportunidades [28, 30, 34 y 36].

Igualmente, contrastó las cifras de encarcelamiento con base en los datos suministrados por el INPEC, lo que la lleva en un apartado a concluir que, las disposiciones de excarcelación, sustitución de la detención intramural y otras medidas provisionales en tiempos de COVID-19, *explican una reducción* [30]. Aunque reconocemos el valor de este estudio adelantado por la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es importante hacer dos precisiones sobre su lectura del encarcelamiento en tiempos de pandemia, que nos generan una alerta:

1. El análisis cuantitativo descuida el subregistro de las cifras del INPEC; por ejemplo, en relación con los centros de detención transitoria¹⁵. Así, la verdadera explicación es un "enroque" entre estos últimos y los establecimientos penitenciarios y carcelarios administrados por el INPEC, que cerraron sus puertas, colapsando los Centros de Detención Transitorios, actualmente declarados en estado de cosas inconstitucional (Sentencia SU-122 de 2022).
2. El análisis cuantitativo carece de cifras relacionadas con el número de personas beneficiadas con el Decreto 546 de 2020, que fue muy reducido (ver gráfico No. 1), versus las libertades ordinarias concedidas por los Jueces de Ejecución de Penas y la sustitución de la pena intramural por

11 Los números entre llaves corresponden a la página de la Sentencia STP5152-2026, en donde se encuentra localizado el argumento.

12 Este argumento es reiterado en las páginas 14, 16, 46 y 77 de la Sentencia STP5152-2026.

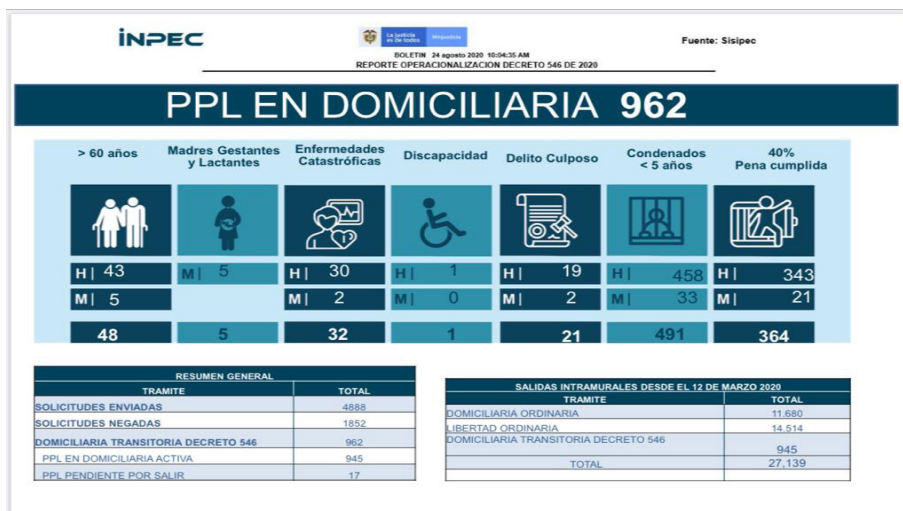
13 Rotulada como "*Estudio empírico-cuantitativo de variación normativa y punitiva para hacer una aproximación, con base en datos verificables, a la evolución y dimensión del sistema penal colombiano*" [17].

14 Sobre el tema, ver Jesus María Silva-Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Madrid: Civitas, 2001.)

15 Al respecto, ver Norberto Hernández-Jimenez y Cristina Aranguren-Páez, "Comentario a la sentencia SU-122 de 2022. Estado de cosas inconstitucional en centros de detención transitoria", *Nuevo Foro Penal*, vol. 18, N° 98 (2022): 181–194.

domiciliaria (artículo 38 del Código Penal)¹⁶.

Gráfico No. 1. Excarcelación en tiempos de COVID-19



Fuente: Boletín del 24 de agosto de 2020, Reporte operacionalización del Decreto 546 de 2020. SISIPEC

A su vez, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recaudó cifras sobre las actividades de redención de pena que realiza la población privada de la libertad, lo cual le permite concluir que *“la ejecución penitenciaria conserva espacios efectivos de tratamiento y orientación resocializadora”* [36]. Este sin lugar a dudas es un fundamento empírico para la decisión finalmente adoptada; sin embargo, estos datos deben ser analizados con cautela, ya que las actividades que se ofrecen intramuros pueden ser inútiles e improductivas y no logran concretar el fin resocializador¹⁷. De esta manera, se concluye con Foucault que la cárcel en realidad fabrica *“un verdadero ejército de enemigos interiores”*¹⁸.

16 Al respecto, ver Norberto Hernández-Jiménez; María Catalina Rodríguez Borrero y Valeria Rodríguez Echeverry, “La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárceles colombianas en tiempos de COVID-19”, *Estudios de Derecho*, 78 (171), (2021): 271-296.

17 Norberto Hernández-Jiménez, *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, 2018), 34.

18 Michel Foucault, “La sociedad punitiva”. En: *La vida de los hombres infames* (Madrid: La Piqueta, 1990), 23

Ahondando en argumentos locales y contemporáneos, en la Sentencia T-762 de 2015 se había reprochado la “*imposibilidad de realizar actividades tendientes a la resocialización o a la redención de la pena*”, advirtiendo que

el Sistema Carcelario actual no dispone de parámetros comunes y claros sobre los programas de resocialización, como consecuencia del abandono que ha tenido la reinserción social de quien ha cometido un delito, en la Política Criminal. La consecuencia de lo anterior es la desarticulación de la formulación de programas de resocialización y la atomización de su ejecución en los establecimientos penitenciarios, sin que se registre un proceso de seguimiento de los mismos, que permita reestructurar estrategias conforme el resultado que se busca: la disminución de la criminalidad¹⁹.

Es decir, que manteniéndose el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario colombiano —que ya supera más de seis lustros²⁰—, el panorama no es tan esperanzador como se desprende de las cifras en abstracto, analizadas por la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia critica el populismo punitivo frente a la consecuencia de afectar los derechos fundamentales de las personas: “*La búsqueda de mayor protección frente al delito no autoriza a renunciar a criterios de racionalidad legislativa ni a desconocer la condición humana de los destinatarios del poder punitivo*” [38], lo que tiene relación con los “*Costos a la legitimidad del Estado*” señalados en la Sentencia T-388 de 2013 y, reiteró los estándares mínimos constitucionales que debe tener la política criminal colombiana con miras a ser respetuosa de los derechos humanos, como lo había señalado nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia T-762 de 2025 (citada en la Sentencia C-294 de 2021) [38], los cuales se transcriben a continuación, para encuadrar la actividad judicial traducida en la Sentencia STP5152-2026:

- Tener carácter preventivo y de *ultima ratio*;
- Ser respetuosa del principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada;
- *Buscar como función primordial la efectiva resocialización de los condenados;*
- Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser

19 En el mismo sentido, la Comisión de Seguimiento a la vida en prisión (XII Informe de seguimiento a la vida en prisión, 2025: 30) señala que solo el 29 % de los condenados han finalizado los programas de Trabajo, Estudio o Enseñanza, concluyendo que hay altos niveles de deserción.

20 Libardo Ariza, *Tres décadas de encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo* (Bogotá: Ediciones Uniandes & Siglo editorial, 2023).

excepcionales;

- Ser coherente,
- Estar sustentada en elementos empíricos,
- Ser sostenible, y
- *Proteger los derechos humanos de los presos.*

Así, con base en los puntos resaltados, la interpretación de la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acata nuestra jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la política criminal no se limita a la fase de criminalización primaria (política penal), sino también abarca la criminalización secundaria (política de investigación y juzgamiento) y la criminalización terciaria (política penitenciaria)²¹, ámbito este último en el que se enmarca la Sentencia STP5152-2026.

Ahora bien, luego de analizar la jurisprudencia constitucional sobre la pena y reiterar que la función resocializadora prima en el ámbito de la criminalización terciaria [41, 54, 67 (entre otros)], criticó la interpretación restrictiva de la Judicatura, por ejemplo, en torno a las reformas de las leyes 2292 de 2023, 2466 y 2477 de 2025 [49]. Es decir, que la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia toma partido por una interpretación más amplia y dúctil de la alternatividad penal y la justicia restaurativa, con miras a lograr una humanización del castigo.

Compartimos con las Salas de Decisión de Tutelas N° 2 y 3° de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la interpretación favorable del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025, que en la Sentencia STP5152-2026 va más allá de la resolución del caso concreto y genera una doctrina que puede ser útil para modificar la interpretación restrictiva de nuestros jueces de ejecución de penas, quienes en algunas oportunidades se duelen de no contar con precedentes para soportar sus decisiones. Si bien la Sentencia STP5152-2026 no resuelve todos los problemas en el ámbito de la ejecución penal, sí marca una línea importante en torno a una interpretación flexible y garantista, con base en los fundamentos convencionales y constitucionales de la pena [76].

Retomando el núcleo de la discusión, en la tabla No. 1 recopilamos las diferentes estrategias que ha consagrado el legislador para redimir pena y la interpretación de las Salas de Decisión de Tutelas N° 2 (STP5152-2026) y 3° [*parcialmente* (STP14521-

21 Elena Larrauri, *Introducción a la criminología y al sistema penal* (Madrid: Trotta, 2015), 199. En el mismo sentido, ver Sentencia T-388 de 2013.

2025)]²² de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conllevan a pregonar una aplicación igualitaria del tiempo que se abona a la pena privativa de la libertad en virtud del trabajo, el estudio, la enseñanza y por actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en comités, programados por la dirección de los establecimientos, de conformidad con lo establecido en la Ley 2466 de 2025²³.

Tabla No. 1. Actividades de redención de pena, abono e intensidad horaria.

ACTIVIDAD	ABONO (REDENCIÓN DE PENA)	COMPUTO MÁXIMO DE HORAS DIARIAS
Trabajo	2 x 3 <u>Normas aplicables:</u> artículos 19 y 70 (Ley 2466/25) <u>Sustento jurisprudencial:</u> (Corte Suprema de Justicia, 2025)	8 horas <u>Norma aplicable:</u> artículo 82 (Ley 65/93)
Estudio, actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en comités de internos	2 x 3 <u>Normas aplicables:</u> artículos 19 y 70 (Ley 2466/25) <u>Sustento jurisprudencial:</u> Corte Suprema de Justicia, 2026)	6 horas <u>Norma aplicable:</u> artículos 97 y 99 (Ley 65/93)
Enseñanza	2 x 3 <u>Normas aplicables:</u> artículos 19 y 70 (Ley 2466/25) <u>Sustento jurisprudencial:</u> Corte Suprema de Justicia, 2026)	4 horas <u>Norma aplicable:</u> artículo 98 (Ley 65/93)

Fuente: Elaboración propia con base en los artículos 82, 97 y 98 de la Ley 65 de 1993 y el artículo 19 de la Ley 2466 de 2025.

22 Señalamos que es parcial la posición de esta Sala, teniendo en cuenta la Sentencia STP21832-2025, considera que no resultaba más favorable, so pena de *lex tertia* (se repite).

23 En sentido similar, se propone en Norberto Hernández-Jiménez y Fernando León Tamayo, "Trabajo, dignidad y resocialización. La redención de la pena en Colombia tras la reforma laboral-penitenciaria de 2025" [inédito].

Como se puede observar en la tabla anterior, la única diferencia establecida en el panorama actual es la intensidad horaria exigida para cada actividad, ya que en materia laboral se deberán emplear 24 horas, mientras que en actividades de enseñanza (que también son laborales), 12 horas y, las actividades de estudio y sus asimilables exigen 18 horas de dedicación.

Ahora bien, aunque en la sumatoria podría mostrarse más benéfico dedicarse a la enseñanza que al trabajo, con el objetivo de descontar más pena en menos tiempo (12 vs. 24), es necesario reconocer dos aspectos que equiparan ambas actividades:

1. La enseñanza y el estudio implican horas extra que no son contabilizadas por las entidades administrativas y que se corresponden con las horas de preparación de clase para quienes enseñan y de estudio previo y posterior para quienes aprenden.
2. La actividad de estudio no reporta beneficios económicos en calidad de remuneración, como lo hace el trabajo.

Empero, esto justifica la intensidad horaria diferenciada respecto de las actividades que habilitan la redención de pena, aspecto que no sufrió ninguna fluctuación con la entrada en vigencia del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025, como sí, el tiempo que se abona por este mecanismo. Así, una cosa es el abono (2 x 3) para efectos de redención de pena —*modificado*— y otra el *cómputo máximo de horas diarias* por actividad [8 (trabajo), 6 (estudio) y 4 (enseñanza)] —*no modificado*—.

Adicionalmente, las actividades de redención de pena se pueden alternar, siendo equiparables por perseguir el mismo propósito [59-60], que es la resocialización de la persona condenada y que depende de las necesidades individuales del sujeto [11]. A su vez, teniendo en cuenta que “la educación pretende preparar a las personas para desempeñarse en actividades productivas y para usar el tiempo libre de manera saludable” [58] y siendo el trabajo “el espacio en el que se aplican y desarrollan los conocimientos adquiridos” [59], sería incongruente habilitar un descuento punitivo mayor por esta última actividad que por aquellas que permiten acceder al mismo.

Para completar este comentario, emprendimos la tarea de analizar la recepción de la Sentencia STP5152-2026 en los juzgados de ejecución de penas del país, algunos de los cuales advirtieron que, por tratarse de una decisión reciente²⁴, no habían tenido la oportunidad de aplicarla. Por otra parte, otros juzgados ya han redosificado la redención de pena, reconociendo dos días de reclusión por cada tres días de actividades ocupacionales de estudio y enseñanza, con base en la sentencia

24 Este comentario fue elaborado cuando había transcurrido un poco más de un mes, desde la fecha en la que se profirió la Sentencia STP5152-2026.

objeto de este comentario y un Juzgado se apartó de la misma.

A continuación, se relacionan estas decisiones, reiterando que el recaudo de información es preliminar:

- Auto interlocutorio 797 (13-04-26), Rad. 110016099069201811700 (NI 2024-328), Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Guaduas. Redosifica, reconociendo redención de pena por estudio (2x3), de conformidad con lo señalado en la Sentencia STP5152-2026.
- Auto interlocutorio 576 (14-04-26), Rad. 110016000028201600638 (NI 1062), Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Neiva. Redosifica, reconociendo redención de pena por estudio (2x3), de conformidad con lo señalado en la Sentencia STP5152-2026.
- Auto interlocutorio 0374 (20-04-26), Rad. 540016000727201000047 (NI 2016-0619), Juzgado 5° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta. No redosifica y se aparta de la Sentencia STP5152-2026, teniendo en cuenta que (i) la finalidad del artículo 19 de la Ley 2466 de 2025 era facilitar el acceso al mercado laboral, mitigar la discriminación en dicho ámbito y disminuir la probabilidad de reincidencia, mas no para efectos de redención punitiva y (ii) no resulta más favorable, tras hacer la equivalencia de la intensidad horaria, como se explicó en la Sentencia STP21832-2025.
- Auto interlocutorio del 20-04-26, Rad. 68755600024220100021700 (NI 5882), Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga. Redosifica, reconociendo redención de pena por estudio (2x3), de conformidad con lo señalado en la Sentencia STP5152-2026. Adicionalmente, hace un recuento histórico sobre la evolución normativa de esta figura y la jurisprudencia sobre el tema.

Finalmente, es preciso señalar que la Sentencia STP5152-2026 muestra una tendencia que se venía construyendo por esta misma Corporación en torno a la procedencia de la libertad condicional y la valoración de la conducta punible²⁵, en el marco de la función resocializadora de la pena. Esta lectura “normativamente armónica y constitucionalmente válida” [66], genera optimismo frente a la prolongada violación sistemática y generalizada de los derechos de las personas privadas de la libertad y responde al llamado de la Corte Constitucional (Sentencia T-762 de 2015), en torno a viabilizar alternativas frente a esta situación, procurando mejorar

25 Sobre el tema, Norberto Hernández-Jiménez y David, Romero-Espinosa, “La valoración de la conducta punible y la libertad condicional: una expectativa de innovación jurídica”, en: García, J.F, Cardoso, B.P., Bejarano, C., González, J.D., González, B. (Editores Académicos), *La innovación en derecho. Claves para un lenguaje de análisis de la producción de un nuevo conocimiento jurídico*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2026): 133-167.

las condiciones denigrantes, que continúan siendo parecidas a las de un “bazar de carne humana”²⁶.

Adenda

La sentencia STP5152-2026 tiene la potencialidad no solo de romper con la interpretación restrictiva en torno a la redención de pena, sino también de inspirar un mayor uso de la alternatividad penal, con base en la ley de utilidad pública (Ley 2292 de 2022) [49], el principio de favorabilidad e incluso, dar cabida a criterios de justicia restaurativa, con base en la reparación del daño (Ley 2477 de 2025) [51].

Así, la invitación es para que nuestros jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad —que conocen la realidad de nuestras cárceles y penitenciarías—, contribuyan con sus decisiones a la solución de esta problemática, encontrándose respaldados por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por nuestro Tribunal Constitucional —con base en su reconocimiento de la resocialización como fin fundamental de la pena—, y por el sistema interamericano de derechos humanos, con base en lo normado en el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Referencias

- Ariza, Libardo. *Tres décadas de encierro. El constitucionalismo liminal y la prisión en la era del populismo punitivo*. Bogotá: Ediciones Uniandes & Siglo editorial, 2023.
- Comisión de Seguimiento a la vida en prisión. XII Informe de seguimiento a la vida en prisión, 2025.
- Foucault, Michel. “La sociedad punitiva”. En: *La vida de los hombres infames*. Madrid: La Piqueta, 1990.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2003.
- Hernández-Jiménez, Norberto. *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT, 2018.
- Hernández-Jiménez, Norberto. “Comentario a la sentencia STP14521-2025.

26 Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Madrid, 2003), 237.

¿Redención de pena con base en la reforma laboral?" *Nuevo Foro Penal*, vol. 21, N° 105 (2025): 283–287. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/8538>

Hernández-Jimenez, Norberto y Cristina Aranguren-Páez. "Comentario a la sentencia SU-122 de 2022. Estado de cosas inconstitucional en centros de detención transitoria". *Nuevo Foro Penal*, vol. 18, N° 98 (2022): 181–194. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/7349>)

Hernández-Jiménez, Norberto, Maria Catalina Rodríguez Borrero y Valeria Rodríguez Echeverry. "La paradoja del uso racional de la fuerza. Cárceles colombianas en tiempos de COVID-19". *Estudios de Derecho*, 78, 171 (2021): 271-296 Doi: 10.17533/udea.esde.v78n171a11.

Hernández-Jiménez, Norberto y David Ricardo Romero-Espinosa. "La valoración de la conducta punible y la libertad condicional: una expectativa de innovación jurídica". En: García, J.F, Cardoso, B.P., Bejarano, C., González, J.D., González, B. (Editores Académicos), *La innovación en derecho. Claves para un lenguaje de análisis de la producción de un nuevo conocimiento jurídico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2026.

Hernández-Jiménez, Norberto y Fernando León Tamayo. "Trabajo, dignidad y resocialización. La redención de la pena en Colombia tras la reforma laboral-penitenciaria de 2025" [inédito].

Larrauri, Elena. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta, 2015.

Silva Sánchez, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.



BETANCOURTH MONTENEGRO, ALBERTO, “Entre la protesta y el terrorismo: crítica dogmática y procesal a la Sentencia SP022-2025 de la Corte Suprema de Justicia”, *Nuevo Foro Penal*, 106, (2026)

Entre la protesta y el terrorismo: crítica dogmática y procesal a la Sentencia SP022-2025 de la Corte Suprema de Justicia

Between Protest and Terrorism: A Dogmatic and Procedural Critique of Supreme Court Decision SP022-2025

ALBERTO BETANCOURTH MONTENEGRO*

1. Introducción

Como punto de partida, es preciso ubicar la sentencia SP022-2025 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como un hito interpretativo dentro del derecho penal colombiano, particularmente en la lectura del *delito de instigación a delinquir cuando se predicán fines terroristas*.

El expediente se construye sobre los hechos atribuidos a la figura pública Daneidy Barrera Rojas (“Epa Colombia”) durante la jornada del paro nacional del 21 de noviembre de 2019, cuando fue registrada en video ocasionando deterioros en infraestructura del sistema de transporte Transmilenio en Bogotá D.C y difundiendo

* Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

publicaciones que, según la Fiscalía, llamaban a otros a reproducir esas conductas.

La providencia se inserta en el debate sobre la frontera entre la libertad de expresión y el derecho a la protesta, por un lado, y la incitación a la violencia en escenarios de movilización social, por el otro. Asimismo, somete a examen la proporcionalidad de la respuesta penal del Estado frente a comportamientos con posible motivación sociopolítica. Con ese marco, el artículo presentará una reconstrucción sistemática de los hechos y del trámite procesal, para luego abordar el salvamento de voto, el cual propone una lectura alternativa y garantista del tipo penal de instigación a delinquir con fines terroristas.

2. Sentencia SP022-2025

Si se vuelve sobre el origen de los hechos, estos se enmarcan en el paro nacional del 21 de noviembre de 2019 en Colombia. En el curso de estas jornadas, Daneidy Barrera Rojas registró un video en el que aparece en la estación Molinos de Transmilenio de Bogotá y, portando un martillo, provoca daños en torniquetes, cámaras de vigilancia y puertas, entre otros elementos. La grabación fue publicada en sus redes sociales y estuvo acompañada de expresiones con las que exhortaba a su audiencia a imitar esas acciones dentro del clima de protesta que vivía el país entero.

La repercusión del video fue instantánea, tanto por la exposición mediática de su autora como por el clima de alta tensión social que atravesaba el país.

La Fiscalía General de la Nación entendió que esa conducta constituía un llamado directo a cometer delitos contra bienes públicos y le asignó una cualificación agravada, al estimar que perseguía fines terroristas —esto es, provocar temor colectivo y alterar el orden público—. En esa línea, a juicio del ente acusador (FGN), se reunían los elementos del delito de instigación a delinquir con fines terroristas previsto en el artículo 348 del Código Penal, en concordancia con el artículo 343.

Tras la difusión del video, la Fiscalía abrió investigación formal contra Daneidy Barrera Rojas, ordenó su captura y la puso a disposición de un juez de control de garantías. En la audiencia de formulación de imputación, el ente acusador le atribuyó instigación a delinquir con fines terroristas y daño en bien ajeno; frente a estos cargos, la procesada se allanó, aceptándolos en estrados.

Con posterioridad, el Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, tras apreciar los hechos aceptados y el acervo probatorio aportado, profirió fallo condenatorio e impuso una pena de 63 meses de prisión.

Contra esa decisión, la defensa interpuso apelación, objetando tanto la subsunción jurídica adoptada, como la proporcionalidad de la sanción, al sostener que no se demostró la finalidad terrorista exigida por el tipo penal imputado.

En este sentido, la Sala Mayoritaria de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., confirmó en todos sus extremos la decisión de primera instancia, acogién dose a la motivación del anterior fallo. Ante esa determinación, la defensa promovió recurso de casación, orientando sus reproches a: (i) el alcance del tipo penal de instigación a delinquir con fines terroristas; (ii) la interpretación del elemento subjetivo relativo a la "*finalidad terrorista*"; y (iii) la adecuación típica, pues sostuvo que la conducta aceptada por la procesada no se correspondía con la norma penal invocada por la Fiscalía.

3. Consideraciones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

Adviértase ahora como la Sala Penal de la CSJ, mediante la Sentencia SP022-2025, decidió no casar la providencia impugnada. A juicio de la Corte, la conducta atribuida —por su carácter público y el efecto multiplicador derivado del alcance de sus redes sociales— reunía los presupuestos del tipo penal imputado.

Asimismo, estimó que emplear plataformas digitales para incitar a la repetición de actos violentos en un contexto de marcada conflictividad social evidenciaba *dolo* dirigido a perturbar el orden público mediante la promoción de hechos punibles.

La decisión recoge un aspecto decisivo: una magistrada de la Sala presentó salvamento parcial de voto. Para ella, la "*finalidad terrorista*" fue interpretada de modo extensivo, ampliando indebidamente el *ius puniendi* y conduciendo a una respuesta totalmente desproporcionada frente a un hecho, aunque reprochable, no subsumible en el tipo penal aplicado.

Sostuvo que el elemento subjetivo del delito exige un propósito concreto y específico de infundir terror en la población o coaccionar al Estado, finalidad que no quedó demostrada con suficiencia durante el desarrollo del proceso. De igual modo, advirtió el peligro de criminalizar la protesta social a partir de lecturas/interpretaciones expansivas del derecho penal, en tensión con el principio de legalidad y con la función de última ratio del *ius puniendi*.

4. Desarrollo del comentario jurisprudencial

En suma, todo el recorrido nos devuelve a la idea central: la sentencia dictada en el proceso seguido contra Daneidy Barrera Rojas funciona como un banco de prueba para verificar la vigencia efectiva del principio de legalidad penal y el alcance del control material que debe ejercer el juez en las audiencias en que se realice, por parte del procesado, un allanamiento de cargos libre, espontáneo e informado.

El fallo que ratificó la condena por daño en bien ajeno agravado, perturbación del servicio de transporte público y, de manera particularmente controvertida, instigación a delinquir con fines terroristas, abre interrogantes de fondo tanto en el ámbito procesal como en el dogmático.

4.1. El control material del juez frente al allanamiento de cargos

En el plano procesal, es inevitable señalar que el juez no ejerció un control material suficiente sobre la compatibilidad típica de los cargos aceptados.

Conforme el artículo 293 de la Ley 906 de 2004 (CPP), al juez de conocimiento le corresponde verificar que el relato fáctico expuesto por la Fiscalía, y de ser admitido por el imputado, encaje de manera razonable en los tipos penales atribuidos, deber que no puede reducirse a una mera formalidad.

Conviene insistir en que la jurisprudencia reiterada —en especial la Sentencia SP14191-2016 de la Sala Penal— ha sido clara: la aceptación de cargos no releva al juez de su rol de garante. Aun en escenarios de allanamiento de cargos, el funcionario, como tercero imparcial, debe examinar materialmente la tipicidad y no actuar como un simple homologador, precisamente para salvaguardar el principio de tipicidad y evitar encajes forzados¹.

Bajo esta misma línea argumentativa, la reciente Sentencia SU-360 de 2024 de la Corte Constitucional reafirma que el control judicial material no solo es compatible con el diseño adversarial de la Ley 906 de 2004, sino que constituye una exigencia constitucional para así garantizar la efectividad del principio de legalidad, la estricta tipicidad y la protección de los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes.

¹ Cfr. Sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2º del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les pueda dar sino la calificación jurídica que corresponda a la ley penal preexistente”.

La Sala Plena fue enfática al señalar que:

el estatuto de procedimiento penal no restringe de manera expresa la posibilidad de que el juez de control de garantías realice un control material de la imputación o la acusación en temas como la tipicidad, la legalidad y el desconocimiento del debido proceso.

Esta afirmación, inserta en el fundamento jurídico relativo al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, reafirma que el control judicial no se agota en la verificación formal de los actos procesales, sino que exige un examen sustancial del encuadre típico y de la validez constitucional de la actuación fiscal.

A su vez, la Sala Plena precisó que la omisión de dicho control implica una vulneración constitucional autónoma. Así lo explicó cuando señaló que:

la decisión de la autoridad judicial accionada de no realizar un control material de la acusación es consecuencia de una aplicación *puramente formal e irreflexiva* de las reglas del artículo 539 de la Ley 906 de 2004 relativas al allanamiento de cargos. [Énfasis añadido].

Configurándose con ello un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. En otras palabras, el juez que se abstiene de examinar la adecuación típica y la coherencia entre los hechos y el tipo penal imputado, está renunciando a su función constitucional de garante de la juridicidad del proceso penal.

De allí que el control material se configure como una manifestación concreta del principio de juez garante, que impide que el proceso penal derive en una justicia meramente ritual. La Sentencia SU- 360 de 2024 lo expresa con completa contundencia, al recordar que las actuaciones judiciales deben orientarse por la prevalencia del derecho sustancial sobre la formal, y que el juez debe analizar la tipicidad, legalidad y el debido proceso en cada acto procesal que someta a su control.

En consecuencia, el control material no constituye una extralimitación judicial, sino el cumplimiento mismo del mandato constitucional de asegurar que el *ius puniendi* se ejerza conforme al orden jurídico y los derechos humanos.

En el caso analizado, la aceptación de cargos por parte de Daneidy Barrera Rojas incluía el delito de instigación a delinquir con fines terroristas. Sin embargo, los hechos admitidos, consistentes en la afectación de la estación Molinos de Transmilenio mediante el uso de un martillo y piedras, junto con mensajes de protesta difundidos en sus redes sociales, no permitían inferir de manera razonable la estructura típica

propia de dicho delito, pues faltaban los elementos que evidenciaran una verdadera finalidad terrorista.

Pese a lo anterior, el juez de conocimiento se limitó a convalidar la aceptación de cargos sin realizar un examen exhaustivo de la adecuación típica, lo que implicó una afectación del derecho fundamental al debido proceso y, por extensión, una ruptura del principio de confianza legítima.

En efecto, tanto la defensa como cualquier persona sometida a un proceso penal —que usualmente desconoce los pormenores técnicos del procedimiento— confía legítimamente en que el juez actuará como garante de la legalidad, y no como un mero validador de la acusación formulada por la FGN.

Debe precisarse que la posición jurisprudencial vigente de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en varios pronunciamientos, sostiene que el juez de conocimiento, por regla general, no está facultado para efectuar control material sobre la acusación o los acuerdos dentro de los procesos regulados por la Ley 906 de 2004. Empero, admite una excepción restringida: el juez puede intervenir de manera sustantiva solo cuando advierta, de forma objetiva, vulneraciones manifiestas o graves a los derechos fundamentales de las partes.

En el caso concreto de Daneidy Barrera Rojas, se configuraba justamente la excepción jurisprudencial antes mencionada, pues la aceptación de cargos tuvo lugar sin una defensa técnica efectiva que le explicara con claridad la trascendencia y las consecuencias de los delitos imputados.

Dichas conductas, además, están excluidas de toda clase de beneficios administrativos y subrogados penales, lo que hacía indispensable e imperiosa una verificación judicial más rigurosa. A esto se suma que el delito de instigación a delinquir con fines terroristas no encontraba respaldo material en los hechos reconocidos. La omisión del control material que las circunstancias exigían conllevó a la grave vulneración de los derechos fundamentales de la procesada y se afectó la legitimidad del proceso penal en su conjunto.

Después de todo, resulta aún más grave la confirmación de esta condena en sede de casación, donde la Sala de Casación Penal sostuvo, de manera insuficiente, que:

La instigación a la alteración del orden público durante jornadas de protesta con el uso de violencia y afectación de bienes públicos puede configurar el delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Sin siquiera analizar detalladamente la finalidad “terrorista” ni la gravedad de la

afectación social que esta tuvo.

Esta falta de motivación sustantiva compromete de manera seria la validez del fallo, pues el mismo no satisface los parámetros de exhaustividad, coherencia y razonabilidad que impone el artículo 29 de la Constitución Política del 91, en cuanto garantiza el debido proceso y la fundamentación racional de las decisiones judiciales.

4.2. La expansión dogmática del terrorismo en contextos de protesta social

Desde una perspectiva dogmática, la imputación y posterior condena por instigación a delinquir con fines terroristas revela una distorsión preocupante del tipo penal. En efecto, el artículo 343 del Código Penal colombiano dispone que, para la configuración del delito de terrorismo, la conducta debe consistir en una instigación dirigida específicamente a la comisión de actos terroristas, entendidos como acciones violentas orientadas a generar miedo o zozobra colectiva, afectando de manera grave la seguridad pública.

De la conducta desplegada por la procesada, no se advierten los elementos estructurales del tipo penal requeridos para configurar la instigación con fines terroristas.

Tal y como lo subrayó la honorable magistrada Ávila Roldán en su salvamento de voto, los hechos admitidos carecen de los rasgos objetivos y subjetivos que permitirían afirmar la existencia de una finalidad terrorista en el actuar de la acusada, véase expresamente lo mencionado:

La instigación a cometer delitos consiste en la inducción, incitación o en promover pública e inequívocamente la ejecución de una conducta punible o un género de conductas punibles. Por lo tanto, cuando se instiga a cometer actos terroristas, conforme el artículo 343 del Código Penal, (i) el agente debe determinar a otros a generar zozobra, pánico o temor en la población o parte de ella; (ii) con actos que pongan en peligro la vida, la integridad física, la libertad, las edificaciones o medios de comunicación; y (iii) debe inducir a que tales actos se lleven a cabo a través de medios capaces de causar estragos. *Ni el elemento (i) ni el (ii) se cumplen en este caso.* [Énfasis añadido].

En primer término, no se demostró la existencia de una finalidad terrorista. Aunque la protesta se manifestó en formas violentas o destructivas, su objetivo era visibilizar el malestar social que atravesaba Colombia el 22 de noviembre de 2019, y no intimidar a la población ni atentar contra la estabilidad del Estado.

Tal como lo expuso la magistrada Ávila en su salvamento de voto, el análisis del caso debía partir de la naturaleza reivindicativa de la conducta, más que de una interpretación extensiva del concepto de terrorismo:

Si a través de los actos y el mensaje verbal, la acusada invita a protestar con acciones violentas como las que ella realiza en el video, entonces, tales acciones deben ser, en sí mismas, constitutivas de terrorismo. La sentencia insinúa que ello es así, *con lo cual el error dogmático se hace aún más evidente*. No es convincente sostener que quebrar las puertas de una estación de transporte público con un martillo o escribir en las paredes de un edificio estatal tenga la potencialidad de generar pánico o terror en la población o parte de ella. Son actos inequívocos de vandalismo, entendido como la causación, la avería o el destrozo de establecimientos o bienes públicos o privados. *No son, en cambio, actos de terrorismo, por no tener la idoneidad para causar intimidación masiva y grave en la población*. [Énfasis añadido].

En segundo término, los medios empleados, es decir, el martillo y piedras, si bien causaron daños materiales importantes, aún más siendo estos bienes de interés público, no pueden calificarse como instrumentos idóneos para lograr producir estragos de gran magnitud ni para afectar de manera masiva a la población.

Conforme a los criterios desarrollados en la jurisprudencia nacional e internacional, la tipificación del terrorismo exige el empleo de medios con alta capacidad letal o destructiva, como explosivos o armas de fuego de alto poder, y no simples herramientas manuales de impacto limitado.

En tercer término, la afectación ocasionada no alcanzó una gravedad ni extensión suficientes para ser considerada como terrorismo. Si bien el daño material fue reprochable, se limitó a un (1) bien público específico, sin que ello produjera un colapso general del sistema de transporte ni un estado de pánico colectivo.

La jurisprudencia comparada ha precisado que la zozobra o terror requeridos para configurar este delito deben ser intensos, amplios y sostenidos en el tiempo², condiciones ausentes en el caso bajo análisis.

A partir de esta premisa, la reflexión de Yamila Fakhouri Gómez resulta crucial para comprender el desplazamiento conceptual que ha sufrido el término *terrorismo* en la práctica penal contemporánea. La autora advierte que, bajo el pretexto de combatir una amenaza difusa, el Estado tiende a ampliar los márgenes del tipo penal, aplicándolo a conductas que, si bien perturban el orden público, no alcanzan

2 Yamila Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*, Bogotá: Universidad de Los Andes, 2014.

el umbral del terror colectivo que justifica su tipificación³.

En consecuencia, el derecho penal pasa de ser una herramienta de protección de bienes jurídicos esenciales a un instrumento simbólico de control, lo que vulnera el principio de intervención mínima.

Este fenómeno, al que Fakhouri denomina "*inflación del concepto de terrorismo*", se traduce en un uso retórico del lenguaje penal que diluye la frontera entre la criminalidad común y la violencia política. En palabras de la autora, la expansión semántica del terrorismo se convierte en una "sabana que cubre todo", haciendo que incluso actos de protesta, desobediencia civil o vandalismo menor sean percibidos y sancionados como amenazas a la seguridad nacional⁴.

Tal distorsión, aplicada al caso de Daneidy Barrera Rojas, demuestra que una interpretación expansiva del tipo penal termina castigando el descontento social como si fuera un acto de guerra.

Fakhouri subraya además que el núcleo teleológico del terrorismo radica en el *animus terroris*: la voluntad deliberada de infundir miedo o someter a la población mediante terror. Este componente subjetivo no puede presumirse a partir de la mera alteración del orden o de la existencia de daños materiales. Debe acreditarse, más allá de toda duda razonable, que el agente pretendía afectar la estabilidad institucional o sembrar miedo generalizado⁵.

En el caso analizado, la conducta de la procesada revela una motivación emocional y reivindicativa, pero no un propósito político-terrorista articulado.

Igualmente, la autora resalta que el terrorismo exige una organización o planificación estructurada. El acto individual, espontáneo o desarticulado carece del elemento de coordinación que caracteriza al fenómeno terrorista moderno. El derecho comparado que Fakhouri examina detenidamente, reserva esta figura para grupos o estructuras que emplean la violencia como medio sistemático de presión⁶. Nada de eso se encuentra en los hechos del caso, donde la conducta fue aislada, impulsiva y carente de concertación.

Fakhouri también advierte que la confusión entre protesta y terrorismo erosiona la legitimidad del Estado. Cuando se penaliza la disidencia bajo categorías propias del derecho penal del enemigo, se desdibuja la línea entre seguridad y libertad,

3 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 84-97 y 135-143.

4 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 31-34 y 69-77.

5 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 31-34.

6 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 84-97 y 169-173.

sustituyendo la función garantista por una lógica de represión⁷.

La autora llama a “*desnudar al fantasma*”⁸, es decir, a separar el miedo político del análisis jurídico, y devolver el terrorismo a su dimensión excepcional, fundada en la protección de bienes jurídicos universales y no en la gestión del orden público cotidiano.

Finalmente, la lección que deja Fakhouri es doble: primero, que la tipificación del terrorismo requiere prueba robusta de intencionalidad, idoneidad y extensión del miedo generado; y segundo, que la interpretación judicial debe blindarse frente a presiones mediáticas o políticas. En la medida en que los jueces permitan que el discurso público del miedo determine el alcance del tipo penal, se arriesga el tránsito hacia un derecho penal del enemigo, donde el ciudadano deja de ser sujeto de derechos para convertirse en objeto de castigo. Por ello, preservar la pureza dogmática del delito de terrorismo es una exigencia no solo técnica, sino democrática.

Todo lo dicho anteriormente, permite comprender que la decisión mayoritaria de la Corte Suprema incurre en una lectura extensiva del tipo penal de terrorismo. Resulta oportuno recordar la advertencia formulada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1260 de 2005:

en materia penal, la interpretación de los tipos debe ser restrictiva, ajustándose de manera precisa a los elementos normativos establecidos por el legislador, sin extensiones analógicas que aumenten o minimicen el alcance del tipo.

El peligro de una lectura expansiva es palmario: termina abriendo la puerta a criminalizar manifestaciones propias de la protesta social, al aplicar tipos concebidos para episodios de violencia política extrema. Con ello se desnaturaliza la función del derecho penal —que debe operar como *ultima ratio*— y se lesionan bienes jurídicos especialmente protegidos, como la libertad de expresión y el derecho a la protesta pacífica.

De este modo, queda igualmente comprometido el juicio de proporcionalidad punitiva. El marco sancionatorio previsto para la instigación a delinquir con fines terroristas, que oscila entre los 120 y 240 meses de prisión, aplicado a hechos como los analizados, resulta ostensiblemente excesivo frente a su entidad real.

Trasladar una respuesta penal de esa magnitud —diseñada para amenazas excepcionales— a comportamientos que, en estricto sentido, se corresponden con vandalismo agravado, implica desbordar el principio de humanidad de las penas y

7 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 289-303.

8 Fakhouri Gómez, *¿Qué es el terrorismo?*, 310-317.

desconocer la naturaleza subsidiaria y de *ultima ratio* del *ius puniendi*.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente que la Sentencia SP022-2025 ejemplifica de manera inquietante cómo la flexibilización de garantías procesales y sustantivas en nuestro ordenamiento puede desembocar en decisiones incompatibles con un modelo penal garantista.

El allanamiento de cargos no exonera al juez de ejercer un control material sobre la tipicidad de los hechos aceptados, y la interpretación de los tipos penales, con mayor razón tratándose de figuras de máxima gravedad como lo es el terrorismo, debe mantenerse restrictiva y fiel al principio de legalidad, evitando toda expansión por analogía o extensión.

La instrumentalización simbólica del *ius puniendi* para transmitir mensajes de “mano dura” en contextos de protesta no solo debilita las garantías individuales, sino que también resquebraja la legitimidad del sistema de justicia.

En un Estado Social de Derecho, resulta imprescindible sostener una legalidad estricta, un juicio de proporcionalidad acorde con la entidad real del daño y la vigencia de la función de *ultima ratio* del derecho penal.

Estos criterios no son meras formalidades: constituyen condiciones indispensables para que el ejercicio de la potestad punitiva permanezca compatible con la dignidad humana y no derive en respuestas ejemplarizantes ajenas a la dogmática penal.

4.3. La ejecución de la pena y los límites de la gestión penitenciaria

Llegados a este punto, conviene analizar la situación actual de Daneidy Barrera Rojas. Pues, tras la solicitud elevada por la defensa técnica de la condenada, con aval del Ministerio de Justicia y autorización del Ministerio de Defensa, Daneidy salió del Centro Penitenciario El Buen Pastor Bogotá D.C., y pasó a cumplir la misma pena (5 años y 3 meses) bajo custodia en la Escuela de Carabineros de Bogotá.

No es libertad, prisión domiciliaria ni rebaja de condena; solo se modifica el establecimiento donde permanece privada de la libertad, se mantiene el régimen intramural, el control del juez de ejecución de penas y no cambian sus derechos y obligaciones penitenciarios (salud, visitas, defensa, redención de pena).

A renglón seguido, importa señalar que este desenlace estuvo precedido por gestiones sostenidas entre la defensa y altos funcionarios del Gobierno Nacional, como el Ministerio de Justicia y la Secretaría Jurídica de la Presidencia. Esto, en un

marco de diálogo interinstitucional que coincidió con llamados públicos del presidente Gustavo Petro, para buscar alternativas al encarcelamiento en el Buen Pastor, sin que tales manifestaciones, por sí mismas, produzcan efectos jurisdiccionales.

El 11 de junio de 2025 la defensa radicó ante el INPEC, con copia a la Presidencia, una petición de traslado a guarnición invocando la protección de la vida e integridad personal; en la solicitud se enfatizó el riesgo para la seguridad y salud de la interna, invocando el deber estatal de garantizar trato digno a las personas privadas de la libertad, en virtud de la especial sujeción con el Estado.

Por lo demás, la reclusión en la Escuela de Carabineros opera como un arreglo excepcional sujeto a vigilancia administrativa y judicial: deben preservarse derechos básicos (salud, comunicación con la defensa, visitas), la continuidad de tratamientos y el acceso a programas de redención por trabajo o estudio; que la sede sea una dependencia policial no altera la condición de condenada ni la duración de la sanción impuesta.

Con todo, la medida plantea interrogantes de igualdad y razonabilidad: al fundarse en riesgos específicos de seguridad y salud, exige motivación suficiente y criterios públicos que permitan replicar decisiones semejantes para personas en situación equivalente, a fin de evitar percepciones de trato privilegiado derivado del perfil mediático y de salvaguardar la legitimidad del sistema.

Asimismo, conviene precisar que la defensa técnica ha promovido diversas acciones —tutelas y solicitudes de beneficios incluso bajo marcos de utilidad pública con enfoque de madres cabeza de familia— buscando medidas sustitutivas de la reclusión intramural; hasta el momento no se ha otorgado la domiciliaria, por lo que el traslado no prejuzga sobre esas pretensiones futuras y únicamente incide en las condiciones materiales de custodia.

No bastante, el alcance del Ejecutivo es limitado: las declaraciones políticas no pueden ordenar beneficios ni sustituir decisiones judiciales; su radio de acción se concreta en lineamientos de política penitenciaria, coordinación interinstitucional y mejoramiento de condiciones de reclusión, de modo que el caso se mantenga dentro de los márgenes de legalidad y control judicial propios de la ejecución de penas y medidas de seguridad.

En síntesis, el traslado de Daneidy Barrera Rojas debe entenderse como una medida de gestión penitenciaria destinada a proteger derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, sin implicar impunidad por quien es, ni reducción de la sanción.

4.4. La defensa técnica efectiva como presupuesto de legitimidad

De cierre, resulta ineludible reconocer que la defensa técnica no es un adorno procedimental, sino la condición de posibilidad del derecho fundamental al debido proceso, defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia. Pues, solo hay juicio cuando existe contradicción real, asesoría independiente y tiempos razonables para preparar una estrategia jurídica viable.

En clave garantista, los estándares internacionales, como lo son los Principios y Directrices de la ONU sobre Asistencia Letrada (AG Res. 67/187, 2012) y Reglas Mandela (2015) son categóricos: el procesado debe contar con tiempo y medios adecuados, comunicación confidencial con su abogado y acceso a peritajes e investigación defensiva. Ese umbral mínimo no cambia por el solo hecho de que la representación la ejerza un defensor de oficio por parte de la Defensoría del Pueblo.

Con todo, la práctica muestra una fractura estructural: a los defensores de oficio se les designa tarde, con cargas de trabajo incompatibles con el estudio juicioso y detallado del expediente, la reconstrucción de hechos, la depuración de hipótesis y la solicitud oportuna de pruebas. Al mismo tiempo, la defensa de confianza suele preparar el juicio por meses, encarga peritajes, hace trabajo de campo y llega con una teoría del caso consolidada.

Esa asimetría de armas no es retórica, ya que, cuando el defensor público arriba al filo de la audiencia, la contradicción se vuelve simbólica y el juicio se transforma en una validación formal de decisiones ya orientadas por la acusación.

Más aún, en asuntos de alta severidad como la imputación de “fines terroristas” la defensa de oficio suele enfrentar dos presiones simultáneas: la agenda institucional que empuja a terminar audiencias y la expectativa social de “mano dura”. El riesgo es doble, debido a que el defensor no pide aplazamiento para estudiar el caso por temor a ser percibido como obstruccionista y no controvierte calificantes gravosos por falta de tiempo o de insumos técnicos. La Corte Suprema de Justicia ha advertido que ni el allanamiento ni los preacuerdos liberan al juez de verificar tipicidad y proporcionalidad; pero ese control se vuelve ilusorio si la defensa no activa oportunamente objeciones o los recursos que procedan por ley.

Sin embargo, la crítica no puede recaer exclusivamente en los abogados. Hace décadas atrás, existe un diseño institucional que empuja hacia la mediocridad estructural. Se evidencian honorarios limitados, ausencia de topes de carga, carencia de bolsas de peritaje y de investigadores para la defensa. El Global Study

on Legal Aid (ONU) documenta que la sobrecarga y la falta de recursos son las primeras causas de asistencia ineficaz en sistemas adversariales. Exigir excelencia a la defensa pública es pedirle lo que el sistema no le permite materialmente hacer.

Dicho esto, en casos con calificantes gravosos (ej. terrorismo) la defensa de oficio debería operar con un protocolo verificable: (i) entrevista inmediata y privada con la procesada; (ii) *checklist* de encaje típico del tipo penal, elementos objetivos y subjetivos, idoneidad de medios, finalidad, alcance del daño, alternativas de subsunción; (iii) explicación clara y registro en acta de las consecuencias punitivas de allanarse, especificando sus marcos sancionatorios, subrogados, antecedentes; (iv) solicitud de aplazamientos razonables cuando la designación sea tardía; (v) oposición fundada a calificantes no acreditados. Este decálogo no es utópico, es medible, auditable y alinea la práctica con la doctrina interamericana de defensa efectiva.

En lo político criminal, sostener una defensa pública fuerte es una apuesta de legitimidad del sistema. Un proceso que condena tras una defensa irregular, presente pero incapaz de contradecir, es un proceso que pierde autoridad ante cualquier ciudadano. Fortalecer la defensa de oficio no “beneficia a culpables”, sino que reduce errores, encarece la arbitrariedad, mejora la calidad de la prueba y disciplina a todos los sujetos procesales. En contextos de protesta, además, evita la criminalización por expansión y protege la línea entre vandalismo agravado y terrorismo, preservando la *ultima ratio* del derecho penal.

Por último, a modo de compromiso normativo, la defensa de oficio debe recuperar su orgullo profesional y su independencia crítica. Contar con la valentía de decir “no estoy listo” y en efecto solicitar aplazamiento, oposición a calificantes impropios. Exigir motivación y dejar constancias no es sinónimo de obstaculizar, es una alusión de hacer una defensa efectiva y ética conforme al Código Disciplinario del Abogado que regula el actuar de estos profesionales.

El sistema debe dejar de medir la productividad de la administración por audiencias realizadas para medirla con garantías efectivas.

Solo así evitaremos que la defensa pública sea una etiqueta vacía y lograremos que, incluso en los casos más complejos y mediáticos, sea el resultado de un debate leal, informado y contradictorio, acorde con la legalidad estricta, la proporcionalidad y la dignidad humana que sostienen el Estado Social de Derecho.

5. Conclusión

La Sentencia SP022-2025 de la Corte Suprema de Justicia revela, con nitidez preocupante, las tensiones actuales entre el garantismo constitucional y la deriva expansiva del derecho penal colombiano en contextos de protesta social.

El análisis integral del caso de Daneidy Barrera Rojas confirma que la resolución judicial que mantuvo su condena por instigación a delinquir con fines terroristas no solo se aparta de las exigencias dogmáticas del tipo penal en cuestión, sino también desconoce los límites procesales indispensables para asegurar la vigencia real del debido proceso, la tipicidad estricta y el rol del juez como garante material.

En el plano estrictamente dogmático, el estudio de los hechos evidencia que la conducta aceptada en el allanamiento nunca alcanzó los elementos constitutivos del terrorismo ni, por extensión, de la instigación a actos terroristas. La finalidad terrorista —núcleo estructural del tipo agravado— jamás se acreditó. La Corte, al darle un alcance expansivo al concepto de terrorismo, terminó por equiparar el daño de un bien público con un atentado contra la seguridad colectiva, diluyendo las fronteras ontológicas que distinguen el vandalismo (incluso agravado) del terrorismo como fenómeno delictivo altamente excepcional.

Nada en el video, en los instrumentos utilizados, en el contexto de protesta social o en la magnitud del daño permite afirmar la existencia de una intención de infundir miedo generalizado o subvertir el orden constitucional, como acertadamente destacó el salvamento parcial de voto. La ausencia de idoneidad de los medios empleados, la falta de una estructura organizada y la inexistencia de un propósito de afectar gravemente a la población reafirman que el encuadre típico fue jurídicamente forzado.

Desde la perspectiva procesal, el caso pone de manifiesto una falencia aún más grave: la renuncia del juez a ejercer un control material sobre los hechos aceptados en el allanamiento. La Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia constitucional exigen que el juez de conocimiento verifique la compatibilidad entre los hechos y los tipos atribuidos, especialmente cuando se trata de delitos con calificantes de máxima gravedad. Sin embargo, en este proceso el control se redujo a un formalismo vacío, dejando sin protección efectiva el debido proceso.

La situación expone también una falla estructural del sistema de defensa pública en Colombia. La defensa de oficio designada en este caso no contó con los tiempos, herramientas ni condiciones institucionales para ejercer un contradictorio real frente a una imputación de alta gravedad.

Esto pone de presente una problemática sistémica: cuando el sistema permite que la defensa llegue tarde, sin medios adecuados y en condiciones de desigualdad manifiesta, el allanamiento deja de ser una manifestación de autonomía procesal para convertirse en una aceptación formal sin comprensión plena de sus implicaciones. Ello compromete la legitimidad del proceso penal, en especial cuando la consecuencia es la imposición de una pena privativa de la libertad sin subrogados penales, con efectos devastadores sobre los derechos de la persona condenada.

El análisis político-criminal del caso ratifica que la sentencia alimenta un fenómeno advertido por la doctrina contemporánea: la inflación del concepto de terrorismo.

Bajo el pretexto de garantizar el orden público en contextos de protesta, la figura del terrorismo corre el riesgo de convertirse en un instrumento simbólico destinado a enviar mensajes de fuerza estatal, desplazando su función estricta y excepcional.

Tal expansión, carente de controles dogmáticos rigurosos, supone un retroceso hacia un derecho penal del enemigo, donde la protesta social, aun cuando desborda los marcos pacíficos, se interpreta como amenaza a la seguridad nacional, cuando es consagrada esta acción, como derecho fundamental en nuestra Carta Política. Este desplazamiento semántico erosiona la noción de la *ultima ratio*, compromete garantías fundamentales y genera un efecto amedrentador generalizado que debilita la democracia deliberativa.

Finalmente, es imperativo insistir: en un Estado Social y Democrático de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* exige un permanente equilibrio entre eficacia y garantía. La Sentencia SP022-2025 quebró ese balance. Al sostener una imputación dogmáticamente insostenible, al convalidar un allanamiento sin control material y al ampliar el sentido del terrorismo más allá de los límites constitucionales, la sentencia contribuye a un clima de inseguridad jurídica incompatible con las exigencias del principio de legalidad.

Restablecer ese equilibrio implica reafirmar que el terrorismo, por su naturaleza excepcional, debe ser interpretado de manera estricta; que la protesta social, incluso cuando se desborda, no puede ser patologizada como violencia política extrema; y que el juez penal —como garante y no como espectador— debe asumir un rol activo en la preservación de los derechos fundamentales y en la protección del sentido mismo del derecho penal como *ultima ratio*.

6. Bibliografía

Colombia. Constitución Política de 1991.

Colombia. Congreso de la República. *Código Penal*. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.

Colombia. Congreso de la República. *Código de Procedimiento Penal*. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14191-2016 del 5 de octubre de 2016. Rad.45594 (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2442-2021 de 16 de junio de 2021. Rad.53183 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP022-2025 del 22 de enero de 2025. Rad.60580 (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Salvamento parcial de voto en la Sentencia SP022- 2025 (Magistrada Myriam Ávila Roldan).

Fakhouri Gómez, Yamila. *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2014.



License Creative Commons Attribution 4.0 International