

Decisiones relevantes de la  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**

# FUNDAMENTOS POLÍTICOS Y FILOSÓFICOS DE LA SANCIÓN PENAL EN **COLOMBIA**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Penal

# Introducción

Con ocasión al Segundo Encuentro de la Jurisdicción Penal Ordinaria «*Castigo y Sociedad: Reflexiones sobre la fundamentación política y filosófica de la sanción penal en Colombia*», que se llevará a cabo en la ciudad de Bogotá el 30 y 31 de octubre de 2025, el Comité Editorial de la Sala de Casación Penal, liderado por su Relatora, ha elaborado esta selección de apartes jurisprudenciales, relacionada con los asuntos que serán discutidos al interior de este evento.

Así, el presente documento ofrece una compilación cuidadosa de varias decisiones relevantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, relacionadas con las cuestiones que involucran los problemas de la fundamentación penal del castigo. A través de un recorrido por aspectos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, estos extractos transitan sobre temas de gran trascendencia para la administración de justicia penal y la protección de derechos fundamentales.

En el primer capítulo, está compuesto por apartados de decisiones en las que se detalla el marco constitucional y legal que orienta la función punitiva del Estado colombiano. Se incluyen decisiones que exploran los principios constitucionales que delimitan el ejercicio del poder punitivo, destacando la importancia de respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales en el diseño y aplicación de las sanciones penales.

El segundo capítulo se concentra en pronunciamientos de la Sala, relacionados con el concepto y los objetivos de la pena, haciendo énfasis en la función resocializadora y, sobre todo, restaurativa de la sanción penal. Incluso, se incluyen algunas decisiones que, desde la teoría del delito, examinan las distintas teorías penológicas y la manera en que estas influyen en la individualización del castigo, poniendo especial atención en la reparación del daño causado a la víctima y a la sociedad como forma de superar el conflicto.

Por su parte, el tercer capítulo aborda la incorporación de la perspectiva de género en la dosificación de sanciones penales. Allí, encontrarán fallos en los que se puede ver cómo la Corte Suprema de Justicia ha establecido criterios para garantizar que las decisiones judiciales contribuyan a eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres y las niñas, eliminando los sesgos, y promoviendo acciones afirmativas y programas de sensibilización.

En el cuarto capítulo, se compilaron apartados jurisprudenciales relacionados con los principios que rigen el sistema penal para adolescentes, subrayando el carácter pedagógico y restaurativo del tratamiento sancionatorio para los menores de edad que entran en conflicto con la ley. Esas decisiones muestran el uso de las normas internacionales y nacionales que protegen los derechos de los niños y adolescentes involucrados en procesos penales, así como las obligaciones estatales de garantizar medidas diferenciadas.

A su vez, el quinto capítulo recoge decisiones que examinan el régimen jurídico del tratamiento penitenciario para comunidades indígenas, resaltando la necesidad de respetar su identidad cultural y sus formas propias de justicia. En otras palabras, que reivindican el respeto de la pluralidad y la diversidad étnica y cultural como pilares de nuestro sistema constitucional. Se plantean criterios para que las medidas privativas de la libertad se apliquen con respeto a sus derechos y a sus tradiciones. Para ello, recopila casos emblemáticos que evidencian la labor de la Sala de Casación Penal en la protección de derechos de los pueblos indígenas y en la promoción de la justicia social y la equidad.

De esta manera, este compendio jurisprudencial constituye una valiosa herramienta para administradores de justicia, académicos y profesionales del derecho interesados en comprender los fundamentos que rigen la aplicación de la sanción penal desde una perspectiva integral, plural y con un enfoque basado en la protección de la dignidad humana, como una preocupación permanente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**Myriam Ávila Roldán**  
Presidenta Sala de Casación Penal

## NOTA METODOLÓGICA

Este compendio presenta extractos de decisiones judiciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Los textos fueron transcritos de forma literal, conforme a los documentos oficiales que reposan en los archivos institucionales.

De esta forma, se garantiza la fidelidad del contenido y la redacción original de cada providencia. Este criterio asegura la autenticidad e integridad de los textos incluidos y responde a los principios de veracidad, trazabilidad y respeto por las fuentes jurisprudenciales que orientan el trabajo de la Relatoría de la Sala de Casación Penal.

Las sentencias que no tienen número de providencia corresponden a las emitidas antes del año 2014, fecha a partir de la cual, la Corte adoptó el identificador alfanumérico como parte del sistema de registro y trazabilidad.

Para consultar las decisiones completas, pueden acceder al sitio web institucional de la Corte Suprema de Justicia.

# CONTENIDO

<b>CAPÍTULO I</b> .....	2
<b>La pena en el Estado social y democrático de derecho: funciones, límites y principios constitucionales</b> .....	2
1.1 La pena como mecanismo de prevención en el Estado social de derecho: principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad .....	2
1.2 Finalidades de la pena y función resocializadora .....	9
Extracto n. ° 2 .....	17
1.3 Parámetros legales y constitucionales en la individualización de la sanción penal. 21	
<i>Evolución de la teoría de la pena</i> .....	28
1.4 Principio de proporcionalidad y la necesidad de la pena .....	35
1.5 El principio de culpabilidad como presupuesto de imputación personal y límite constitucional de la pena .....	45
1.6 Política Criminal .....	53
<i>La desarticulación de la política criminal en Colombia: entre el incremento punitivo injustificado y la restricción de beneficios procesales</i> .....	53
<i>Libertad de configuración legislativa</i> .....	60
<i>Justicia consensuada y premial</i> .....	63
<i>Terminación anticipada: características esenciales del allanamiento y los preacuerdos y sus efectos en la dosificación de la pena</i> .....	68
<i>Evolución de los establecimientos carcelarios y su diferencia con los centros de detención transitoria o de arraigo transitorio</i> .....	90
<b>CAPÍTULO II</b> .....	96
<b>Reparación del daño y justicia restaurativa</b> .....	96
2.1 Extinción de la acción penal por aplicación de la reparación integral en reparar el daño causado (ley 2477 de 2025) .....	96
2.2 Aplicación del art. 42 de ley 600 de 2000 como forma de extinción de la acción penal y reparación del daño .....	99
2.3 Víctimas y reparación integral en procesos de Justicia Transicional (Ley 975 de 2005) .....	106
<b>CAPÍTULO III</b> .....	118
<b>Aplicación del enfoque de género en la determinación de la culpabilidad, la dosificación punitiva y la ejecución de la pena.</b> .....	118
3.1 Perspectiva de género en materia penal .....	118
3.2 Análisis de la culpabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género: enfoque diferencial .....	122

3.3 Estudio de la atenuación punitiva por estado de ira e intenso dolor bajo la óptica del enfoque de género: su procedencia en casos en que la mujer es sujeto activo del delito.	127
3.4 La aplicación de circunstancias de agravación punitiva, por razón de género .....	133
3.5 Violencia de género: tutela reforzada de las víctimas y potestades judiciales para acciones afirmativas.....	137
3.6 Prisión domiciliaria por razón de edad avanzada: aplicación del enfoque etario y de género como garantías del debido proceso .....	145
.....	152
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>153</b>
<b>Sistema Penal de Responsabilidad para Adolescentes flexibilidad sancionatoria (Da prioridad a los fines pedagógicos, educativos y restaurativos).....</b>	<b>153</b>
4.1 Naturaleza autónoma de las sanciones: inaplicabilidad de la Justicia premial ....	153
4.2 La Privación de la Libertad como "Último Recurso" .....	171
4.3 Pedagogía, restauración y reintegración: parámetros para la individualización de sanciones en el SRPA .....	178
.....	186
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>187</b>
<b>Tratamiento penitenciario diferencial de indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria .....</b>	<b>187</b>
5.1 Ejecución de la pena impuesta a indígenas: garantías para la protección de la identidad cultural .....	187
5.2 Tratamiento en la legislación penal frente a indígenas sindicados de delitos .....	195
5.3 La ejecución de la pena a indígenas: alternativas de reclusión en centros del INPEC o en resguardos .....	197





# CAPÍTULO I

---

La pena en el Estado social y democrático de  
derecho: funciones, límites y principios  
constitucionales

## CAPÍTULO I

### La pena en el Estado social y democrático de derecho: funciones, límites y principios constitucionales

#### 1.1 La pena como mecanismo de prevención en el Estado social de derecho: principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad

##### Extracto n.º 1

Número de radicado	:	33254
Fecha	:	27/02/2013
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«La pena, a voces del art. 4º del C.P., cumple funciones de prevención (general y especial), retribución *justa*, reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social, agrega la norma, operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

De otro lado, del art. 3º ídem se extractan los principios orientadores de la imposición de la sanción penal, a saber, *razonabilidad*, *proporcionalidad* y *necesidad*. Éste último se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Las máximas de razonabilidad y proporcionalidad, por su parte, son expresión del entendimiento constitucional del derecho penal, en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

En efecto, en un Estado constitucional no sólo se predica la protección de bienes jurídicos como la *principal* finalidad del *ius puniendi* –propósito a



partir del cual han de comprenderse los fines de la pena--; además, se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición.

Ciertamente, según lo pregonan la jurisprudencia de esta Corte<sup>1</sup>, el programa penal de la Constitución dicta que la finalidad de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es la que mejor se articula con el Estado social y democrático de derecho.

Bajo tal comprensión, el fundamento del *ius puniendi*, encarnado en la función de la pena, estriba en el cometido de prevención de delitos. Pues, desde la perspectiva *social*, la pena representa la ejecución, en concreto, del deber de intervenir activamente para lograr la realización de los derechos de los ciudadanos, a través del propósito de lucha contra el crimen. Al respecto, cabe reiterar, la razón primigenia de un Estado *social* es la de cumplir el deber fundamental de *proteger* a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades<sup>2</sup>.

Por consiguiente, sin desatender sus demás finalidades, la pena adquiere una connotación *eminente* preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados.

[...]

[...] hablar de la función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como una medida de control social institucional que, por medio de un doble efecto disuasivo, tiende a la evitación del delito: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia.

---

<sup>1</sup> Cfr., entre otras, C.S.J. – Sala de Casación Penal, sents. 01/10/09, rad. 29.110; 13/05/09, rad. 31.362; 08/08/05, rad.18.609; 26/04/06, rad. 24.612; 23/08/06 rad. 25.745; 19/10/06, rad. 19.499; y 18/11/08, rad. 29.183.

<sup>2</sup> C. Const., sent. C-578/02.

En la *prevención general*, la pena representa una amenaza dirigida a los ciudadanos para que se abstengan de incurrir en delitos, conminación que, de acuerdo con la concepción clásica de Feuerbach, opera en el momento abstracto de la tipificación legal. Por ende, tanto la amenaza punitiva como la ejecución de la pena deben producir un efecto intimidatorio en los autores potenciales para así evitar que lleguen a delinquir.

Claro está, a partir del principio democrático, la prevención general no puede fundarse exclusivamente en su efecto intimidatorio derivado (prevención general negativa), sino que, apuntando a fortalecer el consenso social, la pena también debe dirigirse a reforzar en la conciencia colectiva la vigencia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva). Así, la pena tendría la tarea de demostrar frente a la comunidad la inquebrantabilidad del ordenamiento y, de esta manera, robustecer la fidelidad jurídica de la población.

La prevención especial, por su parte, tiende a evitar que el delincuente reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Listz, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad de prevenir ulteriores delitos.

Por consiguiente, en un Estado social y democrático, la pena se erige como un mecanismo adecuado para evitar la lesión de intereses fundamentales para la convivencia social, derechos o bienes que, por su importancia y necesidad de tutela, ameritan la protección reforzada del derecho penal.

[...]

[...] de la filosofía del Estado *de derecho*, el cual supone, entre otras tantas cosas, la sujeción de las autoridades al ordenamiento jurídico, el Estado constitucional adopta el principio según el cual, al ejercer los poderes públicos, han de respetarse ciertos *límites* que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos, barreras materializadas a través de garantías consustanciales al cometido de defensa del individuo frente al poder estatal, característico del liberalismo político.

Así, entonces, para que el ejercicio de la punición siga los cauces trazados por el Estado *social y democrático de derecho* debe respetar –en los diversos momentos de la conminación penal: *legislativa, de aplicación judicial* y de ejecución-- una serie

de barreras de contención necesarias para garantizar su legítimo ejercicio. Ello, por cuanto si bien el moderno Estado constitucional garantiza la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo, también es verdad que, en contrapartida, concede derechos de defensa frente al propio Estado que, con la pena, aplica la medida de intervención más fuerte e intensa de que dispone frente al ámbito de libertad de los ciudadanos.

Entre dichas garantías ha de destacarse, de cara al asunto *sub exámine*, el principio de *proporcionalidad*, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal<sup>3</sup>.

Al respecto ha de puntualizarse que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sólo la utilización *medida, justa y ponderada* del *ius puniendi*, destinado a proteger los derechos y las libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico.

El principio constitucional de proporcionalidad –que en materia penal se expresa en la consigna de prohibición de exceso--, según la sentencia C-070 de 1996, ha sido extraído jurisprudencialmente de los arts. 1° (Estado social de derecho); 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución); 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona); 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas); 11 (prohibición de la pena de muerte); 12 (proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes); 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

De la vigencia de dicho principio se desprende, de un lado, que en el proceso de criminalización de conductas el Estado ha de acudir al principio de necesidad, con miras a evitar la penalización de comportamientos cuando tenga otros medios menos lesivos para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar.

---

<sup>3</sup> Cfr., entre otras, C. Const., sent. C-647/01.

De otra parte, al momento de la *determinación de la consecuencia penal*, el legislador se halla limitado a la fijación de una pena *proporcionada*, sin que pueda *excederse* en la potestad de configuración punitiva. Tal garantía para el ciudadano implica, entonces, que no se puede castigar más allá de la gravedad del delito, trazándose de esta manera un límite a las finalidades preventivas y encauzando la retribución a senderos respetuosos de la justicia y la dignidad humana.

En términos simples, la proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito. Así, el derecho penal dentro de un Estado catalogado como constitucional y democrático ha de ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia social de los hechos delictivos. En consecuencia, exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de aquéllas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado.

En consonancia con las anteriores premisas, sin desconocer la amplia potestad de configuración legislativa en materia de *ius puniendi*, la jurisprudencia reconoce en el principio de proporcionalidad de la pena un referente necesario a la hora de evaluar la legitimidad de las disposiciones penales. Al respecto, se lee en la sentencia C-581/01:

Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el *ius puniendi*, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar.

Desde esa perspectiva, la *desproporción* y la *evidente carencia de razonabilidad* en la fijación legislativa de las penas, las tornan ilegítimas.

[...]

[...] el respeto al principio de *proporcionalidad de la pena*, derivado de la máxima de prohibición de exceso, asume, junto al de la legalidad de aquélla<sup>4</sup>, la connotación de garantía fundamental.

[...]

[...] son parámetros constitucionales los que, a manera de postulados de limitación, han de orientar el diseño y aplicación de las normas penales. En ese marco, la máxima de proporcionalidad es uno de los criterios esenciales para determinar la legitimidad de tales disposiciones normativas, tanto desde la óptica de su existencia como en la determinación de las consecuencias punitivas.

Ciertamente, la connotación democrática del Estado constitucional impide afirmar que la legitimidad del *ius puniendi* estriba únicamente en la *mera* voluntad legislativa. Ello atenta, inclusive, contra la noción misma de Estado de derecho, cuyo propósito se arraiga en la limitación de la arbitrariedad en el desempeño del poder, a fin de garantizar el ejercicio de las libertades ciudadanas, que encuentran expresión en los derechos fundamentales.

[...]

[...] en la sentencia C-939 de 2002, la Corte Constitucional enfatizó en que la libertad de configuración legislativa en asuntos penales encuentra restricción en los deberes de observar la estricta legalidad, respetar los derechos fundamentales y sujetarse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

[...]

De esta manera, la libertad individual, en tanto prerrogativa *ius fundamental*, sólo puede restringirse con miras a la protección de otros intereses del mismo linaje, sin superar la prohibición de exceso –encarnada en la proporcionalidad de la pena--. Para tal efecto, ha de acudirse a los componentes metodológicos de ponderación consustanciales al principio de proporcionalidad, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

---

<sup>4</sup> Sobre la connotación de garantía fundamental del principio de legalidad de la pena, cfr. C.S.J. – Sala de Casación Penal, sents. 27/06/12, rad. 38.607; 06/06/12, rad. 36.846; 10/10/12, rad. 36.860 y 06/06/12, rad. 25.767, entre otras.



Resumidamente, el primero de dichos subprincipios se refiere a que la medida conduzca o favorezca la obtención de un fin legítimo perseguido por el Estado; la necesidad, supone la inexistencia de otros medios alternativos aptos para alcanzar el propósito propuesto y que sean más benignos con el derecho afectado; en tanto que el último de los mencionados subprincipios exige emprender una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y por otra, el peso de las razones que lo justifican.

Cabe reiterar, por último, que la proporcionalidad, a través de los referidos componentes, encuentra aplicación como *herramienta de control* sobre las medidas punitivas, no sólo en el plano normativo --concerniente a la protección penal propiamente dicha y a la medida de la pena con la que se amenaza--; también, en la fase de imposición de la sanción, según lo dicta el art. 3° del C.P.

[...]

[...] ha de recordarse que el Estado de derecho, como reacción contra el absolutismo, implica el control del ejercicio arbitrario del poder, mediante la sujeción al principio de legalidad; a su turno, la democracia conlleva la deliberación y discusión de las decisiones políticas. De ello se sigue, pues, que la legitimidad de una disposición normativa también depende de la apropiada deliberación de las razones que la fundamentan, bajo los parámetros que establece el ordenamiento jurídico.

[...]

De allí que la jurisprudencia le confiera a la *fundamentación* de las iniciativas legislativas un importante papel en el control del proceso de formación de la ley.

Aplicando lo hasta ahora expuesto al concreto momento de fijación legislativa de la pena, *en eventos de incrementos punitivos posteriores a la tipificación inicial*, para la Sala es claro que la agravación de la consecuencia penal establecida en un primer momento en la creación del tipo, requiere un análisis de proporcionalidad independiente y regido por parámetros diversos a los aplicados al nacimiento de la respectiva disposición normativa.

En efecto, tratándose de la modificación de la norma jurídico penal para incrementar los límites de su componente sancionatorio, el aumento de pena, *en sí mismo*, representa una *medida* de política criminal que, además

de impactar negativamente el derecho fundamental a la libertad personal, implica una *adición* a las valoraciones concernientes a la correlación entre la gravedad del delito y la pena.

Ese *plus* de ninguna manera podría estar cobijado por los fundamentos legitimantes de la creación originaria del tipo penal. No. Tal *aditamento*, por cuyo medio se intensifica la incidencia negativa en los derechos fundamentales, reclama legitimidad desde la óptica del principio de proporcionalidad; lo contrario devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carentes de justificación, emanados de la simple voluntad del legislador.

[...]

[...] el principio de proporcionalidad en la determinación e imposición de la pena ostenta la condición de garantía fundamental. Por ende, su vulneración comporta arbitrariedad, bien en la respectiva disposición penal, bien en la fijación de la consecuencia punitiva. En ese contexto, sin dudarlo, un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento resulta opuesto al entendimiento constitucional del derecho penal ».

## 1.2 Finalidades de la pena y función resocializadora

### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	61616
Número de providencia	:	AP3348-2022
Fecha	:	27/07/2022
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda instancia

«En nuestro sistema jurídico, la pena tiene diversas finalidades en cada una de sus fases, que van desde su previsión hasta su ejecución (Cfr. CC C-430-1996):

(i) preventiva o disuasiva, que en esencia se concreta en el momento en que el legislador fija la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal por el daño que se hace a la sociedad ante la violación de la prohibición normativa. Es la fase de conminación legal y responde a un objetivo de prevención general que se justifica en la protección de diversos bienes jurídicos, necesarios para preservar la coexistencia de la colectividad,

(ii) retributiva, que se exterioriza en la imposición judicial de la pena. En esta fase se entremezclan fines preventivos generales y especiales, aunque prevalecen los primeros. La individualización e imposición de la sanción confirma la vigencia de la norma y actualiza la amenaza abstracta tipificada en la ley. La prevención especial se patentiza en los casos en que el funcionario judicial, del catálogo de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, valora el cumplimiento de los requisitos legales que provean una alternativa a la ejecución intramural. Y,

(iii) resocializadora, propia de la fase de ejecución de la pena, orientada a la prevalencia de principios que respeten la autonomía y dignidad de los condenados y, por ende, persigue un objeto preventivo especial que decididamente influye en su readaptación social. Este fin es el que hace que la pena privativa de la libertad sea constitucionalmente válida.

El artículo 3° del Código Penal (principios de las sanciones penales) establece que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y agrega que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Por su parte, el artículo 4° *ídem* dispone que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Así mismo, precisa que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

En la sentencia CC C-328-2016, la Corte Constitucional se ocupó ampliamente de la trascendencia de la pena privativa de la libertad, como quiera que ella refleja la sanción más significativa en lo concerniente a restricción de diversos derechos de rango constitucional, principalmente el de locomoción.

La pena, entendida como sanción legal y expresión del poder punitivo estatal frente a la realización de un acto considerado típicamente como delito, se justifica a partir de diversas teorías y escuelas en torno a su función y finalidad, que el señalado precedente constitucional se encargó de explicar<sup>5</sup>.

Para lo que ahora interesa, la Corte Constitucional recordó el análisis efectuado por su propia jurisprudencia<sup>6</sup> en torno a los fines constitucionales de la pena e hizo énfasis en el objetivo de resocialización ligado a la función preventiva especial.

Explíquese que la connatural afectación de garantías fundamentales, producto de la limitación de la libertad, apareja complejas dinámicas que muchas veces impiden que la pena cumpla su cometido constitucional, escenario en el que los mecanismos alternativos o sustitutivos se presentan como la mejor manera de afrontar el proceso de resocialización.

La función preventiva especial se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, siempre y cuando se orienten a: (i) la efectiva resocialización de los sentenciados, (ii) favorezcan el desestímulo de la criminalidad, y (iii) promuevan la reinserción del delincuente a la vida en sociedad.

Específicamente en lo atinente al principio de necesidad y a la prevención especial de la pena, la Corte Constitucional ha explicado (Cfr. CC C-806-2002) que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de su libertad para readaptarse a la comunidad, ha de brindársele la oportunidad de cumplir su condena mediante instrumentos que comporten una menor aflicción, lo cual no implica que no sean eficaces.

Ello, en sintonía con lo afirmado de vieja data, en el sentido que *«la pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención[,] retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden*

---

<sup>5</sup> En cuanto a las teorías de la pena, el fallo constitucional recordó las teorías absolutas (de la expiación y de la retribución), las relativas (de la prevención general negativa, de la prevención general positiva o de respeto al orden social y de la prevención especial) y teorías mixtas (las que otorgan preferencia a la retribución y las que no lo hacen y le confieren a la pena un fin exclusivamente preventivo).

<sup>6</sup> En su análisis, citó las providencias CC C-261-1996, C-430-1996, C-144-1997, C-806-2002, C-061-2008, T-388-2013, T-267-2015 y T-718-2015.

*conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil» (Cfr. CC T-596-1992).*

Por ende, sin llegar al extremo de corrientes abolicionistas, el legislador colombiano ha contemplado el instituto de los subrogados penales como una forma de evitar que los condenados a pena privativa de la libertad permanezcan en los centros de reclusión, con la finalidad de aplicar, en concreto, la función resocializadora de la pena.

En otras palabras, el fundamento que inspira los subrogados penales es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su conducta al estándar que el legislador ha previsto como de obligatorio cumplimiento para la convivencia en sociedad, buscando no excluirlo de ella, sino propiciando su reinserción a la misma.

### **La resocialización como función y fin primordial de la pena en un Estado Social de Derecho y aspecto preponderante a la hora de abordar el estudio de la libertad condicional**

El concepto de resocialización ingresó a la Carta Política de 1991 con la promulgación del Acto Legislativo n.º 01 de 2020 *«por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable».*

Aquella reforma constitucional fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-294-2021, en la que se realizó un escrupuloso examen de la política criminal colombiana y de la resocialización como función principal de la pena en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana del condenado, a quien el Estado ha de brindarle alternativas que le permitan reconocer el daño causado al conglomerado social, pero, de igual manera, incentivar un nuevo inicio afuera del centro de reclusión, de regreso a la comunidad y bajo el acatamiento de normas mínimas de convivencia.

La providencia explicó que la *«resocialización puede ser entendida como un conjunto de medidas, actividades o técnicas de tratamiento social o clínico que pretenden «cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad,*



*esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno».<sup>7</sup>».*

También se trajeron a colación diversos instrumentos internacionales que se integran a nuestra Carta Política por la vía del bloque de constitucionalidad y se refieren al tópico de la resocialización. Por ejemplo, el numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup> (Pacto de San José) señala *«Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados»*. Y el numeral 3 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup> establece: *«El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...»*, cuyo contenido fue precisado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 21<sup>10</sup>, al enunciar que *«ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso»*.

Luego de citar sus precedentes<sup>11</sup>, el alto Tribunal Constitucional expuso que a lo largo de su jurisprudencia ha mantenido una posición tendiente a proteger todas aquellas garantías que permiten la resocialización de los condenados. Finalmente concluyó que:

*[l]a cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho somete el ejercicio del poder punitivo del Estado a unos límites indiscutibles, como lo son la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Por tanto, la*

---

<sup>7</sup> [cita inserta en el texto transcrito] Hernández Jiménez, Norberto. “El fracaso de la resocialización en Colombia”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 49: 1-41, (2018). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n49/0121-8697-dere-49-2.pdf>

<sup>8</sup> San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

<sup>9</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución n.º 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)

<sup>10</sup> **Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 – Trato humano de las personas privadas de libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).**

<sup>11</sup> En su análisis, citó las providencias CC C-275-1993, C-565-1993, C-261-1996, C-144-1997, C-806-2002, C-271-2003, C-061-2008, T-718-2015, C-552-2016, C-407-2020 y SU-433-2020.

*política criminal diseñada e implementada en un Estado de esta naturaleza se caracteriza por basarse [en] unos principios humanitarios que reconocen a la persona procesada penalmente, y posteriormente condenada, unos derechos inalienables que, aún habiendo causado un daño grave a la convivencia en comunidad por la comisión de un delito, deben ser asegurados y protegidos por el Estado. La función preventiva especial de la pena privativa de la libertad es esencial en la política criminal humanista y garantista. Por ello, figuras como la redención de penas y subrogados penales son mecanismos que incentivan a la persona condenada a realizar actividades de resocialización, que al final es una expresión del reconocimiento de su dignidad humana [subrayado fuera de texto].*

Como los sistemas penal y penitenciario están teleológicamente vinculados, en consonancia con las actividades de resocialización se halla el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), cuyo texto –de hecho, anterior al actual Código Penal– contempla importantes expresiones del reconocimiento de la dignidad humana en el propósito de retornar al delincuente al seno de la sociedad.

Por ejemplo, el artículo 9 expresa que «la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización...» y el 10 establece como finalidad del tratamiento penitenciario «alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario».

El canon 79 (modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014) explica que el *trabajo penitenciario* es un derecho de la persona privada de la libertad y un «medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización», asunto que reitera el precepto 94 frente a la *educación* como «base fundamental de la resocialización».

El artículo 142 expone como objetivo del tratamiento penitenciario «preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad», escenario que contempla un carácter progresivo integrado por las siguientes fases (canon 144 *eiusdem*): (i) observación, diagnóstico y clasificación del interno, (ii) alta seguridad, que comprende el período cerrado, (iii) mediana seguridad, que corresponde al período semiabierto, (iv) mínima seguridad o período abierto, y (v) de confianza, que coincide con la libertad condicional.

Las fases de rehabilitación y resocialización en el proceso penitenciario preparan a los sentenciados para la reincorporación a la vida en comunidad y conforme a su carácter progresivo, permite concluir que en los diferentes períodos por los que atraviesan va disminuyendo la rigidez en la limitación del derecho a la libertad, en especial el de locomoción al interior del establecimiento de reclusión y paulatinamente por fuera de él (Cfr. CC T-895-2013 y T-581-2017).

De ese modo, el tratamiento penitenciario posee dos aspectos basilares, de un lado, la readaptación social del condenado y, del otro, la relación que hay entre el derecho a acceder a programas de estudio y trabajo que permitan redimir pena e incidan en el derecho a la libertad.

Es a través de la resocialización que la permanencia en los establecimientos de reclusión pasa de ser una simple consecuencia jurídica por las conductas del pasado, a convertirse en una oportunidad de integración social de la persona que ha incurrido en una conducta lesiva de un bien jurídico penalmente relevante (Cfr. CC A-121-2018).

Por último, tráiganse a colación las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*<sup>12</sup>:

*Regla 4*

*1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.*

*2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas,*

---

<sup>12</sup> Resolución n.º 70/175 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015, septuagésimo período de sesiones. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10266.pdf>

*actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.*

#### *Regla 5*

*1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano (...)*

Y algunos de los principios rectores aplicables a categorías especiales de reclusos, en este caso los penados, son:

#### *Regla 87*

*Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.*

#### *Regla 88*

*1. En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad (...)*

En conclusión, el fin resocializador de la pena se inscribe dentro de lo que se conoce como función de prevención especial positiva, eje articulador central de nuestro sistema penal donde se abandonan las ideas de intimidación, retaliación social o venganza. En su lugar, la noción de resocialización del sentenciado, como principio legitimador y objetivo supremo de la ejecución de la pena, constituye el centro de gravedad, consecuencia obligada de la definición de Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución Política).

«[E]l objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo» (Cfr. CC C-261-1996). Por contera, sólo son compatibles con los derechos humanos aquellas penas orientadas a la resocialización del condenado, de otra manera se desvanecería el componente de dignidad inherente al Estado Social de Derecho».

**Extracto n. ° 2**

Número de radicado	:	67037
Número de providencia	:	AP4975-2024
Fecha	:	04/09/2024
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda instancia

«Los fines de la pena y su incidencia en los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

El artículo 4 del Código Penal prevé como fines de la pena los de «prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado». Además, la «prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión».

El concepto de pena ha tenido una constante evolución, vinculado con el contexto político, social y económico de una comunidad determinada, así como las finalidades asignadas a la misma. Así, se encuentran las teorías absolutas y, en particular, la de la retribución, que le niega a la pena una utilidad específica, al considerarla como la realización condigna de la justicia, debido al mal causado por la comisión de una conducta reprochable; como también teorías relativas, que plantean fines determinados a la pena, bien sean de prevención general, especial o mixta - unificadoras de todos los anteriores criterios bajo un solo concepto-.

En las últimas décadas se han planteado nuevas alternativas, que han dado especial énfasis al fin de prevención general positivo. Así, mientras para un sector del debate teórico, lo importante es reafirmar la vigencia de la norma,



para otros, lo relevante es la protección de bienes jurídicos relevantes para la convivencia pacífica de la sociedad, propósito último para el que se trata de armonizar los fines de prevención general y de prevención especial.

La idea central de esta última postura alude a las distintas fases que tiene la pena, desde el surgimiento de la norma dentro del ordenamiento jurídico, pasando por la imposición judicial de la pena, hasta la ejecución de la misma, y cada uno de esos momentos cumple un fin determinado, sea de prevención general y/o especial. Además, cada una de esas fases son necesarias y se complementan entre sí, por lo que no se podría prescindir de ninguna de ellas, dado que, por el contrario, de una depende el logro de la otra.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha indicado que la ejecución de la pena debe estar orientada, de manera preponderante, por un fin de prevención especial positiva, es decir, que busca la resocialización de la persona condenada. De todas maneras, «no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que ‘las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás’» (CC C-294-2021).

En particular, los subrogados penales han sido entendidos como mecanismos que definen el límite mínimo (no el máximo) de la retribución justa y confirman el fin de resocialización de la pena. Por ello, en cada caso deberá determinarse, valorados todos los aspectos exigidos por la ley, si la reinserción del individuo a la comunidad se puede alcanzar o no con opciones distintas a la privación efectiva de la libertad del individuo. Es por eso que se ha aludido a un ejercicio valorativo, en el que se deberá analizar cada requisito y determinar el peso concreto que tiene cada elemento frente a las funciones legalmente reconocidas para la pena.

Las anteriores consideraciones han sido retomadas por esta Corporación al momento de resolver peticiones relacionadas con el subrogado de la libertad condicional, por lo que existe una línea consolidada, de la cual podrían destacarse las siguientes notas características, aunque, por supuesto, sin

agotar la jurisprudencia en esta materia:

- El legislador no le otorgó al juez la facultad de prescindir del estudio de alguno de los requisitos señalados en la ley, bajo ningún argumento -por ejemplo, la crisis carcelaria o el cumplimiento de uno de los fines de la pena, como es el de reinserción social-, ni tampoco estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes (CSJ AP8301-2016. Rad. 49278).

- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 guarda conformidad con los principios de non bis in ídem, juez natural y separación de poderes, así como los derechos humanos contenidos en los tratados, que prevalecen en el orden interno. En coherencia con lo anterior, el juez de ejecución de penas, o el que sea competente, deberá analizar, de manera previa, la conducta punible, «labor que no excluye la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el reo » (CSJ STP, 27 de Ene. de 2015, rad. 77312, citada en CSJ STP2525-2017. Rad. 90489).

- El juez de primera instancia obra correctamente si, a partir de razones concretas contenidas en el fallo condenatorio, como la posición del sentenciado en la sociedad, la defraudación de la confianza por parte de la comunidad, la deliberada y consciente afectación de bienes jurídicos, «el desmedro a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que debe existir en el conglomerado social respecto de sus gobernantes», se establece un pronóstico negativo para conceder el subrogado de la libertad condicional. Lo anterior, en coherencia con los fines de prevención general y especial de la pena y, en concreto, el mensaje nocivo que se enviaría a la comunidad, de que no sería necesario cumplir la sanción condigna que le corresponde al sentenciado (CSJ AP260-2021. Rad. 58799).

- En la labor de la valoración de la conducta, «no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el ‘impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes’ » (CSJ AP4142-2021. Rad. 59888).

- La resocialización constituye un fin primordial de la pena en un Estado

social de derecho y por ello es un elemento preponderante al momento de resolver las peticiones de libertad condicional. Así las cosas, el proceso penitenciario tiene carácter progresivo y prepara de manera paulatina al sentenciado para su reincorporación a la sociedad.

Bajo ese marco orientador, en cada caso concreto, se deben analizar los elementos favorables o desfavorables del sentenciado, con el propósito de determinar el grado de cumplimiento de los fines de la pena. Es decir, sea que se trate de actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite -vgr. manifestaciones de arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, toma de conciencia de su falta, reconocimiento del daño causado, ofrecimiento de actos de reparación, materiales y no materiales- o durante la ejecución de la pena, que permitan variar la situación inicial -vgr. excusas públicas por las conductas realizadas y reparación integral a todas las víctimas-, el juez deberá tener en cuenta todos estos aspectos para concluir si el concepto es positivo o no frente al proceso de resocialización (CSJ AP-2977-2022, Rad. 61471 y AP-3348-2022, Rad. 61616 ).

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada y consistente en señalar que, la sola gravedad de la conducta no basta para decidir sobre la concesión del subrogado de libertad condicional, por lo que deben ponderarse con otros factores, como las circunstancias que enmarcaron la ejecución de la conducta punible -no solo las desfavorables, sino también las favorables-, el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos elementos que permitan determinar si se justifica la continuación de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la modalidad intramural o domiciliaria.

No se trata entonces de exigir una carga especial a la defensa, que le imponga demostrar requisitos adicionales, como quiera que basta observar las situaciones previas, concomitantes y posteriores al momento de la imposición de la pena, con el propósito de determinar el real compromiso del sentenciado frente a su proceso de readaptación a la vida en comunidad. A lo anterior se suma el deber del juez de evaluar, incluso de manera oficiosa, todos aquellos aspectos que permitan sustentar adecuadamente el reconocimiento o no del derecho a la libertad condicional.

Precisamente, en aquellos casos en que se otorgó tal subrogado -vgr. Rad. 61471, citado por la defensa técnica, y Rad. 61616, citado por el procesado-

, se tuvieron en cuenta muestras de adaptación y enmienda asumidas por el peticionario de la libertad, no solo durante la fase intramural -las manifestaciones de arrepentimiento divulgadas en medios de comunicación o la reparación total a las víctimas-, sino también durante la etapa de juicio del proceso -aceptación de los cargos y la presentación de excusas a todos los afectados con los comportamientos objeto de condena, tal como se pactó dentro del incidente de reparación integral- las que finalmente permitieron, en cada caso, constatar el grado de cumplimiento del fin de prevención especial.

Así las cosas, como se anticipó, no es posible asignar, de manera absoluta, el peso concreto a un determinado criterio y es por ello que en cada caso se puede imponer una solución diferente, dado que la naturaleza y modalidad de la conducta punible, su forma de ejecución, el impacto social ocasionado, el contexto personal y familiar del sentenciado, su tratamiento penitenciario, entre otros aspectos, constituyen variables que se deben analizar y valorar de manera específica.

Si bien existen razones de la providencia judicial que tienen efectos vinculantes para los casos futuros, los aspectos destacados, propios de cada trámite, obligan a realizar un ejercicio valorativo particular. Con esto, y en respuesta a otro planteamiento de la defensa, los «precedentes» citados en sus escritos -AP-2977-2022 y AP-3348-2022-, abordan casos en principio parecidos, pero no idénticos, debido a las particularidades que cada uno presenta -vgr. aceptación previa de los cargos, presentación de excusas públicas o muestras de arrepentimiento, etc.-, por lo que esas consideraciones específicas no constituyen regla de decisión para este caso».

### **1.3 Parámetros legales y constitucionales en la individualización de la sanción penal**

#### **Extracto n. ° 1.**

Número de radicado	:	46647
Número de providencia	:	SP918-2016
Fecha	:	03/02/2016

Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«A la luz del art. 28 de la Constitución, toda persona es libre. Por consiguiente, nadie puede ser sometido a prisión, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las *formalidades legales* y por *motivo previamente definido en la ley*.

La legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental a la libertad personal por la vía de la imposición de penas depende, entonces, del respeto al *debido proceso sancionatorio*. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la *configuración normativa* de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2º de la Constitución preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a *leyes* preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las *formas propias de cada juicio*. Este precepto se reproduce en el criterio rector de *legalidad*, contenido en el art. 6º inc. 1º del CP.

El respeto del debido proceso sancionatorio comprende la consideración de aspectos formales y principialísticos. La concreción del *ius puniendi* en la efectiva imposición judicial de la sanción penal no sólo ha de ceñirse a criterios de legalidad *stricto sensu*, expresados en reglas para la individualización de la pena; también comporta la materialización del principio constitucional de proporcionalidad (prohibición de exceso).

En un Estado constitucional<sup>13</sup> no sólo se predica la protección de bienes jurídicos, entendida como la principal finalidad del derecho penal y el propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena. También se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición. Ello, por cuanto si bien el moderno Estado social de derecho garantiza la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo en contra de quien delinque, también es verdad que, en contrapartida, reconoce derechos de defensa frente al propio Estado, el cual, con la pena, aplica la medida de

<sup>13</sup> En la sentencia C-820/06, la Corte Constitucional advirtió que la cláusula *Estado constitucional* se explica en virtud de la transición del imperio de la ley, principio propio del Estado de derecho, a la máxima de primacía de la Constitución.

intervención más fuerte e intensa de que dispone frente al ámbito de libertad de los ciudadanos<sup>14</sup>.

Entre dichos límites ha de destacarse el principio de proporcionalidad<sup>15</sup>, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como *en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal*<sup>16</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional<sup>17</sup>, sólo la utilización *medida, justa y ponderada* del *ius puniendi*, destinada a proteger los derechos y las libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico. De ahí que el respeto al principio de *proporcionalidad de la pena*, derivado de la máxima de prohibición de exceso, asume junto al de la legalidad de aquélla la connotación de garantía fundamental<sup>18</sup>.

En tal virtud, el procedimiento de individualización de la sanción ha de orientarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo dicta el art. 3º del CP. Así mismo, ha de atender a la realización de las finalidades de la pena, consistentes, a voces del art. 4º del CP, en la prevención (general y especial), la retribución *justa*, la reinserción social y la protección del condenado.

Éste ha de ser el trasfondo de los parámetros y fundamentos para la individualización de la pena (arts. 60 y 61 ídem), los cuales no se autojustifican, sino que constituyen una orientación para materializar, a través de la fijación de la sanción, las finalidades punitivas. Si bien el procedimiento de dosificación transita por derroteros reglados, en esencia no es más que un ejercicio de ponderación.

Bien se ve, entonces, que la punición arbitraria está proscrita en un Estado constitucional. Una pena deviene en ilegítima si es impuesta con inobservancia de los parámetros legales establecidos para su fijación o si se muestra desproporcionada.

---

<sup>14</sup> BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información*. **En**: HEFENDEHL, Roland, VON KIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151.

<sup>15</sup> C. Const., sent. C-565/93.

<sup>16</sup> C. Const., sent. C-647/01. Así mismo, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires B de f, 2ª ed., 2003, pp. 125-148.

<sup>17</sup> C. Const., sent. C-070/96. En el mismo sentido, sents. C-118/96 y C-148/98.

<sup>18</sup> Sobre la connotación de garantía fundamental del principio de legalidad de la pena, cfr. C.S.J. – Sala de Casación Penal, sents. 27/06/12, rad. 38.607; 06/06/12, rad. 36.846; 10/10/12, rad. 36.860 y 06/06/12, rad. 25.76; 27/02/13, rad. 33254, entre otras.



## Individualización de la sanción penal y el deber de motivación

Ahora, a fin de *legitimar* la punición, el juez está en el deber de motivar el proceso de individualización de la pena. En la decisión respectiva ha de quedar claro al penado, así como a la comunidad en general, que la imposición de una sanción específica a un individuo no es producto del capricho o la arbitrariedad del juzgador, sino el resultado de un serio ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, respetuoso de los lineamientos legales pertinentes. Por ello, al tenor del art. 59 del CP, la sentencia deberá contener una fundamentación *explícita* sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción.

Un tal deber de motivación es expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia. Pues, solo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación, al paso que se legitima la decisión y con ello la autoridad del Estado.

Sobre el particular, en la sentencia C-145 de 1998, expuso la Corte Constitucional:

El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia. Este derecho implica no sólo que las personas pueden solicitar a los organismos que administran justicia que conozcan y decidan de fondo sobre sus conflictos -salvo que la ley contemple causas legítimas de inadmisión-, sino también que esas decisiones sean fundamentadas. La obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez. En el Estado de derecho la sentencia responde a la visión del juez acerca de cuáles son los hechos probados dentro del proceso y cuál es la respuesta que se le brinda al caso concreto por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es claro que tanto los hechos como las normas pueden ser interpretados de manera distinta. Por esta razón, se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar

su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta. Precisamente la motivación de las sentencias es la que permite establecer un control --judicial, académico o social-- sobre la corrección de las decisiones judiciales.

[...]

Dentro de las garantías propias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva se encuentran también las de ejercer el derecho de defensa y las de recurrir las sentencias judiciales. Ahora bien, para poder presentar recursos contra los fallos judiciales es necesario conocer cuáles fueron las razones que condujeron al juez a dictar la sentencia que se controvierte, razones que deben referirse a los hechos (las pruebas) y a los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión. Si esas razones no son públicas el recurrente no podrá esgrimir contra la sentencia más que argumentos generales, que repetirían lo que él ya habría señalado en el transcurso del proceso. Precisamente entre los fines del deber de motivar las sentencias se encuentra el de facilitarle al afectado la comprensión de la resolución emitida y la formulación de su impugnación.

En la misma dirección, esta Colegiatura ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Sólo así puede permitírseles ejercer un control sobre el proceso e identificar los puntos que son motivo de discordia.<sup>19</sup>

En ese sentido, como también lo ha clarificado esta Corte<sup>20</sup>, el imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial. Es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable, honesta y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto. No de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales ni se hace efectivo el principio de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

---

<sup>19</sup> CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.

<sup>20</sup> CSJ SP 05/12/07, rad. 28.432.

Bien se ve, entonces, que la motivación, cuya razón de ser es evitar el ejercicio arbitrario del poder, es justamente la que permite el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por el público en general. En consecuencia, una deficitaria motivación, por ser violatoria de los derechos de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales, como arriba se indicó, conlleva a la ilegitimidad de la decisión.

Los defectos de motivación, acorde con la jurisprudencia de esta Corte<sup>21</sup>, se contraen a: i) ausencia absoluta de motivación, ii) motivación incompleta o deficiente, iii) motivación ambivalente o dilógica y iv) motivación falsa. Si alguno de estos vicios recae en la fase de individualización de la pena, se vulnera el debido proceso sancionatorio.

En síntesis, la articulación de las anteriores consideraciones lleva a la Corte a concluir que el debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación e imposición de la pena. Si se desconoce alguno de estos componentes, la fijación de la consecuencia punitiva se torna arbitraria.

#### Determinación inmotivada de la pena

En reciente decisión (CSJ SP 24.06.2015, rad. 40.382), la Sala rechazó enérgicamente la práctica judicial consistente individualizar inmotivadamente las sanciones penales. En dicha oportunidad clarificó que los jueces carecen de discrecionalidad para estimar a su arbitrio el monto de pena a imponer. Ello, por cuanto existen parámetros legales para individualizar las sanciones (arts. 59 y 61 inc. 3° CP), los cuales han de aplicarse *motivadamente* de cara al asunto particular, con la debida concreción de los fines de la pena establecidos en el art. 4° del CP. La simple *enunciación* o la mera *alusión* a dichos criterios, sin la debida articulación y análisis con el caso en concreto, en nada satisfacen el deber de motivar la individualización de la sanción penal. Por el contrario, implican un reprochable proceder que pretende encubrir el arbitrio del funcionario bajo la apariencia de una supuesta motivación que, en verdad, es inexistente.

---

<sup>21</sup> Cfr. CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.

En el *sub* exámine, el procedimiento empleado por el Tribunal de Bogotá muestra una total incomprensión de lo que, dentro de un Estado social de derecho, significa individualizar la sanción penal. Alejado de los derroteros fijados por la jurisprudencia, denota el desconocimiento del debido proceso sancionatorio y, en últimas, vulnera el principio constitucional de prohibición de exceso.

Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de *montos mínimos* de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación *reglado*, al sentenciador no le es dable escoger a su discreción un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo *tope mínimo* a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de *argumentar por qué se aparta de la mínima sanción* prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), *a fortiori*, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera *ius fundamental* del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

La motivación del proceso de individualización de la pena -en lo cuantitativo y lo cualitativo- no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3º y 4º ídem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto *sub júdice* es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

Pues bien, en el presente caso, a la hora de “ponderar” los factores de individualización, el Tribunal de Bogotá incurrió en una motivación absolutamente deficitaria para fijar la pena.

[...]

Bien se ve, entonces, que la motivación del proceso de individualización de la pena fue indebida. No sólo por ofrecerse incompleta o deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta, magnitud del daño causado e intensidad del dolo; también, por tornarse etérea en la concreta materialización de las finalidades punitivas.

Ello configura la vulneración del debido proceso sancionatorio y devela que el Tribunal se entendió facultado para individualizar la pena discrecionalmente o a su arbitrio, bajo el pretexto de mencionar de cualquier manera los criterios previstos en el art. 61 inc. 3° del CP. De tal suerte que, por una indebida motivación, el aumento en el término de prisión y monto de multa deviene en ilegítimo».

#### Extracto n. ° 2.

#### *Evolución de la teoría de la pena*

Número de radicado	:	37671
Número de providencia		SP2196-2015
Fecha	:	04/03/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Ahora bien, debido a que la actuación procesal se haya regida por el principio constitucional de *prevalencia del derecho sustancial* –artículo 228 de la Carta-, la Corte está compelida a superar los defectos formales de la demanda y proceder a decidir de fondo, atendiendo a criterios tales como los fines del recurso, su fundamentación, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada y, con ello, materializar la protección de derechos o garantías fundamentales modulando el control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia proferidas en la jurisdicción ordinaria.

Esto significa, que el poder punitivo del Estado no es absoluto, sino que se encuentra limitado por un catálogo de pautas rectoras contenidas en la Constitución y la ley, cuyo desconocimiento genera la deslegitimación de la sentencia, que de verificar la Corte, se encuentra en la obligación de reestablecer.

Así lo ha considerado la Corte Constitucional<sup>22</sup>:

*«La Corte ha señalado que “ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”. Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. **Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.**»* (negritas fuera de texto original).

---

<sup>22</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-939/02, de octubre 31.



Por esta razón, la adhesión de nuestro Estado social de derecho<sup>23</sup> a la teoría del garantismo<sup>24</sup>, impone la comprensión del derecho penal y el entendimiento de la pena, a la luz de los principios y derechos fundamentales incorporados en el ordenamiento jurídico, en particular, en la Constitución<sup>25</sup>, los cuales irradian sus efectos interpretativos a todas las normas.

Según ellos, el derecho penal se justifica solo en la medida en que pueda reducir la cantidad y calidad de la violencia de la reacción social frente a los delitos y se convierta en un instrumento de defensa de todos, tanto de la mayoría no desviada, como de la minoría desviada, consiguiendo no solo la minimización de los atentados o amenazas contra la sociedad sino también la minimización de las penas<sup>26</sup>.

Justamente, dentro de ese catálogo fundamental se encuentra inscrito el derecho al *debido proceso* que impone el respeto por las formas propias del juicio y, con ello, a las destinadas a las sanciones penales, que se concreta, entre otros, en la exigencia de *proporcionalidad* entre la conducta reprochada y la sanción impuesta.

Este imperativo de proporcionalidad de la pena ha sido definido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>27</sup> como la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que correlativamente el interés general se vea favorecido.

---

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-406/92, de junio 5, según la cual “El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder **y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.**” (Negrita fuera de texto original).

<sup>24</sup> La teoría garantista designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos, especialmente, la libertad personal frente a detenciones arbitrarias.

<sup>25</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, (Edición de Miguel Carbonell), Ed. Trotta, Madrid, 2008, pág. 199.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 194.

<sup>27</sup> Cfr. Hesse, K. K., *Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 5ª ed., Karlsruhe, 1972, p. 29, cit. en Pedraz Penalva, Ernesto, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/iure, Madrid, 1990, pág. 297.

Desde el punto de vista de su operatividad, el principio de proporcionalidad se materializa en dos momentos jurídicos: el primero, por el legislador, al crear los tipos penales y fijar su marco punitivo abstracto, el cual debe guardar estricta relación con la gravedad de la conducta tipificada. Para ello, debe tener en cuenta criterios tales como la importancia del bien jurídicamente tutelado, las condiciones de la víctima y el grado de lesión del bien, labor en la que está llamado a considerar especialmente la sanción determinada por él para otras conductas delictivas.

Atendiendo a esta fase de la proporcionalidad de la sanción, la Corte Constitucional ha sostenido<sup>28</sup>:

*«La Corte ha reconocido el amplio margen con el que cuenta el legislador para determinar el contenido concreto del Derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado. En ejercicio de esta competencia, corresponde al legislador determinar las conductas punibles y establecer el quantum de las penas correspondientes, de acuerdo con la valoración que haga de las diferentes conductas en el marco de la política criminal, así como es él quien puede señalar los casos en los que, dadas determinadas circunstancias, aquellas pueden disminuirse o aumentarse y los procedimientos para tal efecto, todo ello dentro del marco de la Constitución, y bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado algunos aspectos que podría determinar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en materia penal: “Por consiguiente, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede adoptar - entre otras decisiones- las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, etc. Sin embargo, como se dijo anteriormente, el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución*

...

---

<sup>28</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-334/13, de junio 13.

*Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado y que desde esta perspectiva, a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse.»*

Y al desarrollar los criterios a los que debe ceñirse el legislador en la elaboración de las normas penales sostuvo<sup>29</sup>:

*«En quinto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, de acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso: “Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales».*

La segunda fase, se verifica en la imposición de la sanción para el caso específico –razón por la que se suele denominar proporcionalidad en concreto- y por tanto tiene como su actor principal al juez. En ella, el juzgador toma como presupuesto la escala punitiva previamente fijada por el legislador durante la primera etapa, y pondera las circunstancias de

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-334/13, cit.

menor<sup>30</sup> o mayor<sup>31</sup> punibilidad que hayan concurrido en la ejecución de la conducta que concretamente juzga y, con base en ello, individualiza la sanción<sup>32</sup>.

El principio de proporcionalidad fue desarrollado en el ámbito penal interno por el artículo 3° de la Ley 599 del 2000, que introdujo un conjunto de fines orientadores de las sanciones penales así:

**«Principios de las sanciones penales.** *La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.*

*El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.».*

De manera, que luego de analizar la presencia de los elementos de la conducta punible presupuestos para la condena, el juez, al emitir el juicio de reproche, tiene el deber de preguntarse si la pena que va a aplicar es necesaria, proporcional y útil. En otras palabras, debe establecer la existencia de una clara relación entre la determinación de la sanción y los fines de ésta, puesto que la invasión a la esfera de libertad protegida por la Constitución debe dar estricto respeto a los valores y principios implícitos en ella.

Es justamente, en el momento de definir la imposición de la pena, su tipo y su cantidad, en donde los principios orientadores de las sanciones penales adquieren su relevancia práctica, pues cada caso debe ser particularmente analizado y para tal labor se requiere ordenar y sistematizar cada elemento de valoración, pues el juez no puede en su decisión, anular las finalidades definidas por el legislador, más aun si se tiene en cuenta que con la entrada en vigor de la Ley 599 del 2000, se propició un cambio de la teoría de la pena a la cual se vinculaba el legislador nacional, puesto que mientras el artículo 12 del Decreto 100 de 1980 se adscribía a las corrientes retribucionistas<sup>33</sup> que parten de una concepción vengativa de la relación

---

<sup>30</sup> Cfr. Ley 906 de 2004, art. 55 a 57.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibidem*, art. 58.

<sup>32</sup> Cfr. *Ibidem*, art. 61.

<sup>33</sup> Decreto 100 de 1980, artículo 12. “Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

entre delito y pena y de las teorías utilitaristas de la prevención o defensa social que adoptan como parámetro solo la utilidad que la sanción tenga para la mayoría no desviada, alinderándose entonces en las huestes de las teorías absolutas, el art. 3° de la Ley 599 de 2000, optó por inscribirse en las teorías relativas que rigen la imposición de las sanciones penales que cifra la justificación del derecho penal en su capacidad para reducir la afflictividad de las penas y servir de método de prevención de futuros delitos<sup>34</sup>.

Por ello, a la hora de decidir la imposición de una pena, el juez debe tener en cuenta que ésta, como acción estatal que es, debe respetar los principios orientadores definidos por el constituyente y el legislador, de los cuales se deduce su legitimidad<sup>35</sup>. De esta forma, la pena solo es constitucionalmente tolerable cuando es preventivamente necesaria y al mismo tiempo justa, en la medida en que no exceda la gravedad del hecho y se satisfagan efectivamente las garantías de las que se encuentra dotado.

Bajo este orden de ideas, la justificación de la pena no puede estar fundamentada exclusivamente en finalidades retributivas<sup>36</sup>, es decir, no podría imponerse la pena para restablecer la vigencia de la voluntad general expresada en el orden jurídico que ha resultado negada por la voluntad especial del delincuente<sup>37</sup>. La sanción, para ser legítima, debe igualmente sujetarse a los límites trazados por el legislador, que le sirven de barrera de contención al ejercicio del poder de punir y, al tiempo, de garantía de protección al ciudadano.

En consecuencia, para asegurar la justicia de la pena, y con ello el derecho a la dignidad humana del procesado, debe el juez realizarle un juicio de constitucionalidad y corroborar si respeta los principios que debe presidir la actividad punitiva, vale decir, si existe un debido equilibrio entre la conducta delictiva y la reacción estatal o si por el contrario, se trata de una intervención innecesaria y excesiva que agrava al condenado más de lo indispensable para la protección de los intereses públicos.

---

<sup>34</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 253.

<sup>35</sup> Cfr. Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte General*, (Conrado A. Finzi, Traduc.), Ed. Bibliográfica de Buenos Aires, 6ta. Edición alemana, Buenos Aires, pág. 381.

<sup>36</sup> La justa retribución es tan solo una de las funciones que el legislador ha asignado a la pena. Cr. Ley 906 de 2004, art. 4°

<sup>37</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. PPU, Tercera edición, Barcelona, 1990, p.52.

No bastará entonces con que se verifique la satisfacción de las funciones de la pena, pues estas se hallan limitadas por los valores superiores del ordenamiento jurídico que se proclaman en el preámbulo de la Carta Política, donde aquellos se insertan. Se requiere, además, vincular la pena al criterio de proporcionalidad, que es el que le permite establecer si la injerencia en el derecho a la libertad personal que se impone al ciudadano por parte del Estado, además de necesaria, guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés que se salvaguarda.

Es indudable, que no todos los preceptos contenidos en la Constitución están dotados de la misma fuerza normativa. Por ello, es significativo destacar que el valor superior de la justicia, el derecho a la dignidad humana y la proporcionalidad de la sanción hacen parte del llamado «orden público constitucional», lo que nos obliga a solucionar los problemas jurídicos con criterios que le permiten a estas normas la obtención de su máxima eficacia<sup>38</sup> como método para su promoción -al que están obligados los poderes públicos- y, con ello, suscitar a que desplieguen sus efectos interpretativos sobre todos los matices de la intervención penal al criminalmente responsable, dotando de contenido el derecho a una sanción justa, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional solo así será compatible con los fines y valores del ordenamiento jurídico».

## 1.4 Principio de proporcionalidad y la necesidad de la pena

### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	52750
Número de providencia	:	SP3070-2019
Fecha	:	06/08/2019
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

<sup>38</sup> Cfr. en este sentido, Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, (Pedro Cruz Villalón, Traduc.), Madrid, 1984, p. 50 y 51.



«Aunque el tema no fue propuesto por el defensor en la demanda ni a lo largo de la actuación penal, la Sala, por estarse ante un delito culposo, considera necesario examinar si hay lugar a aplicar el segundo inciso del artículo 34 de la Ley 599 de 2000, según el cual:

*En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.*

Revisados los antecedentes legislativos de la Ley 599, se verifica que esa disposición no hizo parte del proyecto inicial presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, sino que se introdujo en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, dentro del pliego de modificaciones a lo aprobado en la Comisión Primera Constitucional de esa célula legislativa -en esa ocasión se hizo referencia genérica a “familiares cercanos”-. La justificación para incluirlo fue:

*La vida práctica enseña casos donde el autor del delito, por consecuencia de su ejecución, sufre él o sus familiares cercanos las consecuencias del mismo, en tal forma que proceder a la imposición de una pena implicaría el desconocimiento del principio de necesidad. Podría decirse que en el auto-daño causado se encuentra la retribución y sus consecuencias no justifican la prevención especial o general.<sup>39</sup> (Subraya la Sala).*

El inciso se conservó en el proyecto discutido en la Cámara de Representantes, aunque en la ponencia para primer debate, además de unos correctivos de forma, se precisó el grado de parentesco o afinidad requerido. En los fundamentos expuestos por los ponentes, se acotó:

*En esencia se mantiene el texto propuesto; sin embargo, se le hacen unos correctivos de forma y se indica que el grado de parentesco o afinidad requerido en el inciso 2°, es el mismo que se observa para agravar las figuras de homicidio y lesiones personales, a efectos de zanjar disputas estériles sobre esta materia e introducir la inseguridad jurídica con tal saludable institución. Naturalmente, la posibilidad de prescindir de pena en estos casos es una importante consagración que debe ser mantenida,*

---

<sup>39</sup> Ponencia con fecha 20 de abril de 1999 (cfr. Antecedentes Código Penal Ley 599 de 2000, tomo 5, folio 1347).

*máxime que responde a los principios de necesidad de intervención y de proporcionalidad consagrados expresamente en el art. 3 del Proyecto».*

De lo expuesto se extrae lo siguiente:

El artículo 34 aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y refiere, sin distingo, a todas las sanciones penales dispuestas en el Código sustantivo.

La facultad que el legislador decidió otorgarle al juez para *prescindir* de la imposición de la pena es reglada. Solo tiene lugar cuando el delito por el que se proceda sea culposos o esté sancionado con pena no privativa de libertad; y, siempre que las consecuencias de la conducta punible hayan recaído únicamente en: (i) el autor; (ii) sus descendientes, (iii) su cónyuge, (iv) su compañero o compañera permanente, (v) sus hermanos, adoptante o adoptivo, o (vi) sus parientes hasta el segundo grado de afinidad.

Esa dispensa debe atender, primordialmente, el principio de necesidad, en la medida que solamente habrá lugar a exonerar al procesado de la imposición de la pena cuando ésta no resulte necesaria, dependiendo las particularidades del caso en estudio.

Por consiguiente, corresponde al juzgador, inicialmente, examinar la modalidad de la conducta punible -para verificar si es culposa-, o la clase de pena dispuesta para ella -para constatar que no sea aflictiva de la libertad-.

En seguida, habrá de analizar detenidamente el caso, en orden a determinar el alcance de las consecuencias -que pueden ser corporales o económicas en tanto el legislador no hizo diferenciación alguna-, generadas con el delito -si impactó al autor o a alguna de las personas enlistadas en la norma-.

Agotado satisfactoriamente el ejercicio precedente, es indefectible que reflexione sobre la necesidad de la imposición de la sanción penal, para lo cual tiene la carga de considerar si con ella se cumplirían o no sus fines.

En efecto, en un Estado social y democrático de derecho, el ejercicio del *ius puniendi* tiene limitantes. Con ese norte, el Código Penal (Ley 599 de 2000) establece, en el artículo 3°, que la imposición de la pena -también la medida de seguridad- responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, lo que deberá aplicarse en armonía con el 4° *ibidem*, precepto éste que, dentro de las funciones de la pena, enuncia la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.

No obstante, el principio de necesidad, determinante en el asunto que ahora es objeto de estudio por la Sala, debe entenderse, como así lo dispone el segundo inciso del citado artículo 3°, «*en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*».

De ese precepto se derivan dos presupuestos en torno a la necesidad de la pena. Por un lado, que su análisis judicial debe responder al cumplimiento de su fines de prevención, general y especial; y, por otro, que no podrá acudir a ella sino en los eventos en los que el mismo legislador la haya previsto, como sería en los cánones: 61 -inciso tercero-, del Código Penal (como fundamento para su individualización; 63 -numeral 2°- *ibidem* (tratándose de la suspensión de la ejecución de la pena), y el 34 *idem* (el que ocupa la atención de este fallo).

Ahora bien, de los antecedentes legislativos relacionados anteriormente, se colige que, para los congresistas, en el auto-daño causado por el propio delito al autor, se verifica la finalidad retributiva de la pena, y las consecuencias del mismo en el caso concreto hacen que la prevención, especial y general, se torne superflua o inútil.

Podría afirmarse, entonces, que el legislador tuvo en cuenta lo que en la doctrina se ha llamado *poena naturalis*, en contraposición a la *poena forensis*. Mientras la última se concreta en la sanción legal impuesta por el Estado a través de la autoridad judicial, aquélla representa un mal físico o moral que por la imprudencia o caso fortuito padece el autor del delito como consecuencia directa de éste. Así, esa afección o dolor, hace que la sanción legal resulte innecesaria. La pena natural encuentra fundamento tanto en la compensación de la culpabilidad, como en razones de dignidad humana.

En los términos de JACOBKS, «*un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la poena forensis que le corresponda*».

Así, la aflicción -corporal o económica-, padecida por el autor, en razón del delito, resulta de especial relevancia al momento de considerar la imposición de la sanción legal, por cuanto sería desmesurado que, además de ese dolor, se asignara el cumplimiento de una pena adicional. La pena, entonces, sería innecesaria, no solo desde el punto de vista de la prevención especial, sino de la prevención general, y, dadas las particularidades del caso, no supondría la derogación del orden jurídico vigente.

Cabe traer a colación que el Código Penal alemán prevé una potestad judicial semejante a la del artículo 34 en comento:

§ 60. *Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año.*

Al explicar esa exención, JESCHECK, sostiene que las consecuencias del hecho pueden ser de naturaleza corporal o económica y basta con que *«alcancen al reo de un modo indirecto, siempre que sean graves, incluso aunque las consecuencias directas alcancen a un pariente o alguna persona próxima a él, siempre que en este caso suponga un grave daño también para el reo»*. Para el autor, esa dispensa no se justifica *«por la falta de merecimiento de la pena, sino por falta de necesidad de pena»*, en tanto el sujeto agente de la conducta punible *«se ha castigado a sí mismo con las graves consecuencias de su delito que le han alcanzado (“poena naturalis”)»* y, por ende, ninguna de las razones reconocidas para la imposición de la pena -compensación del injusto y de la culpabilidad, prevención general y especial- *«hacen necesaria en este caso una sanción penal que vaya más allá de las consecuencias producidas»* ».

#### Extracto n. ° 2

Número de radicado	:	46389
Número de providencia	:	SP-2020
Fecha	:	29/04/2020
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Finalmente, baste a esta Corporación reiterar<sup>40</sup> que, como manifestación del *principio de proporcionalidad*, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de la aplicación judicial de la *coerción estatal*<sup>41</sup>, sólo a través de la utilización *medida, justa y ponderada*

<sup>40</sup> CSJ - SP918- 2016, 3 feb 2016, Rad. 46.647.

<sup>41</sup> MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires B de F, 2ª edición., 2003, Págs.125-148. Citada en: CSJ SP918- 2016, 3 feb 2016, Rad. 46.647.

del *ius puniendi*, destinada a proteger los derechos y las libertades, es el juez quien debe valorar que la sanción resulta apropiada con los valores y fines del ordenamiento jurídico<sup>42</sup>.

De ahí que la aplicación de una sanción penal, cuando se ha demostrado que existió una conciliación entre miembros de una familia -sin perjudicar a los alimentarios-, debe propender por proteger valores constitucionales amparando el bien jurídico de la familia -*con sus diferentes manifestaciones*-, a fin de que se busque la aplicación del derecho penal como *ultima ratio*, y no como un mecanismo de respuesta para judicializar todas las emociones humanas.

El derecho penal debe ser -en términos de ROXIN- “(...) *la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema -como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc*”<sup>43</sup>.

Por ello, una adecuada ponderación de los fines de la pena permite compatibilizar la necesidad de infligir al penado un perjuicio como respuesta retributiva a su comportamiento delictivo con la protección de los derechos de los menores y salvaguardando la familia como núcleo de la sociedad, acudiendo al *principio de solidaridad*, como baremo para la limitación del bien jurídico que se protege sancionando a quienes no suministren alimentos respecto de sus obligados<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> SCHÜNEMANN, Bernd *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2007. Pág. 57.

<sup>43</sup> CSJ – SP- 18 dic. 2013, Rad. 34.766; SP2706-2018, 11 jul. 2018. Rad. 48.251; SP4710-2018, 31 oct. 2018, Rad. 48.907; SP083-2019 y 30 ene. 2019. Rad. 51.378; CC – C- 365 de 2015. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I*. Ed. Civitas. Madrid. 1997. Pág. 65 § 2 Párr. 28 y 29. En el mismo sentido sobre la función fragmentaria del derecho penal en: WESSELS, Johannes; BEULKE Werner y SATZGER Helmut. *Derecho Penal- Parte General, el delito y su estructura*. Instituto Pacífico. Lima- Perú. 2018. Pág. 6 § 1 I 2 Párr. 15. ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 29ª Edición. C.H. Beck. Munich. 2017. Pág. 2. Lit. B § 2 I.

<sup>44</sup> En el mismo sentido: CSJ SP918- 2016, 3 feb 2016, Rad. 46.647 y SP3029-2019, 3.jul.2019, Rad. 51.530.

En ese sentido, debe realizarse en la presente actuación un análisis *consecuencialista*<sup>45</sup> frente a la decisión adoptada<sup>46</sup>. En esa línea de interpretación, acorde con la cual, la exégesis de la ley debe ser guiada por el entendimiento de que no sólo el texto normativo constituye el precepto legal, sino la ley en sí misma, entendida y concretada en referencia a los hechos. Lo que se requiere es la decisión fácticamente correcta, dentro del marco normativo, dirigido a la obtención de un resultado satisfactorio, derivado de la *ratio legis*.

Dichas figuras le brindan la capacidad al juez para que -según los hechos y las consecuencias del sistema penal-, pueda ponderar sus efectos en la imposición de una sanción penal más razonable, benigna y por lo tanto más justa<sup>47</sup>.

El anterior análisis se adecúa perfectamente bajo el desarrollo del *principio de necesidad de la pena*, descrito como lo dispone el segundo inciso del artículo 3° del Código Penal, “*en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*”<sup>48</sup>. En la presente actuación tampoco procedería una sanción bajo este axioma penal, ya que se concilió debidamente e imponer una pena iría en detrimento de la relación familiar que sostiene **AP** con su hija -cuando ya se presentó el pago de las obligaciones alimentarias-, buscando estimular los mecanismos de justicia restaurativa y armonía familiar, desde el punto de vista del *consecuencialismo*».

---

<sup>45</sup> Dicho análisis debe desarrollarse en: *i)* aplicabilidad desde la orientación de consecuencia; *ii)* evaluación del impacto; *iii)* pronóstico de impacto; *iv)* evaluación de impacto y *v)* decisión del acto. En: STABEN, Julian. *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung - Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*. Internet und Gesellschaft No.6. Ed. Mohr Siebeck, Tübingen 2016. Pág. 91

<sup>46</sup> Explorados por la doctrina en: STABEN, Julian. *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung - Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*. Internet und Gesellschaft No.6. Mohr Siebeck, Tübingen 2016. Pág. 91 ss; y DECKERT, Martina Renate *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, C.H.Beck, Munich. 1995. Pág.86 ss.

<sup>47</sup> Así también sobre el papel del juez y su rol de aplicación de la ley con sentido social en: PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 28ª Edición. C.F. Müller. Heideberg. 2012. Pág. 319 § 36 Párr. 1285.

<sup>48</sup> De esta forma se ha manifestado en: CSJ – SP042-2018, 24 ene. 2018, Rad. 46.283; SP1854-2019, 29 may.2019, Rad. 46.900 y SP3070-2019, 06 agt.2019, Rad. 52.750



Número de radicado	:	54334
Número de providencia	:	SP390-2023
Fecha	:	20/09/2023
Tipo de providencia	:	Sentencia <b>(SALVAMENTO DE VOTO)</b>
Clase de actuación	:	Casación
	:	Salvamento de voto Dra Myriam Avila

«[...] tanto en el plano dogmático como en el ámbito fáctico-probatorio, es que considero desacertado adecuar la conducta del procesado en la exculpante del error de prohibición invencible. Lo acreditado en el juicio y, validado apropiadamente por los juzgadores de instancia al aplicar el juicio de responsabilidad, es que el comportamiento de EGHB es típico antijurídico y culpable, de donde ha de seguirse la declaratoria de responsabilidad penal.

No obstante, como lo expuse en las sesiones de discusión en la Sala, todas las circunstancias *ex post* concernientes a la asunción responsable, amorosa y solidaria de los roles de compañero permanente y padre por el acusado, así como el contexto familiar en el que se han venido desenvolviendo aquél y la víctima, con el apoyo de las familias extensas y las autoridades administrativas de familia, con miras a ofrecer una crianza adecuada al hijo en común de la pareja, son del todo trascendentes para resolver el conflicto penal, desde una perspectiva constitucional que materialice el derecho fundamental prevalente del menor a tener una familia y no ser separado arbitrariamente de ella, en conjunción con el principio de *necesidad* de la pena.

Solución propuesta.

En mi criterio, la jurisprudencia está en deuda de desarrollar y aplicar dicho principio, consagrado en el art. 3° inc. 1° del C.P., en conjunción con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, también previstos en el art. 27 del C.P.P. como moduladores de la actividad procesal, a fin de evitar excesos contrarios a la administración de justicia (art. 27 C.P.P.).

Empero, por temor a explorar dicha constelación del *derecho penal constitucional*, la Sala mayoritaria perdió una oportunidad valiosa para materializar el principio de *última ratio* y dar prevalencia, respetando la legalidad y aplicando debidamente un juicio de ponderación de las funciones

y finalidades de la pena, en clave del principio constitucional de proporcionalidad, al derecho fundamental del niño a tener una familia y no ser separado de ella, en acatamiento del deber del Estado de protegerlo para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Pudiendo haber aplicado la casación penal como mecanismo de control *constitucional*, entre otras cosas previsto para unificar la jurisprudencia y *desarrollar el derecho*, lamentablemente la mayoría optó por un equivocado camino metodológico y dogmático que, en mi entender, entraña una involución del derecho penal sustancial. Lejos de consolidar criterios sólidos, claros, confiables e ilustrativos para los operadores judiciales en punto de la dogmática del error de prohibición, este asunto se resolvió por unos derroteros que dejan mucho que desear de la función judicial en un Estado de derecho.

Y aunque no me corresponde ofrecer una resolución completa en el sentido de prescindir de la imposición de la pena, por haberse derrotado tal postura, sí quiero, por lo menos, sentar las bases argumentativas para, en otras oportunidades, pensar en la prescindencia de la sanción penal como una vía legítima de resolver conflictos en los que, sin perjuicio de la *declaratoria* de responsabilidad, infligir el castigo, lejos de solucionar la problemática derivada de la infracción del ordenamiento jurídico penal, *causa un mayor daño social*.

Así que, por lo pronto, enunciaré algunos conceptos y contenidos mínimos que, en mi sentir, dan luz sobre el camino a seguir en tal eventualidad *excepcionalísima* del tratamiento penal sin pena.

Como primera medida, hay que entender el concepto de pena, en el que es escindible la *censura* que recae sobre el sentenciado y su conducta, expresada en la declaratoria de responsabilidad, de la imposición del *castigo* como tal.

La punición deriva de la comisión de un comportamiento, cuyo castigo se estima necesario. De esta manera, la pena contiene un juicio de desvalor (censura ético-social). Dicha censura es transmitida de una manera especial, esto es, a través de la imposición de un perjuicio jurídico (merma de una prerrogativa). Ello quiere decir que la sanción penal entraña un mal infligido al penado. Los dos distintivos esenciales de la pena son, por consiguiente, el juicio de *desaprobación* y la causación de un *perjuicio*.

Este último elemento implica un menoscabo en los bienes jurídicos en cabeza del sentenciado. Un tal perjuicio jurídico constituye una injerencia en la esfera *ius fundamental* del penado.

El proceso penal asume una significativa posición en relación con el juicio de desvalor ético-social. En ese marco tiene lugar la declaratoria de responsabilidad penal, la cual, a su vez, es presupuesto de la imposición de la pena. Así, la sanción de tal manera derivada del proceso penal está en capacidad de transmitir el efecto simbólico censurador de la pena. De esta manera es *estigmatizada la conducta* punible desplegada por el autor.

Sintetizando, es dable sostener que estigma, coerción y perjuicio componen el concepto de pena. Así, entonces, desde la definición misma de la pena en el plano dogmático, la falta de necesidad de aquélla es compatible con la idea de subsistencia de la censura jurídico-social sobre el penado y su actuar, condensada en la declaratoria de responsabilidad; esto es, el veredicto oficial contenido en la sentencia, que ratifica que la persona cometió un delito con el cual afectó injustamente y efectivamente bienes jurídicos, siendo culpable por ello. Más, por la existencia de circunstancias excepcionalísimas, de mayor peso desde el punto de vista constitucional, se prescinde del *efecto de punibilidad*, a saber, la imposición del perjuicio que implica la pena.

Ello significa, en clave penal sustancial, que frente a la indemnidad de bienes jurídicos prevalentes (como, en este caso, la prerrogativa constitucional *preponderante* del menor a tener una familia y no ser separado de ella) y de mayor peso (conforme al art. 44 de la Constitución) en relación con la potestad punitiva, la *retribución* y las facetas positiva y negativa de la prevención *especial* pasan a segundo plano.

La declaratoria de responsabilidad penal, que es el pronunciamiento oficial sobre la *connotación punible* de la conducta del sentenciado, cumple con la finalidad de prevención general *positiva*, con la cual se equilibra frente a *la comunidad* el quebrantamiento del orden jurídico penal y se ratifica tanto la vigencia de los bienes jurídicos afectados, como los mandatos de conducta subyacente que residen en los tipos penales. Con ello, además, constitucionalmente hablando, se satisface la prerrogativa de verdad en cabeza de la víctima.

Ahora, respecto a esta última también rige el principio constitucional de proporcionalidad, así que cuando la imposición de la pena, más que reestablecer los derechos de la víctima, comportan para ella una injusticia y un agravio adicional, atribuible al sistema penal, carece de sentido preferir la vigencia del *ius puniendi* sobre los derechos fundamentales del perjudicado con el delito.

Ese trasfondo conceptual, en el presente caso, muestra con claridad que la prescindencia de la pena se basa en una cláusula *legal*, prevista en el art. 3° inc. 1° del C.P., conforme a la cual, si la sanción es innecesaria y, además, desproporcionada de cara a la víctima, en vista de la preponderancia de sus derechos fundamentales, es viable *censurar* al sentenciado y a su conducta con la *declaratoria de responsabilidad penal*, exonerándolo, no de ésta, sino del *castigo* como tal, porque éste ya no puede contribuir a la prevención especial negativa ni a la resocialización, que por determinadas circunstancias, ya son innecesarias.

Esa es, en mi concepto, la vía apropiada y legítima por medio de la cual debió resolverse el conflicto derivado del delito en el asunto bajo examen. El buen trato posterior, el respeto, la asunción de padre ejemplar y cariñoso, de cara al menor hijo del acusado y su pertenencia a esa familia es pertinente frente al principio de necesidad de pena, pero del todo ajeno al juicio de responsabilidad. Ésta tiene que declararse y reprocharse al acusado por interferir abusivamente en el normal desarrollo sexual y, además, en el proyecto de vida de una adolescente con un embarazo prematuro, no deseado ni planificado. Empero, a fin de proteger al menor producto de la conducta punible, es dable exonerar de castigo a su padre, quien ha cumplido a cabalidad, responsable y amorosamente, sus deberes familiares y parentales tanto con su hijo como con quien hoy es su compañera permanente.

En los anteriores términos dejo plasmado mi disenso con el proveído de la mayoría».

## 1.5 El principio de culpabilidad como presupuesto de imputación personal y límite constitucional de la pena

### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	62542
Número de providencia	:	SP055-2023
Fecha	:	22/02/2023
Tipo de providencia	:	Sentencia

Clase de actuación	:	Casación
--------------------	---	----------

«El principio de culpabilidad, sin embargo, tiene una acepción estricta, propia de la teoría del delito, que interesa específicamente para los fines del presente caso. Conforme a este sentido, la culpabilidad supone que el injusto típico sea susceptible de ser imputado a una persona, que pueda atribuírsele como producto de su motivación racional (*principio de imputación personal*). Dicho de otro modo, es necesario que la conducta punible sea obra del individuo, de su actuar como ser suficientemente responsable.

En este sentido, la culpabilidad se halla estrechamente ligada a tres principios constitucionales. En primer lugar, de la dignidad humana se deriva la concepción de la persona como ser racional, autónomo y responsable, titular de derechos y deberes dentro de un Estado constitucional. Por lo tanto, dado que la pena solo se impone a quien ha tenido capacidad de ser responsable de una conducta punible, a la persona que ha estado en condiciones de ajustarse al derecho, la culpabilidad es una consecuencia normativa, en el campo del derecho penal, del principio de dignidad humana.

En segundo lugar, uno de los fines esenciales del Estado consiste en asegurar la vigencia de un orden justo (Art. 2 de la Constitución). En sincronía, la culpabilidad es un presupuesto sustantivo de una pena justa. Constituye una condición para sancionar a alguien en la misma medida en que haya sido responsable del delito y por el hecho de serlo. Es un dispositivo que permite controlar la reacción penal para que sea irrogada contra quien, pudiendo evitarlo, violó un bien jurídico amparado. En consecuencia, garantiza a nivel concreto un uso del derecho penal ajustado a la responsabilidad del sujeto y, por lo tanto, la imposición de penas individualmente justas.

Y en tercer lugar, en tanto presupuesto de la imposición de la pena, la culpabilidad se halla vinculada al principio de igualdad real. Constituiría una transgresión de este derecho imponer una sanción tan drástica como la privación de la libertad a quien no ha tenido las mismas condiciones de motivabilidad hacia la norma que a quien sí ha contado con esa posibilidad. Si el llamado de la ley penal no pudiera motivar al sujeto con la eficacia

normalmente prevista para la generalidad, no sería lícito castigarle como si no se encontrara en esa condición diferenciada»

**Extracto n. ° 2**

Número de radicado	:	54497
Número de providencia	:	SP3392-2020
Fecha	:	09/09/2020
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] en la actual configuración normativa colombiana la capacidad de culpabilidad, según se verá, está referida a la facultad de elegir y determinarse libremente y, en tal virtud, la existencia del albedrío humano, aunque no pueda constatarse, se erige en una presunción filosófica necesaria para sostener la legitimidad del sistema de derecho penal.

Por ello se asume «la capacidad de motivarse a actuar de modo normativamente adecuado» en los individuos que reúnen condiciones de normalidad motivacional, esto es, en quienes exhiben características de sanidad y madurez mental, por un lado, y de inserción en la cultura hegemónica, por otro.

En otras palabras, «a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos». Es por lo anterior que en el marco del proceso judicial penal no corresponde a la Fiscalía demostrar la capacidad de culpabilidad. La carga probatoria recae en quien la niega, pues se presume si el imputado está en las aludidas condiciones .

Naturalmente, la culpabilidad así entendida tiene también un efecto en el ámbito de la cuantificación de la respuesta punitiva al delito, específicamente, porque las circunstancias personales, sociales y culturales del agente pueden ser indicativas de un mayor o menor ámbito de libertad, esto es, de más o menos autodeterminación optativa por el injusto y, por



ende, de reproches de distinta intensidad. Obran con diferentes grados de culpabilidad quien roba para alimentarse y quien lo hace para satisfacer la ambición, y uno y otro injusto conllevan, por tanto, grados de desvalor personal diverso».

**Extracto n. ° 3**

*Disminución punitiva por marginalidad, ignorancia o pobreza extremas*

Número de radicado	:	50525
Número de providencia	:	SP5356-2019
Fecha	:	04/12/2019
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.

Como en los referidos reproches se planteó básicamente que si en la visita-diagnóstico a la mina, las autoridades no reprocharon a los procesados la conservación de los explosivos, ellos asumieron ser ajenos a un comportamiento ilegal, es decir, se encontraban inmersos en *“una ignorancia cultural que conlleva el reconocimiento en su favor de la disminución punitiva contemplada en el artículo 56 del Código Penal”*, o bien, aplicar dicha norma en razón de su marginalidad e ignorancia por ser mineros de tradición o ancestrales, en cuanto su oficio no clasifica dentro de las actividades comerciales, ni hay una ley que lo regule y además, carecen de conocimientos jurídicos, procede la Sala a desarrollar los alcances del artículo 56 del Código Penal y a pronunciarse sobre los citados argumentos.

El texto de la referida disposición es el siguiente:

*“Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena*

*no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.*

Esta norma desarrolla el artículo 13 de la Constitución Política en el cual se reconoce el derecho fundamental a la igualdad, al disponer no únicamente que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, protegiendo a quienes por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

No se trata de circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza en su ámbito simple y llano, pues el legislador las calificó, al disponer que deben ser “*profundas*” y “*extremas*”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad.

Son situaciones alternativas que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

Por corresponder al marco fáctico tienen incidencia en la calificación jurídica y, por tanto, afectan los extremos punitivos, según sucede con otros institutos como la complicidad, la tentativa y el estado de ira o de intenso dolor, de manera que para ser ponderadas en la dosificación punitiva deben ser incluidas en la imputación o en los preacuerdos, pues no pueden ser alegadas tardíamente en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2000.

La marginalidad, también llamada marginación, marginamiento o marginalización, etimológicamente atañe a una situación en el límite, justo dentro del lindero, en la frontera. Aunque inicialmente el término se acuñó cuando después de la Segunda Guerra Mundial aparecieron en los suburbios asentamientos poblacionales en precarias condiciones, ya en la década de los sesenta cuando tales comunidades se encontraban en el centro de las ciudades, la expresión perdió su contexto geográfico periférico, para únicamente referirse a grupos humanos en situaciones desventajosas.

En el ámbito del desarrollo de las sociedades se ha identificado la coexistencia de un sector moderno y uno tradicional, vinculando la marginalidad al segundo, esto es, como sector no integrado al progreso social actual. Sin embargo, se reconoce que hay diversas clases de marginalidad (económica, ideológica, cultural, educativa, laboral, familiar, etc.), así como diferentes intensidades.

En el marco social que es el aquí abordado, la marginalidad denota una persona o un grupo que por voluntad propia (automarginación) o ajena (heteromarginación) se ha colocado o ha sido ubicado en un extremo de la comunidad, lejos de lo ordinario y corriente, en la periferia, todo lo cual puede determinar una diferente comprensión de las reglas sociales y, por supuesto, del alcance de las normas penales.

Aunque la marginalidad puede ser producto de desventaja económica, profesional, política, de estatus social o también, de diversidad ideológica, no necesariamente se encuentra asociada a dificultades monetarias, que si bien pueden conllevar cierta clase de marginalidad, no es presupuesto de esta la pobreza, en cuanto puede ocurrir que tratándose de organizaciones subculturales, una agrupación decida replegarse de los valores mayoritarios de cultura dominante, como en su momento ocurrió con las comunas de *hippies*, sucede con personas adictas a las drogas<sup>49</sup> o alcohólicas ubicadas en ciertos sectores conocidos de las ciudades, habitantes de la calle que duermen bajo los puentes o canales y puede pasar con grupos de ancianos, los ermitaños e inclusive, algunas comunidades indígenas<sup>50</sup>, sin que sea la falta de dinero el motivo de cohesión o el alejamiento de la comunidad y sin que baste tal condición para que proceda la disminución de pena, en cuanto es necesaria su incidencia efectiva en la comisión del delito.

Claro está, si tal marginación profunda y extrema con injerencia en el punible, configura una causal de inimputabilidad por “*diversidad sociocultural*” (art. 33 del Código Penal), el autor o partícipe tendrá la condición de inimputable y a partir de ello no le será aplicable el artículo 56 de la Ley 599 de 2000, el cual corresponde a una disminución del juicio propio de la culpabilidad, categoría dogmática que no es objeto de

---

<sup>49</sup> No basta el consumo habitual para aplicar la diminuyente, pues si bien puede afectar el desempeño social del individuo, es necesario acreditar que se encuentra dentro de profundas circunstancias de marginalidad con incidencia directa en la comisión de la conducta. CSJ AP, 27 ago. 2014. Rad. 42203.

<sup>50</sup> No basta tal condición, es necesario probar su injerencia en la comisión de la conducta. Cfr AP, 21 ago. 2013. Rad. 41596.

ponderación tratándose de inimputables, quienes únicamente realizan conducta típica y antijurídica.

A su vez, para que proceda la aplicación del artículo 56 del estatuto punitivo, es necesario que la marginalidad profunda y extrema, tampoco sea suficiente para estructurar una causal excluyente de responsabilidad.

La ignorancia corresponde a la falta de conocimientos respecto de un ámbito específico, es decir, no se conoce algo o no se comprende. Desde luego, en el contexto del artículo 56 del Código Penal y por expresa voluntad del legislador, el desconocimiento no debe ser de tal magnitud que, por ejemplo, configure un error de prohibición capaz de sustentar la exclusión de responsabilidad.

A su vez, no se trata de cualquier falta de conocimiento, sino de aquél profundo y extremo en el caso concreto, con incidencia en la comisión de la conducta delictiva, como que por regla general no se tiene la condición de ignorante absoluto, pues el desconocimiento puede recaer en un ámbito específico del saber. Piénsese por ejemplo en la ama de casa que desconoce las exigencias de la contratación pública, pero tiene amplios y calificados conocimientos culinarios.

Cuando se alude a la pobreza se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante.

[...]

La pobreza extrema puede conducir a la marginación, aunque como ya se advirtió, aquella no es supuesto de esta.

La marginalidad y la pobreza son de carácter objetivo en cuanto son aprehensibles por los sentidos, mientras que la ignorancia corresponde a un estado subjetivo respecto de un ámbito del conocimiento.

Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay

duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “*profundas*” y “*extremas*” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del *principio de proporcionalidad* en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “*no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición*” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.

En suma, pueden sintetizarse los requisitos para la aplicación del artículo 56 del Código Penal, así:

- (i) La realización de una conducta punible.
- (ii) Que al momento de su comisión, el autor se encuentre en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, siempre que sean “*profundas*” y “*extremas*”.
- (iii) Que tales situaciones tengan relación e incidencia directa en la ejecución de la conducta.
- (iv) Aunque profundas y extremas, es necesario que no sean capaces de configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, como podría ocurrir con la ignorancia que da cabida a un error de prohibición directo, o la pobreza capaz de configurar un estado de necesidad disculpante.

Resta señalar que el artículo 55 del Código Penal establece, entre otras circunstancias genéricas de menor punibilidad, “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” y la “indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”, las cuales, de una parte, no deben tener el carácter de profundas y extremas y, de otra, únicamente son aplicables, por expreso mandato del legislador (subsidiariedad expresa), “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”, es decir, no concurren con las situaciones previstas en el artículo 56 del estatuto penal. Además, no tienen la virtud de modificar los extremos de pena establecidos por el legislador, en cuanto únicamente sirven para ubicar el cuarto de movilidad punitiva dentro del cual deberá efectuarse la dosificación de la sanción, en la medida que concurren con otras circunstancias de mayor y/o menor punibilidad (artículo 61 de la Ley 599 de 2000)».

## 1.6 Política Criminal

### Extracto n. ° 1

*La desarticulación de la política criminal en Colombia: entre el incremento punitivo injustificado y la restricción de beneficios procesales*

Número de radicado	:	33254
Fecha	:	27/02/2013
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] la Sala reitera que el aumento genérico de penas incorporado al ordenamiento jurídico a través del art. 14 de la Ley 890 de 2004, *únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de los allanamientos o preacuerdos, regulados en la Ley 906 de 2004.*

Las disminuciones de pena a las que se llegaría por la aplicación de tales mecanismos de justicia premial *justificó* que el legislador, desde la óptica del principio de proporcionalidad, ajustara los límites punitivos a fin de



mantener la consonancia entre la gravedad de los delitos y las consecuentes penas, conforme a lo estimado a la hora de expedir el Código Penal y sus respectivas reformas.

De otro lado, el art. 14 de la Ley 890 de 2004, como lo declaró la sentencia C-238 de 2005, se ajusta a la Constitución, apreciación que, *salvo las precisiones que a continuación se realizarán*, esta Corte comparte; pues habiendo examinado los antecedentes de la Ley, encuentra que, *en su momento*, en el concreto ejercicio de fijación de las sanciones punitivas el legislador justificó la necesidad de la medida en términos de política criminal, con respeto a los límites dictados por el principio de proporcionalidad.

No obstante, *a la hora de conjugar su aplicación* con la prohibición de descuentos punitivos, incorporada a través del art. 26 de la Ley 1121 de 2006, salta a la vista la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.

En efecto, al vincular la norma con la realidad que *en la actualidad* pretende regular, se presenta la siguiente situación: el fundamento del aumento genérico de penas estriba en la aplicación de beneficios punitivos por aceptación de cargos. Sin embargo, el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 impide cualquier forma de rebaja, tanto por allanamiento como por preacuerdo.

Bajo ese panorama, pese a admitirse la legitimidad de la prohibición de descuentos punitivos (art. 26 de la Ley 1121 de 2006), en tanto medida de política criminal en lo procesal, salta a la vista una inocultable y nefasta consecuencia, a saber, el *decaimiento* de la justificación del aumento de penas introducido mediante el art. 14 de la Ley 890 de 2004 o, lo que es lo mismo, la desaparición de los fundamentos del plurimencionado incremento punitivo.

Esa consecuencia implica, pues, afirmar que en relación con los delitos enlistados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –en eventos cuyo juzgamiento se gobierna por la Ley 906 de 2004–, el aumento de penas de la Ley 890 se ofrece *injustificado en la actualidad*, en tanto el legislador únicamente lo motivó en las antedichas razones, de orden meramente procesal, sin ninguna *otra* consideración de naturaleza penal sustancial o constitucional.

De manera pues que si un aumento de penas carente de justificación se traduce en una medida arbitraria, la *aplicación* del incremento genérico del art. 14 de la Ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 deviene en desproporcionada.

La ausencia de proporcionalidad refulge a primera vista: habiendo sido suprimida la razón justificante del aumento de las penas –*posibilidad de rebajas por aceptación de cargos unilateralmente o por vía negociada*--, el medio escogido –*incremento punitivo*-- quedó desprovisto de relación fáctica con el objetivo propuesto. Entonces, ni siquiera podría superarse un juicio de idoneidad o adecuación de la medida, configurándose, de contera, una intervención *excesiva* y actualmente *innecesaria* en el derecho fundamental a la libertad personal.

En esas circunstancias, retomando las consideraciones efectuadas en lo atinente a la proporcionalidad y su nexo con el valor justicia, cabe subrayar, siguiendo a Gustav Radbruch, que ante una *manifiesta* contradicción entre el derecho y la justicia, ésta debe prevalecer.

[...]

[...] en el marco del ejercicio del control difuso de constitucionalidad, la Sala ya había destacado el poder que le asiste al juez para modular o condicionar la validez de la ley a los contenidos constitucionales [...]

[...]

Razonar en contrario implicaría aceptar que la simple potestad de configuración normativa faculta al legislador para mantener una consecuencia punitiva más grave sin una justificación vigente, en contravía del principio democrático y de la garantía de proporcionalidad de la pena. Así mismo, entrañaría una medida contraria a la justicia y a la dignidad humana, a través de la cual el Estado, *tramposamente*, intensifica la afectación de la libertad personal, bajo una fundamentación de la cual hace abstracción con posterioridad, sin ofrecer razones justificantes de ese *plus* que implica la agravación de las penas.

Ahora, conviene poner de manifiesto que, aún haciendo abstracción del aumento punitivo contenido en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 en los delitos contenidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006, se cumple debidamente el mandato de protección constitucional atribuido al derecho penal -- expresado en la función de prevención especial predicable de la pena de prisión--, al tiempo que se mantiene una justa retribución en relación con la gravedad de las aludidas conductas punibles.

De una parte, la valoración político criminal emprendida a la hora de fijar los límites punitivos en el Código Penal y las posteriores reformas (en el caso de la extorsión: arts. 244 del C.P. y 5° de la Ley 733 de 2002) sigue intacta, pues la inaplicación del aumento genérico de penas que trajo la Ley 890

*solamente implica suprimir una medida excesiva y desproporcionada*; de otra, mal podría hablarse de impunidad y de un trato benigno por parte del Estado a extorsionistas, secuestradores y terroristas, dado que, además de las altas penas asignadas a ese tipo de delincuencia, la mayor dureza en su persecución y castigo también se expresa a través de aspectos procedimentales como la prohibición de conceder rebajas de pena y otros beneficios que, inclusive, se extienden hasta la imposibilidad de redención especial de pena por trabajo y estudio.

Adicionalmente, ha de precisarse que en asuntos como el aquí analizado, mal podría abstenerse la Sala de restaurar la conculcada garantía de proporcionalidad de la pena, bajo el argumento de que la Corte Constitucional declaró exequible el art. 14 de la Ley 890 de 2004. Pues, además de que la *ratio decidendi* de la sentencia C-238 de 2005 únicamente versó sobre el principio de tipicidad o estricta legalidad --en respuesta a un cargo de supuestas imprecisiones o ambigüedades de la norma--, sin que se efectuara ninguna consideración en torno a la máxima de prohibición de exceso, lo cierto es que, en el *sub exámine* la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, por *decaimiento* de los fundamentos legitimantes del aumento punitivo, entraña una *inconstitucionalidad sobreviniente por nuevos hechos legales normativos*, eventualidad que, según la sentencia C-287 de 2009, tiene lugar cuando “la reforma de una disposición legal implica la modificación de aspectos sustantivos del precepto o de otras regulaciones que inciden en la determinación de sus proposiciones normativas, de modo tal que *la norma resultante* viola disposiciones constitucionales”.

Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, *en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006* --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena.

Por ello, la Corte habrá de casar la sentencia impugnada a fin de reestablecer la referida garantía fundamental.

Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de

2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por *otros delitos* que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas *precedidas* del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, *ajustada por la Corte*, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.

[...]

El presente caso muestra con claridad una problemática en relación con la cual la Corte ha venido mostrando su preocupación: la manera inconsistente en que el ejecutivo y el legislativo han venido diseñando y ejecutando la política criminal, tanto en lo penal propiamente dicho como en aspectos procesales.

Desde luego, por tratarse de asuntos de naturaleza política, no es la judicatura la llamada a *definir* los criterios conforme a los cuales el Estado ha de configurar el ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, ello no obsta para que la Sala, como máximo organismo de la justicia ordinaria en materia penal, llame la atención sobre circunstancias que posteriormente determinarán la debida o indebida aplicación del derecho, tanto más cuanto, a la luz del art. 250 de la Constitución, modificado por el art. 3° del Acto Legislativo 03 de 2002, la *política criminal* fue concebida como un criterio relevante a la hora de racionalizar el ejercicio del *ius puniendi*.

[...]

[...] habiendo transcurrido más de un lustro desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en *todo* el territorio nacional, es inocultable la parálisis que en la práctica está aquejando al sistema acusatorio en términos de congestión judicial e investigativa, fenómeno en el cual han sido determinantes los retrocesos legislativos que, bajo consignas maximalistas, reiterada e inconsultamente han afectado algunas bases estructurales y *otros* mecanismos de significativa importancia para la *funcionalidad y operatividad* del sistema procesal recientemente implementado.

Así, frente a un sistema ineficiente, congestionado y desfigurado en algunos de sus componentes, preocupa la posibilidad de un colapso que conlleve al fracaso del sistema, el cual la Sala se rehúsa a admitir. No sólo porque las bondades que el modelo representa en términos de garantías son innegables –por citar algunos referentes: primacía de la libertad, reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, amplitud del ejercicio del derecho de contradicción y mayor protección a las víctimas--; también, porque es consciente de que, debidamente engranado y provisto de las herramientas adecuadas, el modelo escogido está en capacidad de lograr el objetivo de consolidar una administración de justicia penal *eficaz y eficiente*<sup>51</sup>.

Orientados por ese propósito, tanto el constituyente como el legislador concibieron la *flexibilización de las formas procesales* a manera de paradigma adecuado para viabilizar la aplicación de mecanismos alternativos de solución del conflicto penal, distintos a la completa tramitación del juicio –alegaciones unilaterales o preacordadas de culpabilidad, principio de oportunidad y figuras de justicia restaurativa--.

Entonces, bajo una filosofía pragmática, el Estado admite la imposibilidad de tramitar por la vía ordinaria la totalidad de las noticias criminales que ingresan al sistema judicial, creando mecanismos tendientes a aliviar y contrarrestar la sobrecarga del aparato de justicia, mediante la evacuación de casos por vías alternas, a fin de concentrar sus esfuerzos en la persecución y judicialización de tipos de delincuencia que afectan en mayor medida la convivencia y los intereses de los ciudadanos.

Tal aserto se extracta de los antecedentes del Acto Legislativo N° 03 de 2002, en cuyo proyecto (N° 237 de 2002 Cámara), junto al objetivo de ajustar el proceso al principio acusatorio, el Gobierno Nacional expresó la necesidad de dotar al país de un esquema procesal *moderno, ágil, eficiente* y respetuoso de los derechos de los intervinientes. Ello, en respuesta a la “*dramática situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del*

---

<sup>51</sup> Así se concluyó en el Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena los días 3 y 4 de diciembre de 2012, organizado por la Presidencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación, con los propósitos de diagnosticar las principales problemáticas que atentan contra la funcionalidad del proceso penal de tendencia acusatoria en los distintos distritos judiciales del país y esbozar propuestas para efectuar los ajustes legislativos y administrativos pertinentes.

*sistema hace que, aún a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones sean demoradas, es decir, la justicia sea ineficaz”.*

[...]

[...] con fundamento en argumentos de razón práctica, y existiendo consciencia sobre la carencia de los recursos necesarios para atender con suficiencia la demanda de justicia penal, surgieron varios de los mecanismos de justicia premial consagrados en la Ley 906 de 2004.

La concesión de rebajas de pena por aceptación unilateral o preacordada de cargos, hay que decirlo, no es inherente a la caracterización acusatoria del proceso<sup>52</sup> --cuyos rasgos definitorios se reducen a: i) el ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez; ii) la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes, con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y iii) la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las parte --. Sin embargo, la correcta *funcionalidad* de los allanamientos y preacuerdos --así como del principio de oportunidad-- sí constituye un componente de suma importancia para el logro de una justicia eficaz y eficiente, como lo pretendió el constituyente derivado.

No obstante, haciendo abstracción de dicha realidad y denotando una absoluta falta de consistencia en la política criminal --*caracterizada por ser reactiva; carente de fundamentación empírica; incoherente; alejada de una perspectiva de derechos humanos; tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos del contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad--*, las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal, a la batuta de un exacerbado populismo punitivo, han venido restringiendo las posibilidades de aplicación de mecanismos de justicia premial, sin considerar que, lejos de avanzar en el afianzamiento de una pronta, cumplida y adecuada justicia, están perjudicando la funcionalidad del sistema y consolidando su *inoperancia*.

[...]

En consecuencia, la Corte reitera su llamado de atención a las instancias legislativas y gubernativas competentes, a fin de que, de una vez por todas,

---

<sup>52</sup> Tanto así que, en esquemas procesales con tendencia inquisitiva, se han aplicado figuras como la sentencia anticipada (art. 40 de la Ley 600 de 2.000) y la audiencia especial (arts. 37 y 37 A del Decreto 2700 de 1991).



la política criminal en Colombia transite por los senderos que dictan tanto la Constitución como la racionalidad instrumental de las medidas procesales implementadas con ocasión del Acto legislativo N° 03 de 2002. Se trata, entonces, de lograr coherencia, consistencia y permanencia en los lineamientos para el tratamiento de los fenómenos delictivos, sin desconocer que la fijación de las penas debe responder a criterios de proporcionalidad y que el sistema penal ha de articular con fina precisión las medidas penales sustanciales con los efectos que, a través del proceso, pretende materializar el Estado social y democrático de derecho».

## Extracto n. ° 2

### *Libertad de configuración legislativa*

Número de radicado	:	47675
Número de providencia		SP338-2019
Fecha	:	13/02/2019
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Revisión de los valores constitucionales por las consecuencias que se derivan de la tipificación que hizo el legislador de las conductas punibles.

No sería menester, como lo solicita el Delegado de la Fiscalía, revisar la alteración de los valores constitucionales por ser en este caso de mayor entidad el delito de porte ilegal de armas agravado, frente al ilícito de homicidio agravado en el grado de tentativa, pues ello claramente responde a la libertad de configuración legislativa del Congreso cuando mediante la Ley 1453 de 2011, denominada “*Ley de seguridad ciudadana*” decidió aumentar la punibilidad para el citado delito atentatorio del bien jurídico de la seguridad pública.

Ciertamente, es competencia del Congreso fijar la clase y cantidad de la sanción para cada uno de los delitos, así como la cuantificación que se debe hacer en los casos de concurso de hechos punibles.

De acuerdo con la cláusula general de competencia, la definición de los comportamientos delictivos, como la fijación de las penas al ser un asunto de política criminal, corresponde al Congreso de la República, una vez sometido al estudio de los factores de dañosidad social de las conductas y el reproche que merecen.

Esa función legislativa encuentra límite en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, cuya esencia es la defensa, garantía y protección de los derechos fundamentales, el respeto por la persona humana y su dignidad, así como la vigencia de un orden justo.

Así mismo, la competencia legislativa en materia de punibilidad está acotada por los principios y valores constitucionales los cuales impiden, por ejemplo, la consagración de sanciones perpetuas o indefinidas, penas degradantes o crueles, tortura, destierro, confiscación, entre otras.

Dado que el artículo 133 del texto superior conmina a los miembros de los cuerpos colegiados a actuar consultando la justicia y el bien común, la fijación de la clase y duración de la sanción debe atender criterios racionales a fin de no atentar contra el orden justo, los derechos fundamentales y la dignidad humana, amén de que ha de sopesar el principio de proporcionalidad respecto del comportamiento que se pretende prohibir al propender por la retribución justa en relación con el daño al bien jurídico afectado.

En este orden, en ocasiones por coyunturas sociales para algunos comportamientos por su lesividad y mayor impacto en la comunidad el legislador fija la duración de la pena privativa de la libertad en mayor intensidad respecto de otros hechos.

Esa libertad reglada puede llevarlo incluso a excluir la concesión de beneficios para los autores o partícipes de delitos de cierta entidad, o limitar las rebajas tratándose de sentencias por conformidad buscando estar a tono con el impacto y reproche social que genera tales comportamientos y sus conexos.

Precisamente en la exposición de motivos de la que luego sería la Ley 1453 de 2011, que aumentó las penas para el delito de porte ilegal de armas, se indicó que con ella se buscaba: *“dictar medidas preventivas que aseguren y mejoren la seguridad ciudadana y fortalezcan los organismos del Estado en la lucha contra el terrorismo mediante el establecimiento de ciertas reformas al Código Penal, (entre otros ordenamientos)...Dichas medidas tiene principalmente cuatro objetivos primordiales que son: eliminar la impunidad;*

*luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo, aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción de dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales. En materia penal el proyecto busca establecer mecanismos que eliminen la impunidad y mejoren la técnica legislativa en la redacción de algunos tipos penales, tales como, el aumento de penas a ciertos delitos con el fin de evitar la excarcelación...”*

Fue así querer del legislador aumentar la sanción para el delito en comento con un carácter preventivo y de protección a la comunidad ya que los usos de armas por su capacidad para lesionar pueden afectar la integridad de las personas. Por ser un delito de peligro, el prohibir el porte, tenencia y demás conductas relacionadas con elementos bélicos busca frenar de alguna manera la creación de oportunidades para cometer otros delitos.

Pero así como no hay fundamento alguno para redosificar la sanción impuesta a RB, porque la operación hecha por el Tribunal no se denota irrazonable, no se podría acceder al pedimento del Delegado de la Fiscalía de trastocar las consecuencias punitivas y tomar como delito base el delito de homicidio agravado en el grado de tentativa para sobre él hacer los cómputos para los punibles concurrentes, porque ello además de eventualmente afectar el debido proceso por alterar las condiciones contempladas en el preacuerdo, iría en contra de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012 cuando zanjó la controversia acerca de la eventual inversión de los valores constitucionales al analizar precisamente el incremento punitivo “*de nueve (9) a doce (12) años*” que la Ley 1453 de 2011 introdujo al artículo 365 del Código Penal.

La demanda de inconstitucionalidad de ese agregado denunciaba su desproporción frente a otras sanciones de diversos tipos penales protectores de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal y la libertad sexual, y esa Corporación, tras analizar la libertad configurativa del legislador al tipificar conductas y fijar sus penas, estimó que ese nuevo marco punitivo no desconocía el orden justo.

Preliminarmente concluyó que el demandante pretendía “*que la Corte sustituya al legislador en la valoración del bien jurídico de la seguridad pública y le asigne una pena que, según su criterio personal, debería ser inferior a la establecida para algunos de los delitos que afectan otros bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad sexual y la libertad*

*individual. El ciudadano opone así su propia y personal concepción de lo que debería ser la política criminal en materia de seguridad pública, a la plasmada por el legislador de 2011 en la configuración del tipo penal que cuestiona.”*

Y para declarar su exequibilidad destacó que el interés jurídico de la seguridad pública está signado por un efecto preventivo y protector, para lo cual tomó las consideraciones plasmadas en la sentencia C-038/95, cuando analizó la constitucionalidad del artículo 201 del anterior Código Penal que contemplaba el delito de fabricación y tráfico de armas de fuego».

**Extracto n. ° 3.**

*Justicia consensuada y premial*

Número de radicado	:	55954
Número de providencia	:	AP4809-2019
Fecha	:	30/10/2019
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«El Sistema Penal Acusatorio, bien se ha dicho, establece un procedimiento abreviado como modalidad de justicia consensuada y premial. Se permite que el procesado de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su defensor, renuncie a sus derechos de no autoincriminación, tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, a cambio de obtener unos beneficios expresados en una menor respuesta punitiva del Estado.

Los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004 delimitan los criterios orientadores y parámetros que han de seguirse tratándose de «*Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*». En primer lugar, señala la disposición en cita que los preacuerdos tienen por propósito humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito,

propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

Para alcanzar dichos fines, el legislador determinó varias *formas* de negociación que permiten culminar anticipadamente el proceso. Una de ellas consiste en la aceptación de los cargos formulados al acusado, recibiendo como contraprestación la rebaja prevista en la ley si es fija, o la acordada por las partes cuando oscila entre dos proporciones.

Las demás modalidades implican pactos sobre: (i) «*los hechos imputados y sus consecuencias*» (artículo 351 C.P.P.), (ii) «*los términos de la imputación*» (artículo 350, inciso primero), (iii) la eliminación de «*alguna causal de agravación punitiva*» o de «*algún cargo específico*» (art. 350, inc. segundo, numeral primero), o (iv) la tipificación de la conducta «*de una forma específica con miras a disminuir la pena*» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo).

Ahora, en el propósito de desentrañar el contenido de esas disposiciones, la Sala en providencia CSJ SP, 20 nov. 2013, rad. 41.570<sup>53</sup> determinó lo que puede ser objeto de convenio. Dijo al respecto:

*(...) deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas: “el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”.*

---

<sup>53</sup> Reiterada en CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 42.184; CSJ SP, 24 feb. 2016, rad. 45.736; y CSJ AP, 24 jul. 2017, rad. 49.925.

*También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:*

*"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».*

*Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima...".* (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

En ese contexto es clara la jurisprudencia al indicar que, cuando de *consecuencias punitivas* se trata, el régimen de negociación permitido por la ley es aquel establecido en el inciso 1° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 (conc. artículo 352 ibídem), según el cual el procesado se hace acreedor a una *rebaja de pena* en un porcentaje que varía dependiendo del momento procesal en que se presente el preacuerdo. Dicho de otro modo, si el pacto atañe específicamente a la *pena* a imponer, el beneficio es de reducción pero no de eliminación.

Por ende, es necesario precisar que de acuerdo a la modalidad de negociación escogida por las partes varía el beneficio a otorgar. Es viable, según el caso, que se opte por ejemplo, por la supresión de causales de agravación o de cargos específicos como lo establece el artículo 350, inciso segundo, numeral primero. No obstante, si a manera de contraprestación por la aceptación de la responsabilidad se pretende la imposición de una *pena* más favorable para el procesado, la negociación solo y exclusivamente podrá consistir en la *disminución* de la misma, de conformidad con los montos establecidos en la ley.

Por tanto, al preceptuar el inciso 2° artículo 351 ibídem que *«podrán el fiscal y el imputado llegar a un acuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias»*, éstas no comprenden pactos sobre la pena del delito imputado -porque a ellas se refiere específicamente el inciso 1° del artículo 350 del C.P.P.-



, sino a la posibilidad de preacordar sobre subrogados penales y reparaciones a la víctima.

Resulta importante aclarar que se advierte incorrecta la tesis de los recurrentes al plantear que si las normas en mención prevén la posibilidad de eliminar un cargo, con mayor razón podría prescindirse de la pena principal o accesoria prevista para el delito aceptado por el procesado. Son dos hipótesis procesales completamente distintas.

La *consecuencia obligatoria* de la declaratoria de responsabilidad penal es la imposición de la sanción prevista por el legislador para el delito por el cual se adelantó la actuación penal. Por tanto, siempre que el imputado o acusado sea hallado culpable de una conducta punible, la consecuencia es la imposición de la pena prevista en la ley, disminuida en lo que corresponda en casos de terminación anticipada del proceso por la celebración de acuerdos entre las partes.

Ese efecto imperativo de imposición de la pena, obviamente está fuera de lugar respecto de un cargo –normalmente menor– que la fiscalía, apoyada en alguna de las circunstancias que se lo permiten, decide eliminar para avanzar en un preacuerdo con el procesado.

Por ende, la posibilidad de eliminar un cargo en la construcción de un acuerdo entre las partes, en manera alguna justifica prescindir de la imposición de las penas previstas en la ley en relación con los delitos aceptados. Lo contrario entrañaría una lesión inaceptable del principio de legalidad.

Tampoco desconoce la Sala que un análisis sistemático de los mecanismos de terminación del proceso permite advertir que por vía de la aplicación del *principio de oportunidad* (artículos 321 y ssg. del C.P.P.), la Fiscalía General de la Nación, por razones de política criminal y en casos taxativamente definidos en la ley, puede *suspender*, *interrumpir* o, inclusive, *renunciar* a la persecución penal, aunque exista fundamento para ella. Ese abandono de la acción penal es exclusivo y propio de la aplicación de dicho principio, en forma tal que no puede extrapolarse para justificar y avalar la eliminación o supresión de penas principales o accesorias establecidas por el legislador para los delitos, como modalidad de preacuerdo.

En efecto, el principio de oportunidad y los preacuerdos son instituciones de naturaleza, estructura, política criminal y alcances diferentes, de manera que las *consecuencias jurídicas* del primero no pueden hacerse extensivas al segundo. El principio de oportunidad conlleva exoneración de responsabilidad

y de pena por la conducta punible cometida, lo que no es admisible en materia de preacuerdos.

Quien acepta responsabilidad en virtud de negociaciones con la fiscalía jamás podrá recibir como contraprestación la eliminación de las sanciones previstas por el legislador. Lo único conveniente es la obtención de beneficios que conlleven *disminución* punitiva.

Siendo este el contenido y alcance hermenéutico de la normativa que regula el régimen de acuerdos y negociaciones, emerge suficiente lo expuesto para advertir que, en este caso, le asistió razón al Tribunal *a quo*, al negar el preacuerdo suscrito entre el imputado –con la asistencia de su defensor- y la Fiscalía.

En efecto, viola el principio de legalidad pretender la eliminación de la pena principal de *interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas* establecida en el artículo 400 del Código Penal para el delito de *peculado culposo*, por cuanto el inciso 1° del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, aplicable frente a esta modalidad de convenio escogida por las partes, sólo permite negociar una reducción en el monto de pena imponible.

Es más, negociaciones como la propuesta por las partes, desconocerían también el mandato establecido en el inciso 3° del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 según el cual, « *en todo caso la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede*».

Norma con base en la cual, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido de manera pacífica y uniforme, que el juez está en la *obligación* de aplicar la pena de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas* cuando: i) esté prevista como principal en el respectivo tipo penal y ii) siempre que se imponga una pena de prisión<sup>54</sup>. De modo que, ni siquiera en los casos en que procede como sanción accesoria, es potestad discrecional del juez su imposición<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> CSJ SP, 6 dic. 2017, rad. 50269

<sup>55</sup> CSJ SP, 2 nov. 2011, rad. 32558. «b) la imposición discrecional de una de tales penas accesorias siempre debe ser motivada, justificando la necesidad o conveniencia de su aplicación en los términos definidos en la ley. c) Se excluye de tal discrecionalidad la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues el legislador, en desarrollo de la política criminal del Estado, decidió que en aquellos casos en los cuales se imponga pena de prisión, concurre obligatoriamente la accesoria en cuestión, “por un tiempo igual al de la pena que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.”»

Ahora bien, esta interpretación, por lo demás, es imperativa al tener sujeción en preceptos de rango superior toda vez que el inciso 5° del artículo 122 de la Carta Política establece que en todos los casos de condena por la comisión de *delitos que afecten el patrimonio del Estado*, o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico, se debe imponer en la sentencia la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Tratándose de *delitos dolosos*, la sanción es intemporal o vitalicia, lo que significa que el condenado no podrá en el futuro desempeñar ninguna función pública. No obstante, si el *delito es culposos*, la inhabilitación sólo opera por el término determinado y previsto por el legislador en cada tipo penal.

[...]

Por ende, no se trata aquí de interpretaciones restrictivas, o del desconocimiento de los propósitos de la justicia premial como lo plantean las partes. Sencillamente, las normas legales y constitucionales referidas no admiten una hermenéutica distinta. La finalidad de la inhabilitación constitucional y legal, es la de impedir que, como ocurre en este asunto, quienes sean condenados, entre otros, por *delitos contra el patrimonio estatal*, puedan inscribirse o resultar elegidos en cargos de elección popular, ser designados servidores públicos o contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona, durante un tiempo determinado.»

**Extracto n. ° 4.**

*Terminación anticipada: características esenciales del allanamiento y los preacuerdos y sus efectos en la dosificación de la pena*

Número de radicado	:	<b>64214</b>
Número de providencia	:	<b>SP1901-2024</b>
Fecha	:	<b>17/07/2024</b>
Tipo de providencia	:	<b>Sentencia</b>
Clase de actuación	:	<b>Casación</b>

«La justicia premial, como flexibilización al principio de legalidad de la pena, permite materializar la idea de justicia expedita y evidenciar la eficacia en el

ámbito jurisdiccional, pues, a partir de comportamientos post delictuales orientados a evitar el innecesario desgaste de la administración de justicia, a cambio de la imposición de penas más benignas que las que ordinariamente corresponderían, se consigue definir la situación jurídica de los ciudadanos en plazos razonables y aminorar la carga estatal de tramitar asuntos de relevancia penal a través de decisiones producto de la terminación de juicios orales.

La lógica a la que responde esa clase de justicia, está ligada a la renuncia del debate probatorio por parte del sujeto investigado, a cambio, esencialmente, de una reducción sustancial de la pena.

Así, dentro del marco de la Ley 906 de 2004, se pueden encontrar varios mecanismos de terminación anticipada, y que no implican descartar la existencia de una conducta punible, a saber: (i) el principio de oportunidad, (ii) los acuerdos, y (iii) el allanamiento a cargos.

A modo de bosquejo, de esos tres mecanismos, puede decirse que, entre los acuerdos y el principio de oportunidad, un punto en común es que su aplicación depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, pues, de un lado, la facultad de aplicar el principio de oportunidad está reservada al ente investigador, y, de otro, un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo.

Por el contrario, el allanamiento a cargos no depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, puesto que más allá de establecerse la obligación de que dicha parte delimite con precisión los hechos jurídicamente relevantes que justifican la imputación o la acusación, la configuración de este mecanismo depende, sustancialmente, de la voluntad del implicado de aceptar su responsabilidad.

Es decir, en el allanamiento a cargos el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los enunciados delictivos que a partir de una fijación de hechos con relevancia jurídica le ha formulado la fiscalía en su momento, y con ello, renuncia a la realización de un juicio público, al interior del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra; en respuesta, aquel es acreedor de una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo que, depende, según lo estableció el legislador, del momento procesal en el que se produzca la aceptación de responsabilidad.

Esto último, es decir la reducción de pena, se concede dependiendo del estado del proceso donde admite responsabilidad. Así, en la formulación de

imputación -artículo 288 Ley 906 de 2004- el descuento punitivo será hasta de la mitad de la pena imponible -art. 351 ibídem-, en tanto, si la aceptación de cargos tiene lugar en la audiencia preparatoria -art. 356 ib.-, la sanción se reducirá hasta en la tercera parte y, finalmente, si se verifica al inicio de la audiencia del juicio oral, tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte -art. 367 ídem-.

Escenarios en los cuales la participación o intervención de la Fiscalía, no es un condicionante para la efectiva configuración del allanamiento, pues como ya se indicó, en esta modalidad de terminación anticipada del proceso no depende, de manera alguna, de su anuencia, por el contrario, las obligaciones del ente investigador, estarían en que es su deber relacionar los hechos jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación al momento de esta diligencia -artículo 287 C.P.P.-; dado que, es el Juez quien lo indaga si es su deseo o no aceptar los cargos de manera unilateral, lo que da cuenta, una vez más, que este acto no depende de la anuencia de la Fiscalía.

En ese sentido, surge entonces, la primera y tal vez más cardinal diferencia entre las dos instituciones, esto es, el carácter bilateral que caracteriza a los preacuerdos, y la unilateralidad propia de los allanamientos.

[...]

[...] el caso que convoca la atención de la Sala, nuevamente impone un análisis de los argumentos hasta ahora destacados, pues, a diferencia de otros que ya ha tenido oportunidad de revisar la Sala y que precisamente han permitido el desarrollo de la jurisprudencia, en este, la exposición de razones por los jueces de instancia, deja al descubierto que no es un tema acabado y por ello se hace necesario reexaminar las razones explicadas por la Corte.

Labor que, desde ya se anuncia, permite recoger la posición vigente, acorde con la reseña que se hizo al inicio de este apartado, donde quedó patente, la diferenciación que existe entre los institutos legales bajo estudio, a partir de su estructura, esto es, iniciativa y manera de configuración -unilateral o consensuada-, sus antecedentes legislativos y sistematicidad en la estructuración de la Ley 906 de 2004.

En un primer lugar, el allanamiento y los acuerdos, guardan distancia desde su contenido semántico, debido a que, su significado nos remite a dos concepciones diversas de admisión de un determinado postulado. Así, mientras «*allanarse*», consiste en «*conformarse, avenirse, acceder a algo*»,

«acordar» se remite a «conciliar, componer (...) Determinar o resolver algo de común acuerdo (...) concordar, conformar, convenir con otra».

Lo cual, sin duda, pone a tales concepciones en orillas distintas, pues, la primera supone la simple sujeción a una determinada postura sin discusión, mientras, la segunda, parte de la interlocución entre, por lo menos dos agentes, que dialogan para concertar su posición.

Significación que claro, no debe acogerse sin más y desde su sentido literal, por el contrario, obliga a indagar por su contexto, de tal modo que, la interpretación o alcance que se dé finalmente consulte con su real contenido de acuerdo con la articulación que de ella proceda en la respectiva norma.

De manera que, si se toma -por ejemplo- el contenido del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, en particular, su numeral tercero, que indica que en la imputación de cargos el fiscal deberá expresar oralmente, *«Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351»*, lo cual no es otra cosa que la advertencia de que el imputado puede manifestar sin su asentimiento, su deseo de terminar con el proceso con la emisión de una sentencia condenatoria.

A diferencia -igualmente a modo de ejemplificación-, de lo previsto en el canon 350 de la misma codificación, que refiere *«desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación»*, dando cuenta de la intervención bilateral que se destacaba a partir de la definición en cita.

Es decir que, desde su sentido literal como contextual se marcan diferencias desde la comprensión que merecen los términos: allanamiento y preacuerdo.

Asimismo, realizar dicha diferenciación deja expuesto un propósito o efecto útil en los términos del enjuiciamiento penal, ya que su instauración, como formas independientes de terminación anticipada del proceso, permite una solución que de por finalizado el proceso a instancias del procesado a cambio de ciertos beneficios expuestos en la ley, en este caso, de orden exclusivamente punitivo que permiten mayor eficacia de la administración de justicia, lo cual redundará en últimas en la reducción de la impunidad.

Y es que, de asumirse sin más que el allanamiento es una forma de preacuerdo, no se explicaría la necesidad de establecerlo como una forma de terminación anticipada, pues sus efectos fácilmente se pueden concretar



con un preacuerdo, el cual, tiene mayores posibilidades de acceso a condiciones favorables a quien admita responsabilidad, pues no solo habilita la reducción de pena, sino la eliminación de causales de agravación punitiva o algún cargo específico o la tipificación de una conducta más benigna o la degradación del título de participación.

De allí que, bajo esa comprensión el efecto útil del allanamiento devendría en nulo, aspecto que, de considerarse como instituto diferente sería evidente, pues a condición de que el procesado acepte su responsabilidad de manera unilateral, ya sabría las consecuencias del ejercicio de esa prerrogativa conforme con los parámetros de dosificación de la pena establecidos por el legislador.

Propósito que en cambio, tendría coincidencia con lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-303 de 2013. En esa providencia se estudió la demanda presentada en contra del artículo 286 de la Ley 906 de 2004 y allí, la Corte, al analizar las expresiones *“posibilidad del investigado de allanarse a la imputación”* contenida en el Artículo 288.3, *“determinados”* y *“comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”* contenidas en el Artículo 351 del C.P.P., dejó sentado que, existe diferenciación entre el allanamiento simple y el condicionado, entiéndanse preacuerdos, en tanto responden a diferencias materiales constitucionalmente relevantes que, incluso, permiten el reconocimiento de consecuencias diversas.

[...]

Asimismo, en la sentencia C-645 de 2012, donde se analizó el tema de las rebajas en casos de captura en flagrancia, la Corte Constitucional también resaltó las diferencias entre el allanamiento a cargos, como forma unilateral terminación de la actuación penal, y los preacuerdos, caracterizados por el necesario consenso que debe existir entre las partes.

En esa providencia, precisamente, evocando la sentencia CC T-091 de 2006, la Corte reconoció las dos comprensiones de la Corte Suprema de Justicia que sobre el tema había fijado la Sala de Casación Penal. La primera, destacada a partir del proveído CSJ SP 15 sep. 2011, rad. 36502, que sostenía que el allanamiento o la aceptación de cargos era una forma de negociación, propia del *«derecho penal premial»*, por encontrarse en el título de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado y, la segunda, a partir de la providencia CSJ SP 8 abr. 2008, rad. 25306 que, aun cuando son dos especies de la terminación abreviada del proceso, el

allanamiento es una figura diversa del preacuerdo, debido al carácter unilateral del primero y la bilateralidad propia del segundo.

[...]

[...] en virtud de la modificación del artículo 61 del Código Penal, introducida con el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, frente a la imposición de la pena, *«el sistema de cuartos no aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa»*.

Cuestión que no ocurre con la aceptación unilateral de cargos que está sometida a las rebajas atrás indicadas, siempre sobre la base de la pena imponible (esto es, la calculada según el sistema de cuartos), pues como se indicara en anterior oportunidad, el legislador para el caso de aceptación unilateral de cargos, estableció una rebaja específica, según la fase de la actuación donde ocurra, así: (i) si la aceptación de los cargos ocurre en la formulación de la imputación -351 CPP-, la pena se rebajará hasta en la mitad; (ii) si ello sucede en la preparatoria -356 CPP-, la rebaja será de hasta una tercera parte *«de la pena a imponer»*; y (iii) si se verifica en el juicio oral, cuando el juez le da al procesado la oportunidad de hacer su *«alegación inicial»*, la rebaja será de *«una sexta parte de la pena imponible»*.

Lo anterior, sin perder de vista que para los dos primeros escenarios (imputación y audiencia preparatoria), en la rebaja de pena por aceptación unilateral deben considerarse datos objetivos, como el comportamiento del procesado frente a la víctima, la colaboración con la administración de justicia y, claro está, la devolución del incremento patrimonial, que, valga reiterarlo, no coincide necesariamente con los perjuicios causados.

Ahora, cierto es que, el allanamiento a cargos, aparece involucrado en la redacción del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, mismo que se incorpora al Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de *«Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado»*, sin embargo, esa mención no es una situación que permita identificarlo con los preacuerdos, porque es claro que la regulación del instituto de los allanamientos, aparece a lo largo del ordenamiento, especialmente, en los artículos 288, 293, 356, 367 y 368 que no hacen parte de dicho acápite.

Y en esa normativa, se resalta, es clave el juicio que tenía el legislador de comprender la figura, como aceptación unilateral de cargos diferente de la concertada, pues una y otra vez, deja sentada que ello opera, como la decisión autónoma del procesado.

Luego, si se examina el artículo 367 de la Ley 906, aparece que esta norma dispone que el juez debe informarle al acusado sobre la posibilidad de aceptar los cargos, en la alegación inicial del juicio oral, es decir, cuando le advierte la posibilidad de que, sin apremio, ni juramento, se declare inocente o culpable, en cuyo caso, de acoger la segunda opción, el legislador dispuso un porcentaje fijo de rebaja (una sexta parte) de la “*pena imponible*”, esto es, la que corresponda según las reglas previstas en los artículos 54 y siguientes del Código Penal.

Mientras que, el artículo 369 de la misma codificación procesal se refiere a las «*manifestaciones de culpabilidad preacordadas*», en el que, además de establecer la diferencia nominal entre la aceptación unilateral y la que es producto de consenso entre la Fiscalía y el procesado, establece consecuencias diferentes para este último evento, en cuanto precisa que: «*si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este Código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere (...)*».

Normas que al compararse dejan en evidencia, nuevamente, que: (i) en el primero, se reguló la aceptación unilateral, sin ninguna intervención de la Fiscalía; (ii) frente a la aceptación unilateral, expresamente se dispuso que el juez, de hallarla ajustada al ordenamiento jurídico, deberá tasar la pena imponible y rebajarla en una sexta parte; (iii) por el contrario, el artículo 369, que regula la «*manifestación de culpabilidad preacordada*», le asigna un papel protagónico a la Fiscalía, quien tiene a cargo referirse a la existencia del acuerdo y explicar su contenido; y (iv) en este último evento, la Fiscalía debe expresar la pretensión punitiva.

Diferenciación que se acentúa con lo establecido en el artículo 370, pues, en oposición de lo previsto en el artículo 367 para la aceptación unilateral, establece que: «*si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este Código*».

Sin que al anterior análisis se sobreponga, aquel que da cuenta que el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal preve:

«ART. 351. MODALIDADES. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación (...)» (Subrayas fuera de texto).

Porque, a esa sola mención, se opone, desde un criterio sistemático que, el legislador, en otras normas, se refirió al mismo punto en términos sustancialmente diferentes, esto es, marcando la diferencia entre la aceptación unilateral de cargos y la terminación anticipada de la actuación penal en virtud de un acuerdo.

[...]

[...] no se desconoce que como mecanismos de terminación anticipada, el allanamiento a cargos y los preacuerdos propenden por alcanzar una justicia pronta; sin embargo, su estructura y objetivos perseguidos son diversos, ya que, no sólo difieren en los momentos procesales en que pueden presentarse uno y otro mecanismo, en las facultades de cada parte y en aspectos que se sobreponen a la ubicación de una de tales figuras en un determinado título o capítulo del Código.

De ahí que, bajo esa comprensión de las normas en cita, no es posible sostener que el allanamiento y el preacuerdo sean dos modalidades de acuerdo y, por lo mismo, la caracterización legal y jurisprudencial que sobre el segundo existe sea aplicable al primero, lo que, a partir de la fecha, significa recoger la jurisprudencia que en tales términos lo establecía, para desde ahora hacer énfasis en un estudio particularizado de cara a lo que son estas dos instituciones que permiten dar por culminado de forma anticipada el proceso penal.

De la aplicación de la restricción dispuesta en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas, si ontológicamente el allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas, una de las consecuencias que se sigue de tal conclusión es que no se pueda aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, cuando se acude a la figura del allanamiento a cargos.

En efecto, el artículo en mención, prescribe:

*«ARTÍCULO 349. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el **acuerdo** con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.»* (Negrilla fuera del texto)

La literalidad de la norma se remite al “acuerdo”, lo que supone que, como se viene explicando, la obligación que allí se impone como requisito para

validar la legalidad del acto que supone la terminación anticipada del proceso, se circunscribe a la figura donde la admisión de responsabilidad es consecuencia de la interacción o diálogo entre Fiscalía y procesado.

Y no es necesario hacer un reexamen del contenido de la acepción “*acuerdo*”, para llegar a sostener que incluye también los allanamientos, pues, con ello se obvian importantes disposiciones que desde 1887 regulan la manera de comprender los contenidos normativos, como que, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil «*Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*»; o el 28: «*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras*»; o el 29: «*Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso*».

Es decir, cuando el artículo 349 de la Ley 906 emplea la expresión “*acuerdo*”, su tenor literal, natural y obvio y la orientación jurídica se refiere al instituto de los preacuerdos, de manera que no se hace necesario extenderla a expresiones unilaterales como los allanamientos a cargos, figura ésta que en la dinámica propuesta en la ley, excluye la concurrencia de un acuerdo, o de un negocio entre Fiscalía y procesado.

Acudir a la interpretación del artículo 349 en comentario, para asimilar por analogía preacuerdo y allanamiento, o que éste es una especie de aquél, para imponer al segundo, por vía de esa interpretación, una restricción que legalmente no le corresponde, es tanto como hacer una interpretación *in malam partem*, proscrita en nuestro ordenamiento.

Es que, de acuerdo con el artículo 31 del Código Civil, «*lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*», o de conformidad con el 6° del Código Penal: «*La analogía sólo se aplicará en materias permisivas*».

Aplicación que resulta aún más desafortunada, si se tiene en cuenta que la rebaja de pena por allanamiento a cargos en ningún caso se verifica automática en una proporción determinada, sino que sus límites de *hasta la mitad* o *hasta la tercera parte*, consultan siempre el ponderado examen del juez en torno al caso en concreto, el ahorro efectivo de recursos judiciales y la devolución parcial de lo apropiado, si la hubiere.

Por modo que, afirmar que el artículo examinado contiene el imperativo de exigir en los casos de allanamiento, la devolución del provecho patrimonial

obtenido con el delito, implica desconocer lo que textualmente consigna la norma, de cuya exégesis, no fluye natural la lectura de que sus efectos irradian a casos de aceptación unilateral de cargos.

A lo que se suma que, en las respectivas discusiones legislativas, quedó claro que esta norma apunta a evitar que se adelanten *negociaciones* entre la Fiscalía y el procesado, sin que este haya reintegrado el enriquecimiento fruto del delito, principalmente cuando con ello se afectó el patrimonio estatal.

Es más, aunque en principio esta restricción se dispuso para los acuerdos y el principio de oportunidad, finalmente se redujo a las negociaciones orientadas al sometimiento a una condena anticipada.

[...]

[...] es claro que el estatuto procedimental penal, estableció varias herramientas para salvaguardar los derechos de las víctimas que van desde aquellos relacionados con la justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.

A modo de reseña, se tiene que el Código consagra las medidas cautelares como formas de proteger a la víctima y garantizar su reparación integral en el proceso penal desde temprana fase. Así, desde la misma imputación y con el fin de asegurar el pago de lo debido y el restablecimiento del derecho, en el artículo 97, se consignó la *«prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia.»*

Lo cual propende por otorgar un tiempo para que los perjudicados legitimados hagan valer sus intereses en orden a lograr la futura reparación dentro del ámbito del incidente de reparación integral, en tanto esa prohibición de enajenar busca blindar la capacidad resarcitoria de ciertos bienes desde el instante en que la Fiscalía comunica que va a ejercer la acción penal con miras a la formalización de otras medidas cautelares, como el embargo y secuestro, cuyo ejercicio puede disponerse desde esa misma oportunidad.

En esa codificación también se encuentra el artículo 92, que regula lo concerniente al decreto de las medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado que podrán disponerse por el juez de control de garantías, *a petición del fiscal o de las víctimas*, que resulten necesarias para proteger el



derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, estando dentro de ellas, *suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*, contemplada en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, cuya solicitud corre por cuenta del fiscal o de la víctima -C-839 de 2013-, tiene como propósito suspender el poder adquisitivo de los bienes sujetos a registro, cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente y, la de *embargo y secuestro*.

Estos instrumentos cautelares fueron concebidos por el legislador dentro del proceso penal con el fin de asegurar que el procesado no se insolvente, de modo que con ellos se garantiza el cumplimiento de las obligaciones que se puedan derivar de una decisión judicial, dado que, si el obligado no llega a acatar lo ordenado, se procede al remate de sus bienes a fin de satisfacer la obligación.

Incluso, son útiles en el propósito de impedir, de manera eficaz y oportuna, que el implicado en un delito que le hubiese significado incremento patrimonial, invisibilice del tráfico comercial los bienes para lograr su enriquecimiento ilícito y termine por burlar la actividad judicial en curso del incidente de reparación integral.

Nótese que las medidas cautelares están fundadas en por lo menos tres principios. En la tutela judicial efectiva, en tanto debe procurarse que la ejecución o el cumplimiento de la solución dada a la controversia sea realmente probable. En la igualdad real entre las partes, en la medida en que el juez está llamado a utilizar los poderes otorgados para nivelar o aplanar el desnivel natural en que ellas están frente al derecho discutido y, la dignidad humana, como única limitante del poder jurisdiccional, toda vez que ninguna potestad puede generar un trato, que cause sufrimiento físico, mental o psicológico injusto, o que humille, sin fundamento al individuo frente a los demás.

Ahora bien, por otra parte, oportuno es señalar, que el discurso constitucional de la reparación integral de la víctima del delito, que en marco del Estado Social de Derecho impone disponer lo necesario para obtener el resarcimiento del daño causado y velar por su protección de manera eficaz y oportuna, no sufre mengua con la posibilidad de que el implicado acceda a una rebaja de pena pese a no reintegrar lo apropiado.

En efecto, para revestir de contenido de realidad ese derecho de las víctimas a ser resarcidas y dotar de un efecto útil las disposiciones y normas que contemplan aquéllas formas de protegerlas, dentro del marco de la justicia restaurativa el legislador concibió el incidente de reparación integral – artículo 102 y siguientes Ley 906 de 2004– como forma procesal mediante la cual se hace posible una solución efectiva y oportuna de reparación, cuyo gran valor para los perjudicados radica en que es un procedimiento exclusivo y breve dentro del proceso penal, para reclamar la compensación por el daño causado como consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable del declarado penalmente responsable y obtener el reconocimiento de sus derechos a la verdad y justicia.

Ello, en consonancia con los postulados internacionales en materia de reconocimiento, participación y protección plena e integral de las víctimas, que establecen la obligación de los estados de reconocerles un recurso efectivo ante las autoridades judiciales para lograr la reparación justa y adecuada por el daño percibido.

En ese orden, cuando se dice que la reparación ha de ser integral se está garantizando que es equivalente a la medida del daño, de tal manera que se cumpla la función reparatoria de la indemnización a plenitud para que el perjudicado quede, si ello fuere posible, indemne, por lo menos en lo que atañe a los perjuicios de orden material, pues, es claro, probablemente este objetivo no se logre respecto de los daños morales, porque respecto de ellos la indemnización adquiere un carácter meramente compensatorio y ello es posible lograrlo, mediante el incidente de reparación integral y la adopción temprana de medidas cautelares<sup>56</sup>.

Por consiguiente, es claro que los derechos de las víctimas, se armonizan en el plano del derecho interno a través de la materialización de variados mecanismos que propenden por la irrestricta observancia no solo del derecho a la indemnización económica, sino del principio de justicia que gobierna la actuación de esta clase de intervinientes en el proceso judicial, cuyo ejercicio se encuentra habilitado, bien se concrete la figura del allanamiento a cargos o se prescinda de ella, dado que los afectados cuentan con espacio propiciado por el legislador para suscitar la defensa de sus intereses.

De lo que se sigue que admitir el allanamiento sin reintegro no significa que el Estado o las propias víctimas deban renunciar a la obtención de la

---

<sup>56</sup> En este sentido C – 916 de 2002.

condigna reparación del daño sufrido, pues, el allanamiento, como el preacuerdo, no son figuras extrañas e incompatibles con la reparación integral.

Así, aunque el incremento patrimonial producto del delito y el daño causado a la víctima pueden coincidir en algunos casos, es claro que se trata de conceptos diferentes, toda vez que: (i) es posible que se causen daños a la víctima, sin que el sujeto activo haya tenido un incremento patrimonial - por ejemplo, un homicidio culposo, lesiones causadas en medio de una riña, la violencia ejercida en contra de los familiares, entre muchos otros-; y (ii) es factible que el daño causado a la víctima exceda el incremento patrimonial «*producto del delito*» –también a manera de ejemplificación, el caso de quien cometió un homicidio, porque le pagaron cien mil pesos para hacerlo, pero le causó a los familiares un daño que supera ampliamente esa suma-.

Esta distinción es importante, porque las consecuencias jurídicas de la reparación a las víctimas y la devolución del incremento patrimonial «*producto*» del delito son muy diferentes.

Así, por ejemplo, las causales 1, 7 y 13 de principio de oportunidad están centradas en la reparación integral de las víctimas. Si la misma no se logra, no es posible la renuncia al ejercicio de la acción penal. En los demás casos, la reparación integral es un propósito que se debe lograr en la mayor proporción posible, pero no es un requisito estructural.

De otro lado, el artículo 269 del Código Penal consagra una especie de articulación de ambas categorías, pues condiciona la rebaja de pena allí prevista a que el “*responsable*”: (i) restituya el objeto material del delito o su valor; y (ii) indemnice los perjuicios causados al ofendido o perjudicado.

A su vez, el artículo 401 del Código Penal, frente a los delitos de peculado, consagra, entre otros beneficios, una rebaja de pena si el procesado reintegra lo apropiado.

[...]

[...] sin perjuicio del abordaje de este tema en los artículos 55 y 58, atinentes a las circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad, que tienen una amplia incidencia en la determinación de la pena, según las reglas establecidas en ese acápite del Código Penal.

En síntesis, es claro que el artículo 349 se refiere a la devolución del incremento patrimonial, y no a la reparación de las víctimas, entre otras

cosas porque: (i) su literalidad es unívoca; (ii) solo hizo alusión a los delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial, lo que deja por fuera el universo de casos en que, sin que ello haya ocurrido, se hayan causado perjuicios a la víctima, según se explicó en precedencia; y (iii) lo atinente a la reparación de las víctimas, en el ámbito de los acuerdos, fue regulado expresamente en el artículo 351 -«las reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes»-.

Sobre esto último, debe tenerse presente que: (i) aunque en todos los casos debe procurarse la reparación a las víctimas, la misma no constituye un requisito del sometimiento a una condena anticipada, bien por la vía unilateral o mediante un acuerdo; (ii) tal y como se indicó, el legislador le dio la potestad a la víctima de aceptar lo acordado en materia de reparación o, en su defecto, buscar la reparación a través de las «*vías judiciales pertinentes*»; y (iii) ello guarda armonía con la regulación de otra de las formas de terminación anticipada del proceso penal (principio de oportunidad), pues solo algunas de sus causales tienen como requisito estructural la reparación a las víctimas, aunque, en todo caso, este objetivo debe procurarse en la mayor proporción posible.

[...]

Entonces, el desarrollo legislativo y jurisprudencial de este tema, incluso en sentencias de constitucionalidad, permite sostener que la restricción prevista en el artículo 349, se reitera una vez más, solo opera para los acuerdos y no se hace necesario, extender sus efectos a los casos de aceptación unilateral de los cargos, bajo el considerando que ello redundaría en los derechos de las víctimas, pues aun cuando es cierto que no se puede desconocer la importancia que sus derechos e intereses adquieren en el proceso penal y el imperioso mandato de tenerlas en cuenta al momento de administrar justicia, subsisten, como quedó enunciado, medios que, en todo caso y en la estructura del proceso concebido en la Ley 906 de 2004, evitan que el delito sea fuente de enriquecimiento.

Y pretender confundir (i) la reparación a las víctimas y (ii) la devolución del incremento patrimonial obtenido con el delito, como lo indicó la Corte Constitucional en el fallo atrás citado y lo expuso la delegada de la Fiscalía en esta actuación en sus alegatos como no recurrente, puede dar lugar a una clara trasgresión del principio de igualdad, al solo entender que esa prerrogativa se consolida en eventos en los que el sujeto activo haya tenido

incremento patrimonial, lo que dejaría por fuera de cobertura a víctimas de otros delitos, incluso más graves, tal y como se explicó en precedencia.

Por manera que, es equivocado asumir que, la necesidad de reintegrar el valor equivalente al incremento percibido, o devolver lo que corresponda al enriquecimiento, es una exigencia en términos de indemnización a la víctima, cuando lo que la norma pretende es impedir que el procesado se beneficie con la celebración de un acuerdo cuando exista incremento patrimonial producto del delito, como una política con la que se busca desestimular la ejecución de conductas punibles que generan beneficios económicos al sujeto agente, esto es, se ancla en postulados de prevención general.

Luego, la teleología de la premisa normativa, no radica en entregar una compensación económica destinada a reparar al afectado con el punible, con independencia de que este pueda terminar beneficiado con el valor u objeto de la devolución.

Pues ello, implicaría darle a la ley un alcance que no tiene, esto es, entender que la reparación integral es presupuesto de cualquier forma de terminación anticipada de la actuación penal.

Esto, además de desconocer la literalidad y la teleología de la norma, es totalmente contrario a la visión sistemática del modelo de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, y al entendimiento del mismo al interior de esta Corporación y de la Corte Constitucional. Ello, bajo el entendido de que, incluso en el ámbito del principio de oportunidad que puede conducir a la renuncia de la acción penal (*que es una medida más extrema que la rebaja de pena*), la reparación integral solo es requisito frente a algunas causales.

Lo anterior, porque no puede perderse de vista que los intereses de la víctima, aunque son importantes: (i) no se reducen a lo económico –sin perjuicio de las reparaciones de otro orden–, ya que también juegan un papel importante la verdad, la justicia y la garantía de no repetición; (ii) las pretensiones de la víctima siempre deben ser consideradas, pero no necesariamente prevalecen sobre otros aspectos constitucionalmente relevantes, tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional al estudiar esta temática en el ámbito de los acuerdos y del principio de oportunidad; y (iii) darle una aplicación extensiva a una norma represiva (art. 349 C.P.P.), lo que de suyo es improcedente, pues puede truncar los derechos de la víctima a la verdad, justicia y no repetición, habida cuenta de la incapacidad

del Estado para solucionar todos estos conflictos por la vía del trámite ordinario.

De allí que, por razón de la importancia y trascendencia de los derechos de las víctimas, no debe sin más acogerse la interpretación según la cual debe exigirse, en casos de allanamiento a cargos, la condición de validez consignada en el artículo 349 ya referido.

Finalmente, debe indicarse que, aun cuando se diga que la referida asimilación, en todo caso, no impide aprobar el allanamiento cuando al procesado se le explica sobre la imposibilidad de reconocerle reducción de pena, tal interpretación deja sin asidero la intelección que, precisamente demanda exigir ese condicionante en casos de preacuerdo.

Esto porque, si conforme con la postura que defiende que el condicionante del artículo 349 es de validez y por esa situación, sencillamente, no se puede celebrar un preacuerdo, de realizarse el símil con el allanamiento, obligatoriamente la conclusión a la que se llega es que no podría éste ser aprobado por la judicatura.

Entender lo contrario, termina por reconocer que los efectos del no reintegró y garantía de lo percibido de manera ilegal, sólo tiene efectos en punto de la adecuación de la pena.

De allí que, no se pueden confundir (i) la posibilidad de someterse a la terminación anticipada del proceso, a través de la renuncia a los derechos previstos en los literales b y k del artículo 8 atrás citado; y (ii) la prohibición de beneficios por el sometimiento a la terminación anticipada de la actuación, tal y como sucede, por ejemplo, frente a los delitos enlistados en la Ley 1121 de 2006 y en el artículo 199 de la Ley 1098 del mismo año. Ello, bajo el entendido de que si no ha hecho el reintegro de que trata el artículo 349 –de haber ocurrido el incremento patrimonial allí descrito– no sería posible celebrar el acuerdo con la Fiscalía, y como, según la jurisprudencia hasta ahora vigente, la aceptación unilateral es una forma de acuerdo, la referida restricción también abarcaría la aceptación de cargos.

Siendo, por consiguiente, la interpretación más acertada, a partir de la diferenciación de los institutos de los preacuerdos y el allanamiento que, el condicionante establecido en el ya invocado artículo 349 de la Ley 906 de 2004, sólo aplica para el primero.

Lo anterior, porque entiende la Corte que la razón para que la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal solo opere para los casos de



preacuerdo tiene su fundamento en que, bajo este mecanismo el procesado va a obtener una mayor rebaja punitiva, en tanto que, por esta vía puede pactar la pena, lograr la eliminación de una agravante específica, la aplicación de descuentos propios de figuras como la complicidad, estado de ira, marginalidad, entre otros, por lo que, ante importantes descuentos de la sanción a descontar, se advierte proporcionado y razonable que, si por razón del delito el procesado obtuvo un incremento patrimonial reintegre el 50% de lo apropiado y garantice el pago del remanente, como lo exige la norma en cita.

Situación que, en tal medida no se verifica en los allanamientos, dado que la rebaja de pena está prevista en proporciones de hasta la mitad, hasta la tercera y en una sexta parte de la sanción a imponer y dentro de este marco la define el juez, bajo criterios, tales como la reparación a las víctimas o la devolución de lo apropiado económicamente; de manera que, si hubo reintegro del provecho patrimonial, ello va a generar que el descuento punitivo sea mayor, de lo contrario, la sanción seguramente va a quedar fijada en un monto superior a aquel definido para los casos de preacuerdo, donde haya existido la devolución económica de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior, entonces, lleva a sostener que la redacción del artículo 349 es claramente incompatible con la regulación de la aceptación unilateral de cargos. De manera que, no es una condición que se haga exigible para aprobar dicha manifestación unilateral.

[...}

Por consiguiente, conforme queda expuesto, no se verifica la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en la medida que no solo, el Juez de primera instancia se apartó con la debida carga argumentativa del precedente judicial que fijaba una postura interpretativa de cara a su aplicación a casos de allanamiento a cargos, sino que, la Sala en su función nomofiláctica recoge la tesis expuesta en la sentencia CSJ SP14496-2017, Rad. 39831, para a partir de ahora, no solo entender que los allanamientos y preacuerdos son figuras distintas de terminación del proceso, y que no guardan conexión de especie a género, sino que, como consecuencia de ello, no es exigible para la legalidad del allanamiento a cargos en aquellos delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, de que se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Precisando que, la verificación del reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido con el delito, es un criterio a considerar por los jueces al momento de fijar la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, tal y como lo realizó, de forma proporcional el Juez de primer grado.»

## **SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS**

### **MYRIAM ÁVILA ROLDÁN Y HUGO QUINTERO BERNATE**

«A la fecha, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal había tenido tres cambios decisionales basados en reorientaciones radicales frente a la obligación de reintegro en casos de aceptación de cargos, en los términos definidos por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 para los preacuerdos:

En una primera etapa se consideró que la obligación contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 también era aplicable al allanamiento a los cargos, en tanto este era una modalidad de aquellos (CSJ SP 14 Dic 2005, rad. 21347). Luego, en un segundo momento, la Corte modificó esta postura, indicando que el allanamiento a los cargos no es un tipo de preacuerdo (CSJ SP 8 Abr 2008, rad. 25306; CSJ SP 8 Jul 2008, rad. 31063) y, en consecuencia, la previsión del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 solo opera para los eventos de preacuerdos, acuerdos y negociaciones, y no así en los casos de allanamiento a los cargos en la audiencia de formulación de imputación (entre otras, ver CSJ SP 5 Sep. de 2011, rad. 36502; sentencia del 27 de abril de 2011 dentro del radicado 34829, sentencia SP45 14-2014 Abr. 9 de 2014, Rad. 40174). Por último, en la tercera etapa, la Corte varió de nuevo su jurisprudencia y volvió a su tesis original (CSJ, SP14496-2017, 27 Sep. 2017, rad. 39.831).

Con la decisión adoptada en la sentencia SP1901-2024, rad. 64214 se produce ahora un cuarto cambio decisional que refleja la falta de solidez y estabilidad de la Sala en el comportamiento de esta línea jurisprudencial.

Además de expresar nuestra preocupación frente a la indiferencia de la mayoría en relación con la vocación de permanencia que debe caracterizar el precedente jurisprudencial, en tanto fuente de derecho, para asegurar los mínimos de seguridad jurídica al interior del ordenamiento, con el acostumbrado respeto hacia las decisiones adoptadas por la mayoría de la Sala, a continuación, expresamos las razones por las que nos apartamos de la posición adoptada en este asunto:

En términos generales, la ponencia gira en torno a dos justificaciones para modificar la jurisprudencia vigente:

La primera apela al tenor literal del artículo 349 de la Ley 906, de 2004, según el cual, la exigencia allí contenida solo opera para los eventos de preacuerdos, acuerdos y negociaciones. En ese sentido, se argumenta, no habría una intención explícita del legislador de hacerla extensiva a los allanamientos.

La segunda justificación, que es la central en la sentencia, está basada en sostener que existe una fuerte diferenciación entre las figuras de los acuerdos y el allanamiento. La decisión adoptada por la mayoría asume que, como son figuras distintas, no pueden aplicarse las mismas exigencias para el acceso a los beneficios que de cada una de ellas se desprende.

En nuestro criterio, ciertamente, esa diferenciación en efecto existe, y es sano para la dogmática procesal tener clara la distinción. Sin embargo, el hecho de que se trate de figuras con especificidades propias no niega o invalida que, en últimas, tanto los acuerdos (carácter bilateral) como los allanamientos (carácter unilateral) son formas de terminación anticipada del proceso penal que conllevan aceptación de responsabilidad. En ese sentido, no resulta desproporcionado constitucionalmente -como lo había sostenido con precisión la jurisprudencia en sus etapas (i) y (iii)-, que contengan exigencias paralelas, pues los incentivos a los que tienen acceso los procesados con estas figuras, en últimas, responden a los mismos fines estructurales al interior del proceso penal y a las posibilidades de la justicia premial.

Con esto queremos decir, que el cuestionamiento hecho en la sentencia al razonamiento empleado en la primera y en la tercera etapa de la jurisprudencia para hacer exigible la condición establecida en el artículo 349 del C.P.P., resulta precario, pues, al concentrarse en las diferencias, ignora que existe, al interior de nuestro sistema penal acusatorio, un común denominador entre los dos institutos procesales.

La visión que sobre el proceso penal oral acusatorio irradia todo el proyecto es simplemente efectista. Lo concibe como una estructura procedimental cuyo objetivo principal es que llegue a su fin de la manera más expedita posible, para lo cual no deben fijarse obstáculos que limiten las posibilidades que tienen, en este caso particular, los allanamientos para que el proceso concluya.

En otras palabras, con el fin de enfrentar la lentitud y la burocracia de la justicia tradicional, y ante la incapacidad de investigar las conductas objeto de sanción social, se fortalece un modelo en el que la justicia penal busca concluir el proceso generando incentivos para que quienes van a ser investigados acepten cargos a cambio de degradaciones punitivas, sin contraprestación alguna y sin compensación mínima a los daños causados, pues, en últimas, ello deviene en mejores estadísticas, la reducción de juicios y un buen número de sentencias condenatorias que, sin dichos incentivos seguramente se hubieran conseguido. Para la sentencia objeto de nuestro disenso, esa es una visión de justicia más satisfactoria pues ofrece una certeza de finalización frente a la posibilidad de que el proceso penal se prolongue indefinidamente. Y, aunque implícita, esta es la verdadera motivación que alienta este nuevo cambio jurisprudencial.

Ahora, esa orientación sobre el proceso, aunque comprensible desde el punto de vista de los intereses de los defensores litigantes y los operadores de justicia, desconoce otra realidad: que el proceso penal contemporáneo no solo es visto como una serie de dispositivos que limitan el poder punitivo del Estado frente al procesado, sino que también busca la protección de los derechos e intereses de las víctimas frente a las inequidades y disfunciones del sistema penal actual -esencialmente punitivo y retributivo- que también juegan en su contra. Este aspecto lo desarrollamos en el siguiente apartado.

La ponencia desconoce la dimensión restaurativa de la sanción penal. En varios apartados de la providencia de la cual nos distanciamos, se señala que los derechos de la víctima, si bien son importantes, no se reducen a la satisfacción de lo económico. Para justificar este planteamiento, sugiere que también son relevantes la verdad, la justicia y las garantías de no repetición, de manera que no se justifica truncar la posibilidad de que el proceso concluya por el solo hecho de que el reintegro del 50% del valor percibido y el aseguramiento del recaudo restante no se produzca. Al respecto tenemos dos consideraciones:

a) De un lado, la sentencia desconoce que el proceso penal persigue atender el problema de la delincuencia, no solo a través de la materialización de las sanciones, principalmente, las privativas de la libertad (a las que, según se infiere del texto, habría que llegar a cualquier costo sin importar la forma ni el monto de las rebajas), sino que también debe enfocarse en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones de manera que dicha compensación contribuya a la resolución del conflicto.

El déficit de fundamentación del proyecto está en que asume que el reintegro es un castigo que tiene una finalidad exclusivamente retributiva, que puede ser obviada en la búsqueda de un objetivo mayor: que el proceso llegue a su fin. No obstante, ignora que el derecho penal puede dejar de centrarse en el acto criminal y en su autor, y compartir su atención en la víctima y el daño que le fue ocasionado. Aquí está el verdadero desafío, en que el derecho penal puede ofrecer alternativas que atiendan las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social como las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen. De ahí la relevancia de aquellas medidas, como la que hoy se elimina nuevamente, que permiten reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, contribuir a la reparación del daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien se debe intentar reincorporar a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales.

De hecho, para el caso concreto analizado en esta sentencia, resultaba más restaurativo el reintegro económico -así sea parcial-, que incluso la misma pena de prisión que se impuso a la procesada.

Creemos que hacia allá debe orientarse el trabajo de nuestra jurisprudencia. En superar la identificación del castigo con la venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Ante la evidencia de que la pena privativa de la libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en muchas ocasiones en su cometido de lograr la resocialización de los delincuentes, el derecho penal contemporáneo debe permitir y promover, en la medida de sus posibilidades, el acceso a medidas restauradoras, no su eliminación.

b) De otro lado, la ponencia formula un argumento con la estructura propia de la falacia del «hombre de paja», pues construye un falso hecho y luego lo ataca. Dicho hecho consiste en hacer creer que lo que se pretende con la exigencia del reintegro del 50% del valor percibido y el aseguramiento del recaudo restante es satisfacer el estándar de reparación integral. Ello no es así, pues como lo admite la misma ponencia en varios apartados, la reparación integral es otra cosa. Aquí de lo que se trata es de asegurar que si la persona victimaria tiene acceso a un incentivo, este obedezca y sea producto de un comportamiento procesal que no se limita a la aceptación de responsabilidad, sino a la compensación del daño y a la devolución, al menos parcial, de aquello a lo que no tendría derecho por virtud del ilícito.

Ahora, en términos materiales concretos, como lo venía sosteniendo la jurisprudencia, no constituye una carga desproporcionada, constitucionalmente hablando, exigirle al procesado que reintegre al menos el 50% y asegure el resto a cambio del beneficio punitivo que va a obtener en el marco de la aceptación de cargos.

Al respecto, el argumento según el cual, en cualquier caso, la víctima puede acudir al incidente de reparación integral es insensible, pues ignora que el procesado que admite su responsabilidad tiene acceso a un beneficio punitivo significativo, pero le traslada entonces a la víctima la carga procesal de tramitar ella misma, con todo lo que ello significa, el incidente de reparación integral para tener acceso a la compensación total por el daño sufrido, el cual pudo ser satisfecho en gran medida previo a la consolidación de los beneficios por el allanamiento que, visto así, no sería más que una condición mínima de posibilidad para su disfrute.

Por último, la propuesta consignada en la sentencia, en la práctica podrá seguramente ayudar a destrabar procesos y a que estos concluyan con la imposición de una pena, lo que tendrá un correlato a la hora de presentar mejoras en los números y las cifras de gestión del aparato judicial. Sin embargo, desde una perspectiva de análisis económico del derecho no podrá hablarse de sanciones penales óptimas, pues la persona cometerá el delito porque sabe que los beneficios a obtener superan los costos esperados, es decir, el delincuente como calculador racional sabrá que su situación no va a ser empeorada sustancialmente por la comisión del acto.

En términos más claros, advertimos que materialmente este nuevo giro de la jurisprudencia generará un incentivo perverso según el cual los delincuentes asumen el riesgo de infringir la ley porque saben que obtendrán incrementos significativos sin riesgos en sus patrimonios con ocasión del delito. Como consecuencia de la ponencia, sabrán que pueden allanarse luego de cometer el ilícito y sus riquezas permanecerán incólumes, pues no van a ser perseguidas puesto que se elimina el primer mecanismo procesal que los forzaba, a cambio de tener acceso a los beneficios, a realizar al menos un reintegro significativo y a asegurar el pago de lo restante.

Esta es quizá la circunstancia que mayor reserva, inquietud y preocupación nos genera la posición por la cual nuevamente se decanta hoy la mayoría de la Sala, especialmente si se considera el asunto respecto de las dimensiones y el impacto social de los delitos contra la administración pública».



*Evolución de los establecimientos carcelarios y su diferencia con los centros de detención transitoria o de arraigo transitorio*

Número de radicado	:	62146
Número de providencia		SP803-2024
Fecha	:	20/03/2024
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«En el contexto de la política criminal jurídica positivizada y frente al problema jurídico planteado, ha de precisarse: (i) ¿qué se debe entender o comprender por *establecimiento carcelario*? Y, (ii) si dentro de ese concepto ¿se incluyen los sitios destinados a recluir personas, que por circunstancias ajenas a la teleología de la norma, cumplan dicha labor en casos de hacinamiento carcelario?

Según la Real Academia Española, el adjetivo *carcelario* es aquello «*perteneciente o relativo a la cárcel*» y ésta –la cárcel–, en su primera acepción, es el «*local destinado a reclusión de presos*».

El delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 del Código Penal), se agrava en los eventos consagrados en el canon 384 *ejusdem*, entre otros, cuando la conducta se realice en «*establecimientos carcelarios*» –numeral 1, literal b)–.

Desde el principio de tipicidad estricta, objetivamente se aprecia que sólo los lugares destinados a la reclusión de presos se enmarcarían en el espectro de la circunstancia de agravación punitiva en cita. Por contera, aquellos locales que no están destinados a la reclusión de presos, no hacen parte de la causal de agravación, verbigracia, las estaciones de policía, cuyas instalaciones por naturaleza sirven a los miembros de policía para cumplir la función constitucionalmente asignada y no para la privación de la libertad de las personas como consecuencia de causas relacionadas con hacinamiento carcelario.

Al revisar la clasificación de los establecimientos de reclusión, la Ley 65 de 1993 «*por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*» en su

artículo 20 precisaba que pueden ser «cárceles, penitenciarias, cárceles y penitenciarias especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa-cárceles, establecimientos de rehabilitación y demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario».

Esta norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 1709 de 2014, así:

*Artículo 20. CLASIFICACIÓN. Los establecimientos de reclusión pueden ser:*

- 1. Cárceles de detención preventiva.*
- 2. Penitenciarias.*
- 3. Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.*
- 4. Centros de arraigo transitorio.*
- 5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.*
- 6. Cárceles y penitenciarias de alta seguridad.*
- 7. Cárceles y penitenciarias para mujeres.*
- 8. Cárceles y penitenciarias para miembros de la Fuerza Pública.*
- 9. Colonias.*
- 10. Demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario.*

*PARÁGRAFO. Los servidores y ex servidores públicos contarán con pabellones especiales dentro de los establecimientos del orden nacional que así lo requieran, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).*

De las interpretaciones frente a la norma

En el asunto que concita la atención de la Corporación se han expuesto dos interpretaciones; por una parte, la del recurrente –secundada por la delegada de la fiscalía–, según la cual, la expresión «establecimientos carcelarios» hace referencia a un contenido que puede hacerse extensivo a aquellos lugares que, no siendo propios de reclusión de personas, cumplen tal cometido en circunstancias especiales –para el caso examinado, las

estaciones de policía– lo que significaría que encaja en la agravación contenida en el citado literal *b)* del numeral 1 del artículo 384 del Código Penal.

Por otra parte, la del Tribunal en la sentencia recurrida, que centra la atención en que la anotada circunstancia de agravación no admite la inclusión de aquellos aspectos que el legislador no contempló y que sólo compete a esa rama del poder público.

Frente a lo anterior se advierte que, no obstante la circunstancia de agravación punitiva no da lugar en principio a confusión, la Corte acude a precisar dicho contenido con la finalidad de establecer su alcance. En tal sentido, ha de afirmarse que la postura que emerge del fallo recurrido se acompasa con la interpretación contextualizada de lo que se ha referenciado como: *(i)* política criminal; *(ii)* contenido de tipicidad estricta, y *(iii)* lugares de privación de la libertad.

Por tanto, se puntualiza que la circunstancia de agravación punitiva de realizarse la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes *en establecimientos carcelarios*, sólo opera frente a aquellos lugares destinados a la reclusión de presos definidos explícitamente por la ley. Desbordar ese contexto, sería crear, por vía de analogía, circunstancias de agravación respecto de sitios no contemplados por el legislador.

Acudir a una interpretación extensiva del literal *b)* del numeral 1 del artículo 384 del Código Penal o al artículo 20 de la Ley 65 de 1993, iría en claro desmedro del reseñado principio de estricta tipicidad.

Ahora bien, el artículo 28A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1709 de 2014, determinó la detención en Unidad de Reacción Inmediata o unidad similar, así:

*La detención en Unidad de Reacción Inmediata (URI) o unidad similar no podrá superar las treinta y seis (36) horas, debiendo garantizarse las siguientes condiciones mínimas: separación entre hombres y mujeres, ventilación y luz solar suficientes, separación de los menores de edad y acceso a baño.*

*PARÁGRAFO. Dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la presente ley las Entidades Territoriales adecuarán las celdas a las condiciones de las que trata el presente artículo.*

Aunque la normativa en cita refiere a *unidades similares* a las denominadas URI, lo cual podría entenderse, incluye a las estaciones de policía como

establecimientos de reclusión o de detención transitoria, la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-122-2022, resaltó que:

*[l]a categoría o denominación de “centros de detención transitoria” es meramente jurisprudencial y fue originada como una respuesta jurídica a la grave situación que se presenta actualmente en las estaciones y subestaciones de policía y unidades de reacción inmediata de la Fiscalía y lugares similares, en d[o]nde se mantienen a personas detenidas más allá de las 36 horas dispuestas por la Constitución. Sin embargo, aquel concepto no es legal y en realidad responde a una situación inconstitucional. Como se demostrará en esta providencia, el uso de estos espacios constituye una violación sistemática a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad de manera preventiva, toda vez que estos lugares no están diseñados para custodiar seres humanos más allá del límite constitucional. [subrayado fuera de texto].*

Lo anterior para significar que no se trata de una concepción gramatical o de sinonimia, sino que, por el contrario, su contenido debe ser apreciado bajo el contexto de reserva legislativa pues, en materia penal la interpretación de tipicidad es restrictiva.

Por último, agréguese que la misma Ley 65 de 1993 desarrolla el concepto de *centros de arraigo transitorio*, así:

*Artículo 23A. CENTROS DE ARRAIGO TRANSITORIO. Artículo adicionado por el artículo 15 de la Ley 1709 de 2014. Con el fin de garantizar la comparecencia al proceso, se crean los centros de arraigo transitorio, en el que se da atención de personas a las cuales se les ha proferido medida de detención preventiva y que no cuentan con un domicilio definido o con arraigo familiar o social.*

*La finalidad del centro de arraigo transitorio es lograr la reinserción laboral de la persona privada de la libertad y la recuperación del arraigo social y familiar, si es del caso, y contribuir a que al momento de proferirse la condena se le pueda otorgar algún mecanismo sustitutivo de la prisión.*

*Las personas detenidas preventivamente que sean remitidas a centros de arraigo transitorio deben permanecer allí hasta que se ordene su libertad por decisión judicial o se profiera sentencia condenatoria.*

*Una vez proferida la sentencia condenatoria la persona será trasladada al establecimiento penitenciario que corresponda o entrará a gozar de la medida sustitutiva de la prisión, si así lo ha determinado el juez de conocimiento.*

*Los centros de arraigo transitorio deben proveer a las personas que alberguen atención psicosocial y orientación laboral o vocacional durante el tiempo que permanezcan en dichos centros.*

*PARÁGRAFO. La Nación y las entidades territoriales podrán realizar los acuerdos a que haya lugar para la creación, fusión, supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de los centros de arraigo transitorio en los mismos términos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993. En todo caso, la creación de estos centros será progresiva y dependerá de la cantidad de internos que cumplan con los criterios para ingresar a este tipo de establecimientos. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

De la aludida norma se advierten las especiales condiciones que poseen aquellos centros de arraigo –que no de prisión– transitorios, la naturaleza para la cual fueron creados y los criterios que han de cumplir quienes pretendan ingresar a ellos, tópicos que no se identifican con los propósitos y la naturaleza de las estaciones de policía, por ende, tampoco con estas instituciones puede aparejarseles.

[...]

[...] equiparar los conceptos de establecimientos carcelarios y estaciones de policía para, a partir de ello, hallar configurada la circunstancia de agravación punitiva en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, corresponde a una interpretación extensiva de la norma que desconoce el principio de tipicidad estricta y, en la práctica, apuntala la subrogación de la facultad regulatoria de la política criminal en cabeza del Congreso de la República, a quien le compete exclusivamente determinar, tanto los tipos penales, como los eventos en los cuales se incrementa el reproche punitivo. Darle a las estaciones de policía la connotación de establecimientos carcelarios conduciría, además, a legitimar el empleo de estos lugares como sitios de privación prolongada de la libertad y a propiciar prácticas que riñen con la Constitución Política y la ley».





CÍRCULO DE  
RECONSTRUCCIÓN  
Y PAZ

## CAPÍTULO II

Reparación del daño y justicia restaurativa



## CAPÍTULO II

### Reparación del daño y justicia restaurativa

#### 2.1 Extinción de la acción penal por aplicación de la reparación integral en reparar el daño causado (ley 2477 de 2025)

##### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	62410
Número de providencia	:	AP5346-2025
Fecha	:	13/08/2025
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Casación

*«La novedosa normatividad de la reparación integral, como causal de la extinción de la acción penal dentro del ámbito de la Ley 906 de 2004*

La ley 2477 de 2025, en sus artículos 3 y 4, dispuso lo siguiente:

Artículo 3. Modificar el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

*Artículo 77. Extinción. La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, reparación integral, caducidad de la querella, desistimiento y en los demás casos contemplados en la ley.*

Artículo 4. Adicionar al Libro I, Título II, Capítulo I, de la Ley 906 de 2004, un artículo del siguiente tenor:

*Artículo 78A. Reparación integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor, en el delito de inasistencia alimentaria y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado por la violencia contra las personas y extorsión, la acción penal se extinguirá para todos los imputados o acusados cuando cualquiera de ellos realice la reparación integral del daño causado.*

*En los mismos eventos, cuando, no exista víctima conocida o individualizada, podrá extinguirse la acción penal, siempre que se garantice la reparación integral a través de caución o cualquier medio idóneo, según lo establezca el fiscal.*

*Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual se cumpla, en relación con cada una de aquellas, las previsiones del inciso anterior.*

*La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo, o el perjudicado manifieste expresamente haber sido reparado integralmente. En todo caso, el fiscal deberá cumplir con los deberes del artículo 11 y 22 de la Ley 906 de 2004 y tomar las medidas necesarias para reparar integralmente los derechos de las víctimas.*

*En estos casos, la víctima o su representante, así como el indiciado o imputado podrá objetar el peritaje realizado. La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido decisión por igual motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para tales efectos, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo. (énfasis fuera de texto)*

Vigente la norma, para la Sala es claro que la novísima normatividad debe aplicarse, en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad, en todos los casos *en curso y venideros* que satisfagan las siguientes exigencias:

(i) Que el delito atribuido admita desistimiento, o se trate de homicidio culposo o lesiones personales culposas en cuya ejecución no hubiere

concurrido ninguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, o de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, o en los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado por la violencia contra las personas y extorsión.

(ii) Que la víctima haya sido reparada integralmente por los perjuicios (materiales y morales) causados con el delito.

(iii) Que la reparación se produzca antes de proferirse el auto que inadmita la demanda de casación o la sentencia que decida sobre la misma. Y,

(iv) Que el implicado, dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la(s) conducta(s) punible(s) atribuida(s), no hubiese sido favorecido con preclusión de la actuación o cesación de procedimiento por el mismo motivo (extinción de la acción penal por reparación integral).

En este sentido, se hace necesario precisar cómo el contenido de la normativa reciente se funda en principios de *justicia material*, inserta en criterios de auto composición que satisfacen los estándares principialísticos fijados en la Ley 906 de 2004, pues, a partir de la llamada justicia premial -que no se agota en los mecanismos de terminación anticipada del proceso- es factible entender equilibrada la balanza en los delitos de bajo impacto o de efectos netamente patrimoniales, pues, a cambio de reparar en su totalidad el daño causado, se obtiene para el procesado la posibilidad de terminar la acción penal (AP2608 -2025, 30 ab. 2025, rad. 61779).

De ese modo, a no dudarlo, se reduce la congestión judicial, se garantiza una administración de justicia eficaz, se restaura el equilibrio entre víctima y victimario, a más que se materializan los fines del sistema penal con tendencia acusatoria, pues se incentiva la emisión temprana y oportuna de decisiones judiciales, a través de mecanismos de terminación anticipada que respetan los derechos de las víctimas a la reparación integral y el acceso a una justicia de calidad, en consonancia con el debido proceso (Ley 2477 de 2025, art. 1).

[...]

En aras de dar aplicación -por virtud del principio de favorabilidad- a los artículos 3 y 4 de la Ley 2477 de 2025, resulta indispensable verificar el cumplimiento de los presupuestos en comento, de la forma como sigue:

(i) Por hechos ocurridos el 6 octubre de 2020, la fiscalía atribuyó a EGC, la autoría del delito de *Hurto* (artículo 239 del Código Penal) *calificado* (inciso cuarto del artículo 240 ibidem, por recaer sobre medio motorizado).

Es evidente, acorde con el tipo de ilicitud investigada, que se satisface el requisito formal consagrado en la norma para habilitar el mecanismo de terminación excepcional, en tanto, se trata de un delito contra el patrimonio económico no excluido por el legislador.

(ii) El 25 de febrero de 2021, víctima y victimario suscribieron un documento (autenticado ante la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá), en el que aquella manifiesta haber recibido, de manos del procesado, un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000), por concepto de indemnización integral de perjuicios (materiales y morales) causados con el hurto de la motocicleta en mención. Por eso, incluso, el ofendido le exteriorizó por escrito al juez de conocimiento su intención de *“desistir de la acción penal”*.

(iii) A la fecha no se ha dictado auto que inadmita la demanda de casación o sentencia que decida sobre la misma.

(iv) En auto de sustanciación del 28 de julio de 2025, se solicitó, de oficio, a la Fiscalía General de la Nación, en concreto, a la dependencia encargada de llevar el registro de que trata el inciso final del artículo 78A de la Ley 906 de 2004, que certifique, en el término de la distancia, si EGC ha sido favorecido, dentro de los cinco (5) años anteriores, con una decisión judicial alusiva la extinción de la acción penal por reparación integral, con arreglo a la disposición normativa en mención.

[...]

De ese modo, la Sala constata el cumplimiento de los presupuestos que demanda para este efecto la Ley 2477 de 2025, motivo por el cual se declarará la extinción de la acción penal por reparación integral del daño causado, así como la consecuente cesación de procedimiento en favor de EGC.

Asimismo, ordenará devolver la actuación al Tribunal de origen y remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección de Investigación Criminal e Interpol - Grupo Consulta de Información en Bases de Datos, para que realice los registros respectivos.»

2.2 Aplicación del art. 42 de ley 600 de 2000 como forma de extinción de la acción penal y reparación del daño

Número de radicado	:	62286
Número de providencia		AP4757-2024
Fecha	:	21/08/2024
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Casación

« En la Ley 906 de 2004, el esquema de reparación del daño fue desarrollado de la siguiente manera:

*“(i).- En la conciliación preprocesal como condición de procedibilidad de la acción penal en relación con conductas querellables. Realizado el acuerdo se archiva la actuación, (ii) como causal de aplicación del principio de oportunidad, permitiendo renunciar a la persecución penal, entre otras causales, cuando se indemniza o repara integralmente el daño causado a la víctima conocida o individualizada, (iii) en la mediación, la reparación, restitución o reparación de los perjuicios extingue la acción civil y permite la renuncia a la acción penal por vía del principio de oportunidad, (iv) como presupuesto para realizar acuerdos y allanamientos en delitos en los cuales el sujeto activo obtiene incrementos patrimoniales, y (v) en el incidente de reparación integral, posterior a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, con efectos patrimoniales que extinguen el trámite incidental”.*

No obstante, dicha normativa, que es bajo la cual se adelanta el presente trámite, no consagra la *indemnización integral* como causal de extinción de la acción penal, como sí sucede en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, el cual contempla lo siguiente:

*“ARTICULO 42. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá*

*para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado.*

*Se exceptúan los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.*

*La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación llevará un registro de las decisiones que se hayan proferido por aplicación de este artículo.*

*La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado”.*

Por esa razón, la Corte ha manejado dos posturas opuestas –una permisiva y otra restrictiva- frente a la admisión la *indemnización integral* como causal de extinción de la acción penal en los trámites adelantados bajo la óptica de la Ley 906 de 2004, como pasa a verse:

*Postura amplia.*

Por un lado, a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, la Corte avaló la aplicación del instituto de la extinción de la acción penal por *indemnización integral* previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000, que sí la regula, al procedimiento penal del 2004, en virtud del principio de *favorabilidad*, en cuanto a que se trataba de un instituto eminentemente provechoso para los procesados que se vieran involucrados en conductas de tipo culposos.

Lo anterior, debido a que:

*“Para la Corte, la aplicación de esta figura en las condiciones reseñadas, no sólo no pervierte la naturaleza del sistema acusatorio, sino que político criminalmente se ajusta a sus necesidades y a la voluntad del legislador al implementarlo.*

*Ello se refleja porque resulta compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio, no sólo porque en el Libro VI se regula un programa en tal sentido, sino porque tal propósito es latente en las siguientes disposiciones de la Ley 906, con carácter de*



*principio rector. Así, para empezar, en el artículo 10°, inciso cuarto, según el cual:*

[...]

Luego, en el auto CSJ AP7843, 16 nov. 2016, Rad.: 47990, esta Corporación reiteró dicha postura permisiva y agregó que, si bien no debe aplicarse la *indemnización integral* como causal de extinción de la acción penal de manera forzosa, ante el vacío de regulación en la Ley 906 de 2004, lo cierto es que dicha figura ofrece una solución que es perfectamente compatible con la sistemática acusatoria.

Y es que, como la Ley 906 de 2004 no derogó la Ley 600 de 2000, es factible acudir a indemnización integral de la segunda en virtud de la *integración normativa*, “*por ser de la misma especialidad, máxime cuando la Corte ha admitido que estos [sic] pueden ser aplicados por favorabilidad a casos del sistema penal acusatorio*”<sup>57</sup>.

En tales providencias, esta Corporación, en virtud de la aplicación de dicha figura en el ordenamiento previsto en la Ley 906 de 2004, declaró la extinción de la acción penal adelantada y, en consecuencia, decretó la cesación de todo procedimiento.

*Postura restrictiva.*

Luego, en el auto CSJ AP2671-2020, Rad.: 53293 la Corte modificó su postura al respecto. Explicó que la indemnización integral prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 no consulta la filosofía del sistema acusatorio vigente en Colombia y, por consiguiente, la reparación del daño, bajo la óptica de la indemnización integral, solo es viable en los procesos seguidos bajo el rito de la Ley 906 de 2004, exclusivamente, en los términos y modalidades indicadas en esa codificación.

[...]

Con esto, a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35496, esta Corporación determinó que no es viable extinguir la acción penal por *indemnización integral* durante el juicio ni, por supuesto, con posterioridad a él.

Como dicho cambio jurisprudencial fue *desfavorable* –y así lo reconoció la Sala–, la Corte advirtió que el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 debía continuarse aplicando para aquellos asuntos adelantados bajo el rito de la

---

<sup>57</sup> CSJ AP7843, 16 nov. 2016, Rad.: 47990.

Ley 906 de 2004 en los cuales, instaurado el recurso extraordinario de casación y habiendo arribado a la Sala la actuación antes del 14 de octubre de 2020, no se haya dictado sentencia o auto de rechazo de la respectiva demanda<sup>58</sup>.

Lo anterior porque, dijo la Sala, en tal escenario, las partes ya no contaban con la posibilidad de acudir a alguno de los institutos que en el marco de la Ley 906 regulan la reparación del daño y las formas de terminación anormal del proceso, salvo el incidente de reparación.

[...]

Más recientemente, en el auto CSJ AP293, 15 feb. 2023. Rad.: 54872, se reiteró la postura actual de manera íntegra.

Ahora, si bien es cierto que, como se vio, esta Sala definió que la postura restrictiva sólo debía aplicarse a partir el 14 de octubre de 2020, fecha en que se dio el cambio jurisprudencial, en esta ocasión la Sala debe apartarse de lo sentado a partir de ese momento, por ser una postura eminentemente *desfavorable*.

Y es que, sin ánimo reduccionista, aunque la postura restrictiva fue producto de un análisis concienzudo, se insiste que es innegable que no existe en la Ley 906 de 2004 algún otro instituto por cuyo medio se viabilice la posibilidad de extinguir la acción penal por *indemnización integral* con posterioridad al inicio del juicio oral.

De hecho, si bien en el auto CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35496 se citó el esquema de reparación del daño previsto en la Ley 906 de 2004, para traer a colación el principio de oportunidad y la mediación como ejemplos de los mecanismos que prevé el sistema acusatorio para que la Fiscalía renuncie a la acción penal por el pago de los perjuicios, es evidente que éstos no tienen el mismo alcance que la figura de la extinción de la acción penal por *indemnización integral* prevista en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Y es que la oportunidad para acudir al principio de oportunidad o a la mediación es limitada en comparación con la que tiene la figura en cuestión.

Ello, debido a que la primera solo es aplicable, según lo dispuesto en el art. 323 de la Ley 906 de 2004 «*en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento*». Así mismo, la mediación, conforme lo dispone el art. 524 *ídem* procede «*desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral*».

---

<sup>58</sup> CSJ AP5872 – 2021.

No obstante, como incluso se reconoció la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, la figura prevista en la Ley 600 de 2000 puede presentarse hasta antes de que se profiera fallo en casación.

Por ello, mientras no se dicte sentencia que decida sobre el libelo de casación o en tanto no se decida mediante un auto inadmitir la respectiva demanda, asiste la oportunidad de solicitar la declaración de extinción de la acción penal por *indemnización integral* y la consecuente cesación de procedimiento.

Por todo lo anterior, se hace necesario regresar al criterio establecido con ocasión de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad.: 35946, donde la Corte venía avalando la aplicación del instituto de la extinción de la acción penal por indemnización integral previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000.

Ello, pues, se insiste, el alcance de la figura –en términos de la oportunidad para presentarla– es muy favorable a los procesados y a las víctimas, en cuanto a que permite darle una solución a los efectos producidos por el delito que es compatible con el modelo de justicia restaurativa inmerso en el sistema acusatorio, para restablecer los derechos quebrantados, hasta antes de que se emita el correspondiente fallo en casación, esto es, con amplia posterioridad a la celebración del juicio oral.

Así, se cambiará la tesis jurisprudencial –postura restrictiva– mantenida en la actualidad, para retomar a la inicial –postura amplia– que favorece acudir a indemnización integral en virtud de la integración normativa, en cuanto a que dicha figura no solo no se opone, sino que, si bien no está previsto, se ajusta a la naturaleza del procedimiento penal de fines restaurativos previsto en la Ley 906 de 2004.

En el caso concreto, como se vio, el juicio oral *inició* el 19 de enero de 2022 y, antes de aquel estadio procesal, las partes no acudieron a alguno de los mecanismos de terminación del proceso penal por reparación del daño a los que se refiere la Ley 906 de 2004.

No obstante, tampoco contaban con la expectativa legítima de concurrir, eventualmente, al mecanismo de terminación anormal del proceso previsto en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, pues, para esa fecha, la Corte ya había modificado su postura en torno a la aplicación favorable del citado artículo a procesos adelantados bajo la égida de la Ley 906 de 2004 (lo que hizo en la decisión CSJ AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020).

Por consiguiente, en virtud de la postura restrictiva actual, resultaría inviable aplicar, en el caso, el instituto de la *indemnización integral* regulado

en el art. 42 de la Ley 600 de 2000 y, en este sentido, se debería rechazar la petición de la defensa de JCGP, por ser improcedente.

Sin embargo, como se dijo antes, se hace necesario acoger nuevamente la postura interpretativa amplia, en cuanto a que produce un efecto más garantista tanto para la víctima como para el acusado.

Lo anterior, ya que la primera que podrá obtener una efectiva indemnización integral de sus perjuicios y, el acusado, por este mecanismo de justicia restaurativa, podrá obtener una solución adecuada a su caso.

Además, teniendo una misma situación fáctica, se debe permitir una idéntica solución jurídica.

En este sentido, si se dan iguales presupuestos en casos ocurridos bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, deben tener en consecuencia una misma solución jurídica, esto es la posibilidad de dar plena aplicabilidad a la institución de la indemnización integral consagrada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

Por lo anterior, resulta viable aplicar en el caso el instituto de la indemnización integral regulado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, sobretodo porque, habiendo dejado de lado la aplicación de los mecanismos de terminación del proceso establecidos en la Ley 906 de 2004 -y fenecida la oportunidad para optar por alguno de ellos-, las partes ostentaban la convicción de que aún tenían la facultad de acudir a la forma extraordinaria de terminación del proceso señalada en el art. 42 de la Ley 600 de 2000.

Tan es así, que el contrato de transacción con la víctima directa, las víctimas indirectas y el apoderado de las víctimas fue celebrado el 18 de mayo de 2022, esto es, apenas 5 días luego de la emisión de la sentencia de segundo grado (13 de mayo de 2022).

En esas condiciones, así no cumpla con el límite temporal establecido en la jurisprudencia vigente, se impone aplicar la línea jurisprudencial trazada a partir de la providencia CSJ SP, 13 abr. 2011, Rad. 35496, y, en este sentido, verificar si se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 para decretar la terminación del proceso por indemnización integral.

El instituto previsto en el art. 42 de la Ley 600 de 2000 procede para los delitos que admiten desistimiento, en los de *homicidio culposo* o *lesiones personales culposas* si no concurre alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, *lesiones personales dolosas* con secuelas transitorias, delitos contra los derechos de autor o contra el patrimonio económico, exceptuando los de

*hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección.*

[...]

En esas condiciones, constatadas las exigencias contenidas en tal precepto para declarar extinta la acción penal seguida contra JCGP, por el delito de *lesiones personales culposas* (arts. 111, 112 inc. 2º, 113 inc. 2º, 114 inc. 2, 117 y 120), se ordenará cesar todo procedimiento que por tales hechos se adelante en contra del acusado».

## 2.3 Víctimas y reparación integral en procesos de Justicia Transicional (Ley 975 de 2005)

Extracto n.º 1

Número de radicado	:	34547
Fecha	:	27/04/2011
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«[...] con el robustecimiento del Estado de derecho y posteriormente del Estado social y democrático de derecho, el sistema penal colombiano se orientó de manera prevalente a salvaguardar los derechos y garantías de los procesados, de modo que reiterada y pacíficamente la Corte Suprema sostuvo que el interés de las víctimas, quienes debían constituirse en parte civil dentro del proceso penal, quedaba circunscrito exclusivamente al ámbito pecuniario de carácter indemnizatorio, razón por la cual les resultaba ajeno presentar peticiones o ejercer recursos que no tuvieran como finalidad el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, estándoles vedado controvertir en perjuicio del procesado la entidad típica del delito o la pena privativa de la libertad impuesta<sup>59</sup>.

Así las cosas, la parte civil se encontraba facultada para participar en las diligencias, solicitar y aducir pruebas, presentar alegaciones e interponer recursos, a fin de acreditar la existencia de la conducta investigada, la

<sup>59</sup> V. gr. providencias del 24 de febrero de 2000. Rad. 11650 y del 20 de abril de 2002. Rad. 19088, entre muchas otras.

identidad de los autores o partícipes, la responsabilidad penal de estos, así como la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados al titular de la acción debidamente reconocido como tal dentro del trámite, todo con el único propósito de conseguir la correspondiente indemnización en el fallo.

No obstante lo anterior, de manera preliminar en la sentencia C-412 de 1993, la Corte Constitucional señaló que la dignidad de la persona no se protege únicamente con la indemnización patrimonial, sino que menester resulta asegurar la verdad y la justicia en las investigaciones, todo ello a favor de los intereses de víctimas y perjudicados.

Posteriormente, con la sentencia C-554 del 31 de mayo de 2001, se reconoció que la aplicación del principio *non bis in idem* dispuesto a favor de los procesados en el artículo 8º del Código Penal (Ley 599 de 2000) tenía una salvedad referida a “*lo establecido en los instrumentos internacionales*”, entre otras razones, dada la “*conciencia universal en torno a la represión de aquellos atentados que comprometen seriamente la axiología de los derechos humanos*”.

Luego, por medio de la sentencia C-1149 del 31 de octubre de 2001 se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 305 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), en el cual se establecía que “*La constitución de parte civil en el proceso penal militar tiene por objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos*”, y a su vez se declaró inexecutable el aparte del artículo 107 del mismo ordenamiento referido a que la reparación debía conseguirse “*a través de las acciones contencioso-administrativas*”.

En dicha decisión se estableció que cuando se comete un delito, la víctima tiene derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación, soportándose para ello en lo expuesto en el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) rendido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Es oportuno señalar que la ONU proclamó en 1998 el *Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, cuyo antecedente principal fue el *Informe Final del Relator Especial Louis Joinet* de 1992, a quien el año anterior la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas había encargado para su elaboración, documento que integra el bloque de constitucionalidad, dado que tanto la Corte como la Comisión Interamericana lo han considerado incorporado a la Convención Americana de Derechos Humanos.



El *Informe Joinet* recoge cuarenta y dos principios tomados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de la costumbre internacional, de las experiencias asumidas en diferentes latitudes y de los principios de derecho que se ocupan de la obligación de los estados de administrar justicia conforme al derecho internacional, los que en suma se concretan en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

Lo anterior, para precisar que en la jurisprudencia colombiana se dio cabida a tales derechos no reconocidos específicamente en la normativa internacional, pero que se derivan de algunos de sus preceptos, en los cuales se alude a la existencia de un recurso efectivo, la garantía de acceso a la administración de justicia, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario y el deber de cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos.

Luego, con la conocida sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, por cuyo medio fue declarado exequible *“el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia”*, providencia sustentada a su vez en el fallo del 14 de marzo de 2001 proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*), en el cual se declaró que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Americana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, se consolidó en la órbita de la jurisprudencia constitucional colombiana tal replanteamiento de los derechos de las víctimas, circunstancia que a la postre impuso también ajustar la legislación procesal, a lo que se procedió en el artículo 137 del estatuto adjetivo penal de 2004 y ulteriormente en el artículo 4º de la Ley de Justicia y Paz en el 2005.

Inclusive, en el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se modificaron, entre otros, el artículo 250 de la Carta Política, se estableció la protección de las víctimas por parte del juez de garantías, así como la obligación de asistirlas y establecer la intervención de aquellas dentro del proceso penal, amén de los mecanismos de justicia restaurativa.

A partir del referido fallo de constitucionalidad quedó claro que el interés de la víctima ya no se encuentra circunscrito únicamente a conseguir la indemnización de perjuicios, pues también comprende el interés en lograr la justicia y la verdad. Lo primero, orientado a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se le imponga al responsable la condigna sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento. Y lo segundo, para que se determine de manera precisa y exacta la forma como tuvieron ocurrencia los hechos.

Por ello, la intervención de la víctima dentro del proceso penal puede estar determinada por los tres intereses señalados, esto es, por la verdad, la justicia y la reparación, o bien por uno cualquiera de ellos, sin que la pretensión ajena al ámbito exclusivamente patrimonial torne ilegítima su condición de sujeto procesal o imposibilite su intervención en el trámite, siempre que tenga los dos o uno u otro de los restantes intereses que justifiquen su presencia dentro de la actuación penal.

Al reconocer como derechos de las víctimas no sólo la reparación económica, sino también la verdad y la justicia se hacen efectivas normas constitucionales que se refieren al aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, pues es claro que sin verdad y con impunidad no se consigue ninguno de dichos propósitos.

Es preciso destacar, que en el tiempo actual la posición de las víctimas es redimensionada, en cuanto se les brinda una especial protección y dejan de ser un simple dato estadístico, pues la necesidad de la reparación de los perjuicios irrogados con el delito, así como la búsqueda de la verdad y de la sanción de los responsables se convierte en propósito esencial de la sistemática procesal, es decir, es allí donde se encuentra su razón de ser y una de las finalidades más importantes de su cabal implementación.

Lo anterior se traduce de manera global en una frase, la humanización del sistema penal, efectiva, cierta y real, no meramente formal y declarada, que seguramente beneficiará a la sociedad al evitar a toda costa la justicia privada y contribuirá en la consecución de la convivencia tolerante propia de los estados sociales y democráticos como el nuestro.

[...]

El *derecho a la reparación* comporta las labores de:

- (i) *Restitución*: devolver a la víctima a su *statu quo ante*.

- (ii) *Indemnización*: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.
- (iii) *Rehabilitación*: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos.
- (iv) *Satisfacción*: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido.
- (v) *Garantía de irrepetibilidad*: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares.
- (vi) *Reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, *v. gr.* la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales.
- (vii) *Reparación colectiva*: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas.

La reparación por vía administrativa inicialmente asumida por el Estado puede resultar adecuada para asegurar la indemnización, e inclusive la restitución, en tanto que la vía judicial ofrece mejores posibilidades para la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición.

Desde luego, la verdad en tales procedimientos no se circunscribe a aquello que diga o acepte quien narra su versión, pues ella resulta un imperativo para los operadores judiciales, un derecho de las víctimas y de la sociedad, y un deber del postulante a justicia y paz, de modo que la misión de las autoridades involucradas en estos diligenciamientos tiene que estar orientada, conjuntamente, por la búsqueda del esclarecimiento de la verdad, la construcción de los archivos por el deber de memoria que impone la reconciliación, y la garantía de no repetición, tal como emana de los artículos 4º, 15, 48 y 56, entre otros, de la Ley 975 de 2005 <sup>60</sup>.

De todas maneras, es necesario indicar que el éxito de todo este proceso cobra sentido en la medida en que se avance en la verificación parcial o total

---

<sup>60</sup> Cfr. Auto del 8 de junio de 2007. Rad. 27484.

de actos que, reconocidos o asumidos como propios por sus autores o partícipes, permitan develar ante las víctimas, así como ante la sociedad civil colombiana y la comunidad internacional, aspectos fácticos que efectivamente ocurrieron y que como tales, son condignos de las sanciones regladas en la Ley de Justicia y Paz.

En el ámbito de representación de las víctimas estableció la Ley 975 de 2005 dos obligaciones especiales, una a cargo de la Fiscalía y otra de la Procuraduría; en el primer caso, la Fiscalía General de la Nación debe citar públicamente a las víctimas indeterminadas de las conductas punibles para que participen y ejerzan sus derechos. En el evento que esas víctimas no comparezcan, el Ministerio Público tiene la obligación especial de garantizar su representación. Si las víctimas comparecen, tienen derecho a acceder en forma personal y directa o a través de apoderado a las diligencias que se desarrollen en todas las etapas procesales<sup>61</sup>.

En la normativa contemporánea, sin duda, las víctimas tienen una especial ubicación, pues si la modernidad construyó el diligenciamiento penal para rodear de garantías y derechos al procesado, la legislación de Justicia y Paz colocó a aquellas como eje central de su accionar, para quienes debe reconstruirse la verdad de lo acontecido, en cuanto hasta ahora sólo han percibido el dolor de la muerte, el desplazamiento, la violencia sexual y la desesperanza producida por la soledad en la que los abandonó el Estado, en cuya reivindicación hay que aplicar justicia como aporte a su duelo, y para quienes hay que garantizar la reparación con todos sus componentes, erigiéndose en los destinatarios de la verdad que se encuentre a partir de las confesiones de los desmovilizados, de suerte que esa es tal vez una de las tareas más importantes para mitigar su sufrimiento: la reivindicación de su intimidad personal y familiar, la recuperación de la vergüenza y la dignidad arrebatadas por la impotencia que provoca el silencio y la desventaja humillante<sup>62</sup>.

No de otra forma se puede rescatar el principio *pro hómine* y el postulado *pro societas* derivados del preámbulo de la Norma Fundamental, los cuales encuentran total correspondencia con los fines perseguidos por la Ley 975 de 2005, cuyo contenido es la expresión fehaciente del anhelo de los ciudadanos que habitan el suelo patrio por conseguir la paz y asegurar la reconciliación entre todos los colombianos.

[...]

---

<sup>61</sup> Cfr. Auto del 3 de octubre de 2008. Rad. 30442.

<sup>62</sup> Cfr. Auto del 9 de febrero de 2009. Rad. 30955.

[...] el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 03 de 2002, atribuye a la Fiscalía General de la Nación, entre otras la siguiente función:

*“6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”* (subrayas fuera de texto).

Por su parte, tanto la Ley 906 de 2004, en sus artículos 102 y siguientes, como la Ley 975 de 2005 (art. 23) instituyeron el incidente de reparación integral como un mecanismo para resarcir a las víctimas, conforme su nombre lo indica, de todos los perjuicios causados con la infracción.

[...]

La reparación integral precisa de una equivalencia entre el daño y la indemnización, se trata de restablecer lo más fidedignamente posible el equilibrio quebrantado por el daño y volver a colocar a la víctima en el lugar donde se encontraría de no haber ocurrido el hecho causante del perjuicio.

Por tanto, de la reparación integral se derivan dos exigencias: La primera, ponderar todos los daños sufridos por la víctima, amén de establecer cómo deben compensarse de manera total. La segunda, que el monto de la reparación no exceda el valor del daño, es decir, la víctima no debe enriquecerse sin justa causa, de modo que corresponde al perpetrador reparar todo el daño y únicamente el daño.

La reparación integral se encuentra reconocida en nuestro medio en el artículo 250 de la Carta Política, así como en el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y en la Ley 975 de 2005.

Como ya se dijo, en el numeral 6° del artículo 250 de la Constitución colombiana se dispone que corresponde a la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de sus funciones procurar la reparación integral a los afectados con el delito.

Como viene de verse, es claro que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Sala Civil de esta Colegiatura y el Consejo de Estado acuden a la decisión en equidad en aquellos casos en los cuales hay dificultad probatoria, esto es, cuando para la acreditación de ciertos temas, como ocurre con el lucro cesante, no se cuenta con suficientes y aptos elementos de convicción.

Encuentra la Sala que tal postura, si bien pretende asegurar los derechos de las víctimas, no se aviene con las exigencias de la decisión en equidad, pues en modo alguno se orienta a corregir en el caso particular la ley, sino entregar un muy amplio margen de discrecionalidad a quien decide, sin sujeción a los elementos probatorios.

Por tanto, considera la Colegiatura que en punto de cuantificar los perjuicios de las víctimas en al marco de la Ley de Justicia y Paz, no es pertinente acudir a una indebida utilización de las decisiones en equidad frente a la dificultad probatoria, pues la misma legislación dispuso un trámite especial para tal efecto, en los siguientes términos:

*“Artículo 23. Incidente de reparación integral. En la misma audiencia en la que la Sala del Tribunal Superior de Distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal del caso, o del Ministerio Público a instancia de ella, el magistrado ponente abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los cinco (5) días siguientes”*

*“Dicha audiencia se iniciará con la intervención de la víctima o de su representante legal o abogado de oficio, para que exprese de manera concreta la forma de reparación que pretende, e indique las pruebas que hará valer para fundamentar sus pretensiones”.*

*“La Sala examinará la pretensión y la rechazará si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, decisión que podrá ser objeto de impugnación en los términos de esta ley”.*

*“Admitida la pretensión, la Sala la pondrá en conocimiento del imputado que ha aceptado los cargos y a continuación invitará a los intervinientes a conciliar. Si hubiere acuerdo su contenido lo incorporará a la decisión que falla el incidente; en caso contrario dispondrá la práctica de la prueba ofrecida por las partes, oirá el fundamento de sus respectivas pretensiones y en el mismo acto fallará el incidente. La decisión en uno u otro sentido se incorporará a la sentencia condenatoria”.*

*“Parágrafo 1°. Exclusivamente para efectos de la conciliación prevista en este artículo, la víctima, el imputado o su defensor, el fiscal que haya conocido del caso o el ministerio público, podrán solicitar la citación del Director de la Red de Solidaridad Social en su condición de ordenador del gasto del Fondo para la Reparación de las Víctimas”.*



*“Parágrafo 2°. No podrá negarse la concesión de la pena alternativa en el evento de que la víctima no ejerza su derecho en el incidente de reparación integral”.*

Del texto de la norma transcrita se colige que el legislador dispuso una regulación específica de carácter controversial entre la víctima y el postulado, en torno a la cuantificación de la reparación; para ello cada uno podrá solicitar la práctica de pruebas, amén de aducir las que estime pertinentes, procedimiento a partir del cual se constata que la decisión por cuyo medio se resuelva debe estar soportada en elementos de convicción legal, oportuna y válidamente incorporados.

Impera señalar que si la voluntad del legislador hubiere sido la de otorgar amplias y discrecionales facultades al fallador para que se pronunciara en torno a la cuantificación de los perjuicios, así lo habría dispuesto, como en efecto ha ocurrido en el pasado en algunos de nuestros estatuto penales.

[...]

[...] la decisión en equidad busca corregir la ley justa de manera general cuando se torna injusta en el caso particular, no se procede a ello en aquellos casos en los cuales por las dificultades probatorias de un asunto determinado se prescinde de los medios de convicción y se faculta a quien decide para que se pronuncie prudencialmente con única sujeción a su discrecionalidad.

[...]

[...] tratándose de perjuicios demostrados cuya cuantía no cuenta con suficientes elementos de acreditación, en lugar de acudir a la equidad con el fin de dotar al fallador de amplias facultades en su tasación, menester resulta afinar los criterios de ponderación de las pruebas con las que se cuente, todo ello con el fin de evitar inequidades y tratamientos desiguales frente a supuestos de hecho semejantes, máxime, si como ya se ha expuesto, la función de la equidad no es esa, sino la de corregir la ley en el caso particular.

Desde luego, coincide la Corte en que la especial circunstancia de agravio, profunda lesión, quebranto a la dignidad en formas manifiestamente oprobiosas, colocan a las víctimas, tanto al momento de la ejecución de los actos cometidos contra ellas y sus familiares, como ulteriormente en el

curso de los trámites judiciales, en una situación de ostensible desventaja frente al poderío de los aparatos delincuenciales armados organizados, de modo que se impone brindarles toda clase de protección y salvaguarda en procura de reparar, en cuanto ello sea posible, el quebranto de sus derechos.

Efectuadas las anteriores precisiones, considera la Sala que para superar los escollos derivados de la imposibilidad de acreditación probatoria o de la insuficiencia de medios de convicción, no es procedente acudir a la decisión en equidad, pero sí es preciso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, materializar el derecho fundamental a la igualdad de las víctimas, dada su evidente condición de desventaja en casos como el de la especie en que la criminalidad armada y organizada los sometió en su núcleo familiar a cruentas afrentas a sus derechos.

Advierte esta Corporación que en el propósito de hacer efectivo el derecho a la igualdad de las víctimas de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, se impone flexibilizar las reglas de apreciación de las pruebas, no por vía de facultar la discrecionalidad ilimitada, sino de afinar los métodos de ponderación probatoria.

Impera señalar que esto no es extraño a nuestra tradición jurídico – penal, pues de tiempo atrás el legislador ha conferido al juez al momento de tasar los perjuicios un ámbito de apreciación de las pruebas, a la par de cierto margen de discrecionalidad, como se advierte en los artículos 106 y 107 del Código Penal de 1980, amén del artículo 97 del estatuto punitivo de 2000, anteriormente transcritos.

[...]

Es oportuno recordar que la dogmática *ius humanista* y el principio *pro hómine* inicialmente rodearon de protección al procesado con exclusividad, en cuanto el desarrollo del Estado de derecho derivado de la Revolución Francesa así lo planteaba. No obstante, con el devenir histórico, y en especial, con el advenimiento del Estado social de derecho, el ámbito protector de aquellos principios ha irradiado su cobertura a las víctimas, con mayor razón tratándose de aquellas producto de graves violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en un esfuerzo por dotar de ventajas a los desaventajados y entregarles oportunidades jurídicas a quienes fueron tan hondamente afectados en sus derechos, proceder que no es diferente a reconocer y dar valía a las prerrogativas jurídicas de las cuales se encuentran investidos quienes por la fuerza y la barbarie fueron privados de las mismas.

[...]

[...] la Ley 975 de 2005, en su artículo primero, establece como uno de sus objetivos esenciales garantizar los derechos de las víctimas, dentro de los cuales se incluyen la verdad, justicia y reparación; a su turno, el artículo 4° señala que el proceso de reconciliación nacional regulado en esa ley deberá promover el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y, por último, el canon 8° preceptúa que el derecho a la reparación de las víctimas comprende las acciones tendientes a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición, y precisa que la indemnización “*consiste en compensar los perjuicios causados por el delito*”.

En otras palabras, la misión fundamental de la ley de Justicia y Paz consiste en contribuir a la reconciliación nacional, bajo la premisa previa e ineludible de garantizar a las víctimas verdad justicia y reparación, pero como en punto de la reparación económica de los perjuicios no otorga al operador judicial lineamientos precisos sobre cómo “*compensar los perjuicios causados por el delito*”, se debe acudir a otros estatutos y a la jurisprudencia nacional



## **CAPÍTULO III**

---

Aplicación del enfoque de género en la determinación de la culpabilidad, la dosificación punitiva y la ejecución de la pena.

## CAPÍTULO III

### Aplicación del enfoque de género en la determinación de la culpabilidad, la dosificación punitiva y la ejecución de la pena.

#### 3.1 Perspectiva de género en materia penal

##### Extracto n.º 1

Número de radicado	:	61219
Número de providencia	:	SP932-2025
Fecha	:	02/04/2025
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«De la perspectiva de género en materia penal

En el derecho penal contemporáneo, la incorporación de la perspectiva de género o enfoque de género<sup>63</sup> es esencial para garantizar un sistema judicial más equitativo e inclusivo, que promueva la igualdad de género y responda a las crecientes demandas sociales y legales. No es una herramienta hermenéutica retórica y vacía de contenido; al contrario, impone a los operadores judiciales la obligación de reconocer, identificar y desmontar estructuras discriminatorias que históricamente han sostenido dinámicas de violencia, inequidad y exclusión. De otro modo, corren el riesgo de seguir siendo

<sup>63</sup> Los términos *perspectiva de género* y *enfoque de género* se utilizan a menudo indistintamente, aunque el primero resulta más integral. No obstante, es fundamental diferenciarlos de conceptos como ideología de género, que conlleva una carga antropológica distinta. En este sentido, Jutta Burggraf advirtió que esta «*perspectiva de género*», que defiende el derecho a la diferencia entre varones y mujeres y promueve la corresponsabilidad en el trabajo y la familia, no debe confundirse con el planteamiento radical [...] que ignora y aplasta la diversidad natural de ambos sexos» (Burffraf, Jutta. Género ("gender"), Lexicón: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas, Madrid, Palabra, 2004, p. 524-525).



desconocidas, invisibilizadas o, peor aún, negadas.

El derecho internacional impone mandatos categóricos en materia de equidad de género. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, así como la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) establecen obligaciones precisas para eliminar patrones estructurales discriminatorios y comprometen a los Estados a garantizar a las mujeres una vida libre de violencia.

Estos compromisos han sido reiterados en decisiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité IDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este último tribunal internacional ha sancionado la omisión de la perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de delitos, calificándola como una forma de impunidad institucionalizada. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), condenando aquellas prácticas judiciales que perpetúan discriminación y violencia de la mujer.

El derecho interno ha incorporado expresamente este enfoque a fin de superar las barreras históricas en el acceso igualitario a la administración de justicia. La Constitución Política respalda este mandato en los artículos 1°, 2°, 5°, 13, 22, 40, 42, 43 y 53. De igual modo, la Ley 1257 de 2008 dispone medidas concretas para prevenir, atender y sancionar la violencia contra las mujeres; la Ley 1542 de 2012 elimina el desistimiento en delitos de violencia intrafamiliar y ordena su investigación oficiosa, y la Ley 1719 de 2014 prohíbe expresamente el uso de estereotipos de género.

La Sala ha consolidado jurisprudencialmente la perspectiva de género como eje transversal e imperativo en el proceso penal. La ha definido como un mandato convencional y constitucional que vincula a todas las instituciones del poder público y les impone identificar, cuestionar y erradicar la discriminación social, económica, familiar e institucional que, por razones históricas, ha afectado especialmente a las mujeres. La persistencia de prácticas sociales machistas y androcéntricas perpetúa esa desigualdad, por lo que corresponde a los operadores judiciales desarticularlas.

Este concepto se introdujo, por primera vez, en la providencia CSJ AP2070-2018, 23 may. 2018, rad. 51870. Allí se puso énfasis en la necesidad de aplicar principios de igualdad y enfoque diferencial en contextos de especial vulnerabilidad. Dicho lineamiento fue reiterado en decisiones posteriores, entre



ellas la sentencia CSJ SP4624-2020, 11 nov. 2020, rad. 53395, en la que se señaló que la reproducción de estereotipos afecta la sana crítica y configura un vicio en la fundamentación de las decisiones judiciales.

Lo anterior no significa que la Corte, antes de 2018, haya sido indiferente a la discriminación histórica sufrida, en particular, por las mujeres. Por el contrario, en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, ya implementaba un criterio diferencial frente a situaciones de violencia ejercida en su contra. Esta práctica jurisprudencial se refleja con claridad en las sentencias CSJ AP, 17 sep. 2008, rad. 21691 y CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508 y remontándose mucho más atrás, en la providencia CSJ SP, 14 abr. 1977, rad. «Acta N° 19».

Resulta pertinente precisar que la obligación de aplicar la perspectiva diferencial de género no se limita a delitos que protejan los bienes jurídicos de la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y formación sexuales o la familia. También abarca eventos en que las mujeres participan como agresoras en dinámicas de violencia basada en género<sup>64</sup>, en casos relacionados con personas de identidades sexuales diversas<sup>65</sup> y la afectación a otros bienes jurídicos, por ejemplo, el patrimonio económico<sup>66</sup>.

Aunado a ello, la Corte ha sido categórica en señalar que la aplicación de este enfoque permea no solo la etapa de investigación, en orden a contextualizar y definir episodios ocurridos antes, con ocasión y posterioridad de la violencia ejercida, orientados a verificar si medió una relación asimétrica de poder, sino también en la etapa de juzgamiento, especialmente, en la conformación y apreciación de las pruebas. Durante esta labor, como se deriva de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, en casos de violencia sexual, como el que aquí se analiza, es imperativo eliminar cualquier sesgo o estereotipo asociado al género<sup>67</sup>.

En la providencia CSJ SP2136-2020, 1° jul. 2020, rad. 52897, la Sala explicó que los estereotipos, incluidos los de género, constituyen elementos cognitivos irracionales que operan como generalizaciones sobre los rasgos de ciertos grupos sociales. Estas construcciones pueden describir de manera falaz a las personas o imponerles roles predeterminados. A modo ilustrativo, la idea de que las mujeres se visten provocativamente para incitar conductas sexuales o la exigencia de que deban oponer resistencia física para que se entienda que no han consentido un acto sexual.

<sup>64</sup> CSJ SP2649-2022, 27 jul. 2022, rad. 54044 y CSJ SP227-2024, 21 feb. 2024, rad. 55220.

<sup>65</sup> CSJ AP2761-2023, 6 sep. 2023, rad. 63600.

<sup>66</sup> CSJ SP849-2022, 16 mar. 2022, rad. 51402.

<sup>67</sup> CSJ SP4135-2019, 1 oct. 2019, rad. 52394 y CSJ SP931-2020, 20 may. 2020, rad. 55406.

Desde la perspectiva de la técnica casacional, omitir el enfoque de género al valorar la prueba configura un error por falso raciocinio. Toda inferencia que replique o legitime tales estereotipos vulnera las reglas de la sana crítica, especialmente las máximas de la experiencia. Dichos planteamientos únicamente serán admisibles si cuentan con respaldo probatorio real, concreto y objetivo; de lo contrario, constituyen meros prejuicios desprovistos de asidero empírico.

La adecuada aplicación de la perspectiva de género en el juzgamiento y la valoración probatoria no implica flexibilizar el estándar probatorio ni comprometer la imparcialidad judicial. Tampoco supone acoger, sin consideraciones de ningún tipo, el testimonio de las víctimas. Su propósito es garantizar una valoración racional y objetiva de la prueba, acorde con el modelo racional probatorio adoptado por el legislador en el sistema penal acusatorio, como atrás quedó visto (§C), evitando desigualdades que distorsionen su ponderación. Esta obligación encuentra respaldo en normas como el artículo 8 de la Ley 1257 de 2008 y el artículo 3° de la Ley 1719 de 2014, que protegen los derechos de las víctimas y orientan la función judicial hacia una justicia libre de sesgos<sup>68</sup>.

En ese orden, en el proceso penal, la diferencia de género cobra relevancia jurídica en todos los casos en los que se advierta la existencia de desigualdad estructural o en contextos de violencia física, sexual, emocional, económica, reproductiva o institucional. Ello obliga a los operadores judiciales a incorporar la perspectiva de género desde la investigación hasta incluso la ejecución de la sentencia. Tal mandato adquiere especial relevancia cuando la persona procesada o condenada ha sufrido agresiones fundadas en razones de género, máxime si se trata de mujeres. En estos casos, surge para el Estado el deber de otorgar una protección reforzada —artículo 43 de la Constitución Política—, evitando así incurrir en situaciones de victimización secundaria».

---

<sup>68</sup> CSJ SP3218-2022, 13 sep. 2022, rad. 59763 y CSJ SP451-2023, 1° nov. 2023, rad. 64028.

### 3.2 Análisis de la culpabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género: enfoque diferencial

#### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	54044
Número de providencia	:	SP2649-2022
Fecha	:	27/07/2022
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«En esta ocasión, la sala precisa que el enfoque de género no sólo vincula a los funcionarios judiciales cuando juzgan casos de violencia contra la mujer, sino también cuando la persona imputada y juzgada es una mujer, siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante.

Esta postura se fundamenta en los siguientes argumentos:

Aun cuando, según acaba de decirse, no existe una obligación internacional o nacional específica o explícita en el sentido de que las autoridades judiciales deban juzgar con perspectiva diferencial a las mujeres acusadas de cometer delitos, tal mandato se deriva de las imposiciones generales establecidas allí y en el derecho interno. En esencia, «juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad» .

En efecto, el enfoque o perspectiva de género «es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del

poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres» .

Se trata, pues, de una pauta de conducta que parte del reconocimiento de la premisa conforme la cual las mujeres han sido históricamente sometidas por un sistema social, económico y político de raigambre patriarcal que minimiza y reduce lo femenino y privilegia lo masculino, lo cual genera desigualdades y discriminaciones que deben ser corregidas y superadas.

Esa inequidad se manifiesta en todas las facetas de la interacción humana – la brecha salarial, la participación residual en posiciones decisivas del poder público y privado, la imposición de patrones de conducta sexual, la atribución estereotípica de rasgos, características o roles, la asunción solitaria de deberes familiares que deberían ser compartidos, entre otras – y, en el contexto del derecho criminal, se evidencia principalmente en la perpetración recurrente de actos de violencia de género contra las mujeres, esto es, aquellos mediados por ideas sexistas, como la arrogada disponibilidad masculina sobre su cuerpo, sexualidad y proyecto de vida.

Pero la discriminación por el sexo se materializa también, en lo que respecta a la justicia penal, en la creación y perpetuación de condiciones de vulnerabilidad de toda índole que en ocasiones se relacionan directa o indirectamente con la comisión de delitos por parte de mujeres y, en tales eventos, resultan relevantes – y de obligada ponderación – para la correcta comprensión y juzgamiento del fenómeno delictivo. Es que «los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres».

En algunos casos, la relación entre la victimización de género y la comisión de una conducta punible resulta más bien evidente: piénsese en la mujer que participa en el reclutamiento de otras para la explotación sexual, siendo ella misma víctima de tal conducta y encontrándose bajo el control de sus victimarios, ora en aquella que, como consecuencia de las presiones recibidas por su cónyuge o su familia, niega falazmente en juicio haber sido violentada por su pareja, aun cuando anteriormente había ofrecido información incriminatoria en su contra.

En situaciones como las descritas, difícilmente podría desconocerse la existencia de un vínculo directo entre la realización de la conducta típica y la situación de violencia de género que le precede o acompaña, tanto así, que algunas jurisdicciones han tomado medidas de orden legal para reconocerlo. Por ejemplo, el artículo 5° de la Ley 26364 de la República Argentina expresamente dispone que «las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata».

En otros casos, dicho vínculo aparece menos ostensible. Es el supuesto, verbigracia, de la mujer que comete un delito contra el patrimonio económico en una situación de precariedad tras haber sido cargada exclusivamente con la manutención de sus hijos por el abandono del padre y la sustracción de sus deberes compartidos. Similares escenarios se perciben con frecuencia en relación con delitos de estupefacientes, actividad criminal en la cual «las mujeres desempeñan roles limitados y secundarios en los contactos con las sustancias prohibidas, son los primeros eslabones de la cadena de tráfico y las más expuestas a la persecución penal», y en la que está identificado, precisamente, que «las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre los miembros más vulnerables de la sociedad en cuanto a posibilidad de que sean llevadas a participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes».

En otras palabras, «en casi todos los casos se trata de “jóvenes, pobres, analfabetas o con bajo nivel de escolaridad, y casi siempre son madres solteras encargadas de cuidar a sus hijos”; acusadas de transportar pequeñas cantidades de droga».

Otro grupo de eventos que permite comprender la importancia de la valoración contextual del delito con enfoque de género alude a aquéllos de «mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales», en los cuales

«...aparece como central la conceptualización del “problema de la novia” o “la mujer de las circunstancias”, que alude a la situación de las mujeres criminalizadas como consecuencia de las actividades ilícitas llevadas a cabo por hombres con los que se relacionan. Los estudios que incorporan este concepto señalan que las reglas de autoría y participación impactan sobre las mujeres con una intensidad que no tiene en cuenta el contacto mínimo

que estas mujeres tienen con el mundo criminal. Asimismo, reparan en que las características del vínculo interpersonal permite indagar en la existencia de violencia de género, que podría incidir o moldear la participación de la mujer en el delito» .

Similar sucede con la exposición pasiva frecuente o permanente a actos de violencia sexual o familiar, física o psicológica que puede llevar a la víctima a normalizar tales conductas y a replicarlas en personas bajo su cuidado, o bien, a no desplegar actos de cuidado para evitar que terceros las realicen . De hecho, la investigación empírica ha permitido observar que «un porcentaje relevante (de mujeres procesadas por delitos sexuales) presenta antecedentes de maltrato durante su infancia» :

«Las historias de victimización sexual son mucho más comunes entre las delincuentes sexuales femeninas adultas y adolescentes que entre los delincuentes sexuales masculinos. Además, sus experiencias de maltrato a menudo son más prolongadas, extensas y graves» .

Así pues, lo que el enfoque de género impone en estos casos es la auscultación cuidadosa de la situación contextual de la infracción, a partir de un entendimiento adecuado y comprehensivo de las estructuras que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres, para identificar la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar involucrados como causa directa o indirecta, total o parcial, del ilícito.

Ello, desde luego, no es otra cosa que una especificación especializada del deber judicial general de consultar las circunstancias de todo orden del autor del delito, concretamente a efectos de adelantar el juicio de culpabilidad.

Ciertamente, como quedó visto (§ 2.1), la culpabilidad comprende una valoración del autor al momento de la realización del injusto para esclarecer si optó libre y autónomamente por la conducta típica y antijurídica – y, de ser así, las razones y circunstancias en las que lo hizo -, ora para discernir si actuó sin la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o para determinarse conforme ese entendimiento.

Atendido el contenido de esa categoría, surge evidente el vínculo entre la correcta comprensión de los contextos de violencia de género en que una mujer pueda haber realizado un injusto y la afirmación judicial de la



culpabilidad, la cual no puede adecuadamente delimitarse sin el reconocimiento de aquellos. El juez no sólo debe nombrar e identificar esas circunstancias victimizantes cuando las halle demostradas, sino que debe reconocerlas como anormales — pues sólo así el fallo adquiere un sentido material y simbólico dirigido a superarlas - y atribuirles el efecto que corresponde, de llegar concluir que tuvieron alguna relación con la perpetración del injusto.

El efecto sustancial concreto que tenga la verificación de un contexto de violencia sexista con influencia en la realización del injusto dependerá de las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso. A partir de tal constatación podrá eventualmente afirmarse materializada una circunstancia de menor punibilidad – lo cual debe hacer de oficio el juez de hallarla configurada -, ora mitigarse la irrogación judicial de la pena en atención a un juicio articulado de esa circunstancia con el criterio de necesidad. Incluso, y de ser concluirse que la victimización previa de la autora fue de tal magnitud y características que no sólo enervó o debilitó su ámbito de libertad sino que efectivamente anuló su capacidad de autodeterminación, podrá provocar un juicio positivo inimputabilidad, lo cual en el sistema colombiano resultaría acorde con la fórmula abierta prevista en el artículo 33 del Código Penal, a cuyo tenor aquélla no sólo puede devenir de trastornos mentales, inmadurez psicológica y diversidad sociocultural, sino también de cualesquiera otros «estados similares».

Esto de ninguna manera pretende significar que los hombres no puedan cometer delitos en realidades de marginalidad y exclusión que también son relevantes para comprender adecuadamente el injusto. Lo que el enfoque de género reconce – y obliga a reconocer - es que las mujeres son, con mayor frecuencia que aquéllos y por razón de la existencia de estructuras sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, puestas en situaciones de vulnerabilidad, como también que por esa misma razón sufren violencias que no afligen a los hombres, todo lo cual suele ser soslayado por los administradores de justicia. Es decir,

«...no se puede perder de vista que el papel de las mujeres en la sociedad está influenciado por condiciones y factores (biológicos, socioculturales y de poder) distintos a los de los hombres; los cuales, incluso, provocan que las actividades delictivas y el modo en el que participan en éstas también sean diferentes, en consecuencia, el tratamiento que se les otorga también debe ser distinto» .

Lo expuesto tampoco supone que siempre que una mujer es acusada por la comisión de un delito deba asumirse que lo ha cometido motivada, en todo o en parte, por una situación previa de violencia sexista, ni que en todo caso deba asumirse de entrada que su culpabilidad está afectada (lo cual comportaría, de hecho, una postura judicial en sí misma discriminatoria), pues es perfectamente posible que en un determinado caso no exista tal situación, ora que no se halle una relación razonable entre ésta y la realización de la conducta punible».

### **3.3 Estudio de la atenuación punitiva por estado de ira e intenso dolor bajo la óptica del enfoque de género: su procedencia en casos en que la mujer es sujeto activo del delito.**

**Extracto n. ° 1**

Número de radicado	:	63933
Número de providencia	:	SP920-2024
Fecha	:	17/04/2024
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Impugnación Especial

«Sobre la atenuante punitiva de la ira y el impacto de la perspectiva de género en la acreditación de sus presupuestos

- El estado de ira ha sido concebido como un fenómeno que disminuye la capacidad intelectual y volitiva del sujeto activo de la conducta punible, por causa de una ofensa de suma entidad que desencadena una reacción violenta, cuyo efecto jurídico se concreta en la declaratoria de responsabilidad penal atenuada.
- De acuerdo con el artículo 57 del Código Penal y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal , esta figura se estructura a partir de la comprobación de tres elementos:

- i) Que se obre ante un comportamiento ajeno de connotación grave e injustificada. Es decir, que se dé por parte de un tercero una provocación de entidad ostensible y naturaleza arbitraria.
- ii) Que la reacción del agente se presente en el marco de un estado emocional avasallador capaz de menguar su raciocinio ponderado, «sin que ello implique desde luego una pérdida absoluta de dichas facultades, que como se sabe corresponden a estados de inimputabilidad penal» .
- Por último, iii) la existencia de una relación causal entre ese estado anímico alterado y la conducta ilegítima del tercero.
- La prevalencia emocional subjetiva que entraña la atemperante punitiva de la ira requiere la verificación de circunstancias externas, a partir de las cuales sea factible establecer que dicho estado efectivamente emerge de un obrar con la suficiente virtualidad para desencadenarlo y no de una simple agresión precedente.
- La Corte ha dicho que en esa labor cobra relevancia realizar una correcta apreciación de las contingencias que caracterizan cada caso, así como de las «condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como, por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación y el nivel socioeconómico» .
- Sin embargo, debe decirse que las hipótesis tradicionales en que se desarrolla la conducta exacerbada, pueden presentar ciertas variables cuando la situación fáctica está vinculada a eventos de violencia doméstica o al interior de la pareja, caracterizados por ataques repetitivos y perdurables, con claros escenarios de discriminación.
- .- Por esa razón, la reacción de quienes viven estos particulares contextos no puede ser medida con los estándares habitualmente establecidos para la configuración de dicha atenuante, sino que requiere la aplicación de parámetros de valoración acordes con esa problemática que permitan evaluar, en clave de razonabilidad, si en efecto ha mediado un comportamiento ajeno grave e injustificado, causante de la reacción violenta.

- En sintonía, la Sala ha reconocido la necesidad de que el derecho penal en sus diferentes dimensiones -sustancial y procesal- integre una perspectiva de género.

- Con esa premisa, esta Corporación ha sostenido que ante arraigados patrones de jerarquización, subordinación y marginación derivados del género, surge para los funcionarios judiciales, en virtud del mandato superior del artículo 13 -igualdad y no discriminación- la obligación de ponderar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en un enfoque diferencial, libre de sesgos, prejuicios y estereotipos sobre los roles que tradicionalmente le han sido asignados tanto a mujeres como a hombres en la sociedad (CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41457).

- El abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos. (subrayas fuera de texto)

- De forma paulatina, esta Corte también ha reconocido que el carácter vinculante del enfoque de género no se restringe a aquellos casos en los que se está ante un evento de violencia física, psicológica, sexual, familiar y económica contra la mujer, sino que también puede hacerse extensivo, atendiendo las particulares circunstancias de cada evento, a aquellos asuntos en que ella aparece como procesada (CSJ SP2649-2022, 27 jul. 2022, Rad. 54044).

- Este nuevo panorama permite la comprensión, desde la dogmática, de específicas y singulares situaciones fácticas demostrativas de que la

comisión de cierto delito por parte de una mujer podría hallar explicación en un contexto de violencia de género, circunstancias que, a su vez, resultan de importante auscultación al momento de establecer la ausencia de responsabilidad o la naturaleza atenuada del compromiso penal (SP2649-2022, 27 jul. 2022, Rad. 54044).

- Ese interés ya había sido evidenciado por la Corte en la providencia SP4135-2019, 1° oct. 2019, Rad. 52394, al indicar que el enfoque de género en la delimitación de la hipótesis factual por parte de la Fiscalía, en los casos puntuales de violencia intrafamiliar, es determinante para esclarecer, entre otros aspectos:

[L]as circunstancias que rodean el delito, cuya relevancia jurídica puede ser más notoria cuando encajan en alguno de los presupuestos previstos en los artículos 54 a 58 del Código Penal, sin perjuicio de que puedan ser subsumidas en cualquiera de las normas de la parte especial de esa codificación...

- La atenuante de la ira es una sola y para que resulte aplicable deben concurrir todos y cada uno de los requisitos ya anunciados. Ahora bien, tratándose de casos de violencia doméstica o al interior de la pareja, analizados desde una perspectiva de género, la cuestión radica en que la verificación de tales presupuestos deviene de comprender en toda su magnitud las circunstancias que han provocado la reacción violenta de quien ha estado padeciendo ataques sistemáticos y recurrentes.

- En efecto, una interpretación estrecha de los elementos constitutivos de la ira llevaría a descartar su posible estructuración sólo con limitar el examen, verbigracia, a la falta de gravedad de la ofensa en sí misma considerada, sin sopesar que el carácter cíclico y constante de ciertas agresiones puede forjar una provocación de la entidad que se exige.

- Ello evidencia que conservar una mirada tradicional respecto de asuntos en los que posiblemente preceden afrentas sexistas, sin ver el contexto más amplio en el que ocurrió la reacción lesiva puede conducir a una situación ya advertida por la Corte, cual es, fraccionar la realidad y, correlativamente, contribuir a la trivialización de la violencia de género.

- En procura de evitar una aplicación descontextualizada e injusta del derecho es que la Sala ha indicado que la determinación de la existencia de

un entorno de violencia de género constituye una pieza fundamental en la tarea de establecer si la acción ejercida por la mujer comportó una respuesta a las agresiones sistemáticas que ha soportado al interior de la unión, la cual pese a configurar un comportamiento de interés para el derecho penal, puede revestir un efecto punitivo menguado (CSJ SP4135-2019, 1º oct. 2019, Rad. 52394).

- En ese orden de ideas, la ira con enfoque diferencial implica el ajuste analítico de sus requisitos formales a la luz del fenómeno particular de la violencia de género, en cuyo entorno ha tenido lugar la respuesta emocional. En esta labor se reinterpreta, en esencia, el concepto de comportamiento ajeno ostensible y arbitrario.

- En el entendimiento clásico de la figura, aun cuando no se exige la simultaneidad o concomitancia en la reacción, sí resulta indispensable acreditar que la ofensa frente a la que se actúa sea grave, factor que habitualmente se mide por «la capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado» .

- Así, es usual advertir que ante el despliegue de una agresión física injustificada contra el agente, este último reaccione con una afrenta semejante, escenario en el cual es fácil captar la entidad del ataque desencadenante.

- Mientras que en los casos de violencia de género el presupuesto del actuar grave e injustificado radica en la existencia de situaciones de incitación que se han prolongado en el tiempo, pero que, consideradas de forma integral, evidencian su aptitud de socavar la capacidad de resistencia de quien las padece y el impulso de lograr un desahogo emocional, dado su carácter inmotivado y arbitrario, como sería el continuo trato humillante que degrada la dignidad de un integrante de la pareja.

- En tales condiciones, la identificación de la recurrencia de la ofensa constituye un parámetro relevante para evaluar la suficiencia del ataque al que se reacciona.

- De tal manera, el umbral de gravedad e ilegitimidad que debe superar la provocación adquiere una connotación diferenciada, pues no se restringe a un sentido de ostensible evidencia, sino que es predicable de un estado de



provocación reiterada que desencadena la respuesta agresiva, propio de un contexto de violencia sistemática.

- En esa medida, el funcionario judicial no debe evaluar en abstracto este requisito, por cuanto la gravedad y falta de justificación del comportamiento desencadenante deben ser examinadas desde una visión ex ante y singular en lo que concierne a las especiales condiciones en que se hallaba la mujer al momento de reaccionar.

- Lo anterior, en razón a que cuando se presenta un escenario particular de agresión entre los integrantes de una pareja, el enfoque de género obliga a renunciar a estereotipos asociados a la visión de la «mujer débil» o «sumisa» que no reacciona ante la provocación desplegada en su contra en el marco del maltrato cíclico, pues este preconceito constituye, a su vez, una forma de discriminación.

- Para finalizar la exposición de los asuntos anunciados para el presente apartado, debe aclararse que la perspectiva de género jamás deberá anteponerse a la presunción de inocencia ni fijar, per se, el entendimiento de que siempre y en todos los casos en que se atribuye a una mujer una conducta punible, esta subyace en un ámbito de opresión sexista.

- Es totalmente factible que una mujer lesione o cause la muerte a un hombre y que por ello sea sometida al poder punitivo del Estado. No obstante, si se tiene noticia de que actos discriminatorios o de dominación previos pudieron haber incidido en la perpetración de la conducta, lo procedente es que el órgano investigador emprenda una auscultación del caso con una visión diferencial. Esto significa que se debe analizar el contexto en que se dieron los hechos, por cuanto no hacerlo, se reitera, llevaría a un análisis escindido de la realidad y este fraccionamiento terminaría normalizando y perpetuando esas prácticas violentas.

- Entonces, con el fin de evitar un entendimiento laxo, irreflexivo o que trivialice el alcance del enfoque de género en el razonamiento probatorio deben realizarse dos precisiones:

- Primera. El efecto sustancial concreto que tenga la verificación de un contexto de violencia de género previo o concomitante con influencia en el fenómeno delictivo, obedecerá a las particularidades fácticas que en cada caso logren demostrarse.

- Segunda. El impacto de dicho contexto, a su vez, dependerá del vínculo que razonablemente pueda acreditarse entre la realización de la conducta típica y la situación de violencia de género previa o concomitante al comportamiento objeto de reproche. Sólo, a partir de la constatación de ese nexo, directo o indirecto, podrá determinarse si se configura la ira como atenuante de responsabilidad».

### 3.4 La aplicación de circunstancias de agravación punitiva, por razón de género

#### Extracto n.º 1

Número de radicado	:	52394
Número de providencia	:	SP4135-2019
Fecha	:	01/10/2019
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Se trata de un tema controversial, que debe analizarse con cuidado, en orden a mantener un punto de equilibrio entre los intereses en juego. Para ilustrar mejor esta problemática, resulta pertinente traer a colación la forma como ha sido abordada recientemente en el derecho español, dada la similitud de estas dos legislaciones, toda vez que, al igual que en Colombia, allí se optó por regular el tipo básico de violencia e incluir una circunstancia de mayor punibilidad cuando la conducta recae sobre una mujer<sup>69</sup>.

En la decisión STS 4353 del 28 de noviembre de 2018 el Tribunal Supremo de ese país analizó el caso de una pareja que se agredió recíprocamente, dando lugar a “*lesiones menores*”. El debate se centró en si se trataba de una falta de lesiones (*que no podía ser judicializado por la ausencia de denuncia*), o de un caso de violencia doméstica. Además, si era procedente

<sup>69</sup> La similitud en la forma de regulación contrasta con las notorias diferencias en el ámbito punitivo, pues la pena para el delito base es de tres meses a un año, y para el delito agravado lo es de seis meses a un año, sin perjuicio de otras penas accesorias.

aplicar la circunstancia de mayor punibilidad por haber recaído la conducta *–del hombre–* sobre una mujer. Finalmente, el Tribunal decidió imponer la pena de seis meses de prisión *–y otras accesorias–*, tras considerar que el acto de agresión física encaja en el delito de violencia doméstica, independientemente de que los integrantes de la pareja hayan decidido participar en la confrontación. Sobre la circunstancia de agravación, concluyó que es suficiente con demostrar que la violencia doméstica recayó sobre una mujer, aunque resaltó que el procesado puede probar que no se trató de violencia de género. En esencia, hizo énfasis en que de la exposición de motivos de dicha reforma legislativa, centrada en la violencia de género, no puede extraerse un elemento del tipo penal *–el actuar con una determinada intención–* que no fue incluido finalmente en el texto legal, sin que pueda perderse de vista que el mayor desvalor de la conducta se explica en el acto de agresión del hombre hacia la mujer y el significado que ello tiene en un ámbito social caracterizado por esas formas de violencia y de discriminación.

La decisión no fue unánime. Cuatro integrantes del Tribunal expresaron su “*voto particular*”, por considerar que para la imposición de la circunstancia de agravación punitiva es imperioso demostrar que la agresión tuvo lugar en un contexto de dominación del hombre hacia la mujer, que pueda insertarse en la pauta cultural de machismo y violencia estructural ejercida en contra de este grupo poblacional. Al efecto, hicieron hincapié en los precedentes judiciales donde se concluyó que (i) la circunstancia de agravación está orientada a erradicar la violencia de género, entendida como “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”; y (ii) no todo acto de violencia contra la mujer puede ser catalogado como violencia de género, en la medida en que no siempre corresponden a esa pauta cultural. Asimismo, señalaron que

*[e]l artículo 153.1 se refiere solamente a la violencia de género. Existirá violencia de género cuando la agresión (la violencia) tenga lugar en el marco de las relaciones de pareja, actuales o ya finalizadas, y cuando se produzca dentro de una pauta cultural, que puede identificarse como un contexto de dominación, en el que se atribuyen a la mujer unos roles personales y sociales que la sitúan en una posición de inferioridad y subordinación respecto de su pareja o expareja masculina, que con su actitud y forma de comportarse la cosifica tratándola como un objeto de su propiedad, incapaz como ser humano de adoptar decisiones libres que deban ser respetadas.*

*Este contexto de dominación tiene carácter objetivo y se manifiesta o resulta de las características de la acción y de las circunstancias que la rodean, y no de la intención del autor, aunque esta pueda ser relevante para la valoración de aquellas.*

*El delito no requiere un dolo específico, bastando que el sujeto activo conozca el significado de su conducta y que, con ese conocimiento, decida ejecutarla. La concurrencia del contexto de dominación, es decir, de las características y circunstancias de la conducta que provoquen la colocación de la mujer en aquella inadmisible posición de inferioridad y de su subordinación a su pareja o expareja masculina, no puede presumirse en contra del reo. Debe ser acreditado por las pruebas de cargo, aportadas por la acusación, y debe figurar de forma expresa en los hechos probados en la sentencia condenatoria.*

Al retomar el punto, esta Sala considera que en el ordenamiento jurídico colombiano la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.

En primer término, debe aclararse que el legislador no incluyó un elemento subjetivo específico para la concurrencia de esta circunstancia de agravación punitiva, como sí lo hizo al regular el delito de feminicidio. Sin embargo, no debe perderse de vista que el incremento punitivo allí dispuesto, considerable por demás, se justifica como mecanismo de protección de la igualdad, lo que, en este contexto, se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer.

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (*numeral 1º*), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del principio de proporcionalidad y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras).

Lo anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.

En armonía con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la agresión entre parientes, cuando no incluye expresiones de discriminación como los analizados en precedencia, tiene una respuesta punitiva ejemplarizante, representada en la pena de prisión de 4 a 8 años, sin perjuicio de las restricciones en materia de subrogados. Tampoco puede pasar desapercibido que el inciso segundo del artículo 229 dispone el incremento de la mitad a las tres cuartas partes de la pena, lo que, a simple vista, pone de presente la gravedad de la sanción.

Asimismo, debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 229 se incluyeron diversos presupuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis. La Sala advierte que la aplicación razonable de esa circunstancia de mayor punibilidad le impone al Estado múltiples obligaciones, según la distribución constitucional y legal de funciones. Así, por ejemplo, cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años, la Fiscalía, al estructurar su teoría del caso, y el juez, al dictar la sentencia, deben constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo, ya que es posible que la misma realmente no exista, por las características físicas, la edad, el estado de salud o cualquier otro aspecto relevante de los integrantes del núcleo familiar. Lo anterior se acentúa cuando los hechos deban subsumirse en la fórmula más amplia que utilizó el legislador en la última parte de la norma (*“o quien se encuentre en estado de indefensión”*), lo que, en su conjunto, permite entender por qué en los debates al interior del Congreso se hizo énfasis en que *“se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto”*.

En el mismo sentido, no puede pasar inadvertido que la violencia intrafamiliar puede operar entre parejas del mismo sexo (*C-029 de 2009*), o entre mujeres que, por otras razones, conformen una familia (hermanas, madre e hija, etcétera), razón de más para concluir que, en cada caso, debe establecerse si existen relaciones de desigualdad, sometimiento o discriminación, que justifiquen la imposición de una pena mayor, lo que, por expresa disposición legislativa, también puede tener lugar cuando la conducta recae sobre un hombre, siempre y cuando se demuestre que este se encontraba en *“estado de indefensión”*.

Igualmente, debe considerarse que la aplicación automática de la circunstancia de mayor punibilidad también conspira contra la idea de erradicar la discriminación de que suelen ser víctimas las mujeres, pues liberaría al Estado de investigar los contextos de violencia, lo que, finalmente, impediría que el fenómeno se visibilice y, por tanto, sea erradicado.

Por estas razones, la Sala concluye lo siguiente: (i) el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; (ii) tal y como sucede con la consagración de este delito -104 A del Código Penal-, dicha causal de agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres<sup>70</sup>; (iii) este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; (iv) de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y (v) ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo».

### 3.5 Violencia de género: tutela reforzada de las víctimas y potestades judiciales para acciones afirmativas

#### Extracto n.º 1

#### *Agresiones contra las mujeres con agentes químicos*

Número de radicado	:	50836
Número de providencia	:	SP13189-2018

<sup>70</sup> Sin perder de vista que esta circunstancia de mayor punibilidad va mucho más allá, en cuanto protege a otras personas que se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien a partir de parámetros generales (niños, ancianos, discapacitados), o porque ello obedezca a la dinámica de una relación en particular, que incluso puede estar caracterizada por la dominación ejercida por la mujer.



Fecha	:	10/10/2018
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Las agresiones contra las mujeres con agentes químicos como una forma de violencia de género

Para la Sala es importante hacer mención a la gravedad de la forma en la que se produjeron las lesiones personales objeto de este proceso y su significación social.

Las lesiones personales contra las mujeres con sustancias químicas constituyen una forma de violencia que tiene en Colombia un crecimiento exponencial, a punto tal que el legislador nacional debió tomar medidas legislativas para hacerle frente –Leyes 1639 de 2014 y 1773 de 2016–, al tiempo que, administrativamente, diferentes instituciones del Estado han creado dependencias encargadas del tema.

Teniendo en consideración la gravedad de las lesiones que acarrear los ataques con agentes químicos, toda vez que desfiguran y marcan el cuerpo de sus víctimas tratándolas como objetos, negándoles toda su humanidad y dignidad, los estudios modernos consideran que sobrepasan el nivel de aceptación que tiene la sociedad sobre la violencia, por lo que tal comportamiento ha sido catalogado como una forma de violencia extrema.

La excesiva barbarie, sometimiento, dominación y deshumanización mostrada por el procesado como respuesta a una «ofensa» ocasionada por una indefensa niña de tres años, entraña un simbolismo de crueldad intolerable que atenta contra la dignidad de todas las mujeres y niñas del país.

La insensibilidad del procesado se desvela como una forma de violencia cultural y social llevada al extremo, infringida contra las víctimas con el propósito de aleccionarlas, aterrorizarlas y someterlas, sin que lo detuviera que se trataba de una mujer y su pequeña hija de muy corta edad.

Tampoco reparó el acusado en la gravedad de las lesiones que les ocasionaría, ni en el dolor que el químico produce al entrar en contacto con la piel, mucho más en una niña; recuérdese que la señora LL afirmó que de inmediato su hija empezó a gritar, se orinó y defecó allí mismo, que a la hora

sangró y que no le pudo quitar la media porque el caucho le quedó adherido en la piel.

Peor aún, la víctima narró que RP terminó de verter el ácido sobre ellas y les arrojó la botella en la que lo portaba, y sin ningún tipo de consideración, vergüenza o arrepentimiento se marchó del lugar dejándolas a su suerte.

La Sala debe precisar que este comportamiento revela una grave indolencia y excesiva crueldad del procesado hacia el género femenino y especialmente hacia las niñas, pues resulta difícil suponer una reacción igual de su parte si la colisión se hubiera presentado con un varón adulto.

Pues bien, debido a las implicaciones que tiene la adopción de un modelo de Estado Social de Derecho en el que los jueces están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales y con ello, de manera prioritaria, la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas, el ámbito de sus competencias no se limita, como antaño, a interpretar y a aplicar la ley para la resolución de un caso concreto, sino que se extiende a la adopción de todas aquellas medidas eficaces que conduzcan a eliminar los prejuicios y estereotipos socio culturales que niegan y limitan el pleno ejercicio de sus facultades.

En este orden de ideas, el cumplimiento del mandato constitucional e internacional de protección a esta calidad de víctimas, implica que si al momento de ejercer sus competencias legales los jueces se percatan de la existencia de una situación que respecto de ellas amerita desplegar un ámbito especial de protección, el máximo órgano de justicia ordinaria pueda adoptar ciertos actos procesales encaminados a revertir tal estado de cosas.

Aquello no comporta una sanción adicional, ni un exceso o un desbordamiento en el ejercicio de sus competencias legales como Corte de Casación. Por el contrario, hacer caso omiso ante eventos que probatoriamente evidencian la comisión de un delito con ingredientes de violencia contra la mujer y las niñas, que ameritan la necesidad de intervención del Estado para materializar las garantías de no repetición y la materialidad de la prevención positiva y negativa, conllevaría a un desconocimiento del imperativo constitucional de protección de derechos, y de contera, a un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia.

En otras palabras, en un Estado Social de Derecho la comprensión del principio de legalidad, que limita la actuación de todas las autoridades

públicas, incluidas las judiciales, debe acompañarse con los mandatos de optimización en materia de derechos humanos.

Así las cosas, si al momento de analizar un caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advierte que debido a la naturaleza del delito perpetrado o al modo en que los hechos se desarrollaron, las víctimas requieren un acompañamiento especial en aras de garantizar sus derechos, con base en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, específicamente, el artículo 4 literales c, f y g de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que exhorta a los Estados a *«proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y conforme a la legislación nacional castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares»*, cuenta con la competencia para compulsar copias a las autoridades e instituciones que considere necesarias a efectos de que se emprendan acciones afirmativas de protección<sup>71</sup>.

Debido a lo anterior, la Corte dispondrá que la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá, D.C., o la institución distrital que sea del caso, actúe en doble vía: por un lado, frente a las víctimas del presente asunto, para que impulse las actuaciones administrativas necesarias tendientes a garantizarles el derecho a la rehabilitación como componente de la *restitutio in integrum* y, por otro lado, frente al condenado, para que le brinde un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas, lo que en efecto se ordenará.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad valorará muy especialmente en la toma de sus decisiones, la participación del condenado en las actividades programadas.

Esta medida, además de reforzar el proceso de eliminación de la violencia contra la mujer y las niñas como un obstáculo para el logro de la igualdad, del desarrollo y de la paz, se erige como una estrategia de readaptación social del condenado que impulsará su proceso de resocialización»

---

<sup>71</sup> Se trata de un tipo de acciones que configuran las denominadas medidas positivas, políticas de discriminación inversa o discriminación positiva, que buscan atenuar los efectos de las desigualdades que determinan una ubicación de grave desventaja para determinadas personas.

*Potestades judiciales para acciones afirmativas*

Número de radicado	:	69070
Número de providencia	:	SP1590-2025
Fecha	:	04/06/2025
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Impugnación Especial

## «Medidas de restablecimiento de derechos

Según se extrae de una lectura armónica de los arts. 2º, 4º y 230 de la Carta Política de 1991, los jueces penales, al igual que todos los jueces de la República, han de garantizar la *efectividad* de los derechos consagrados en la Constitución. Esto implica que sus decisiones deben propender por la *optimización* de las prerrogativas ius-fundamentales en los casos concretos, cuandoquiera que se verifique una transgresión de aquellas.

En completa armonía con ello, el art. 22 CPP consagra el *restablecimiento del derecho* como uno de los principios rectores del proceso penal. De conformidad con la citada norma, cuando sea procedente, la fiscalía y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se *restablezcan los derechos quebrantados*, independientemente de la responsabilidad penal.

La adopción de ese tipo de determinaciones judiciales no es novel en la jurisprudencia de la Sala. De hecho, desde hace más de un lustro, la Corte Suprema de Justicia ha recomendado la implementación de medidas positivas tendientes a materializar la prevalencia de los derechos fundamentales, eliminando así los prejuicios y estereotipos socioculturales que limitan el pleno ejercicio de las facultades *ius-fundamentales* de las mujeres y las niñas (SP3261-2020, que recoge SP13189-2018):

SP3261-2020	SP13189-2018
<p>«[L]a Sala sugerirá a las autoridades competentes el emprendimiento de acciones de optimización de las prerrogativas fundamentales de las víctimas en el presente caso, por medio de la gestión de acciones afirmativas de protección, para atenuar con ello los efectos de la violencia y eliminar las desigualdades que determinan una ubicación de grave desventaja social de los niños y las mujeres.</p> <p>Por consiguiente, la Sala, articulando instrumentos normativos del Estado, especialmente la Ley 1257 de 2008 y sus decretos reglamentarios, sugerirá el emprendimiento de las siguientes acciones afirmativas de derechos, así:</p> <p>Al Alcalde Municipal de Sevilla se le recomendará que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 4796 de 2011, verifique si las víctimas se hallan afiliadas al régimen subsidiado de seguridad en salud y a los programas de educación pública gratuita, para que, en caso negativo, se evalúe adoptar las medidas pertinentes a fin de lograr su rehabilitación física, psicológica y siquiátrica, y asegurar su escolaridad.</p> <p>A la Dirección del INPEC del Valle del Cauca se le sugerirá ofrecer al condenado un programa de sensibilización y fortalecimiento en el respeto de derechos fundamentales, especialmente, de las mujeres y los niños, con el doble propósito de reforzar el proceso de eliminación de la violencia</p>	<p>«Así las cosas, si al momento de analizar un caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advierte que debido a la naturaleza del delito perpetrado o al modo en que los hechos se desarrollaron, las víctimas requieren un acompañamiento especial en aras de garantizar sus derechos, con base en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, específicamente, el artículo 4 literales c, f y g de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que exhorta a los Estados a «proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y conforme a la legislación nacional castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares», cuenta con la competencia para compulsar copias a las autoridades e instituciones que considere necesarias a efectos de que se emprendan acciones afirmativas de protección.</p> <p>Debido a lo anterior, la Corte dispondrá que la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá, D.C., o la institución distrital que sea del caso, actúe en doble vía: por un lado, frente a las víctimas del presente asunto, para que impulse las actuaciones administrativas necesarias tendientes a garantizarles el derecho a la</p>

como un obstáculo para el logro de la igualdad y, al mismo tiempo, promover la función de prevención especial positiva y la resocialización del procesado -artículo 4 del Código Penal-.

Del mismo modo, se invitará a la dirección de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que, en desarrollo de sus fin misional de contribución al mejoramiento de la administración de justicia, considere incluir como estrategia de promoción y fortalecimiento de los derechos de los niños y de las mujeres, un programa de actualización jurídica en violencia intrafamiliar con enfoque de género, para ser ofrecido a los funcionarios públicos -jueces, fiscales, procuradores, comisarios de familia, defensores públicos, etc.- que en ejercicio de sus labores traten dichas problemáticas en el Departamento del Valle del Cauca».

rehabilitación como componente de la restitutio in integrum y, por otro lado, frente al condenado, para que le brinde un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas, lo que en efecto se ordenará.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad valorará muy especialmente en la toma de sus decisiones, la participación del condenado en las actividades programadas.

Esta medida, además de reforzar el proceso de eliminación de la violencia contra la mujer y las niñas como un obstáculo para el logro de la igualdad, del desarrollo y de la paz, se erige como una estrategia de readaptación social del condenado que impulsará su proceso de resocialización».

En esas mismas decisiones, cabe indicar, se ha advertido que tales medidas no comportan una sanción adicional, ni un exceso o desbordamiento en el ejercicio de las competencias legales de la Corte. Por el contrario, implican materializar el imperativo constitucional de protección de derechos, así como el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia y decantados por el Tribunal Constitucional<sup>72</sup>.

Pues bien, de conformidad con lo que se declaró probado en esta causa, NA es una mujer que ha sufrido *violencia y discriminación interseccional* a lo largo de su vida, lo que ha conducido a un estado de *extrema vulnerabilidad* sostenido en el tiempo. Recordemos: la señora Aroca fue víctima del conflicto armado al haber sido reclutada a los seis años, sufrió un abuso sexual a los

<sup>72</sup> C-1068 de 2002, C-997 de 2004, T-078 de 2010, C-240 de 2009, C-055 de 2010, T-669 de 2012, C-170 de 2014.



14 años y ya siendo adulta su esposo fue asesinado. La vigilancia representó su principal sustento para ella y sus tres hijos, pero incluso allí sufrió vejámenes sexuales atentatorios de su dignidad como mujer y como trabajadora.

Ante ese indudable panorama de violencia y discriminación interseccional, la pasividad del juez penal implicaría avalar la injusticia. Por supuesto, esa inacción desdejaría de la honrosa labor encomendada a los jueces: hacer efectiva la ley, dentro de la cual *prevalece* la Constitución Política y su preciado catálogo de derechos fundamentales. Por ello, en aplicación de la Carta Política, la Ley 1257 de 2008, sus decretos reglamentarios y demás normatividad concordante, la Sala emitirá *órdenes complejas* de restablecimiento de derechos, así:

A la Alcaldía Mayor de Tunja. De conformidad con lo dispuesto por el art. 11 del Decreto 4796/11, tendrá que verificar si Norma Aroca se halla afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En caso negativo, deberá proceder con la *afiliación inmediata* de la señora Aroca al Régimen Subsidiado, en los términos que establece la Ley 1438 de 2011.

A la Secretaría de Protección Social de Tunja. Deberá promover medidas de rehabilitación a favor de Norma Aroca, tendientes a recuperar su bienestar psicosocial luego del daño sufrido por el abuso sexual. En concreto, ha de realizar acompañamiento psicológico a la víctima en varias sesiones, a fin de brindarle herramientas que le permitan superar el trauma y reconstruir su proyecto de vida libre de violencias.

A la Secretaría de Mujer, Equidad de Género e Inclusión Social. También con el objetivo de materializar el derecho a la rehabilitación, ha de efectuar un acompañamiento a Norma Aroca, incluyéndola en programas de profesionalización a la mujer y de acceso a trabajo en condiciones dignas.

A la Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Tunja (CPMS Tunja). Ofrecerá al condenado JA un programa de sensibilización y fortalecimiento en el respeto de derechos fundamentales, con especial énfasis en el derecho a la *autodeterminación sexual* de las mujeres. Esta medida tiene un doble propósito: de un lado, reforzar el proceso de eliminación de la violencia sexual contra las mujeres, la cual representa un obstáculo para el logro de la igualdad real. De otro lado, promover la función de prevención especial positiva y la resocialización del procesado (art. 4 CP).

Cabe indicar que es potestad del sentenciado JA decidir si toma o no el referido programa. En caso de hacerlo, el juez de ejecución de penas tendrá especialmente en cuenta la participación del condenado en las actividades programadas, al momento de emitir las decisiones en fase de cumplimiento de la sanción»

### **3.6 Prisión domiciliaria por razón de edad avanzada: aplicación del enfoque etario y de género como garantías del debido proceso**

#### **Extracto n. 1°**

Número de radicado	:	68612
Número de providencia	:	SP1863-2025
Fecha	:	10/09/2025
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«La Corte, desde ya se anuncia, en completa anuencia con todas las partes intervinientes en el asunto accederá a la solicitud presentada por la defensa, en tanto, advierte que los falladores ordinarios desconocieron mínimos de garantía, propios del debido proceso y de la necesidad de abordar el tema con perspectiva etaria y de género.

En este sentido, lo primero que cabe precisar, es que, en estricto sentido no existe controversia o discusión jurídica en torno de lo que normativamente se consagra respecto del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria y su posibilidad de aplicación en el caso concreto, pues, incluso, el fallador de primer grado significó que la avanzada edad de la procesada se erige en factor exceptivo que permite otorgar el subrogado, pese a la prohibición expresa que para el tipo de delito estudiado establece el artículo 68-A del C.P.

Precisamente, el inciso final de la norma reseñada detalla que la prohibición de otorgar subrogados penales en delitos, entre otros, que afecten a la administración pública -como se reputa el de omisión de agente retenedor o recaudador- no aplica en los casos de sustitución “de la ejecución de la pena”, en los “eventos contemplados en los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004”.

El numeral 2° del artículo 314 en cita, para lo que interesa, contempla que la detención preventiva en establecimiento carcelario (léase, en torno de lo que aquí se discute, la prisión en sitio de reclusión) se sustituirá por detención en sitio de residencia: “Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia”.

En el ámbito estrictamente normativo, entonces, es claro que, si el condenado registra más de 65 años puede aspirar a que se le otorgue la prisión domiciliaria, en sustitución de la que debe cumplir en sitio de reclusión oficial, así se trate de un delito de los que reseña el artículo 68 A del C.P., en principio, vedado para la concesión de este sustituto.

En estos casos, se agrega, la concesión del subrogado depende de que se demuestren, además del factor etario, aspectos referidos a la modalidad del delito y la personalidad del procesado.

Asume la Corte, además, que el párrafo del artículo 314 en estudio refiere una excepción a la mutación del lugar de detención por sitio de residencia, referida a determinados tipos de delitos, que allí se enlistan y que, para solucionar el tema, basta significar que dentro de ellos no se encuentra el punible de omisión de agente retenedor o recaudador.

Junto con lo anotado, tampoco ha sido objeto de debate el tema competencial, pues, como lo definió el A quo en su sentencia, aunque en principio se asume que los encargados de determinar si se concede o no la sustitución de la prisión intramural oficial, por domiciliaria, lo son los jueces de ejecución de penas, es lo cierto que ello no opera absoluto, entre otras razones, porque los factores que gobiernan las causales de sustitución - enfermedad grave, gravidez o edad avanzada- en ocasiones no pueden estar sometidos, por su naturaleza, a que se ejecute la decisión, so pena de algún tipo de daño irremediable.

La Corte, sobre el particular, ha examinado de fondo, en los casos en los que ello se discute, los criterios que regulan la concesión del subrogado en cita, sin limitaciones de competencia.

En este caso, entonces, la discusión central, acorde con las razones que llevaron a las instancias ordinarias a negar el sustituto, consiste en determinar si efectivamente se contaba con los elementos suficientes para estudiar de fondo el tema, o mejor, si la defensa hizo la solicitud y presentó elementos que la soporten.

A este efecto, en remisión a lo consignado en el fallo de primer grado, allí de forma expresa se anota que, al parecer, el defensor no fue muy claro en la postura adoptada durante el diligenciamiento propio del artículo 447 de la ley 906 de 2004, aunque sí se manifestó sobre el tema.

Ello, precisamente, motivó que el fallador de primer grado abordara el estudio del asunto, de esta manera:

*“En vista de lo anterior, se tiene que la señora ERDU, se encuentra próxima a cumplir 86 años, pues su nacimiento data del 5 de mayo de 1938, tal como se estableció en el acápite individualización de la acusada, es decir, la misma podría ser acreedora del sustituto de la prisión domiciliaria en el momento procesal oportuno, sin perder de vista que el punible por el que se determinó su responsabilidad penal atenta contra la administración pública.*

*No obstante, en el sentido del fallo, esta judicatura resolvió, conforme a los alcances del artículo 450 del CPP una vez se mite el sentido del fallo de carácter condenatorio, la consecuente orden de captura para la privación de su libertad y cumplimiento de la condena se expida y cumpla una vez cobre ejecutoria.*

*De manera que; i) en el traslado del artículo 447 del CPP la defensa expuso circunstancias particulares de su pro hijada, atinentes a su avanzada edad y mal estado de salud -sin allegar prueba sumaria suficiente que respalde su dicho-, pero no solicitó de manera adecuada ningún subrogado o mecanismo sustitutivo conforme a esa condición de la acusada, ii) se erige una prohibición legal para la concesión de beneficios punitivos conforme al artículo 68A del CP,, iii) en gracia de discusión, atendiendo a los criterios moduladores de la actividad procesal contemplados en el artículo 27 del CPP, no se advierte la*

*necesidad de emitir un pronunciamiento oficioso sobre una posible sustitución de la pena carcelaria por domiciliaria, toda vez que la misma se ejecutará una vez cobre firmeza la sentencia, motivo por el cual será el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quien cuente con todas las facultades y conocimiento actual de la sentenciada, a efectos de proveer lo que en derecho corresponda. Conforme a lo expuesto, se negarán los subrogados penales, a saber; suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.*

Respecto de esta argumentación, lo primero que cabe destacar es que, independientemente de las falencias u omisiones que encierra la solicitud planteada por el defensor de la acusada, es claro que el despacho entendió que buscaba entronizar dos causales distintas para solicitar un beneficio penal en favor de esta, sea por razón de su alta edad o como consecuencia de las dolencias que la afectan.

En punto de lo primero, incluso, el A quo destacó que para ese momento la acusada descontaba 86 años -se demostró que nació en el año 1938-, pero desechó cumplidos los requisitos establecidos para examinar el tema, en atención a que el abogado no presentó “prueba sumaria suficiente”.

A este efecto, el fallador de primer grado nunca delimitó cuál es la prueba “suficiente” que debía aportar el defensor -además de la demostración de la edad de su representada, que no admite discusión- para soportar la que de entrada se entendió solicitud de sustitución de la pena de prisión.

Sólo anotó después -como si la imposibilidad no surgiera de esa falta de prueba, sino del hecho que el defensor no hizo la solicitud de forma expresa, o que no se entendió así-, que no se hace necesario pronunciarse de oficio, dado que se dispuso que la captura sólo opera con la ejecutoria del fallo y, entonces, el juez de ejecución de penas podrá resolver la cuestión.

Lo reseñado por el A quo, prohiado por el Tribunal, efectivamente desconoce los postulados de género y etario que se obligan transversales a la actividad judicial, con independencia del rol que represente la persona en el proceso penal.

Para la Sala, sin que sea necesario reiterar los criterios que gobiernan estos principios tutelares, la condición especial que reviste la procesada, a sus 87

años e incluso dejando de lado las enfermedades que la aquejan, obligaban de los falladores ordinarios, desde luego, con pleno apego a la ley, examinar de fondo esas circunstancias -mujer de avanzada edad- que la hacen vulnerable y obligan de especial tratamiento, en tanto, desde allí se conocía que, en efecto, puede acceder al mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, dado que no existen prohibiciones legales para el efecto, como antes se anotó e incluso aceptó el A quo.

Entonces, en ese necesario balanceo que obliga examinar la limitante apenas formal aducida -que el defensor no pidió con suficiente claridad el sustituto, o que no presentó prueba sumaria, jamás especificada-, que se confronta con las especiales condiciones de la procesada, desde luego que un actor avisado, en aplicación de los criterios que gobiernan el enfoque etario, para no hablar del postulado de dignidad inserto en el centro de la Carta Política, habría examinado de fondo el asunto, pues, a más que nada imposibilitaba actuar de oficio, como también lo significó el sentenciador de primer grado, sí se contaba con elementos de juicio suficientes para examinar de fondo el asunto y, además, otorgar el subrogado.

Así lo hizo ver, destaca la Corte, uno de los no recurrentes en curso de la audiencia de alegaciones orales, en tanto, con examen de las exigencias contempladas en la norma -modalidad del delito y personalidad de la acusada- definió que la conducta atribuida a la acusada no supera la gravedad propia de su conformación típica como punible, aún si se trata de un punible que afecta a la administración pública, al punto que, se destaca, incluso permite la terminación temprana del proceso cuando se pagan oportunamente los dineros adeudados.

Además, la acusada posee arraigo y nada se ha dicho sobre su personalidad, que permita hacer un pronóstico negativo u obligue concluir que requiere de efectivo tratamiento penitenciario.

En estas condiciones, que estaban al alcance de los falladores ordinarios, objetiva e incontrastable se ofrecía la posibilidad de otorgar a la acusada el sustituto de la prisión domiciliaria por razón de su avanzada edad.

Ahora bien, el juez de primera instancia omitió realizar de oficio la evaluación necesaria, sólo porque, dijo, la captura se difería para la ejecutoria del fallo.



Esta afirmación resulta bastante problemática, pues desconoce un elemento obvio y trascendente que puede llevar a que se presente una efectiva afectación a las condiciones especiales de la acusada. En efecto, lo definido por el A quo implica, es que, tan pronto se expida esta decisión por parte de la Corte se activa la orden de captura de la procesada, misma que se puede hacer efectiva de inmediato -si se entiende que en razón a la alta edad se encuentra recluida en su casa-, lo que significa que deba permanecer en efectiva reclusión dentro de un establecimiento carcelario hasta tanto se presente la solicitud de sustitución al juez de ejecución de penas al cual se le asigne el asunto y este, luego de las pruebas y estudios pertinentes, decida sobre el particular.

Con criterios mínimos de ponderación, soportados en la evidente condición de vulnerabilidad de la acusada -enfoque etario-, su personalidad carente de antecedentes penales o elementos de juicio que informen de algún tipo de peligro para la comunidad, la naturaleza del delito por el cual se le condena y la forma en que se puede ver afectada por esa condición de reclusión, así sea por poco tiempo, la Corte observa que los jueces ordinarios tenían a la mano las herramientas jurídicas, fácticas y probatorias necesarias para resolver de fondo la cuestión.

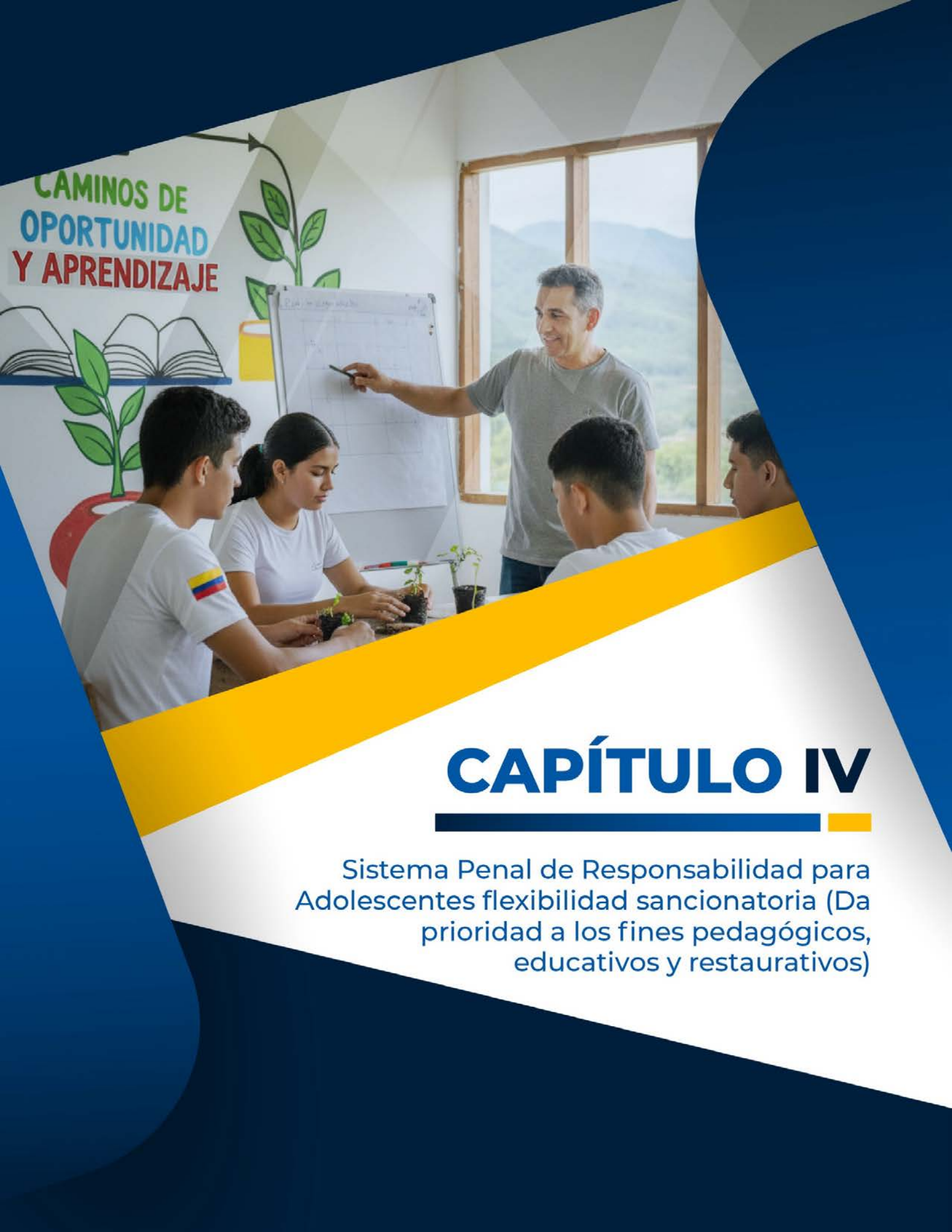
Como se desconocieron esos mínimos que modulan la actividad judicial, se entiende que, en efecto, se afectaron garantías mínimas de la acusada, dentro del espectro general del debido proceso y derecho de defensa.

Sin embargo, acorde con los criterios que gobiernan la declaratoria de las nulidades y, específicamente, el de residualidad, en lugar de decretarse la invalidación del trámite para que el juez de primer grado estudie de fondo el asunto, la Corte casará parcialmente la sentencia recurrida, a efectos de revocar la negativa a conceder a la acusada el sustituto de la prisión domiciliaria y, en su lugar, conceder el mecanismo.

Ello implica que la procesada signe diligencia de compromiso, previa caución por el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Actuaciones que se realizarán ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al que se le asigne la vigilancia de la sanción.

Finalmente, en consideración a la edad de la acusada, desde ya se advierte necesario que la misma cuente con todos y cada uno de los permisos que requiera, para las atenciones médicas, de conformidad con lo previsto en el Código Adjetivo Penal.

De igual manera, para efectos de los trámites administrativos a que haya lugar con el INPEC (v. gr. reseña), las autoridades carcelarias deberán trasladarse al lugar de reclusión domiciliaria que indique ERDU, en la diligencia de compromiso que suscribirá. ».



CAMINOS DE  
OPORTUNIDAD  
Y APRENDIZAJE

## CAPÍTULO IV

Sistema Penal de Responsabilidad para  
Adolescentes flexibilidad sancionatoria (Da  
prioridad a los fines pedagógicos,  
educativos y restaurativos)

## CAPÍTULO IV

### Sistema Penal de Responsabilidad para Adolescentes flexibilidad sancionatoria (Da prioridad a los fines pedagógicos, educativos y restaurativos)

#### 4.1 Naturaleza autónoma de las sanciones: inaplicabilidad de la Justicia premial

##### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	33510
Fecha	:	07/07/2010
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] es pertinente recordar que desde hace bastante tiempo los niños, entendiendo por tal toda persona menor de dieciocho años de edad, han concentrado la atención de organismos multilaterales a efecto de consagrar en diversos instrumentos de derecho internacional su protección especial e integral por parte de la familia, la sociedad y el Estado, pues debido a su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, urge la necesidad de garantizarles un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas, ya que ellos representan el futuro de la humanidad, motivo por el que resulta perentorio hacer una breve recapitulación de la correspondiente normatividad.

La obligación de proporcionar a los niños una protección especial fue enunciada en la *Declaración de Ginebra de 1924*, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 26 de septiembre de ese año [...]

[...]

El deber de brindar protección especial e integral al niño fue nuevamente proclamado por el citado organismo en la *Declaración de los Derechos del Niño*, para cuya efectividad el 29 de noviembre de 1989 se adoptó la *Convención sobre los Derechos del Niño*, instrumento ratificado en Colombia a través de la Ley 12 de 28 de enero de 1991.

Ninguna discusión cabe en cuanto a que todos los Tratados relacionados con derechos humanos suscritos por Colombia (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el de Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.), incluyen normas de las que es posible sustentar, en términos generales y amplios, la urgente e inaplazable necesidad de procurar una protección especial a la niñez en todos los aspectos, y en particular cuando los menores resultan comprometidos en la realización de conductas punibles, de suerte que para efecto del tema que aquí interesa, impera destacar que con la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el Estado se comprometió, entre otras obligaciones, a que:

*“Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*

*”Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño, se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*

*”Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*

*”Todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u*

*otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción”.*

*“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*

*”Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:*

*”Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidas por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;*

*”Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:*

*”Que lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*

*”Que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;*

*”Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;*

*”Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*



*”Si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*

*”Que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*

*”Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*

*”Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular:*

*”El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

*”Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

*”Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde la proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.*

En materia de justicia juvenil también han sido emitidos otros parámetros supranacionales que aun cuando de manera directa no hacen parte del llamado *Bloque de Constitucionalidad*, no son preceptos intrascendentes en relación con la valoración e interpretación de las normas de derecho interno a través de las cuales pueden ser afectadas garantías fundamentales, como por excelencia lo son las contenidas en las codificaciones penales, tanto sustantivas como adjetivas.

Se trata de instrumentos elaborados en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), estandarizados en las siguientes recopilaciones: las *Reglas mínimas para la administración de justicia de menores* (“Reglas de Beijing”, Resolución 40/33 de 1985), las *Directrices para la prevención de la*

*delincuencia juvenil* (“*Directrices de Riad*”, Resolución 45/112 de 1989), las *Reglas mínimas sobre medidas no privativas de la libertad* (“*Reglas de Tokio*”, Resolución 45/110 de 1990) y las *Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad* (“*Reglas de la Habana*”, Resolución 45/113 de 1990), acerca de las cuales el *Comité de Derechos de los Niños*, en su Observación General N° 10 de 2007, precisó que uno de los objetivos del seguimiento a la aplicación de la respectiva Convención era

*“Promover la integración en una política nacional y amplia de justicia de menores de otras normas internacionales, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (‘Reglas de Beijing’), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana’) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (‘Directrices de Riad’)”.*

Los citados documentos, por constituir doctrina autorizada en materia de protección de derechos humanos o expresiones consuetudinarias de derecho internacional humanitario, no solamente pueden, sino que deben ser considerados pieza integral del *Bloque de Constitucionalidad*, en la medida en que están referidos a la interpretación, concreción y activación de principios generales y mandatos fundamentales explicitados en diferentes Tratados Internacionales ratificados por Colombia, siendo por lo tanto vinculantes en el ordenamiento interno según lo dispuesto en los artículos 44, 45, 93 y 94 de la Constitución Política, y deben ser acogidos en los casos de procesamiento de menores de edad por violación de la ley pena.

En las *Reglas mínimas para la administración de justicia de menores* (Resolución 40/33 de 1985), acerca del tema aquí tratado, en su numeral 17, titulado “*Principios rectores de la sentencia y la resolución*”, se consagran unas pautas de perentorio cumplimiento por las autoridades competentes al momento de adoptar una decisión final (sentencia) acerca del tratamiento jurídico que recibirá el menor transgresor, las cuales pueden resumirse como sigue:

Ordena una necesaria correspondencia entre la medida impuesta, las circunstancias y la gravedad del hecho, las condiciones y necesidades del menor y los requerimientos de la sociedad.

Prevé que las sanciones restrictivas de la libertad únicamente serán infligidas cuando hayan sido debidamente ponderadas, y por el mínimo lapso posible.

La privación de la libertad personal sólo puede aplicarse cuando el menor haya incurrido en un delito grave y violento contra otra persona, o por reincidencia en otros ilícitos de igual naturaleza, y cuando no exista otra respuesta institucional apropiada.

La autoridad responsable de imponer las sanciones, a efecto de adoptar una decisión en tal sentido, deberá atender como criterio orientador principal la promoción del interés superior del menor, velando por su protección integral, sin desconocer las particularidades de cada caso.

En consonancia con la Constitución Política de Colombia, así como con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.5.), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4.5.) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 37-a), prohíbe la pena de muerte frente a los delitos cometidos por menores de edad.

Como igualmente están proscritos en las normas superiores atrás citadas los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el aludido instrumento veda la imposición de sanciones de tipo corporal a los niños infractores.

Se otorga a las autoridades competentes la facultad suspender el proceso en cualquier etapa, bajo el entendido, obviamente, de que estén acreditadas circunstancias indicativas de que esa decisión es aconsejable en aras de salvaguardar el interés superior del menor infractor.

Acerca de las medidas restrictivas o privativas de la libertad, el citado documento hace énfasis en su carácter residual o de última ratio, respecto de menores transgresores de la ley penal, conforme así se desprende de las Reglas 18 y 19.

[...]

Para la Corte es evidente que el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* implementado en la Ley 1098 de 2006, Libro II, en materia de sanciones respecto de un comportamiento definido como delito del que ha sido declarado responsable un menor de edad, cumple los citados estándares internacionales.

Obsérvese que la codificación en comento, acogiendo el principio de flexibilidad previsto en los instrumentos supranacionales, consagró una progresiva gama de medidas aplicables a los adolescentes a quienes se les ha declarado su responsabilidad penal, entre las que está concebida la privación de la libertad como recurso último y excepcional, únicamente para delitos considerados graves, por un lapso mínimo que el legislador, dentro de su libertad de configuración, consideró era consecuente con la necesidad de protección integral del menor infractor y de prevalencia de su interés superior.

A este respecto es necesario puntualizar que el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, con el fin de garantizar el trato especial y diferenciado de éstos en relación con el dispensado a los adultos que infringen la ley penal, aun cuando en la parte sustantiva es dependiente de las categorías dogmáticas propias del Código Penal (Ley 599 de 2000), pues las hipótesis de violación por las que puede responder un menor de edad son las definidas allí como delitos —atendiendo sus elementos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad); los institutos de la autoría y la participación; la tentativa, y las modalidades subjetivas del tipo (dolo, culpa, preterintención), etc.—, igualmente es autónomo respecto de la consecuencia jurídica, pues contempla una serie de medidas para sancionar al menor transgresor de naturaleza y contenido distinto de las establecidas para los mayores de edad, las cuales responden también a unos fines diversos, y tienen sus propios criterios de selección y dosificación.

En efecto, las sanciones son las señaladas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Libro II, artículo 177, norma en la que están previstas como tales: la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado, todas las cuales tienen expresamente señalada una finalidad protectora, educativa o pedagógica, y restaurativa, debiendo ser aplicadas con el apoyo de la familia del menor y la vigilancia de especialistas.

Además, esas medidas ostentan unas características ajenas a las de los adultos: (i) excepto la amonestación y la privación de la libertad, las otras sólo tienen fijado un límite máximo; (ii) aún tratándose de un único delito, el juez puede imponer la ejecución simultánea de algunas de ellas atendiendo el carácter unitario del tratamiento sancionatorio y con sujeción a los principios de mínima aflicción y máxima eficacia; y (iii) no son definitivas sino esencialmente modificables o sustituibles durante su

ejecución a favor del adolescente, atendidas sus circunstancias individuales y necesidades especiales.

Dichas particularidades obedecen a que las expresadas sanciones deben cumplirse en programas de atención especializada diseñados por el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y de conformidad con los lineamientos técnicos previstos para tal efecto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, además que en el seguimiento y vigilancia de su ejecución la autoridad competente debe asegurarse de que el menor infractor esté vinculado al sistema educativo, todo ello consultando su interés superior, y en procura de su pronta rehabilitación y resocialización.

Ahora bien, la finalidad protectora de todas las sanciones apunta a alejar al menor transgresor y a prevenir a la sociedad de nuevas conductas delictivas por parte de éste; su carácter educativo o pedagógico está orientado a que asuma consciencia acerca del daño causado, y en función de ello adopte valores y principios que le permitan discernir la importancia del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; y el fin restaurativo, implica no solo que el adolescente, desde el punto de vista político social, adquiera sentido de responsabilidad con la reparación del perjuicio infligido a la víctima, sino también lograr su reincorporación a la sociedad para que consolide su desarrollo.

Todo lo anterior se sustenta en que como los menores, atendida esa etapa de la vida en que se encuentran, en la que aún no han afianzado su proceso de formación psíquico y emocional, son personas susceptibles de una intervención positiva mediante la cual se les brinde un conjunto de herramientas a través de las cuales aprendan a respetar los derechos de terceros, y a reconocer las normas que hacen posible la convivencia pacífica.

El objetivo esencial de las sanciones previstas en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* es la consolidación de sentimientos de propiedad y de relevancia social de los propios actos, proceso en el que debe garantizarse el libre desarrollo de la personalidad del menor, de manera tal que la imposición y ejecución de esas medidas le permitan experimentar dentro de un marco de legalidad la importancia y beneficios de la convivencia armónica, el civismo, la tolerancia, el respeto de sí mismo y de los derechos de sus semejantes.

Sólo atendiendo la consecución de esos fines, las sanciones, además de coercitivas (por ser la reacción o respuesta del Estado ante la comisión de un delito por un menor e implicar una restricción progresiva de sus

derechos, en todo caso menos aflictiva que si se tratara de un adulto), al mismo tiempo contribuirán a su cabal desarrollo como persona y como ciudadano productivo y constructivo en la sociedad.

Ahora bien, en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, a diferencia de lo que ocurre con los adultos, las conductas delictivas cometidas por los menores no tienen una relación unívoca y directa con la sanción, sino que se deja al operador jurídico una relativa discrecionalidad (principio de flexibilidad) para seleccionar las que correspondan en el caso concreto, de conformidad con unos criterios expresamente señalados en la citada codificación.

El artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, prevé que para definir “*las sanciones aplicables*” el fallador debe tener en cuenta: (i) “*la naturaleza y gravedad de los hechos*”; (ii) “*la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos, las circunstancias y necesidades del adolescente, y las necesidades de la sociedad*”; (iii) “*La edad del adolescente*”; (iv) “*La aceptación de cargos por el adolescente*”; (v) “*El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez*”, y (vi) “*El incumplimiento de las sanciones*”.

Impera aclarar que los criterios enunciados en el citado precepto tienen una doble función: cualitativa y cuantitativa. Lo primero, porque se aplican para seleccionar la naturaleza de la medida por imponer o la combinación de varias de ellas; y lo segundo, porque constituyen fundamentos objetivos que deben ser ponderados al momento de establecer la cantidad o magnitud de la respectiva medida sancionadora, valga decir, su duración, excepto, por obvias razones, cuando se trata de amonestación.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación del aludido precepto de manera sistemática con los artículos 177, 178 y 187 *ibídem*, en armonía con los principios consagrados en los Instrumentos Internacionales atrás referidos, permite las siguientes conclusiones acerca de la selección de la clase de sanción:

a) En principio, para adolescentes de catorce (14) años y menores de dieciocho (18), la privación de la libertad en un centro de atención especializada por un lapso de dos (2) a ocho (8) años, sólo procede respecto de delitos graves, categoría que en la Ley 1098 de 2006 está atribuida a las conductas de homicidio doloso, secuestro y extorsión, en todas sus modalidades, es decir, el legislador asignó esa clase de sanción y los respectivos márgenes de movilidad independientemente de si se trata



conductas tentadas o agotadas, agravadas o atenuadas, cometidas en calidad de autor, cómplice, interviniente, etc.

b) Cuando se trate de delitos menos graves, categoría que corresponde a los sancionados en el Código Penal con pena mínima de prisión que sea o exceda de seis (6) años (atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), la sanción por imponer igualmente será la privación de la libertad en un centro de atención especializada, pero por un período de uno (1) a cinco (5) años, y únicamente cuando el autor o partícipe de tales comportamientos tenga dieciséis (16) años cumplidos y sea menor de dieciocho (18).

c) En los demás eventos, es decir: (i) cuando se trate de delitos sancionados en el Código Penal con pena mínima de prisión que sea o exceda de seis (6) años (diferentes a los de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en cualquiera de sus modalidades), pero cometidos por adolescentes de catorce (14) años de edad cumplidos y menores de dieciséis (16), o (ii) respecto de comportamientos punibles reprimidos con una pena mínima de prisión inferior a seis (6) años (se reitera, atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), sin importar la edad del adolescente infractor, no procede la privación de la libertad y el operador jurídico goza de discrecionalidad para seleccionar entre las demás previstas en el artículo 177, la o las que mejor convengan al caso concreto, con sujeción a los criterios fijados en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006.

d) No obstante lo dispuesto acerca de la procedencia de la privación de la libertad respecto de los delitos enunciados en el artículo 187, inciso segundo, de la Ley 1098 de 2006, y dado que el principio rector (tanto en el ámbito interno como supranacional) es el carácter excepcional y de última ratio del confinamiento, el operador jurídico, con el fin de dotar de coherencia y unidad a todo el ordenamiento en materia represiva, atendidas las concretas circunstancias fácticas y jurídicas del caso, y con el fin de garantizar la protección integral del adolescente y su interés superior, cuando de acuerdo con las causales objetivas de modificación de la pena concurrentes el mínimo resulte ser inferior a seis (6) años, puede optar por una sanción diferente para el menor infractor, sin que ello se traduzca en desconocimiento del principio de estricta legalidad.

A manera de ejemplo, debe señalarse que ese sería el proceder cuando se esté frente a un homicidio cometido por un adolescente con exceso en

alguna de las causales de justificación, o en estado de ira o intenso dolor, o en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, etc., ya que en esos caos (sin descartar hipótesis análogas), tratándose de un adulto, la pena mínima no supera los treinta y cinco (35) meses de prisión y puede ser merecedor de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, resultando desigual e injusto que por acatamiento simple y llano del texto de la norma arriba citada, a aquél se le inflija privación de la libertad.

e) Cualquiera sea la medida impuesta, en el curso de su ejecución, de acuerdo con las circunstancias individuales del menor transgresor y sus necesidades especiales, el juez puede modificarla o sustituirla por otra de las previstas en la legislación en cuestión teniendo en cuenta el principio de progresividad, esto es, por una menos restrictiva, y por el tiempo que considere pertinente, sin que pueda exceder los límites fijados en las respectivas disposiciones ni el lapso de ejecución que reste de la modificada o sustituida; cuando se trate de la privación de la libertad, el incumplimiento del adolescente infractor de los respectivos compromisos, acarreará la satisfacción del resto de la sanción inicialmente asignada.

f) En los casos en que el menor de edad incurra en un concurso de conductas punibles, no tiene cabida la regla de dosificación del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, ya que la misma no encuentra correspondencia con la naturaleza diferenciada del *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, y resulta contraria a las reglas de flexibilidad y progresividad consustanciales a ese modelo de tratamiento.

Es que si de acuerdo con los axiomas citados el juez puede, frente a un delito, atendidos los criterios del artículo 179 de la Ley 1098 de 2006, imponer la ejecución simultánea de algunas de las sanciones allí previstas, nada impide que respecto de varias conductas se adopte idéntico proceder o seleccione sólo una de esas medidas que en el caso concreto cumpla a cabalidad los fines inherentes, con sujeción a los principios de mínima aflicción y máxima eficacia.

Ahora bien, desde el punto de vista adjetivo, el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* depende de la normatividad que gobierna los procesos penales de adultos, de acuerdo con la siguiente disposición:

*“Artículo 144. Procedimiento aplicable. Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio),*

exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente” (resaltado ajeno al texto).

Y en armonía con tal precepto la misma legislación expresamente señala:

*“Artículo 157. Prohibiciones especiales. En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes no proceden los acuerdos entre la Fiscalía y la Defensa.*

*”Cuando el adolescente acceptare los cargos en la audiencia de legalización de la aprehensión o de imputación se procederá a remitir el asunto al juez de conocimiento para que fije la fecha para la audiencia de imposición de la sanción. El juez instará a la Defensoría de Familia para que proceda al estudio de la situación familiar, económica, social, sicológica y cultural del adolescente y rinda el informe en dicha audiencia.*

*”El Juez al proceder a seleccionar la sanción a imponer tendrá en cuenta la aceptación de cargos por el adolescente, y durante la ejecución de la sanción será un factor a considerar para la modificación de la misma”* (negrilla y subrayado ajenos al texto).

De lo anterior se desprende que aun cuando por remisión, en líneas generales, los procesos de adolescentes que infringen la ley penal están gobernados por el trámite establecido en la Ley 906 de 2004, respecto de ellos están proscritas taxativamente las normas de esa legislación relacionadas con la llamada justicia premial, sin que válidamente pueda predicarse en el sistema de juzgamiento de los menores la aplicación de los correspondientes preceptos, en particular del artículo 351 de la citada codificación, concerniente a la rebaja de pena por allanamiento.

Lo anterior obedece al carácter pedagógico, específico y diferenciado inherente al *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, enmarcado dentro de una finalidad última cual es garantizar la protección integral y el interés superior del menor infractor.

[...]

De las normas transcritas en precedencia es evidente que la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 resulta contraria a la teleología del sistema de enjuiciamiento previsto en la ley para el adolescente que incurre en la comisión de un comportamiento delictivo, sin que pueda sostenerse con acierto, como lo reclama el demandante, que al no conceder la rebaja señalada para los adultos en aquella disposición, las garantías fundamentales de favorabilidad e igualdad resultarían vulneradas.

En cuanto a la invocación del principio de favorabilidad como fundamento para aplicar en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* los beneficios dispuestos en el citado precepto frente a los eventos de allanamiento a cargos, impera precisar que de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, la garantía genérica del “*debido proceso*”, comprende, entre otros, el principio y derecho fundamental de la legalidad preexistente, en virtud del cual ninguna persona puede ser sancionada sino por hechos definidos con antelación en la ley como lesivos de bienes jurídicamente tutelados, y tras ser sometida a juzgamiento con respeto de todas sus garantías, de conformidad con reglas previamente establecidas.

Como condición inherente a esa prerrogativa, se establece el deber del operador jurídico de aplicar la disposición sustantiva o adjetiva más favorable al sujeto pasivo de la función coercitiva del Estado, cuando quiera que entre el momento de la comisión del hecho previsto como infracción a la ley penal y el de la emisión de la respectiva sentencia exista un tránsito de leyes, circunstancia que impone al juzgador la carga de hacer un juicio para determinar cuál norma resulta benigna en el específico asunto.

De allí deriva la obligación de aplicar ultractivamente el precepto derogado pero que regía en el momento de la comisión del comportamiento, o retroactivamente la disposición actualmente en vigor pero que no lo era para ese entonces, solución que estará dada según la que resulte benéfica al sujeto activo del injusto típico.

Además, la jurisprudencia de la Sala<sup>73</sup> ha aceptado que en tratándose de legislaciones procesales coexistentes reguladoras de institutos análogos, contenidos en una u otra, también tiene cabida la activación del principio de favorabilidad, siempre y cuando con ello no se desconozcan la esencia y naturaleza jurídica de los correspondientes sistemas de enjuiciamiento.

---

<sup>73</sup> Cfr. Entre otras decisiones: autos de segunda instancia de 8 de mayo de 2009, radicación N° 31720; 16 de marzo y 4 de mayo de 2006, radicaciones 24959 y 25322, respectivamente.

Esto último debido a que la aplicación de la ley penal favorable, en últimas, materializa el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en la medida en que por fuerza de la política criminal del Estado situaciones fácticas similares pueden recibir tratamiento normativo diferente en el transcurso del tiempo, lo cual puede resultar más o menos gravoso para los destinatarios, quienes estarían habilitados para invocar a su favor los preceptos creados en otros contextos para regular de manera benévola situaciones semejantes, a fin de ser receptores de igual gracia.

Frente al problema que encara la Sala, es palmario que no se trata de un típico conflicto de leyes en el tiempo, que reclame la aplicación favorable, ultractiva o retroactiva, de un precepto sustantivo o adjetivo, sino que más bien se asemejaría a una pugna o enfrentamiento de legislaciones coexistentes en las que se otorga un tratamiento diferenciado a situaciones semejantes.

En el Código de la Infancia y la Adolescencia, según disposición ya transcrita, la investigación y juzgamiento de conductas delictivas cometidas por adolescentes mayores de (14) catorce años y menores de dieciocho (18), se rige por la sistemática implementada en la Ley 906 de 2004, salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en la propia Ley 1098 de 2006, y con excepción de las disposiciones de aquella codificación contrarias al interés superior del menor de edad transgresor.

Desde esa perspectiva y consecuente con la citada norma, en la aludida legislación de menores la aceptación de cargos por el adolescente infractor permite la emisión anticipada de la respectiva sentencia como en la Ley 906 de 2004, pero tiene asignado un efecto expreso y correlativo diferente al de ésta, al consagrar tal comportamiento post-delictual como un criterio para determinar la clase e intensidad de sanción, así como para su posterior modificación, es decir, materializa consecuencias específicas, cualitativas y cuantitativas, favorables al menor de edad.

Lo anterior reconduce la discusión a establecer si por los efectos que le atribuye la legislación en cuestión a la aceptación de cargos del menor de edad, se desconoce el principio de igualdad en relación con los adultos por el mismo proceder.

Como ya lo ha precisado la Sala, con sustento en antigua y reiterada pedagogía jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>74</sup>, la igualdad ante la ley fue establecida en la Constitución Política de Colombia desde su preámbulo como uno de los valores consustanciales al Estado social de derecho, y en la misma Carta Superior se halla reiterada de manera tácita entre los fines de éste como elemento “*para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*” (artículo 2), además que constituye expreso derecho fundamental inalienable (artículo 13) que el Estado se halla en la obligación de reconocer y amparar sin discriminación alguna (artículo 5).

Aquella garantía comprende los siguientes aspectos: (i) Responde al enunciado general, según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades; (ii) implica la prohibición de establecer o consagrar discriminaciones, es decir, garantiza que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica; (iii) exhorta al Estado a promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas; (iv) lleva intrínseca la posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados; (v) permite la especial protección de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, y (vi) sanciona los abusos y maltratos cometidos contra quienes se hallen en estas últimas circunstancias.

La igualdad se traduce, en consecuencia, en la garantía a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo concedido a otros en idénticas circunstancias, lo cual implica como complemento reconocer la amplia gama de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, judicial, etcétera, dimensiones todas que en justicia, deben ser relevantes para el derecho.

De ahí que la igualdad amparada en la Constitución Política tenga una concepción objetiva y no simplemente formal, pues se predica de la identidad entre iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción que supera la noción de la igualdad ante la ley a partir de la generalidad

---

<sup>74</sup> Cfr. Auto de Única Instancia. Radicación 18667 de 17 de agosto de 2005. En igual sentido consultar también: Corte Constitucional, sentencias: C-221/92, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-409/94, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara; C-410/96, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara, entre otras.



abstracta, por el de la generalidad concreta, y da cabida al principio de acuerdo con el cual no se permite regulación diferente de sujetos iguales o análogos y autoriza disímil reglamentación o trato de individuos distintos siempre que esté razonablemente justificado.

Con todo, la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, sustentadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos diferentes, cuyos supuestos exigen una acogida igual para los mismos y desigual con respecto a quienes no se encuentran cobijados por las mismas circunstancias.

En el caso de los menores de edad autores o partícipes de un comportamiento definido como delito, la misma ley, en estricto acatamiento de estándares internacionales, ordena dispensarles un trato especial y diferenciado en relación con el que corresponde a los adultos que infringen el ordenamiento penal sustantivo.

Tal distinción se aprecia, fundamentalmente, en la consecuencia jurídica frente al delito, pues el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* no está gobernado por la concepción de pena propia del de los mayores de edad, y aun cuando las medidas sancionatorias previstas en aquella legislación externamente comportan un grado de aflicción de los adolescentes, el mismo es de menor intensidad al que corresponde a las penas previstas para los adultos que infringen la ley penal.

Allí radica otra diferenciación, ya que mientras respecto de los mayores de edad se manejan los conceptos de penas principales (por regla general la prisión y la multa) y penas accesorias (restrictivas de otros derechos, en tanto no estén previstas como principales), los mismos son ajenos al sistema penal de adolescentes, en el que consagró una variada relación de medidas, de una parte, regidas por el principio de flexibilidad, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, que permite al funcionario judicial escoger, de acuerdo con unos precisos criterios, la que mejor le convenga al menor transgresor, privilegiando su interés superior y en pos de su protección integral; y de otra, esas medidas responden a una axiología y finalidades distintas de las penas señaladas para los adultos, dado que están orientadas a la protección, educación y restauración para asegurar que el adolescente tenga un papel útil y constructivo en la sociedad.

Ahora bien, aun cuando la aceptación de cargos del menor de edad tiene consecuencias idénticas al allanamiento a la imputación en la sistemática de los adultos (termina en forma abreviada el proceso, permite la condena

anticipada del infractor y descongestiona el aparato judicial), atendida la naturaleza y finalidades de las sanciones contempladas en la Ley 1098 de 2006, Libro II, en lo sustancial resulta incompatible el descuento señalado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Tal beneficio fue concebido en consonancia con una política criminal de penas altas, rígidas o fijas, tras cuya imposición, una vez ejecutoriada la sentencia, son inmodificables por el operador jurídico, resultando compatibles con aquél otra clase de institutos tendientes a morigerar el rigor del confinamiento, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y la libertad condicional, los cuales son por completo ajenos en tratándose de un menor de edad transgresor, por cuanto, se reitera, ellos no están sujetos al concepto de pena.

En efecto, en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, tal y como ya se señaló, el principio de flexibilidad cualitativa y cuantitativa le permite al funcionario seleccionar del listado de medidas previsto por el legislador, aquélla que reporte los mejores resultados a los fines de las sanciones, atendida la situación del menor y las circunstancias particulares del caso, discrecionalidad en la que también incide el principio de progresividad, ya que están diseñadas en función de la mínima intervención, como es la amonestación, hasta un excepcional y último recurso aflictivo, como lo es la privación de libertad en un centro de atención especializada.

Además, excepto la amonestación que, obviamente, no tiene diques temporales, y la privación de la libertad para delitos graves, a la que le fueron asignados unos límites mínimo y máximo ínfimos en comparación con los que por punibles semejantes enfrentaría un adulto en prisión, las demás medidas contempladas para el adolescente infractor son abiertas en el mínimo y cerradas en el máximo, y por expresa disposición legal es característica consustancial a todas ellas, que luego de impuestas son esencialmente modificables o sustituibles en favor del menor transgresor, esto es, por otra de baja intensidad.

Lo anterior, obedece a que las sanciones del Código de la Infancia y la Adolescencia tienen como referente a un sujeto que por no haber agotado su proceso de desarrollo psíquico y emocional, es pasible de intervención positiva con base en el carácter protector, pedagógico y restaurador que es inherente a aquéllas.

De lo puntualizado se concluye que reivindicar el derecho a la igualdad para obtener la aplicación del beneficio que alude el artículo 351 de la Ley 906

de 2004, en los casos en que el menor infractor acepte cargos, no es más que la afirmación de su contrario, porque la igualdad entre desiguales es desigualdad.

Finalmente, no está de más precisar que aplicar la rebaja estatuida en la citada norma, sólo en relación con la medida de privación de la libertad en centro de atención especializada, además de no constituir afirmación de los principios de favorabilidad e igualdad ante la ley, tampoco realiza el mandato internacional de garantizar que la afectación de la libertad personal sea por el menor tiempo posible.

Esta última garantía se mantiene incólume en el *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, con los principios de flexibilidad y progresividad que, justamente, permiten sustituir la privación de la libertad en cualquier momento por una más benigna en función de los resultados obtenidos a través de los programas de atención especializada implementados por el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así como atendidas, las circunstancias individuales del transgresor y sus necesidades especiales.

Y por otra parte, aceptar que únicamente en relación con aquella sanción procede el descuento de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, implica propiciar un tratamiento desigual cuando el juzgamiento esté referido a comportamientos delictivos para los que en ningún caso procede aquella como última y excepcional medida [supra. 3.2. -C], dado que, excepto la amonestación, las demás debe imponerlas el funcionario de acuerdo con su libertad reglada por un plazo determinado, término frente al cual, en eventos de allanamiento a cargos, siempre cabría invocar la rebaja, lo cual va en contra del interés superior del menor, pues, al ser a priori, haría nulos o ineficaces los fines protectores y educativos inherentes a tales medidas.

En conclusión, la Sala no casará la sentencia censurada habida cuenta que el Tribunal, con base en la apelación propuesta por el fiscal y el apoderado de la víctima, acertó al redosificar la sanción impuesta al adolescente (...) en primera instancia por los delitos de homicidio agravado, en modalidad de tentativa, hurto calificado y agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (Ley 599 de 2000, artículos 27, 103, 104 - 7, 239, 240, inciso segundo, 241-10, y 365), retirando el descuento punitivo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por ser ajeno e incompatible con la naturaleza especial y diferenciada del sistema de enjuiciamiento establecido para los menores de edad que incurran en la comisión de conductas

punibles, ya que el mismo no está orientado a hacer prevalecer la protección integral y el interés superior de los adolescentes transgresores de la ley penal.

No sobra aclarar que la medida correspondiente al caso concreto, en acatamiento del principio de legalidad, era la privación de la libertad en un centro de atención especializada, por un lapso oscilante entre dos (2) y ocho (8) años de acuerdo con el artículo 187, inciso segundo, de la Ley 1098 de 2006, dado que entre los comportamientos delictivos que ejecutó el procesado se configuró el de homicidio agravado, en modalidad tentada.

Ese marco sancionador denota el trato especial y diferenciado otorgado por el legislador en los casos que el infractor es un menor de edad, pues por la misma conducta punible un adulto habría quedado sujeto a pena de prisión entre doscientos y cuatrocientos cincuenta meses (16 años y 8 meses a 37 años y 6 meses), susceptible de incrementar, una vez individualizada, hasta otro tanto, sin superar la suma aritmética de la que correspondería por los otros delitos

Dentro de ese rango, el ad-quem descartó la aplicación de la rebaja por tentativa (Ley 599 de 2000, artículo 27) dispensada por el a-quo, por ser ajena e incompatible con los criterios señalados en el artículo 179 del Código de la Infancia y la Adolescencia, a los cuales se remitió en un extenso análisis de cada uno, con expresa mención de la aceptación de cargos del menor de edad, como factor influyente para individualizar la magnitud del confinamiento en treinta y cinco (35) meses.

Además, en el mismo pronunciamiento puntualizó el Tribunal que la imposición de la respectiva medida se entendía sin perjuicio de que ésta pudiese a futuro ser modificada o sustituida con base en las circunstancias particulares del joven transgresor y sus necesidades especiales».

## 4.2 La Privación de la Libertad como "Último Recurso"

### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	50313
Número de providencia		SP2159-2018

Fecha	:	13/06/2018
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Esta Sala sobre el particular ha señalado<sup>75</sup> que si en virtud del principio de legalidad de la pena sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, la privación de la libertad en centro de atención especializada procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, es decir, cuando el delito por el cual se ha declarado la responsabilidad penal tenga prevista pena mínima de 6 o más años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 años y menor de 18 años de edad; o cuando, siendo mayor de 14 años y menor de 18, se le ha declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, sin perjuicio de que una vez cumplida parte de la sanción sea sustituida en función de las circunstancias y necesidades del adolescente, en los términos del inciso 6° del artículo 187 del referido estatuto.

Aunque se advierte que conforme a los citados precedentes judiciales el asunto se encuentra dilucidado por la Corte, de manera que en este caso sería procedente casar el fallo de segundo grado en el sentido de revocar las medidas de conducta dispuestas por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la sanción establecida en la sentencia de primera instancia consistente en privar al procesado de la libertad por el término de 48 meses, se encuentra que una nueva lectura e interpretación sistemática de los preceptos que regulan el asunto, en concordancia con las obligaciones internacionales contraídas por Colombia, conduce a una solución sustancialmente diferente que impone recoger la referida jurisprudencia.

En efecto, el artículo 161 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años”, como ocurre en este caso, pues el procesado nació el 13 de noviembre de 1995, es decir, cuando ocurrieron los hechos en febrero

<sup>75</sup> CSJ SP, 15 feb. 2017. Rad. 48513, CSJ SP, 9 mar. 2016. Rad. 46614 y CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

de 2012 tenía 16 años y para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21.

El artículo 187, modificado por el 90 de la Ley 1453 de 2011, dispone que la sanción de privación de libertad se aplicará a “los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de (...) delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”, caso en el cual “tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho (8) años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas”.

No obstante, en la exposición de motivos del proyecto de ley 164 de 2010 Senado, que finalmente dio lugar a la Ley 1453 de 2011 se expresó con claridad:

“En Colombia se consagra un régimen penal de semiimputabilidad para los menores entre los 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial.

“El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad”.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 140 del Código de Infancia y Adolescencia señala:

“En caso de conflicto entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”.



A su vez, el artículo 141 del mismo ordenamiento establece que en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en dicha ley, texto similar a la parte final del inciso 1 del artículo 44 de la Carta Política.

[...]

[...] concluye la Corte:

(i) Uno de los objetivos primordiales de la Ley 1453 de 2011 consiste en dar al menor una efectiva oportunidad de “reintegración adecuada” a la sociedad, la cual no se consigue cuando “simplemente se le priva de su libertad” y por el contrario, adquiere “mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores”.

(ii) Colombia tiene entre sus compromisos internacionales derivados de la Convención de Derechos del Niño que la privación de la libertad del menor declarado culpable se utilice “tan sólo como medida de último recurso”, además de “promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” y procurar “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”.

(iii) Según las Reglas de Beijing la respuesta al delito cometido por niños y adolescentes debe ponderar “las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”, la restricción a su libertad impone un “cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”, además de que se dispone un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad para menores y se reitera lo dicho en otros instrumentos internacionales en el sentido de que la reclusión “se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Entonces, advierte la Sala que las citadas disposiciones nacionales e internacionales pretenden solucionar tensiones propias de la administración de justicia penal para menores infractores, referidas en especial a la rehabilitación versus la retribución, la asistencia estatal frente a la represión y el castigo, o también, la respuesta frente al caso concreto y la protección de la sociedad, consolidando un conjunto de exigencias que de manera general se orientan a no dar prelación a la privación de libertad y sí, por el contrario, a otras medidas que cumplen con el respeto por la dignidad de los niños, en

particular de sus derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad, en procura de garantizar su bienestar y futuro, pues resultan incuestionables las múltiples influencias negativas del ambiente penitenciario sobre el individuo, con mayor razón si se trata de menores, prefiriéndose entonces los sistemas abiertos a los cerrados, así como el carácter correccional, educativo y pedagógico, sobre el retributivo, sancionatorio y carcelario.

Desde luego, no se trata de que si en el curso de la actuación se impuso medida cautelar de privación de la libertad al procesado, en el fallo deba continuarse con la misma, sino de apreciar en cada caso concreto si en verdad es necesario como “último recurso” imponer la sanción de reclusión en centro de atención especializada.

En procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención especializada, sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional, todo ello dentro del marco del principio de legalidad de las sanciones.

En tal cometido, se observa que el artículo 177 del Código de Infancia y Adolescencia establece que a los adolescentes declarados penalmente responsables les son aplicables las sanciones de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187, indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

En el artículo 179, a su turno, se fijan como criterios para definir la sanción en concreto, la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas la gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad y del infractor, la edad de éste, la aceptación de los cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez y de las sanciones.

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala<sup>76</sup>, de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, “tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa” en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular.

Así pues, en desarrollo del internamiento preventivo reglado en el artículo 181 del mismo Estatuto “los adolescentes recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo, y características individuales”, de manera que de forma similar a la sanción de privación de la libertad, cumple respecto del adolescente las mismas finalidades de protección, educación y rehabilitación.

Procede el internamiento preventivo tratándose de delitos que el legislador dentro de su libertad de configuración normativa considera graves, caso en el cual corresponde a la Fiscalía solicitar se decrete tal medida cautelar como reacción frente a la conducta motivo del proceso, en cuanto se parte de la necesidad de ingresar al infractor al tratamiento propio del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, conjugado con diversas medidas que no únicamente son de competencia de las autoridades judiciales sino de otras, entre ellas, el Gobierno Nacional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las alcaldías, desde luego, en el entendido que el tratamiento no queda circunscrito a la efectiva reclusión intramural.

Ahora, es claro que tratándose de decisiones sobre la privación de la libertad de los procesados, no corresponde al funcionario judicial inaplicar la ley contrariando su texto y propósito a partir de la compasión que pueda producirle un desacertado o falible sistema carcelario, pues en virtud del artículo 230 de la Constitución está sometido al imperio de la ley, pero lo que sí puede hacer es provocar la visibilización de tales anomalías para que el Estado y específicamente los responsables del sistema procedan a realizar las respectivas enmiendas e implementen los correspondientes correctivos, pues no puede negarse, por lo menos en Bogotá, el riesgo que no solo para

---

<sup>76</sup> CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

los menores sino incluso para los jueces se presenta en los centros de reclusión.

Si la Fiscalía en este proceso no solicitó la referida medida de internamiento preventivo, ahora se rompería el principio de coherencia que debe gobernar el trámite si se dispusiera tardíamente la privación de libertad en establecimiento especializado, caso en el cual corresponde al juez efectuar un diagnóstico sobre tal aspecto, valorando que por voluntad del legislador corresponde al “último recurso” en el marco del sistema, junto con otras medidas.

Así las cosas, considera la Sala que en este asunto no procede la privación de la libertad del procesado, pero no por las razones aducidas por el Tribunal, sino porque de acuerdo a lo dispuesto por el legislador y que se aplica por regla general, no le fue impuesta a instancia de la Fiscalía medida de internamiento preventivo y ni siquiera la Juez de control de garantías accedió a librar la captura solicitada por la Fiscalía, pues en audiencia del 3 de noviembre de 2015 consideró que casi 3 años después de los hechos el ente acusador se había dado cuenta de su urgencia y del peligro que representaba el procesado para la comunidad, sin acreditarlo.

En tales circunstancias, se fracturaría la coherencia propia del sistema si 6 años después de la comisión de los hechos, cuando el procesado tiene más de 21 años se dispone la privación de su libertad, que como se advirtió en la normativa nacional e internacional debe tener el carácter de “último recurso”, quedando reducido su alcance al simple y llano componente retributivo, ajeno a las funciones de las sanciones en el Código de Infancia y Adolescencia.

Definido lo anterior se considera que en este caso la imposición de reglas de conducta tales como observar buena conducta familiar y social, no involucrarse en la comisión de nuevos actos delictivos, abstenerse de consumir sustancias psicoactivas y dedicarse a actividades educativas o laborales regulares ordenadas por el Tribunal, orientadas de conformidad con el artículo 183 del Código de Infancia y Adolescencia a “regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación”, resultan consonantes con las normas nacionales e internacionales sobre el particular y prevalecen sobre la privación de la libertad dispuesta por el juez de primer grado, pues además de que el estrecho contacto por cerca de 4 años con otros infractores podría exponer al acusado a más posibilidades de daño que asegurar su “reintegración adecuada” a la sociedad, es necesario que asuma su rol como padre de la niña nacida como consecuencia de las conductas investigadas.

[...]

[...] las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permiten deducir que en su caso no es aconsejable la privación de libertad en centro de atención especializada, sino la imposición de reglas de conducta a fin de brindarle la oportunidad de que ahora, años después de cuando ocurrieron los hechos, pueda recomponer su vida y no recluirse, medida esta última que como ya dijo, únicamente tendría un carácter retributivo o vindicativo.

Resta señalar que el procesado deberá suscribir la correspondiente acta de compromiso acerca de someterse a las reglas de conducta impuestas por el Tribunal y corresponderá al juez que vigile la ejecución de la sanción verificar su cumplimiento y a partir de ello, ponderar en concreto si resulta aconsejable o no hacer efectiva la privación de la libertad en centro de atención especializada u otra medida dispuesta por el legislador.»

#### **4.3 Pedagogía, restauración y reintegración: parámetros para la individualización de sanciones en el SRPA**

**Extracto n. ° 1**

Número de radicado	:	60032
Número de providencia	:	SP226-2025
Fecha	:	12/02/2025
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Según lo propuesto por el representante del Ministerio Público, en la demanda admitida, el juicio de constitucionalidad y legalidad recae sobre la afectación de derechos y garantías fundamentales del infractor en que incurrió el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes, en la decisión del 25 de noviembre de 2020, al adicionar la sentencia de primera instancia en el sentido de:

- (i) imponer al adolescente como regla de conducta “la restricción de su cercanía con niños menores de 14 años, a excepción de

su hermanita de 16 meses de edad cuya relación es de afecto; y,

- (ii) conminar a los familiares de la menor de edad, hermana del adolescente infractor, para que, en cumplimiento de sus roles familiares, velen por el cuidado de la niña con el fin de garantizar que situaciones como las aquí investigadas, no tengan ocurrencia sobre la humanidad de la infante.

En el cargo principal, el censor sostuvo que esa determinación viola diversos tratados internacionales atinentes a los derechos de los menores infractores; el artículo 12 de la Constitución Política, que trata de la prohibición de torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, que consagra las sanciones aplicables a los adolescentes.

En efecto, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) se distingue por su enfoque pedagógico, específico y diferenciado aplicable a los adolescentes infractores de la ley penal, bajo esa lógica, tiene marcadas diferencias y especificidades respecto del Sistema Penal para Adultos.

Como es sabido, el Sistema Penal para Adultos busca ejercer un reproche legal frente a quien comete un delito, en quien recae la responsabilidad penal de manera individual y la pena tiene fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sancionado.

Por su parte, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes busca su responsabilización, rehabilitación e integración social, en consecuencia, la sanción tiene un fin pedagógico, educativo, restaurativo y debe atender de manera especial a condiciones sociofamiliares y a las necesidades individuales del infractor, para orientar su proyecto de vida y procurar su protección integral, todo ello, orientado bajo el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

[...]

La salvaguarda y protección del interés superior del niño es, entonces, un principio interpretativo transversal, regulador de la actividad estatal y, en particular, de las decisiones judiciales en el sistema de justicia penal para adolescentes -art. 44 y 45 de la Constitución Política-, que debe consultarse de manera primordial en todas las medidas que los involucran, según lo establece el numeral 1° del artículo 4 de la Convención sobre los derechos del niño.

[...]



Es así como, dentro de las reglas aplicables a los casos en los que las decisiones pueden afectar a un niño, niña y adolescente (NNA) se encuentra la necesidad de evaluar el impacto en sus derechos. En esa línea, los funcionarios judiciales tienen un deber de diligencia y cuidado, pues, están llamados a tener en cuenta las consecuencias que las decisiones pueden generar en su desarrollo, por lo que, dentro de su discrecionalidad, deben fijar las medidas idóneas ajustadas a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>77</sup>.

Según lo refiere expresamente el Código de la Infancia y la Adolescencia - art. 6º-, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se encuentra especialmente integrado por el bloque de constitucionalidad, dentro del que se encuentran múltiples instrumentos llamados a guiar la interpretación de los derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley penal, en los que los principios de protección integral e interés superior de los NNA son criterios orientadores, que marcan su enfoque diferencial respecto del sistema de adultos, pues, los menores de edad tienen una protección reforzada que no pierden en su condición de infractores de la ley penal.

[...]

El artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, hace referencia a las sanciones aplicables a los adolescentes declarados responsables penalmente, y las enuncia según su grado de afectación a los derechos de los NNA, esto es, parte de la que implica una menor intervención estatal hasta llegar a la más restrictiva, así:

La amonestación.

Imposición de reglas de conducta.

La prestación de servicios a la comunidad.

La libertad asistida.

La internación en medio semicerrado.

La privación de libertad en centro de atención especializado.

Las sanciones previstas en el presente artículo se cumplirán en programas o centros de atención especializados los que deberán acogerse a los

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 2020.

lineamientos técnicos que para cada sanción defina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

PARÁGRAFO 1o. Para la aplicación de todas las sanciones la autoridad competente deberá asegurar que el adolescente esté vinculado al sistema educativo. El Defensor de Familia o quien haga sus veces deberán controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos.

En concreto, la *regla de conducta*, que se encuentra en un segundo nivel de intervención estatal, según lo establece el artículo 183 de la Ley 1098 de 2006, consiste en “la imposición de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación” y no podrán exceder de (2) años. Se trata de una sanción en la que el juez, consultando las circunstancias personales, familiares y la responsabilidad del infractor, limita un comportamiento y define las acciones que debe llevar a cabo a fin de que rectifique su conducta y se comprometa con su resocialización.

En su determinación, deben aplicarse todos los principios que rigen el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, integrado por el bloque de constitucionalidad. Así, dada su finalidad pedagógica y restaurativa, se constituyen en pautas de comportamiento que permiten contribuir al desarrollo psicosocial del adolescente.

En el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes la autoridad judicial tiene un amplio margen de discrecionalidad para seleccionar e imponer la sanción más adecuada para el infractor, de acuerdo con sus particulares circunstancias personales y sociales y, en todo caso, debe propender por la mínima intervención estatal y la consecución de enfoque pedagógico, restaurativo y resocializador.

Si bien no existe un listado detallado de reglas de conducta imponibles, estas también se rigen por el principio de proporcionalidad. “Conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo

momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.”<sup>78</sup>.

La Sala observa, en el caso bajo estudio, que en la decisión de primera instancia, al analizar los criterios para la determinación de la sanción -art. 179 CIA-, se tuvo adecuadamente en consideración, el allanamiento a cargos que hizo el adolescente, la carencia de sanciones anteriores en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y los demás elementos de informe psicosocial, que le permitieron, en una valoración racional y proporcional de la sanción, sustituir la privación de la libertad en centro de atención especializada (fijada en 36 meses), por:

sanción de REGLAS DE CONDUCTA, con el compromiso de no volver a infringir la ley penal, por el mismo término de la sanción de Privación de la Libertad, esto es, TREINTA Y SEIS (36) MESES V SIMULTANEAMENTE con LIBERTAD ASISTIDA por VEINTICUATRO (24) MESES en la Asociación Creemos en Ti, operador que se encargará de dotar al joven de las herramientas a través de las cuales logre consciencia del daño causado, logre imprimir en su vida valores y logre respeto a los derechos de los demás, se vinculará a los padres a las charlas de pautas de crianza; advirtiéndole al adolescente que el incumplimiento injustificado de la sanción sustitutiva o del compromiso de no volver a infringir la ley penal, le acarreará la revocatoria del mecanismo sustitutivo y el cumplimiento del tiempo faltante de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

El Tribunal Superior, de otro lado, desconoció dicho razonamiento. La regla de conducta que impuso la segunda instancia partió del *etiquetamiento* del adolescente como un “agresor sexual” para aplicar como consecuencia su *exclusión* del grupo etario al que está llamado a pertenecer, en tanto se concretó a “restringir su cercanía con niños menores de 14 años, a excepción de su hermanita de 16 meses de edad cuya relación es de afecto”.

Resulta claro que constituye una prohibición que no es proporcionada, pedagógica, resocializadora ni restaurativa, tanto que, de aplicarse estrictamente, implicaría incluso la desescolarización del adolescente, con lo que se limitaría su derecho fundamental a la educación y, especialmente, la posibilidad de reincorporación a la sociedad, desconociendo “la importancia de promover la reintegración del niño y que éste asuma una

---

<sup>78</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia del 4 de mayo de 2013.

función constructiva en la sociedad”-Convención sobre los derechos del niño. Art. 40-.

Adicionalmente, el Tribunal consideró que, en todo caso, la cercanía del adolescente a su hermanita la ponía en una situación de riesgo, por lo que conminó “a los familiares de la menor de edad, hermana del adolescente infractor, para que, en cumplimiento de sus roles familiares, velen por el cuidado de la niña con el fin de garantizar que situaciones como las aquí investigadas, no tengan ocurrencia sobre la humanidad de la infante”.

Se trata de una medida que parte de un errado entendimiento del principio de corresponsabilidad, en el que la familia es un apoyo para lograr la readecuación de la conducta del adolescente y garantizar el goce efectivo y pleno de sus derechos, su desarrollo armónico e integral y un proceso educativo con miras a la prevención del delito. Por el contrario, aquí sus miembros fueron conminados, bajo un enfoque peligrosista, a ejercer labores de vigilancia frente a la “posible futura víctima”, sin considerar que, prodigar cuidado y protección de la niña en todo caso es una obligación que la familia tiene con ella, de manera permanente, con independencia de la responsabilidad penal de su hermano.

La Sala resalta que, precisamente, la defensora de familia del caso puso en conocimiento como se ha dado cumplimiento al objetivo de la sanción en JDBC al ser pedagógica y restaurativa, cumplió la libertad asistida y efectuó todos los compromisos impuestos. Asistió a tratamiento en donde recibió todas las intervenciones necesarias para la reparación y resiliencia frente al delito cometido y hoy tiene 18 años, está en grado 11, tiene un proyecto de vida establecido y ha compartido con su hermana en el medio familiar.

[...]

La víctima está llamada impugnar las decisiones judiciales en defensa de la garantía de sus derechos, en ese sentido, le corresponde indicar de qué manera la decisión que recurre afecta concreta y particularmente el derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

Ahora bien, ese ejercicio argumentativo debe encuadrarse dentro de los principios y normas que rigen la respectiva actuación judicial. Para el caso del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, la aplicación del enfoque diferencial implica tener en cuenta que las sanciones que se imponen buscan favorecer la reeducación y reintegración social del infractor.

En ese sentido, todas ellas deben consultar un carácter pedagógico y garantizar el ejercicio de los derechos del niño, esas las razones para que la jurisprudencia de la Sala haya determinado:

en salvaguarda de las finalidades protectora, educativa y restaurativa de las sanciones establecidas para los menores infractores en el sistema de responsabilidad penal de niños y adolescentes, para así flexibilizar el axioma estricto de legalidad de la pena al punto de avalar la imposición de penas menos aflictivas a las que en rigor fueron previstas en la Ley 1098 de 2006 y particularmente respecto de las privativas de la libertad, cuando quiera que durante el proceso no se haya hecho al imputado sujeto de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad y atendiendo sus circunstancias individuales y necesidades especiales, a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular<sup>79</sup>.

Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que la Fiscalía no solicitó en el curso del proceso una medida restrictiva de la libertad, en cambio, optó por mantener al adolescente en el medio familiar, por eso, la primera instancia acertadamente consideró que al acceder a la restricción de la libertad solicitada por la apoderada de víctimas rompería el “principio de coherencia”, pues, carecía de uno de los presupuestos jurisprudenciales para negar la sustitución de la privación de la libertad, en lo que le asiste razón. Al respecto, la Sala ha establecido -CSJ SP2159-2018, 13 jun., rad. 50313-:

Si la Fiscalía en este proceso no solicitó la referida medida de internamiento preventivo, ahora se rompería el principio de coherencia que debe gobernar el trámite si se dispusiera tardíamente la privación de libertad en establecimiento especializado, caso en el cual corresponde al juez efectuar un diagnóstico sobre tal aspecto, valorando que por voluntad del legislador corresponde al “último recurso” en el marco del sistema, junto con otras medidas.

Ahora bien, la Corte hace un llamado a las autoridades judiciales frente a la importancia de valorar adecuadamente la *naturaleza y gravedad de los hechos* como criterio de determinación de la sanción. Se trata de un elemento que requiere singular atención dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes, cuyo análisis no debe relevarse, especialmente frente a aquellas conductas que implican una trascendental afectación al bien jurídico de la integridad, libertad y formación sexual, en

---

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP3989-2022. Rad. 52947.

las que deberá considerarse si resulta proporcional, razonable e idóneo el cumplimiento efectivo de la privación de libertad en centro de atención especializado.

En todo caso, la Sala observa que el contenido de la decisión impugnada no conculcó ninguno de los derechos de la víctima, pues, se trata de una determinación que declara la responsabilidad penal del adolescente -*verdad*-, le impone una sanción acorde con las finalidades del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes -*justicia*-, esto es, reglas de conducta y la libertad asistida como mecanismo sustitutivo otorgado frente a la privación de la libertad, para que en ese marco, el joven tome consciencia de sus actuar, reflexione y corrija su conducta; y, deja en claro la posibilidad de reclamar la indemnización en perjuicios ocasionados con el delito -*reparación*-.

Resulta discutible considerar que la privación de la libertad, por sí sola, hace parte de la expectativa de justicia de la víctima, más aún en un sistema de responsabilidad penal como el juvenil en el que la finalidad de la sanción es, por antonomasia, pedagógica y restaurativa; por ello, su derecho está llamado a satisfacerse con la imposición de una sanción justa, esto es, idónea, proporcional y razonable, pues, la limitación de la libertad del infractor, será un último recurso, si se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para su concesión y con especial atención en la *naturaleza y gravedad de los hechos* y en las circunstancias personales, familiares y sociales del infractor.

Adicionalmente, al Tribunal le correspondía en este caso pronunciarse sobre la libertad asistida y las reglas de conducta dispuestas por la primera instancia, sin embargo, adicionó reglas de conducta, más restrictivas, sin cumplir con la carga argumentativa necesaria para explicar por qué tales medidas se adaptan a las características particulares del adolescente y promueven su rehabilitación y reparación social.

De conformidad con lo dicho, la Sala encuentra fundada la demanda planteada por el Ministerio Público de casar la sentencia, en tanto que, en efecto, la modificación incorporada por el Tribunal Superior vulneró los principios que rigen el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, el artículo 44 de la Constitución Política, los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia que obligan a adoptar decisiones orientadas a la protección integral e interés superior de los niños, niñas y adolescentes sometidos a la jurisdicción penal, en consecuencia, ordenará revocar los numerales primero y segundo de la misma».





## **CAPÍTULO V**

Tratamiento penitenciario diferencial de indígenas  
condenados por la jurisdicción ordinaria

## CAPÍTULO V

### Tratamiento penitenciario diferencial de indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria

#### 5.1 Ejecución de la pena impuesta a indígenas: garantías para la protección de la identidad cultural

##### Extracto n. ° 1.

Número de radicado	:	60106
Número de providencia	:	SP380-2023
Fecha	:	13/09/2023
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] la Corte abordará el estudio del cargo desde la mirada que propone el recurrente: ¿cuándo el indígena condenado por la jurisdicción ordinaria por cometer un delito, tiene derecho a cumplir la pena en el resguardo al que pertenece?

El Estado Colombiano es un Estado pluricultural: respeta y protege la diversidad étnica, un concepto que tiene mucho que ver con la idea de dignidad e igualdad. Eso no está en discusión. La cuestión radica en establecer, bajo esa filosofía, en cómo hacer para que culturas con cosmovisiones distintas puedan coexistir: en cómo hacer para que unas no impongan sus valores sobre otras y en cómo trazar pautas comunes para realizar valores conjuntos. Esta problemática, en cuanto al cumplimiento de la pena impuesta a indígenas que han cometido delitos, se trata en la sentencia C 394 de 1995, en la que la Corte Constitucional consideró necesario armonizar las jurisdicciones para ejecutar la pena impuesta a un indígena por la jurisdicción ordinaria, bajo la idea de dispensarle un

tratamiento penitenciario “diferencial” con el fin de preservar su identidad cultural, “no como privilegio, sino como una exigencia de la igualdad, pues el tratamiento ordinario supondría una lesión y un impacto diferencial a sus derechos fundamentales”.<sup>80</sup>

Según esa reflexión, de lo que se trata es de reconocer al indígena en su singularidad y en sus circunstancias, como individuo y ser social. Por lo tanto, no son consideraciones individuales las que justifican el tratamiento diferencial, sino las de no afectar su entorno cultural y ético y la posibilidad de construir valores con una comunidad que comparte sus idearios como reafirmación del derecho a no vivir en mundos contruidos por otros, que es una manifestación del Estado pluricultural y democrático.

En esa medida, cuando se habla de pertenecer a la etnia como exigencia de contenido para cumplir en un resguardo la pena impuesta a un indígena por la jurisdicción ordinaria, ese requerimiento está integrado por la pertenencia a la comunidad y por la necesidad de proteger valores que se arriesgan si se comparte el tratamiento penitenciario con otros que no participan de su cosmovisión, situación que no compagina con el propósito de garantizar la diversidad étnica del Estado.

Precisamente, por estas razones, al interpretar las Leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014 y la línea jurisprudencial sobre la materia, la Corte Constitucional señaló en las sentencias T 642 de 2014 y T 515 de 2016, que:

*“la aplicación del enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria a favor de un indígena garantiza la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural, toda vez que conduce efectivamente a proteger sus costumbres tradiciones y diferentes cosmovisiones e impide que estas desaparezcan, mediante la integración forzosa a las costumbres y tradiciones de la cultura mayoritaria.” (se subraya)*

O, según la misma Corte,

*“Los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas.” (Se subraya)*

Bajo estas ideas, la construcción jurisprudencial gira alrededor de dos reglas sustanciales: la condición de indígena y la necesidad de preservar su

---

<sup>80</sup> T 515 de 2016

cosmovisión. Eso significa que no basta constatar que un indígena ha sido condenado por la jurisdicción ordinaria y que pertenece *formalmente* a dicha comunidad, sino que la ejecución de la pena afectaría *materialmente* sus valores y su concepción de vida.

Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria puede y debe condenar a un indígena que no cumple las condiciones para alcanzar el fuero especial y debe aceptar, bajo un enfoque diferencial, que la pena se cumpla en un resguardo, *siempre* que el individuo pertenezca a él y el tratamiento penitenciario en el sistema ordinario constituya un *riesgo* para los valores ancestrales de los que *participa el condenado* con ocasión de su *pertenencia* a la etnia.

En este margen es posible señalar incluso que, si según el artículo 4 del Código Penal, la pena tiene como función, entre otras, la protección del condenado, y según el aparte final, la reinserción social opera en el momento de ejecución de la pena, entonces, en la línea expuesta, esta norma debe leerse en el sentido de que permite asegurar la protección del indígena al separarlo de quienes no comparten sus valores y a la vez hace del tratamiento penitenciario un proceso de reafirmación y reinserción del indígena a su imaginario social.

Por eso no basta la mera constatación formal a la etnia (con la certificación del jefe del cabildo, aun cuando ese sea un buen comienzo de la demostración), sino probar que dado su vínculo real por su relación de vida, sus valores éticos como ser social están en riesgo.

En ese marco, como el Tribunal consideró que no se probó la condición de indígena, su pertenencia al cabildo y una cosmovisión distinta, no se equivocó al asegurar que las certificaciones aportadas por la defensa contradicen una realidad: que el acusado no pertenecía a la etnia que, con preocupación, reivindicó su facultad para ejecutar la pena de quien no se demostró que fuera *socialmente* parte de ella. Por lo tanto, no se podía realizar un pronóstico afirmativo de que su reclusión en una cárcel del sistema ordinario pusiera en riesgo una cosmovisión de una comunidad de la cual no se es parte.

En consecuencia, el Tribunal decidió según la ley y la jurisprudencia. Por eso no incurrió en el error que se denuncia».

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Auto
Clase de actuación	:	Segunda instancia

«[...] debe tenerse en cuenta que en aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de la pena o la medida de aseguramiento de un indígena se efectúe en un establecimiento penitenciario y/o carcelario del sistema ordinario, el mismo debe velar porque no se afecte la cultura del individuo y por la conservación de sus usos y costumbres.

En ese orden, la Corte Constitucional en Sentencia T-126 de 2009 reconoció que la pena restringe solamente una serie de derechos, y no puede en ningún momento afectar la dignidad humana del interno, ni con ella su identidad cultural, por lo cual, los indígenas merecen una especial protección en los establecimientos carcelarios, que impida que sean objeto de tratos que les hagan renunciar a sus propias costumbres.

Por lo anterior, si bien la Corte Constitucional en Sentencia T-097 de 2012 determinó que, cuando lo soliciten sus propias comunidades, los indígenas pueden cumplir su pena en un establecimiento penitenciario ordinario, los establecimientos en los cuales se encuentren privados de la libertad deben contar con la infraestructura necesaria para recibirlos sin afectar su cultura, ni sus costumbres:

*“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que en el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que, en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los*



*indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural*<sup>81</sup>.

Al respecto, debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria.

Por lo mismo, según se expuso en la Sentencia T-921 de 2013, *“se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo con sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad”*.

Por esa razón, en esa decisión la Corte Constitucional adoptó medidas urgentes ante el evidente proceso masivo de afectación de un derecho fundamental esencial para los indígenas como es la identidad cultural, porque se hacía necesaria la adopción de medidas para salvaguardar esta garantía.

En todo caso, según la Corte Constitucional *“esas medidas se dirigen específicamente a la determinación del lugar de privación de la libertad y no afectan la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta, pues la simple reclusión de un indígena en un establecimiento ordinario afecta claramente su cultura”*<sup>82</sup> (Subrayas fuera del texto original).

En ese sentido, esta Sala<sup>83</sup> ha aceptado que, en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura:

---

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2012.

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

<sup>83</sup> CSJ SP1370-2022, del 27 de abril de 2022, rad. 53444.



*“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.*

*(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.*

*(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993”<sup>84</sup>.*

En ese orden de ideas, si se considera que no se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de la jurisdicción indígena, estos sujetos de especial protección constitucional tienen derecho a que se analice su situación y, en especial, se estudie de manera seria: (i) si puede excluirse su responsabilidad por diversidad sociocultural; (ii) si se puede eliminar la culpabilidad del delito por la configuración de un error de prohibición

---

<sup>84</sup> Sentencia T-921 de 2013.

culturalmente condicionado; (iii) las circunstancias especiales en las cuales se cometió el delito; (iv) que la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario no puede afectar su integridad cultural; y (v) la participación en el proceso penal de la máxima autoridad indígena o su representante, para efectos de determinar si procede la privación de la libertad en el territorio indígena.

Ahora bien, cuando miembros de las comunidades indígenas cometen conductas tipificadas como delitos por la jurisdicción ordinaria, los jueces competentes deben tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares, que, a la vez, propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

Por esa razón, esta Sala en Sentencia SP1370-2022, del 27 de abril de 2022, rad. 53444, consideró que:

*“24. En este orden, el funcionario tiene a su cargo la realización de un juicio de valor -test de proporcionalidad<sup>85</sup>-, para evaluar no solo si la pena impuesta cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, sino las repercusiones negativas que la misma y su ejecución puede tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena.*

*Así, el juzgador podrá determinar si los intereses de la justicia ordinaria, del indígena y de su comunidad se encuentran nivelados o si, por el contrario, alguno de estos está siendo menoscabado”.*

En ese entendido, la Sala adujo que el examen ponderado y razonable deberá atender, según las circunstancias propias de cada caso, el elemento personal como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer: *“(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción”<sup>86</sup>*. De esa forma, se determinará la conveniencia de que un indígena sea recluido en un centro penitenciario ordinario o en su resguardo, para preservar su cultura, previo, ello sí, del cumplimiento de los presupuestos fijados para uno u otro evento.

---

<sup>85</sup> Corte Constitucional, sentencia C-835 de 2013.

<sup>86</sup> Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

De igual modo, en la referida providencia la Sala de Casación Penal manifestó que es dable acudir al elemento institucional u orgánico que *“indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social”*<sup>87</sup>.

Lo anterior, porque con ese criterio se puede concretar si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos no solo para la conservación de las costumbres, sino que haga efectivas las funciones de la pena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad. De lo contrario, deberá purgar la sanción en el centro de reclusión ordinario que corresponda, respetándose sus condiciones especiales, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario, tal como lo exigió la Corte Constitucional en la sentencia T-1026 de 2008.

Por ello es que dicha Corporación, en la sentencia T-097 de 2012, destacó la importancia de establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades indígenas y las autoridades nacionales; no obstante, como en la actualidad no se ha proferido la ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial, ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos y subreglas aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

En este sentido, en el ámbito del cumplimiento de la pena o de la medida de aseguramiento, se han establecido dos alternativas: (i) el derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o (ii) permitir a los indígenas procesados por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena o medida de aseguramiento en el resguardo o viceversa»

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

## 5.2 Tratamiento en la legislación penal frente a indígenas sindicados de delitos

### Extracto n. ° 1

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Auto
Clase de actuación	:	Casación

«El ordenamiento jurídico colombiano no ha asumido una sola teoría sino que ha establecido 3 posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: *“(i) En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; (ii) en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, (iii) también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable”*<sup>88</sup>.

Entonces, en primer lugar, se reconoce plenamente la existencia de un fuero indígena fundado en la autonomía de aquellos pueblos, la cual no tendría ningún sentido sin el reconocimiento de reglas especiales en torno a la valoración de la conducta del indígena y de su culpabilidad<sup>89</sup>.

En relación con el principio de legalidad en el procedimiento y, en materia penal, de los delitos y de las penas, la exigencia no va más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades, pues de lo contrario el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, para lo cual será necesario consultarse la

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004.

<sup>89</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico<sup>90</sup>.

Por su parte, en relación con la culpabilidad *“el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”*<sup>91</sup>.

En segundo término, están las reglas que deben ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero penal indígena, pues, debido a la existencia de unos criterios específicos para la aplicación de la jurisdicción indígena, en algunos casos los indígenas deben ser juzgados por la justicia ordinaria.

Sin embargo, ello no significa que puedan ser juzgados bajo las mismas reglas que las personas que no hacen parte de esa cultura, pues existen garantías especiales que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en estos eventos siempre que el sujeto activo sea un indígena.

En efecto, lo primero que se debe considerar es si se aplica la causal de inimputabilidad de diversidad sociocultural, contemplada en el artículo 33 del Código Penal, que se presentaría cuando el indígena no tiene la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre.

En ese caso, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y, por ello, para configurarse requiere de tres requisitos: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro<sup>92</sup>.

Lo segundo, es que se puede reconocer la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado, que se presenta cuando un vínculo cultural le impide a la persona conocer la ilicitud de su conducta. En este

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-349 de 1996 y T-921 de 2013.

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 1998.

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.

caso, para que esta modalidad de error elimine la culpabilidad debe ser invencible o inevitable, tal como exige el artículo 32, numeral 10, del Código Penal.

En aquellos eventos en los cuales el error sea vencible o evitable si la persona hubiera sido diligente y en los que la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, pero no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento, no operaría el error de prohibición culturalmente condicionado, sino que deberá evaluarse si se configura una inimputabilidad por diversidad sociocultural<sup>93</sup>.

En tercer lugar, la solución de cada caso requiere del análisis de las especiales circunstancias de la cultura indígena, pues de lo contrario se estaría afectando la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-778 de 2005, así:

*“Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena”.*

En este sentido, en algunos casos las condiciones especiales de una cultura indígena pueden afectar el análisis de los elementos de la norma»

### **5.3 La ejecución de la pena a indígenas: alternativas de reclusión en centros del INPEC o en resguardos**

#### **Extracto n. ° 1**

Número de radicado	:	53444
Número de providencia	:	SP1370-2022

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.



Fecha	:	27/04/2022
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] como en la actualidad no se ha proferido la ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial; ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos y subreglas aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

En este sentido, en el ámbito del cumplimiento de la pena, se han establecido dos alternativas: (i) el derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o (ii) permitir a los indígenas condenados por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo, o viceversa.

#### Reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios ordinarios

Un indígena puede ser recluido en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgado y condenado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del diálogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina<sup>94</sup>.

En el primer evento, se deben cumplir las siguientes reglas, con el objeto de evitar que se desconozca el derecho a la identidad de los indígenas al ser privados de su libertad en centros de reclusión ordinarios<sup>95</sup>:

*“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.*

*(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para*

<sup>94</sup> Corte Constitucional, sentencia T-515 de 2006.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.”

En relación al segundo supuesto, esto es, cuando las autoridades tradiciones indígenas imponen una pena que consiste en la privación de la libertad y debe ser cumplida por fuera de su territorio, específicamente en un establecimiento del INPEC; la Corte Constitucional, en la sentencia T-208 de 2015, determinó las circunstancias en las que ello es procedente, que pueden resumirse básicamente en tres:

“para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general, debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas y con el fin de evitar el “riesgo de linchamiento” al condenado”.

Cumplimiento de la pena impuesta a un indígena por la justicia ordinaria, en el resguardo

Se ha avalado la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, pero, bajo el cumplimiento de estos presupuestos fijados por la Corte Constitucional (T-685 de 2015):

*“(i) consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; (ii) verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, a falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993; (iii) el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, en caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad”»*

#### Extracto n. ° 2

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Auto
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«De acuerdo con la Sentencia T-921 de 2013, y como lo ha sostenido esta Sala, cuando un indígena es procesado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, “se debe comunicar a la máxima autoridad de su comunidad o su representante”, para efectos de determinar si procede la privación de la libertad en el territorio indígena, con lo cual se busca respetar y no atentar

contra las costumbres y la consciencia colectiva de los indígenas, para lo que resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

En ese orden de ideas, es apenas lógico que la procedencia de la comunicación a la máxima autoridad indígena, para que se inicie el proceso de interlocución y coordinación interjurisdiccional, requiera por lo menos la manifestación y acreditación de la calidad de indígena del procesado ante la autoridad competente (fiscalía, juez de garantías, de conocimiento o de ejecución de penas, dependiendo del caso), dado que el proceso penal es un proceso de partes en el cual, quien pretende deprecar una calidad especial debe manifestarla y acreditarla, demostrando su legitimidad para actuar en tal condición.

Eso significa que la vinculación de la autoridad indígena al procedimiento penal depende de la debida acreditación de la calidad de indígena del procesado, para efectos de que el fiscal o el juez que adelante el asunto proceda a comunicar a la comunidad indígena, en cumplimiento de las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional, ratificadas por esta Corporación.

Asimismo, debe advertirse que el objetivo de la comunicación a la máxima autoridad indígena y su vinculación al trámite es la garantía del derecho fundamental a la identidad cultural del indígena, que puede verse menoscabada al recibir el mismo tratamiento penitenciario que la mayoría, porque, producto de su participación en el trámite, puede advertir que en su territorio se cumplen con las condiciones necesarias para la reclusión del indígena procesado o que no se cumplen, razón por la cual el juez, dependiendo del estudio de los elementos personal y orgánico, puede disponer la privación de la libertad en el territorio indígena o en el centro de reclusión.

Lo anterior, en cualquiera de los casos, indiscutiblemente, con respeto de las costumbres del indígena procesado o condenado y verificando que sea tratado de acuerdo con sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de

los deberes en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad.

Por lo mismo, la intervención de la máxima autoridad indígena puede darse en cualquier momento procesal donde sea posible discernir sobre la posibilidad de purgar la medida de aseguramiento o la pena en el territorio indígena, siempre y cuando se acredite la condición de indígena del procesado.

En ese entendido, la intervención de la autoridad puede darse desde cuando se discute la privación de la libertad en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, ante el juez de garantías -Ley 906 de 2004 o la Fiscalía -Ley 600 de 2000- y se extiende hasta después de la condena, ante el juez de ejecución de penas, siempre y cuando actúe para efectos de estudiar la posibilidad de que se cumpla o se continúe cumpliendo la detención dentro de su territorio, caso en el que el juez o fiscal deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Ello, porque en cualquier momento procesal, desde la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento y hasta la ejecución de la pena, las condiciones de la comunidad pueden variar, pues en un principio puede no tener los escenarios para la reclusión del procesado en la comunidad, pero en ese transcurrir procesal puede cambiar la situación y mostrar que cumple las condiciones de necesidad para que el procesado o condenado cumpla la privación de su libertad en territorio indígena».

## **Comité editorial:**

Luis Manuel Castro Novoa, Ilich Felipe Corredor Carvajal, Melba del Pilar González Barrera, María Isabel Fuentes Ramos, Jorge Ricardo Sarmiento Forero, Laura Jimena Sepúlveda Gualdrón, Camilo Andrés Torres Méndez, Paulo Cesar Ospitia Rozo, Hernando Aníbal García Dueñas, Sair Buitrago Medina, Diana Marcela Romero Baquero.

## **Equipo de publicaciones de la Relatoría**

Maritza Castellanos, Erik Méndez, Andrés Rivera





# **Sala de Casación Penal** **2025**