

EDITORES CIENTÍFICOS

ADOLFO MURILLO GRANADOS

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

ESTUDIOS SOBRE DERECHO

PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo I



ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINEDUCACION
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

ESTUDIOS SOBRE DERECHO

PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo I

Homenaje al profesor Gustavo Ampudia

I.S.B.N. 978-958-5147-06-5

I. S. B. N. Digital: 978-958-5147-07-2

© Adolfo Murillo Granados

© Andrés Fernando Córdoba Benítez

© Carlos Andrés Guzmán Díaz

© Claudia Cesaroni

© Einarco José Morales Carpio

© Hernando Hernández Quintero

© Jesica Paola Gómez Muñoz

© Diego Fernando Tarapués Sandino

© José Manuel Torres Vanegas

© Magdalena Schaffler

© María Laura Böhm

© Mónica Caicedo Lozada

© Nilson Poveda Buitrago

© Editorial Diké 2020

www.editorialdike.com

© Universidad Santiago de Cali

editor@usc.edu.co

Editorial Diké S.A.S

Cel.: 301 242 7399

dikesascomercial@gmail.com

Medellín, Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27-41 Barrio Santander Tel: 7046822

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com / editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,

Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /

563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,

Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Diana María Mosquera Taramuel

e-mail:diagramacioneditorialusc@usc.edu.co

Juan Diego Tovar Cardenas

e-mail: librosusc@usc.edu.co

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

EDITORES CIENTÍFICOS

**ADOLFO MURILLO GRANADOS
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO**

ESTUDIOS SOBRE DERECHO

PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo I

Homenaje al profesor Gustavo Ampudia



Catalogación en la publicación

Tarapués Sandino, Diego Fernando

Estudios sobre derecho: penal, constitucional y transicional : Tomo I / Diego Fernando Sandino Tarapués, Adolfo Murillo Granados. -- Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, Editorial Diké, 2020.

400 páginas: ilustraciones; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Derechos del consumidor -- Colombia 2. Lavado de activos -- Colombia
3. Crimen organizado 4. Proceso penal Austriaco I. Tarapués Sandino,
Diego Fernando II. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho.

SCDD 345.01 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2020

Editorial Diké S.A.S

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

CITA ESTE LIBRO:

Murillo Granados, A. y Tarapués Sandino, D. F. (eds. científicos) (2020) *Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional. Tomo I.* Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS:

Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado, Derecho Constitucional.

Criminal Law, Criminal Procedural Law, Comparative Law, Constitutional Law.

**Fondo Editorial
University Press Team**

Carlos Andrés Pérez Galindo
Rector

Rosa del Pilar Cogua Romero
Directora de Investigaciones

Edward Javier Ordoñez
Editor en Jefe

**Comité Editorial
Editorial Board**

Rosa del Pilar Cogua Romero
Doris Lilia Andrade Agudelo
Edward Javier Ordoñez
Luisa María Nieto Ramírez
Sergio Molina Hincapié
Milton Orlando Sarria Paja
Sergio Antonio Mora Moreno
Claudia Fernanda Giraldo Jiménez
Luis Felipe Vélez Franco

COORDINADORES

ADOLFO MURILLO GRANADOS

Abogado de la Universidad Libre, seccional Cali. Especialista en Derecho Penal y Criminología y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Exconjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Profesor de posgrados en diferentes universidades como la Libre y la USC. Investigador Senior de Minciencias y miembro de los Grupos de Investigación GICPODERI de la USC y de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0002-5409-6402>

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Abogado Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la USC y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle. Master of Laws (LL.M.) y Doctorando del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Profesor Titular escalafonado y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la USC. Investigador Senior de Minciencias, miembro del Grupo de Investigación GICPODERI de la USC e investigador adscripto del CEDPAL de la Universidad de Göttingen.

<https://orcid.org/0000-0002-5184-7119>

AUTORES

MARÍA LAURA BÖHM

Magister en Criminología. Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad de Hamburgo. Investigadora Post-Doctoral (beca Alexander von Humboldt) en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Profesora Investigadora de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

<https://orcid.org/0000-0003-0361-7893>

MÓNICA CAICEDO LOZADA

Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en convenio con la Universidad de San Buenaventura. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, seccional Cali. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre. Profesora de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Bogotá. Integrante del Grupo de Investigación de Derecho Penal de la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0374-3649>

HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO

Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España) y en Ciencia Política de la Universidad de Ibagué. Profesor titular de la Universidad de Ibagué y de Especialización en las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Bolivariana de Medellín y Santiago de Cali. Docente de Maestría en la Universidad Libre de Colombia.

<https://orcid.org/0000-0001-7366-3719>

EINARCO JOSÉ MORALES CARPIO

Abogado, Especialista en Derecho Penal, estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Cali y profesor de la misma institución.

<https://orcid.org/0000-0002-5184-7119>

JESICA PAOLA GÓMEZ MUÑOZ

Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Magíster en Derecho de la Universidad Icesi, y estudiante del Doctorado en Estudios Críticos de Género de la Universidad Iberoamericana en Ciudad de México.

<https://orcid.org/0000-0002-7901-2682>

CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ

Abogado, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Magíster en Política Criminal de la Universidad de Málaga. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de la Universidad de los Andes.

<https://orcid.org/0000-0001-7877-9366>

NILSON POVEDA BUITRAGO

Profesor universitario, asesor, consultor y defensor litigante, ponente ante la Organización de Naciones Unidas y expresidente del Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal. Especialista en Ciencias Penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Penal.

<https://orcid.org/0000-0001-9252-1214>

MAGDALENA SCHAFFLER

Magistra Juris de la Karl-Franzens-Universität Graz (Austria), Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Magíster en Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali (Colombia). Profesora de la Universidad Santiago de Cali, investigadora del grupo GICPODERI y coordinadora de proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Konrad-Adenauer-Stiftung.

<https://orcid.org/0000-0003-1132-947X>

ANDRÉS FERNANDO CÓRDOBA BENÍTEZ

Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado. Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías.

<https://orcid.org/0000-0001-6611-3268>

JOSÉ MANUEL TORRES VANEGAS

Profesor de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali. Juez de la República. Magíster en Criminología, Ciencias Penales y Penitenciarias y Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Penal.

CLAUDIA CESARONI

Abogada de la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Fundadora del Centro de Estudios de Política Criminal y Derechos Humanos.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	25
<i>Adolfo Murillo Granados</i>	
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
SEMBLANZA DE LENIS GUSTAVO AMPUDIA ASPRILLA.....	27
<i>Luzcely Balanta</i>	
<i>Eliana Ampudia Balanta</i>	
EL DELITO DEL MALDESARROLLO.....	31
<i>María Laura Böhm</i>	
1. Introducción.....	33
2. El contexto económico latinoamericano.....	39
3. Ocho casos de emprendimientos extractivos y (mal) desarrollo.....	47
3.1. Economía, cultura y violencias invisibles.....	48
3.2. Economía y violencia física.....	52
4. Los soberanos y sus territorios protegidos.....	59
5. La necesidad de responsabilización como vía hacia la paz territorial.....	61
6. Explicaciones criminológicas que dan base a la propuesta que aquí se realiza.....	62
7. El delito del maldesarrollo como categoría conceptual criminológica.....	66
8. Un concepto como incentivo para pensar sobre viejos problemas con nuevos enfoques.....	70
Bibliografía.....	73

**LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO DEL
CONSUMO FRENTE AL DERECHO PENAL.....85**

Mónica Caicedo Lozada

Adolfo Murillo Granados

1. Introducción.....	88
2. Los derechos del consumidor en la Constitución.....	88
3. Los derechos del consumidor en la ley. Aproximación al estatuto del consumidor.....	97
4. Discusión acerca de la existencia del denominado derecho del consumo.....	105
5. La protección penal de los derechos de los consumidores.....	111
Bibliografía.....	125

**EL LAVADO DE ACTIVOS COMO UN DELITO
TRANSNACIONAL.....131**

Hernando Hernández Quintero

1. Introducción.....	133
2. El concepto de delito transnacional.....	135
3. El delito de lavado de activos como resultado de acuerdos internacionales.....	140
4. Elementos que identifican el lavado de activos como delito transnacional.....	145
4.1. El delito se comete en más de un Estado.....	145
4.1.1. Colocación.....	146
4.1.2. Estratificación o ensombrecimiento.....	147
4.1.3. Integración.....	148
4.2. Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.....	149

4.3. Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado.....	150
4.4. Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.....	151
5. Otras consideraciones que permiten identificar el lavado de activos como un delito transnacional.....	151
6. Dificultades que surgen de considerar el lavado de activos como un delito transnacional.....	152
Bibliografía.....	157
Jurisprudencia.....	161

**LOS RETOS DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO:
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR INSTRUMENTALIZADO EN
ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADO.....163**

*Einarco José Morales Carpio
Jesica Paola Gómez Muñoz*

1. Introducción.....	165
2. El tratamiento del tipo de uso de menores de edad en la comisión de delitos por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.....	168
3. La autoría mediata.....	173
3.1. Autoría mediata en casos de menores de edad.....	174
3.2. Autoría mediata en estructuras de poder organizado.....	176
3.3. La jurisprudencia colombiana sobre autoría mediata en aparatos de poder organizados.....	180
4. Caso objeto de análisis: La condena contra familiares y empleados de los cofundadores del “Cartel de Cali”.....	183
5. El interés superior del menor y el sistema de responsabilidad penal de adolescentes.....	190
6. Reflexiones finales y conclusiones.....	194
Bibliografía.....	199
Jurisprudencia.....	200

¿LA CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL COMO HERRAMIENTA PARA EVITAR CONSECUENCIAS INJUSTAS?.....203

Carlos Andrés Guzmán Díaz

1. Introducción.....	205
2. Sobre la cosa juzgada.....	206
3. Aclaración y corrección en el Código General del Proceso.....	207
4. La corrección de la sentencia en la Ley 906 de 2004.....	208
5. La competencia para corregir la sentencia.....	210
6. Sobre el tiempo para corregir.....	212
7. Trámite de la corrección.....	213
8. ¿Y la tutela?.....	216
9. Acción de revisión y corrección.....	218
10. Conclusiones.....	219
Jurisprudencia.....	221

LIMITACIONES EN LA DEFENSA ANTE LA PRESENCIA DE PRUEBA ILÍCITA EN LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO.....225

Nilson Poveda Buitrago

1. Introducción.....	227
2. La prueba ilícita: visión constitucional y procesal penal para el sistema penal acusatorio colombiano.....	228
3. Etapas del proceso penal colombiano bajo el sistema penal acusatorio adversarial.....	232
4. ¿Es constitucional la omisión de los jueces de control de garantías, que no resuelven de fondo la existencia de prueba ilícita en audiencias preliminares?.....	235
5. Parámetros de legitimidad del proceso penal en un Estado democrático constitucional.....	237
6. La prueba ilícita vs las etapas del proceso penal colombiano	239
7. El proceso penal como parte del régimen penal y como garantía real del constitucionalismo moderno.....	241

8. Conclusiones.....	245
Bibliografía.....	247
Jurisprudencia.....	248

LA CONFESIÓN EN EL PROCESO PENAL AUSTRIACO.....249
Magdalena Schaffler

1. Introducción.....	251
2. Revisión histórica de la confesión.....	252
3. Generalidades sobre la confesión en el proceso penal austriaco en la actualidad.....	255
3.1. El principio de la averiguación de la verdad material y la obligación de imparcialidad conforme al § 3 del StPO.....	259
3.2. Principio de la libre valoración de la prueba.....	262
4. El papel del interrogatorio.....	263
4.1. Interrogatorio del imputado.....	264
4.2. Métodos no admitidos en el interrogatorio.....	265
4.3. Utilización de las declaraciones del imputado.....	267
4.4. Interrogatorio del acusado.....	270
5. La confesión como parte de un acuerdo: confesión a cambio de clemencia.....	273
5.1. Situación de lege lata.....	274
5.2. Consideraciones de lege ferenda.....	277
6. Relevancia de la confesión para la determinación de la pena.....	278
6.1. Confesión con arrepentimiento.....	281
6.2. Contribución a la búsqueda de la verdad.....	282
7. La confesión como motivo para la revisión penal.....	283
7.1. Revisión penal en perjuicio del imputado.....	283
7.2. Revisión penal en perjuicio del absuelto.....	284
7.3. Revisión penal en perjuicio del condenado.....	285
7.4. Revisión penal en beneficio del condenado.....	286
8. Reflexión final.....	287
Bibliografía.....	289

**ANTINOMIA JURÍDICA: PERMANENCIA AUTOMÁTICA DE LA
DETENCIÓN CARCELARIA VS. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.....295**
Andrés Fernando Córdoba Benítez

1. Introducción.....	297
2. El problema jurídico	298
3. Estructura de la presente propuesta	300
4. La sentencia C-318 de 2008.....	301
5. Diferencia de trato injustificada y tipo de antinomia jurídica evidenciada.....	308
6. Propuesta para superar la antinomia jurídica	315
7. Conclusiones	321
Bibliografía	325
Jurisprudencia y otros	326

LIBERTAD: EXCEPCIÓN O REGLA GENERAL.....329
José Manuel Torres Vanegas

1. Introducción.....	331
2. Libertad y política criminal dentro del sistema acusatorio.....	334
3. Conclusión.....	347
Bibliografía.....	349
Jurisprudencia.....	350

**DERECHO PENAL JUVENIL EN LA ARGENTINA. BULACIO (2003) Y
MENDOZA (2013): DOS CONDENAS, UNA DEUDA.....351**
Claudia Cesaroni

1. Introducción.....	353
2. ¿Qué pasó con Walter Bulacio?.....	354
3. Convención sobre los Derechos del Niño, ¿estás ahí?.....	357
4. Sobre el trámite ante el sistema interamericano de derechos humanos.....	359
5. Por qué las condenas a prisión y reclusión perpetua a adolescentes nunca debieron haberse aplicado.....	361
6. Sobre el modo en que se ejecutaron las condenas.....	377
7. Las torturas y la muerte.....	380
8. Sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.....	389
9. A modo de conclusión.....	395
Bibliografía.....	397
Jurisprudencia y otros.....	398

PRESENTACIÓN

En los dos tomos de “*Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional*” se recogen las contribuciones de varios académicos colombianos y extranjeros, los cuales, en su mayoría, nos acompañaron en las diferentes versiones del Congreso Internacional de Criminología y Derecho Penal celebrado en la ciudad de Cali entre el 2008 y 2017. Este Congreso organizado por el Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal, con el acompañamiento institucional de la Universidad Libre Seccional Cali y en algunas ocasiones también de la Universidad Santiago de Cali, fue liderado a lo largo de una década por los profesores Adolfo Murillo y Gustavo Ampudia.

El 21 de junio de 2018, nuestro colega y cofundador de esta iniciativa académica, Lenis Gustavo Ampudia Asprilla, falleció debido a quebrantos de salud. Desde la fecha de su partida hemos querido brindar un modesto homenaje académico a la memoria de Gustavo. Luego de plantearle la propuesta a varios colegas que nos acompañaron en el Congreso de Derecho Penal, hemos tenido una amplia acogida a esta invitación, lo cual ha posibilitado la publicación de estos dos ejemplares que hoy presentamos a la comunidad académica y que agrupan diferentes resultados de investigación, así como textos de reflexión, sobre temas actuales del derecho penal, del derecho constitucional y de la justicia transicional.

Si bien todos los temas tratados a lo largo de los dos tomos tienen como punto de encuentro las ciencias penales y el constitucionalismo contemporáneo, luego del trabajo de organización y articulación de los textos hemos decidido reunir en el primer tomo los estudios con mayor orientación al derecho penal, tanto sustantivo como

adjetivo. Por su parte, el segundo tomo concentra los estudios del denominado derecho transicional junto con algunos ensayos específicos en materia constitucional.

Queremos agradecer a los diferentes autores, quienes con el mayor compromiso aportaron su contribución para la realización de esta producción literaria. Su generosidad nos permite no solo rendir tributo a un apreciado colega que siempre promovió el estudio y debate de los apasionantes temas penales y constitucionales, sino también brindar dos libros de gran calidad que permiten al lector ahondar en el análisis de lo que en Colombia y en otras latitudes se discute en la actualidad dentro de los ámbitos disciplinares ya señalados.

Manifestamos nuestro agradecimiento a las directivas de la Universidad Santiago de Cali, especialmente a su Rector Carlos Andrés Pérez Galindo, por el apoyo a los procesos investigativos de la universidad y en particular de la Facultad de Derecho. Gracias a su respaldo administrativo a los procesos de investigación, hoy contamos, entre otras cosas, con programas reacreditados en alta calidad, con un programa de Doctorado en Derecho, con un grupo de investigación en categoría A y con varios investigadores reconocidos en las categorías de senior, asociado y junior. De igual forma, agradecemos a la Editorial Diké con quien hemos logrado consolidar una serie de publicaciones que dan cuenta del excelente trabajo editorial mancomunado con el sello Editorial USC.

***Adolfo Murillo Granados &
Diego Fernando Tarapués Sandino***
Bogotá, mayo de 2020

EDITORES CIENTÍFICOS

ADOLFO MURILLO GRANADOS

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

ESTUDIOS SOBRE DERECHO

PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo II



ED
EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

ESTUDIOS SOBRE DERECHO

PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo II

Homenaje al profesor Gustavo Ampudia

I.S.B.N.: 978-958-5147-04-1
I.S.B.N. Digital: 978-958-5147-05-8

© Adolfo Murillo Granados
© Camilo Osorio Vásquez
© Clara Inés Muñoz Peláez
© Diego Fernando Tarapués Sandino
© Gonzalo Paz Mahecha

© Iván Vila Casado
© Natalia Barbero
© Raquel Lima Scalcon
© Sory Miryed Delgado Arboleda
© William Peña Barrios

© Editorial Diké 2020
www.editorialdike.com
© Universidad Santiago de Cali
editor@usc.edu.co

Editorial Diké S.A.S

Cel.: 301 242 7399
dikesacomercial@gmail.com
Medellín, Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27-41 Barrio Santander Tel: 7046822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com / editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,
Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /
563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,
Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Diana María Mosquera Taramuel
e-mail: diagramacioneditorialusc@usc.edu.co

Juan Diego Tovar Cardenas
e-mail: librosusc@usc.edu.co

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

EDITORES CIENTÍFICOS
ADOLFO MURILLO GRANADOS
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

ESTUDIOS SOBRE DERECHO
PENAL, CONSTITUCIONAL Y TRANSICIONAL

Tomo II

Homenaje al profesor Gustavo Ampudia



Catalogación en la publicación

Tarapués Sandino, Diego Fernando

Estudios sobre derecho: penal, constitucional y transicional : Tomo II / Diego Fernando Sandino Tarapués, Adolfo Murillo Granados. -- Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali, Editorial Diké, 2020.

346 páginas: ilustraciones; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Justicia transicional -- Colombia 2. Justicia restaurativa -- Colombia
3. Garantías constitucionales 4. Derechos humanos I. Tarapués Sandino, Diego Fernando II. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho.

SCDD 345.01 ed. 23

CO-CaUSC

JRGB/2020

Editorial Diké S.A.S

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

CITA ESTE LIBRO:

Murillo Granados, A. y Tarapués Sandino, D. F. (coords.). (2020). *Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional. Tomo II*. Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS

Justicia Transicional, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Penal.

Transitional Justice, Human Rights, Constitutional Law, Criminal Law.

**Fondo Editorial
University Press Team**

Carlos Andrés Pérez Galindo
Rector

Rosa del Pilar Cogua Romero
Directora de Investigaciones

Edward Javier Ordoñez
Editor en Jefe

**Comité Editorial
Editorial Board**

Rosa del Pilar Cogua Romero
Doris Lilia Andrade Agudelo
Edward Javier Ordoñez
Luisa María Nieto Ramírez
Sergio Molina Hincapié
Milton Orlando Sarria Paja
Sergio Antonio Mora Moreno
Claudia Fernanda Giraldo Jiménez
Luis Felipe Vélez Franco

COORDINADORES

ADOLFO MURILLO GRANADOS

Abogado de la Universidad Libre, seccional Cali. Especialista en Derecho Penal y Criminología y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Exconjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Profesor de posgrados en diferentes universidades como la Libre y la USC. Investigador Senior de Minciencias y miembro de los Grupos de Investigación GICPODERI de la USC y de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0002-5409-6402>

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Abogado Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la USC y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle. Master of Laws (LL.M.) y Doctorando del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Profesor Titular escalafonado y Ex Decano de la Facultad de Derecho de la USC. Investigador Senior de Minciencias, miembro del Grupo de Investigación GICPODERI de la USC e investigador adscrito del CEDPAL de la Universidad de Göttingen.

<https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>

AUTORES

CAMILO OSORIO VÁSQUEZ

Abogado de la Universidad Santiago de Cali y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Profesional Especializado del Tribunal para la Paz. Miembro de los Grupos de Investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali y de Derecho Penal de la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0001-5963-4786>

CLARA INÉS MUÑOZ PELÁEZ

Abogada y Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Cultura de Paz y Derecho Internacional Humanitario de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica, Magíster en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad Santiago de Cali y estudiante del Doctorado en Derecho de la misma institución. Magistrada Auxiliar del Tribunal para la Paz.

<https://orcid.org/0000-0003-2231-4740>

SORY MIRYED DELGADO ARBOLEDA

Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana en convenio con la Universidad de San Buenaventura, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre, Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica y Magíster en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad Santiago de Cali. Profesional Especializada de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz.

<https://orcid.org/0000-0003-2542-9674>

WILLIAM PEÑA BARRIOS

Abogado, Especialista en Derecho Penal y en Derecho Constitucional de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia y Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz.

<https://orcid.org/0000-0001-8556-9690>

GONZALO PAZ MAHECHA

Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre Bogotá y Especialista en Derecho Penal de la Universidad Santiago de Cali. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Penal de la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0002-5747-4261>

NATALIA BARBERO

Doctora en Derecho Penal. Profesora de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en consultorías temáticas en Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Profesora de Derechos Humanos, Derecho Penal, y Derecho Penal Internacional. Jurado, Tutora y Directora de tesis de investigación, Maestría y Doctorado en la Universidad de Buenos Aires y en Universidad de Moron.

<https://orcid.org/0000-0001-9178-0361>

IVÁN VILA CASADO

Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Constitucional y Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Autónoma de México. Especialista en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Comercial y Tributario de la Universidad del Rosario. Profesor de posgrados en la Universidad Libre.

<https://orcid.org/0000-0002-6797-7209>

RAQUEL LIMA SCALCON

Profesora de la Fundación Getúlio Vargas, Sao Paulo, Brasil. Investigadora becaria de la Fundación Alexander Von Humboldt (AvH) para la estancia postdoctoral en la Humboldt-Universität zu Berlin, y del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en Freiburg, Alemania, para estancia de investigación de corta duración (2018). Doctora en Derecho de la Universidad Federal de Río Grande del Sur, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0001-9817-9229>

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	21
<i>Adolfo Murillo Granados</i>	
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
SEMBLANZA DE LENIS GUSTAVO AMPUDIA ASPRILLA	23
<i>Luzcely Balanta</i>	
<i>Eliana Ampudia Balanta</i>	
EL PAPEL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL	27
<i>Adolfo Murillo Granados</i>	
1. Procesos de transición y justicia transicional.....	29
2. Aproximación al concepto de justicia restaurativa.....	35
3. La justicia restaurativa en materia penal	43
4. La justicia restaurativa en el contexto de la justicia transicional	53
Bibliografía	61
EL RÉGIMEN DE CONDICIONALIDAD COMO MECANISMO JUDICIAL PARA LA OBTENCIÓN Y CONSERVACIÓN DE BENEFICIOS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL	65
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
1. Introducción.....	67
2. Origen y fundamento del régimen de condicionalidad	70

3. El contenido de las obligaciones asociadas al régimen de condicionalidad.....	78
4. Imposición del régimen de condicionalidad en sus facetas negativa y proactiva	84
5. Verificación del incumplimiento del régimen de condicionalidad.....	88
6. Conclusiones y recomendaciones.....	94
Bibliografía	97

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CAUSAL DE REVISIÓN INÉDITA EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COLOMBIANA	101
<i>Camilo Osorio Vásquez</i>	

1. Introducción.....	103
2. Naturaleza de la acción de revisión penal en el contexto jurídico colombiano.....	105
3. La acción de revisión del artículo transitorio 10 AL 01/17 como tratamiento especial en el SIVJRN.....	118
4. Causal de revisión de variación de la calificación jurídica.....	133
4.1. Principio de favorabilidad y la causal de revisión de variación de la calificación jurídica.....	137
4.2. La acción de revisión por variación de la calificación jurídica no es equiparable a la sustitución de la sanción penal.....	140
4.3. Diferencia entre la variación de la calificación jurídica y la variación favorable de jurisprudencia	143
5. Conclusiones	144
Bibliografía	147

LA PRIORIZACIÓN: TÉCNICA DE GESTIÓN DE INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN	153
<i>Clara Inés Muñoz Peláez</i>	
<i>Sory Miryed Delgado Arboleda</i>	

1. Introducción.....	155
2. Justicia Transicional y Priorización	157
3. La priorización en Justicia y Paz	162
4. La priorización en la Justicia Penal Ordinaria	167
4.1. El tradicional modelo de investigación.....	168
4.2. ¿Cómo se llega a investigar penalmente?.....	169
4.3. La Priorización: Nuevo modelo de investigación penal.....	171
4.4. Criterios de priorización de casos	174
5. La priorización en la Jurisdicción Especial para la Paz.....	175
5.1. Agrupación y concentración.....	180
5.2. Criterios de priorización	180
6. Conclusiones.....	183
Bibliografía	187

LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR

POR OMISIÓN: ¿ANTÍDOTO CONTRA LA IMPUNIDAD?	189
<i>William Peña Barrios</i>	

1. Introducción.....	191
2. La crisis de los derechos humanos en Colombia	193
3. De la necesidad de procesar a los máximos responsables	202
4. Definición e importancia para el derecho penal y la justicia transicional de la teoría de la responsabilidad por el mando.....	203
5. Consagración en el Derecho Internacional	207
5.1. Evolución.....	207
5.2. Antecedentes recientes	208
6. Consagración interna	215
6.1. El Acuerdo Final de La Habana	215
6.2. En la Constitución Política	216
6.3. En la Ley Estatutaria para la JEP	224
6.4. Tratamiento en el derecho penal colombiano de la responsabilidad de los mandos.....	226
7. Alternativas de aplicación.....	229
Bibliografía	241

APOLOGÍA DEL GENOCIDIO 245
Gonzalo Paz Mahecha

1. Introducción.....	247
2. La negación del exterminio judío	250
3. Difundir ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo	254
4. Difundir ideas o doctrinas que propicien o promuevan el antisemitismo	258
5. Difundir ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o el antisemitismo.....	262
6. Difundir ideas o doctrinas que justifiquen el antisemitismo.....	265
7. Difundir ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas.....	266
Bibliografía	271

REFUGIADOS Y DERECHOS HUMANOS:

UNA SITUACIÓN DESBORDADA 273
Natalia Barbero

1. Introducción.....	275
2. Derecho Internacional de los Refugiados	277
3. ¿Qué se entiende por “refugiado”?	283
4. ¿Protege el Derecho a los refugiados? ¿Encuentran los refugiados verdadero “refugio” en el Derecho?	289
Bibliografía	293

PODER DISCIPLINARIO, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y

EFICACIA INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN..... 295
Iván Vila Casado

1. Introducción.....	297
2. Garantías y deberes constitucionales de los funcionarios públicos.....	300

3. La potestad disciplinaria frente al pacto de San José de Costa Rica.....	301
4. La constitución y los tratados internacionales	303
5. La eficacia integradora de la Constitución	305
Bibliografía	309

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE EFECTOS CONCRETOS (FINES) DE NORMAS JURÍDICAS. PROPUESTA DE UN MODELO A PARTIR DE LA EXPERIENCIA ALEMANA.....	311
<i>Raquel Lima Scalcon</i>	

1. Introducción.....	313
2. Objeto sometido a control	316
3. Justificación del control	317
4. Presupuestos del control	320
5. Criterios del control.....	321
5.1. Elemento indicativo 1: grado de desconcierto entre restricción esperada a derechos fundamentales o a principios constitucionales contrapuestos y restricción concretamente generada.....	323
5.2. Elemento indicativo 2: grado de desconcierto entre realización esperada de los derechos fundamentales o de los principios constitucionales promovidos y realización concretamente obtenida.....	323
5.3. Elemento indicativo 3: nivel de inversión de la relación/ proporción entre grado concreto de restricción y grado concreto de realización de derechos fundamentales (conjugación de los elementos 1 y 2)	324
6. Resultados del control.....	325
6.1. Declaración de inconstitucionalidad	325
6.2. Declaración de constitucionalidad “mitigada” o “imperfecta”: el deber de rectificar o corregir la ley	327
6.2.1. Premisa y fundamento teóricos para la configuración de un deber de rectificar la ley.....	328
6.2.2. Requisito fáctico para la configuración de un deber de rectificar la ley	329

6.2.3. Tiempo y modo de cumplimiento del deber de rectificar la ley	330
6.2.4. La imposición de deberes de rectificación de la ley por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG): breve selección de casos relevantes	332
6.3. Declaración de constitucionalidad	339
7. Conclusiones	339
Bibliografía	341

PRESENTACIÓN

En los dos tomos de “*Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional*” se recogen las contribuciones de varios académicos colombianos y extranjeros, los cuales, en su mayoría, nos acompañaron en las diferentes versiones del Congreso Internacional de Criminología y Derecho Penal celebrado en la ciudad de Cali entre el 2008 y 2017. Este Congreso organizado por el Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal, con el acompañamiento institucional de la Universidad Libre Seccional Cali y en algunas ocasiones también de la Universidad Santiago de Cali, fue liderado a lo largo de una década por los profesores Adolfo Murillo y Gustavo Ampudia.

El 21 de junio de 2018, nuestro colega y cofundador de esta iniciativa académica, Lenis Gustavo Ampudia Asprilla, falleció debido a quebrantos de salud. Desde la fecha de su partida hemos querido brindar un modesto homenaje académico a la memoria de Gustavo. Luego de plantearle la propuesta a varios colegas que nos acompañaron en el Congreso de Derecho Penal, hemos tenido una amplia acogida a esta invitación, lo cual ha posibilitado la publicación de estos dos ejemplares que hoy presentamos a la comunidad académica y que agrupan diferentes resultados de investigación, así como textos de reflexión, sobre temas actuales del derecho penal, del derecho constitucional y de la justicia transicional.

Si bien todos los temas tratados a lo largo de los dos tomos tienen como punto de encuentro las ciencias penales y el constitucionalismo

contemporáneo, luego del trabajo de organización y articulación de los textos hemos decidido reunir en el primer tomo los estudios con mayor orientación al derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo. Por su parte, el segundo tomo concentra los estudios del denominado derecho transicional junto con algunos ensayos específicos en materia constitucional.

Queremos agradecer a los diferentes autores, quienes con el mayor compromiso aportaron su contribución para la realización de esta producción literaria. Su generosidad nos permite no solo rendir tributo a un apreciado colega que siempre promovió el estudio y debate de los apasionantes temas penales y constitucionales, sino también brindar dos libros de gran calidad que permiten al lector ahondar en el análisis de lo que en Colombia y en otras latitudes se discute en la actualidad dentro de los ámbitos disciplinares ya señalados.

Manifestamos nuestro agradecimiento a las directivas de la Universidad Santiago de Cali, especialmente a su Rector Carlos Andrés Pérez Galindo, por el apoyo a los procesos investigativos de la universidad y en particular de la Facultad de Derecho. Gracias a su respaldo administrativo a los procesos de investigación, hoy contamos, entre otras cosas, con programas reacreditados en alta calidad, con un programa de Doctorado en Derecho, con un grupo de investigación en categoría A y con varios investigadores reconocidos en las categorías de senior, asociado y junior. De igual forma, agradecemos a la Editorial Diké con quien hemos logrado consolidar una serie de publicaciones que dan cuenta del excelente trabajo editorial mancomunado con el sello Editorial USC.

***Adolfo Murillo Granados &
Diego Fernando Tarapués Sandino***
Bogotá, mayo de 2020