

Segunda parte

Discursos de los académicos en sesiones solemnes: miembros honorarios, ascenso a miembros de número e ingreso como miembros correspondientes



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2025

EL BIEN JURÍDICO NO ES UN ORNAMENTO

UNA PROPUESTA LEGITIMADORA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL BIEN JURÍDICO EN LAS MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (L. 906/04)*

Alejandro Penilla Rodríguez**
Académico correspondiente

Resumen: El restablecimiento de derechos (art. 22 CPP) representa un avance significativo en los principios que rigen y orientan el sistema penal. Su aplicación ha sido objeto de reiterados pronunciamientos tanto jurisprudenciales como doctrinales, sobre su contenido, aplicación, reglas y, especialmente, sobre su desarrollo como principio rector del ordenamiento procesal colombiano. Los criterios que determinan su procedencia, establecidos jurisprudencialmente, se refieren principalmente a tres requisitos que deben acreditarse: la existencia de tipicidad objetiva, posibilidad de restablecer el orden de las cosas y la superación del análisis de proporcionalidad. En el fundamento del restablecimiento del derecho se encuentra el bien jurídico en su contexto inmanente a los límites constitucionales. La propuesta es, en última instancia, una valoración de la posibilidad de restaurar los bienes jurídicos o restablecer objetos de protección; su viabilidad denota la legitimidad de intervención fundamentada en un examen adicional sobre la posibilidad contemplada en la norma. Finalmente, sugerimos que el método propuesto tendrá especial preponderancia en la valoración del subprincipio de proporcionalidad, esto a fin de establecer la procedencia de la medida.

Palabras clave: Restablecimiento del derecho; bien jurídico; legitimación de intervención; proporcionalidad; necesidad (subprincipio).

* Trabajo presentado para su ingreso como Académico correspondiente capítulo Cali de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 5 de junio de 2025.

** Abogado, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas; doctorando en Derecho por la Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho Penal Económico Internacional de la Universidad de Granada; profesor de Derecho Penal, litigante y asesor. Contacto: alejandropenilla@gmail.com

THE LEGAL GOOD IS NOT AN ORNAMENT

CONSTITUTIONAL THEORY OF THE LEGAL GOOD: A PROPOSAL FOR LEGITIMIZING RESTORATIVE MEASURES UNDER SECTION 22 OF THE COLOMBIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE (LAW 906/04)

Abstract: The restoration of rights, as stipulated in Section 22 of the Code of Criminal Procedure, represents a significant evolution within the principles governing the criminal justice system. Its implementation has been the subject of extensive jurisprudential and doctrinal analysis concerning its scope, application, and normative development as a guiding principle within the procedural framework of Colombia. The provenance of this restorative measure is primarily determined by three principal criteria: (a) the objective commission of an offense, (b) the re-establishment of the order of things, and (c) satisfaction of the assessment of proportionality. At the core of the rationale for restoring rights lies the legal good, considered within its immanent relationship to constitutional parameters. This proposal advocates for an additional assessment, conducted in conjunction with the proportionality analysis, regarding the feasibility of restoring protected legal interests or re-establishing the objects of protection. It is posited that such an assessment is viable, as the underlying rationale underscores the legitimizing effects of the intervention by the state's punitive power. Ultimately, the method proposed is argued to exert a significant influence upon the assessment of the subprinciple of proportionality, thereby informing the determination of the measure's appropriateness.

Keywords: Restitution Measures; Protected Legal Interest; Proportionality Review.

Antecedentes legislativos de la cláusula de restablecimiento del derecho en el ordenamiento penal y procesal penal colombiano

El delito es fuente de diversas obligaciones, en este sentido, su alcance no puede limitarse únicamente a la responsabilidad penal del autor, sino que, desde una perspectiva mucho más amplia y centrada en los efectos del hecho punible, se reconocen otras formas de responsabilidad derivadas de él. En consonancia con lo anterior, el Derecho Civil ha sostenido que el delito constituye una fuente de obligaciones¹, reforzando la máxima según

¹ Cfr. Código Civil. “Artículo 1494. *Fuente de las obligaciones*. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

la cual “el delito por sí mismo no puede ser fuente de derechos”.² Más allá de la incidencia que el hecho punible pueda tener en otros sistemas de responsabilidad (como el disciplinario, el administrativo y el fiscal, entre otros), en este apartado se analizará la relación legislativa entre el delito y la obligación civil. El objetivo es identificar el punto de inflexión en el que el ordenamiento penal incorpora la figura del restablecimiento de derechos, no como una mera forma de resarcimiento del daño civil ocasionado por el delito, sino como una manifestación inmanente de la restitución de bienes jurídicos y del restablecimiento del orden jurídico.

La Constitución Política de 1886 [CN 1886] (vigente hasta el proceso constituyente de 1991), no reconocía que la conducta punible fuera causa de la responsabilidad civil derivada de una infracción penal. Sin embargo, la ausencia de una formulación expresa en el texto constitucional no fue óbice para que las normativas procesales de la época estipularan el ejercicio de la acción civil, aunque no comprendían la noción del restablecimiento de derecho. No fue sino hasta 1981, con la expedición del Código de Procedimiento Penal de ese mismo año [CPP 1981], que el ordenamiento procesal contempló, por primera vez, bajo la categoría de “Principios de garantía jurídico-procesal”, el mecanismo de restablecimiento del derecho.

Ya en el Código Penal de la Nueva Granada de 1837 [CP 1837], se reconocía la indemnización de perjuicios como un fenómeno accesorio y causal de la conducta ilícita. De manera puntual, de la responsabilidad penal se derivaba la corresponsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios resultantes de la conducta prohibida. El ordenamiento de 1837 lo estableció textualmente en los siguientes términos:

Artículo 76. Asimismo, en todo delito de que resulten daños i perjuicios contra la causa pública ó contra los particulares, se deberá condenar de mancomun i solidariamente á los autores, á los cómplices i ausiliadores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda expresado, al resarcimiento de todos los daños, i á la indemnización de todos los perjuicios que haya resultado.

Como lo destacaremos a lo largo de esta exposición, los ordenamientos anteriores a 1981 respondían a formas filosóficas utilitaristas en las que

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2012, rad. 39858.

claramente se observaban normas como la transcrita, orientadas hacia máximos de utilidad, privilegiando el resarcimiento económico por sobre el restablecimiento integral de derechos y garantías.

Antes de que se reconociera el restablecimiento del derecho como un principio, el procedimiento penal únicamente contemplaba la existencia de una parte civil, a la cual se le reconocía una indemnización como consecuencia de los perjuicios ocasionados por la infracción de la ley penal. En ese sentido, el Código de Procedimiento Penal de 1938 [CPP 1938] asignó, entre otras funciones, al Ministerio Público, la de procurar la indemnización de perjuicios a favor de la parte civil.³ Sin embargo, el mismo CPP 1938, reconoció expresamente la intervención de la parte civil como una acción autónoma dentro del proceso penal, en los siguientes términos:

Artículo 24. La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, Se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos. En todo caso en que de la infracción resultaren perjuicios civiles, el Agente del Ministerio Público dará cumplimiento al artículo 93 del Código Penal.

Para hacer efectivas las decisiones relacionadas con la indemnización de perjuicios, el Código preveía la implementación de medidas cautelares como el embargo y el secuestro de bienes, así como la posibilidad de constituir fianzas. No obstante, la visión adoptada era estrictamente indemnizatoria y resarcitoria. El CPP 1938 no contemplaba mecanismos que pudieran, en medida alguna, equipararse a los contemporáneos de restablecimiento del derecho. Insistimos en que ello es característico de su configuración filosófica, que equiparaba la noción de indemnización de perjuicios con la de restablecimiento del orden vulnerado para el afectado por la infracción. En efecto, tampoco se reconocía la existencia de “víctimas” de la conducta punible. Lo anterior correspondía a una configuración procesal coherente con un modelo positivista que adoptaba una visión limitada respecto de los sujetos pasivos de la infracción. Este sistema consideraba satisfechos

³ Cfr. Código de Procedimiento Penal de 1938. Sobre el Ministerio Público. “Artículo 92. El Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar [...] y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. En cumplimiento de estos deberes, el Ministerio Público pedirá la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, la detención o la libertad del procesado cuando sean pertinentes y, en general, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal”.

los intereses de los afectados mediante la indemnización de perjuicios y la constitución de un título ejecutivo a su favor.

El Decreto 409 de 1971 [CPP 1971] derogó el CPP 1938; sin embargo, no introdujo cambios sustanciales en la redacción del artículo 24 del Código anterior. Si bien este nuevo código incorporó algunas reglas adicionales sobre la indemnización de perjuicios, ello respondió más a la necesidad de reglamentar el procedimiento para su reconocimiento que a una transformación conceptual del modelo. Posteriormente, mediante la Ley 6ª de 1979, se confirieron facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual, según su artículo 1º, debía reunir las siguientes características:

- (a) La orientación filosófica del Código consultará los principios constitucionales y de universal vigencia que garantizan los derechos de la sociedad sin desmedro de los del procesado, tales como el de legalidad, derecho de defensa, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad, lealtad entre las partes y el de adecuación a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo.

Brevemente destacamos la remisión convencional contenida en la ley habilitante de facultades extraordinarias. Para enero de 1979 Colombia ya era parte de varios instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan aquellos relativos al derecho de la guerra. En materia de reconocimiento de derechos fundamentales también se encontraban vigentes el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, adoptada por Colombia en 1972).⁴ En estos instrumentos se reconocía de forma tímida la posibilidad de indemnización en casos de condenas injustas o errores judiciales⁵ eventualmente revertidos. En consecuencia, es evidente que no existía aún un referente en el derecho convencional

⁴ Colombia, Ley 16 de 1972, “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.

⁵ Sobre este asunto, cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968) “Artículo 14. [...] 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”, y Pacto de San José (Ley 16 de 1972) “Artículo 10º. *Derechos de*

que impulsara expresamente la implementación de cláusulas orientadas al restablecimiento de derechos, o a la reparación derivada de la comisión de una conducta punible, tal como la conocemos contemporáneamente.

En virtud de lo anterior, no se vislumbraban avances significativos en materia de restablecimiento de derechos, no solo porque seguía vigente la Constitución de 1886 –que, como se señaló previamente, no se ocupaba de la responsabilidad derivada de la infracción penal y que no había sido modificada desde 1863–, sino porque el marco internacional tampoco lo exigía. Sin embargo, el Decreto 181 del 29 de enero de 1981 incorporó un nuevo Código de Procedimiento Penal [CPP 1981]. Por primera vez, en el título preliminar bajo la rúbrica de “Principios de garantía jurídico-procesal”, dicho código contempló⁶ un mecanismo que, aunque puede clasificarse genéricamente como una forma de reparación mediata, se orientaba a la restitución de los derechos de los afectados por la conducta punible. Esta medida fue redactada de la siguiente forma: “Artículo 13. *Restablecimiento del derecho*. El juez decidirá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho, cuando por su naturaleza sea posible”.

Reconocemos en esta propuesta legislativa su valor al codificar –por primera vez– la posibilidad de reinstaurar derechos, desligándola de la acción civil prevista en la parte general del mismo cuerpo normativo. Sin embargo, esta facultad fue categorizada como un asunto extrapenal, que si bien debía estar desligado, por ejemplo, de la responsabilidad penal del acusado, su redacción carecía de precisión respecto de la aplicación concreta del mecanismo. Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal de 1991 [CPP 1991]⁷ ajustó la formulación del restablecimiento del derecho. La propuesta⁸ contenida en el CPP 1991 resultó mucho más acertada y completa que la contemplada en el CPP 1981. La doctrina especializada de

Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

⁶ En similar sentido, respecto de la cronología de la incorporación del restablecimiento del derecho al procedimiento penal, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4367-2020, rad. 54480.

⁷ Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991, “Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal”.

⁸ Cfr. Código de Procedimiento Penal de 1991, artículos 11 y 120.3

la época continuaba clasificándola como un asunto extrapenal, sin llegar aún a considerarla expresamente como un principio de rango constitucional:

(m) Restablecimiento del derecho. En aras de la economía procesal, se ha extendido la competencia del juez penal a asuntos extrapenales. Este es un caso en el que el juez penal puede resolver asuntos civiles o de otra índole, con el objeto de restablecer el derecho que fue violado o desconocido. El juez penal queda así facultado para tomar determinaciones no exclusivamente penales...⁹

En esta oportunidad (la de 1991) se delimitó que el objeto del restablecimiento serían los efectos derivados del hecho punible, renunciando así a considerarlo un mero asunto incidental. En esa misma línea, el restablecimiento dejó de concebirse como una disposición de efectos estrictamente fácticos, para pasar a ser una medida de alcance integral, que no solo pretendía que las cosas volvieran a su estado anterior—cuando ello fura posible—, sino también que se restablecieran los derechos que hubieran podido resultar lesionados. El CPP 1991 propuso la siguiente redacción:

Artículo 14. *Restablecimiento del derecho.* Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados.

Con esta propuesta, la intervención del juez en la actuación penal deja de ser un mero restablecimiento fáctico. Si el juez verifica que la transgresión típica ha menoscabado derechos tanto de víctimas como de terceros afectados, se enfrenta a una situación que exige intervención, legitimada no solo por el mandato constitucional de proteger a los asociados frente a la lesión de bienes jurídicos y expectativas razonables de libertad, sino también porque la restitución de derechos matiza la función de protección de la vigencia de la norma penal y, por qué no, el acto comunicativo propio de la prevención general positiva como mensaje legitimador de la efectividad del sistema penal. Sobre este punto específico, la doctrina reciente ha reiterado que la intervención del Derecho Penal es, por naturaleza, tardía¹⁰,

⁹ Gilberto MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*. 9.^a ed. (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996).

¹⁰ Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*. Parte general (Madrid: Aranzadi La Ley, 2025), 185.

y que el principio del restablecimiento del derecho constituye un claro ejemplo de ello. Este razonamiento será desarrollado con mayor detalle en la siguiente sección.

Por otra parte, y común a los diversos cuerpos normativos referidos, se observa que en las iniciativas legislativas del Ejecutivo, –al momento de redactar nuevos códigos de procedimiento penal, se debe considerar la orientación filosófica de la parte general del Código Penal. Como ya se ha mencionado, la redacción de dicha parte general de los distintos códigos penales, que coexistían con los diferentes ordenamientos procesales, evidencia un acápite dedicado al reconocimiento de una parte civil, la cual, de manera incidental, reclama la indemnización de los perjuicios causalmente derivados de la infracción penal. En el caso del Código Penal de 1936 [CP 1936], la indemnización de perjuicios constituía una declaración incluida por el juez de conocimiento en la sentencia condenatoria.¹¹

Fue mediante la Ley 5.^a de 1979, y de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, que se revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de un año, para expedir un nuevo Código Penal. En consecuencia, el 23 de enero de 1980 se expidió el Decreto Ley 100, por medio del cual se adoptó el Código Penal de 1980 [CP1980]. Al igual que su predecesor, este código reconoció la responsabilidad civil derivada del hecho punible¹². En efecto, el CP 1980, dispuso: “Artículo 103. Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan...”. Por otra parte, se advierte un primer avance significativo y novedoso hacia una concepción más amplia del concepto de víctima. En ese sentido, el CP 1980 estableció: “Artículo 104. Titulares de la acción indemnizatoria. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal”.

¹¹ Código Penal de 1936. “Artículo 93. En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se deberá condenar a los responsables, solidariamente, a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado”.

¹² Cfr. Código Penal de 1980, título VI, “De la responsabilidad civil derivada de hecho punible”, capítulo único.

Resulta evidente que el ordenamiento penal, al menos en su parte general, ha reconocido de forma sostenida la posibilidad de reparación civil del daño. Como hemos visto, este ha sido un elemento constante en los códigos penales colombianos. No obstante, no se identifican herramientas ni prerrogativas en dichos cuerpos normativos que respondan a la lógica del restablecimiento del derecho. Si bien, como ya se indicó, no fue sino hasta la expedición del CPP 1981 que por primera vez en un Código de Procedimiento Penal se incorporó una cláusula expresa de restablecimiento de derechos –desligada, por supuesto, de la eventual indemnización por los perjuicios causados con ocasión de la infracción penal–. Para concluir esta exposición, compartimos lo señalado por la doctrina, cuando reconoce que

... el restablecimiento del derecho es una idea más compleja que la de indemnización. Supone la posibilidad de garantizar el goce del derecho afectado por la comisión del hecho punible. Así, el juez de conocimiento ha de adoptar medidas que permitan a los perjudicados por el delito continuar con el disfrute del derecho si éste fue interrumpido por la conducta punible, o volver en lo posible a las situaciones y condiciones preexistentes a la comisión de la conducta si la consecuencia del hecho punible implicó la supresión del derecho.¹³

Introducción y presentación de la discusión

Probablemente uno de los avances más robustos en favor de la pretensión de justicia y reparación de la víctima en el proceso penal sea el restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal de 2004.¹⁴ Esta disposición ofrece a las víctimas del injusto una posibilidad procesal inmediata para reinstaurar derechos, garantías y la vigencia de la norma y del ordenamiento penal. De este modo, este principio rector comprende dos remedios: (i) hacer cesar los efectos del delito y/o (ii) determinar que el estado fáctico de las víctimas o afectados vuelva a una

¹³ Jaime BERNAL CUÉLLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general*. 6.^a ed., I (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

¹⁴ Código de Procedimiento Penal de 1991, título preliminar, «Principios rectores y garantías fundamentales». “Artículo 22. *Restablecimiento del derecho*. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación 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”.

suerte de *status quo* predelictual. Aunque no se trata de una figura novedosa en el CPP, ya que, como se ha podido establecer, fue en el CPP 1981 donde se propuso una norma positiva respecto de la reconstrucción de derechos, la cual se clasificó como un restablecimiento del derecho.

La taxonomía legislativa del restablecimiento del derecho está consagrada en la Constitución Nacional de 1991 como un principio universal derivado del ejercicio del poder punitivo a través de la acción penal. Esta postura liberal y garantista de los derechos subjetivos, que hace parte de la redacción original de la Constitución de 1991, se consagra en el artículo 250 en los siguientes términos: “Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación... 1. [...] adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.

El Acto Legislativo 3 de 2002¹⁵ introdujo nuevas funciones a la Fiscalía General de la Nación, especialmente con el propósito de armonizar el nuevo modelo penal acusatorio. La cláusula relativa al restablecimiento del derecho se mantuvo como una función de la Fiscalía, aunque su redacción fue modificada, quedando expresada en los siguientes términos: “...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”. En esta nueva formulación, el concepto de restablecimiento se extiende a todas las personas que resulten “afectadas” por la infracción penal, superando así la concepción limitada basada en estrictos vínculos de causalidad, que restringía esas medidas únicamente a las víctimas directas del delito –entendidas en un sentido restrictivo. La intención del constituyente de 1991 radica en establecer un principio de derecho positivo, el cual, posteriormente “se materializa en un conjunto de normas que los regula”.¹⁶ Tal es el caso del artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, ubicado

¹⁵ “Por medio del cual se modifica la Constitución Nacional de 1991, en especial en cuanto a las funciones del Fiscal y de la Fiscalía General de la Nación, para adoptar el sistema penal acusatorio como modelo de enjuiciamiento criminal, art. 2.º, num. 6.º.

¹⁶ Hernán VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosófica y ciencia de los principios generales del derecho*. 5.ª ed. (Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2018).

por el legislador dentro del título preliminar de dicho cuerpo normativo, el cual agrupa las normas rectoras y orientadoras del sistema procedimental.¹⁷

De lo anterior se desprende que el modelo punitivo adoptado no responde únicamente a una lógica retributiva de violencia institucional frente a la comisión del delito. Por el contrario, incorpora una orientación axiológica que propugna por el restablecimiento de las esferas de protección del Derecho penal que hayan sido afectadas por la infracción penal. En ese sentido, se resalta el enfoque característico del proceso constitucional de 1991, que representa un giro hacia la humanización del modelo penal. Esta intensión no solo se evidencia en la ampliación de las garantías procesales para los imputados, sino también en la reivindicación del concepto amplio de víctima y el fortalecimiento de su papel dentro del proceso penal. En ese marco, la función constitucional atribuida a la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de la acción penal comprende, entre otras, la de “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”.

No está de más señalar que, independientemente de la responsabilidad derivada de la persecución de la acción penal, la víctima puede tener un interés legítimo en obtener un remedio –ya sea transitorio o permanente– frente a los efectos que viene padeciendo como consecuencia del injusto. Esta pretensión puede fundarse tanto en la necesidad de retornar las cosas a un estado anterior (en términos fácticos), como en aquellos casos en los que, por ejemplo, se debita periódicamente una suma de dinero de una cuenta de ahorros por un préstamo que no ha sido solicitado por el titular, sino por un suplantador. En este supuesto, la decisión judicial estaría orientada a restablecer el estado de cosas anterior a la comisión del hecho y, en consecuencia, cesar el débito del producto bancario.

Por otra parte, también se pueden presentar situaciones en las que, de forma fáctica, y antes de una decisión de fondo que ponga fin al proceso, no sea

¹⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de diciembre de 2013, rad. 42737. “Del contenido de las sentencias citadas, se advierte que el restablecimiento del derecho (i) tiene su fundamento en la Carta Política (art. 250-6); (ii) su consagración legal como principio rector en el procedimiento penal de 2004 (art. 22) no solo su aplicación obligatoria y prevalente sobre cualquier otra norma, sino que además irradia toda la normativa en mención y orienta la interpretación de las disposiciones que la integran...”.

posible retrotraer factualmente la situación a un estado predelictual.¹⁸ Ante esta circunstancia, el ordenamiento prevé medidas que modifican derechos subjetivos y que, mediante remedios jurídicos, permiten restablecer¹⁹ –al menos– el orden jurídico vulnerado.²⁰ Ejemplo de ello es la suspensión del poder dispositivo o la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, conforme lo dispone el artículo 101 CPP. Sin necesidad de adoptar una postura excluyente frente a las distintas posibilidades, en estos casos, el juez cuenta con la legitimidad suficiente para intervenir y modificar situaciones jurídicas previamente constituidas, incluso si implican derechos adquiridos. Conviene reiterar que, aunque el restablecimiento de derechos constituye un principio rector del ordenamiento procesal penal, la legitimidad constitucional de la intervención del Derecho Penal estatal se sustenta en la protección del bien jurídico, el cual actúa como criterio legitimador de la actuación judicial en asuntos que exceden la mera persecución y juzgamiento de la acción penal.

Lo que resulta problemático en el ordenamiento procesal penal es la insuficiencia del conjunto de requisitos que se deben acreditar para justificar legalmente la potestad del juez de restablecer el orden. Nos referimos puntualmente a las exigencias normativas y jurisprudenciales que condicionan la valoración de este remedio. Como se ha mencionado, la configuración actual que habilita el ejercicio del principio de restablecimiento se basa en la demostración de una conducta injustamente típica y en el análisis de

¹⁸ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4367-2020, rad. 5448, afirma que “... mientras la conducencia está relacionada con las medidas que puedan adoptarse para que cesen los efectos del delito, la posibilidad está referida a las cosas, de modo que cuando estas han sido destruidas o desaparecidas no podrán volver al estado anterior al que se encontraban antes de la ejecución del delito”.

¹⁹ Gerardo BARBOSA CASTILLO. “Aspectos concretos del restablecimiento del derecho en la Ley 906 de 2004”, en *Memorias del xxviii Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1.ª ed. (Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2007): “[e]l restablecimiento del derecho supone devolver las cosas al estado previo a la afectación de un derecho o impedir que los efectos nocivos del delito se produzcan o se incrementen...”.

²⁰ Encontramos como referente de la aplicación de esta medida la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que trazó el siguiente razonamiento: “Precisamente, una vez demostrado el origen apócrifo de los registros, en garantía del derecho a la propiedad, artículo 58 Superior –a quien acredite mejor derecho–, y en aplicación de lo dispuesto en el canon 101 de la Ley 906/04, es que resulta forzoso en la providencia que ponga fin al proceso penal, ordenar la cancelación de los registros así obtenidos en garantía del restablecimiento de derechos de las víctimas del injusto, y bajo la premisa que el delito no puede ser fuente lícita de derechos”.

proporcionalidad de la medida solicitada, conforme a los estándares constitucionales. La postura mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia ha abordado poco el estatus del bien jurídico como elemento constitucional y como fundamento legitimador y limitador del Derecho Penal²¹, en el orden de un restablecimiento.

Es claro que se debe verificar, al menos, la existencia de los elementos objetivos del tipo penal.²² En ese sentido, al explicar la estructura de la medida, la Sala de Casación Penal ha establecido la relación entre la necesidad de intervención y la verificación de la conducta punible. Así lo expresó: “... está relacionada con la necesidad de hacer cesar los efectos del delito, para procurar en lo posible que las cosas vuelvan al estado anterior al que se encontraban antes de la comisión del punible”.²³ Además, tratándose de una medida que implica una injerencia sustancial no solo en derechos fundamentales, sino también en diversas expectativas razonables de ejercicio de libertades, se requiere que el juez, en el marco del ejercicio de su función constitucional, aplique rigurosamente los juicios de proporcionalidad y razonabilidad respecto del ejercicio de sus poderes.

Se trata de un mandato constitucional que se manifiesta, por una parte, como un principio general y rector de los ordenamientos punitivos y sancionatorios; pero también como un elemento estructural presente en diversas normas procesales, en las cuales, como supuesto de acción, se requiere una cuidadosa revisión de su conformidad constitucional. Como se ha señalado,

²¹ Cfr. Detlev STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl (Madrid: Marcial Pons, 2007), 105-136.

²² A manera ilustrativa, en la práctica identificamos que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena en sentencia de tutela de primera instancia del 26 de abril de 2023, rad. 2023-00019-00, reconoce expresamente una regla sobre este respecto: “... la única forma procedente para que el funcionario restablezca el derecho, lo es la comprobación fidedigna del tipo objetivo, sin que resulte necesario escudriñar en el escenario de la tipicidad subjetiva, so pena de trasgredir el principio de presunción de inocencia del sindicado”. También en sede de restablecimiento del derecho por parte de una Fiscalía Seccional adscrita al rito de la Ley 600 de 2000, se propuso como criterio habilitante del restablecimiento que “... de acuerdo a lo anterior y de acuerdo a los criterios jurisprudenciales, seguidos bajo la ley 600 del 2000, se puede adoptar el restablecimiento del derecho, en cualquier momento que se encuentre y aparezca demostrada la tipicidad objetiva de la conducta punible que se investiga. Ahora bien y teniendo los diferentes criterios eximidos, para que sea procedente el restablecimiento del derecho solo debe darse la tipicidad objetiva, lo que a la vista de este despacho se encuentra demostrada...”.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4367-2020, rad. 54480.

ello es necesario para legitimar la adopción de medidas por parte de la Judicatura en favor de los afectados por el delito.

En ese sentido, enfatizamos que la necesidad de intervención no se debe justificar únicamente mediante la constatación de un injusto típico (al menos en su dimensión objetiva), sino que también debe comprender la verificación de la afectación del bien jurídico –en sede objetiva–, así como la aplicación de los juicios de proporcionalidad exigidos tanto por el ordenamiento como por la jurisprudencia, en especial la de la Corte Constitucional²⁴. Esta última ha establecido que todo acto que implique una limitación o injerencia en derechos fundamentales debe superar un test de legalidad fundado en la razonabilidad y la proporcionalidad.

Sostenemos, entonces, que el examen de verificación de la tipicidad objetiva debe incluir como parte constitutiva de su análisis la lesión del contenido del bien jurídico tutelado, así como de los demás objetos materiales o fenómenos protegidos por el derecho penal. Dichos elementos deben ser incorporados en la valoración de los efectos o resultados que se pretenden alcanzar mediante la medida de restablecimiento.

En nuestra propuesta metodológica, no solo consideramos razonable verificar la concurrencia de los elementos objetivos del injusto como una constatación dogmática, sino que sostenemos que, al momento de aplicar el principio de proporcionalidad –específicamente en su fase de estricta proporcionalidad–²⁵, el operador jurídico debe verificar si el contenido material del bien jurídico es susceptible de ser restablecido. Si dicha verificación demuestra que el bien jurídico puede ser restituido o los derechos restablecidos, entonces este no actúa únicamente como un criterio de constatación objetiva, sino como un factor de legitimación para la restricción de derechos fundamentales. Por el contrario, si el

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-022/1996, C-673/2001, C-060/2008, C-835/2013, C-115/2017, C-411/2022 y también: T-403/1992, T-015 y T-230/1994, T-666/2015 y T549/2019, entre otras.

²⁵ La Corte Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, reconoce la estricta proporcionalidad como un elemento fundamental o subprincipio de la proporcionalidad; entre otras, cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-144/2015. “[...] c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior”.

bien jurídico resulta irrestituible, su condición opera como límite a la intervención del aparato judicial estatal. En caso de que la recomposición material del contenido del bien jurídico esté limitada o sea inviable, se debe evaluar si la intervención del Derecho Penal estatal sigue estando justificada.

No se trata de un criterio objetivamente determinante, pero ante la imposibilidad de recomponer los derechos afectados, la intervención del juez penal podría desbordar uno de los fundamentos que legitiman y limitan las acciones judiciales que conllevan restricciones de derechos fundamentales. En consecuencia, sostenemos que en los casos en los que sea aplicable la condición establecida en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal –“si ello fuere posible”, dicha posibilidad debe ser analizada a la luz de la propuesta dogmática que aquí planteamos como complemento al esquema del restablecimiento del derecho.

En el esquema que planteamos, la hipótesis central es que el bien jurídico cumple un rol eminentemente constitucional, y no solo irradia efectos dogmáticos en cuanto a la estructura del tipo objetivo. Nuestra propuesta trasciende hacia la configuración de la legitimidad de la intervención del Derecho penal en asuntos propios de la –pretensión [de la víctima]– de reparación, aunque con efectos sobre derechos fundamentales. Sin embargo, la posibilidad de que ocurra dicho restablecimiento está actualmente supeditada a la verificación de la lesión de los bienes jurídicos causada por la conducta, pero no a la posibilidad real de restituirlos. Como criterio interpretativo auxiliar, la posibilidad de restitución se debe fundamentar en parámetros de carácter constitucional que garanticen un límite efectivo a la intervención del Estado.

Se debe observar que, en los casos en los que la verificación de la “tipicidad objetiva” resulta negativa, pero se establece la posibilidad de restituir el contenido lesionado o puesto en peligro de bienes jurídicos, la ausencia de constatación típica no impide que el juez, en ejercicio de su función constitucional, esté legitimado para intervenir y restringir derechos fundamentales de los sujetos activos de la conducta, en beneficio de las víctimas o personas afectadas. Un ejemplo de esta situación se presenta cuando la Fiscalía no logra individualizar a una persona para vincularla a la investigación penal. Dogmáticamente, la estructura objetiva del injusto no estaría completa al no identificarse un sujeto activo. En estos casos, y acudiendo

a la categoría de “medida intemporal”²⁶, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que, aun sin la identificación del autor del hecho investigado, no exista impedimento –basado en los derechos a la justicia y a la reparación que asisten a las víctimas– para que se ordenen medidas de restablecimiento de derecho.²⁷

Defendemos que no se trata de una manifestación de expansión del aparato punitivo, especialmente cuando el restablecimiento se encuentra desvinculado de la acción penal. Enfatizamos que se trata, más bien, de medidas orientadas a la reparación en favor de las víctimas del delito. Es cierto que, en ocasiones, el Derecho penal llega tarde en su misión –por momentos idealizada– de “protección de bienes jurídicos”; sin embargo, en un esfuerzo adicional, y en ciertos casos, logra un restablecimiento, ya sea provisional o definitivo, dependiendo de la etapa del proceso.

La acreditación de la procedencia de la medida de restablecimiento debe sustentarse, necesariamente, no solo en una revisión minuciosa del contenido de los bienes jurídicos lesionados (dimensión objetiva), sino también en aquellos que se pretende restablecer. Es precisamente en esta última valoración donde el bien jurídico opera como un límite constitucional. Como hemos señalado, se trata de un efecto bipartito: por un lado, establece un límite a la intervención estatal, y por otro, funge como criterio de legitimación de la razonabilidad de la medida adoptada. Frente a fenómenos que transgreden la esfera de libertad de los destinatarios del Derecho penal, se justifica la potestad de intervención del Estado cuando se verifica la afectación de valores constitucionales integrados en los bienes jurídicos protegidos.

La teoría constitucional del bien jurídico como fundamento limitador y legitimador

Referirse al concepto de bien jurídico resulta desde el inicio problemático, ya que plantea múltiples cuestionamientos e incertidumbres. Se trata,

²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 29 de junio de 2009, rad. 28725; Sentencia SP4367-2020, rad. 54480. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (autos): Auto del 31 de marzo de 2009, rad. 31466; Auto del 6 de julio de 2011, rad. 34375; Auto del 11 de diciembre de 2013, rad. 42737. Corte Constitucional: Sentencias C-060/2008, C-395/2019, y T-666/2015.

²⁷ Así, Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP3905-2016, rad. 47998.

como lo señaló Welzel²⁸, de un verdadero *proteo*, cuya concepción dista mucho de ser pacífica. En este contexto nos centraremos en una lectura y teoría constitucional del bien jurídico, categoría que adoptamos, aunque ha sido conceptualmente precedida por la noción de lesión de derechos subjetivos dentro del sistema del delito. Bajo la mirada de diversas escuelas y corrientes filosóficas, desde el pensamiento clásico hasta las teorías contemporáneas, el bien jurídico ha venido transformando no solo su contenido, sino también su finalidad y funcionalidad. Esta evolución ha conducido a un estado de la discusión en el que coexisten diversas posturas sobre su definición y alcance.

Existe un sector, especialmente en el ejercicio profesional del litigio penal, que acoge una concepción dogmática del bien jurídico con múltiples funciones. Entre ellas se le reconoce como la finalidad protectora de la norma penal²⁹, como criterio de clasificación de los injustos típicos —reflejada en la estructura del Código Penal, dividido en títulos según los bienes jurídicos tutelados—³⁰, y como elemento fundamental para valorar la antijuridicidad, tanto formal como material, de la conducta punible. Asimismo, se lo concibe

²⁸ Cfr. Hans WELZEL, *Derecho penal alemán*. 11.^a ed. (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur, 1980).

²⁹ Crítica de esta postura, Tatiana HÖRNLE, “La protección de sentimientos en el StGB”, en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 383-399 (Barcelona: Marcial Pons, 2007): “No hay muchas afirmaciones en la ciencia penal alemana que se acepten de forma casi general. Sin embargo, sigue siendo típico que los trabajos penales sobre el sentido y el fin del Derecho penal empiecen con el postulado de que las normas del Derecho penal sólo deberían servir para proteger bienes jurídicos”.

³⁰ Por ejemplo, crítico de esta afirmación es el Tribunal Federal Alemán [BVERFG], cfr. 2 BvR 392/07, 2008 = BVerfGE 120, 224 y ss. “[38] Es el asunto del legislador de establecer el área de actos criminalizados. El Tribunal Constitucional solamente revisa que las definiciones legislativas de los crímenes sean acordes con los requisitos de la Constitución, con las normas constitucionales no escritas y las decisiones fundamentales de la Constitución alemana [...]. [39] cc) No hay requerimientos constitucionales además de ello con respecto a los propósitos perseguidos de las normas de delitos. Sobre todo, no se puede derivar tales requerimientos de la teoría del bien jurídico”. Como criterios sustitutivos del bien jurídico, el BVerfG postula el principio de proporcionalidad como solución a la convicción penal y a la imposición de la pena; así como la prohibición de exceso, con particular relevancia, pues forma parte del concepto de *ultima ratio*; cfr. 2 BvR 392/07, 2008 = BVerfGE 120, 224 y ss. “[35] El Derecho penal se utiliza como ‘última ratio’ de la protección de los bienes jurídicos cuando determinadas conductas resultan especialmente nocivas para la sociedad e insoportables para la convivencia ordenada de las personas, por lo que su prevención resulta especialmente urgente. Debido a la disparidad socio-ética expresada en la amenaza, imposición y ejecución de la pena, la

como presupuesto de la tipicidad objetiva y, en el ámbito procesal, como un criterio auxiliar para interpretar la lesividad del comportamiento, por ejemplo, al estudiar la procedencia de medidas de aseguramiento.

Son varios los aspectos del ejercicio del Derecho penal en los que se identifica la injerencia conceptual de la teoría del bien jurídico. De igual forma, en la doctrina contemporánea esta se encuentra matizada por posturas novedosas pero heterogéneas. La muestra teórica ya no se reduce a una división bipartita entre quienes afirman la existencia del bien jurídico y quienes niegan su relevancia. Una parte de la doctrina ha reformulado el concepto, proponiendo superar la necesidad de una teoría del bien jurídico, aunque sin dejar de asignarle funciones prácticas y utilidad interpretativa.³¹ En cambio, otra corriente insiste en reconocer su importancia en la práctica subrayando su especial relevancia dentro del sistema dogmático de la teoría del delito. No obstante, también hay quienes cuestionan su eficacia y reclaman una redefinición de su contenido, hasta el punto de afirmar que, desde una perspectiva constitucional, carece de validez teórica.³²

En ese contexto surgen conceptos alternativos que no rechazan de plano la teoría del bien jurídico, sino que, por el contrario, redelimitan su contenido y prescinden de elementos conceptuales superfluos. En este marco argumentativo se articulan tres conceptos que resultan afines con la idea del bien jurídico: la reactualización de la teoría de la lesión de derechos subjetivos, la aplicación del principio de oportunidad y la reafirmación de

prohibición del exceso es de particular importancia como punto de referencia para la revisión de una norma penal”.

³¹ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal*. Parte general, 196 ss.

³² Cfr. Carl-Friedrich STUCKENBERG, *Reflexões sobre o direito e o processo penal* (São Paulo: Marcial Pons, 2022), 17 ss. El autor afirma que la teoría del bien jurídico carece de validez teórica. En primer lugar, sostiene que no resulta convincente como teoría, tanto por la ausencia de una fundamentación sólida como por la confusión e inteligibilidad de sus bases conceptuales. Metodológicamente, considera que el concepto es inadecuado, efecto que incluso se traslada al plano analítico. Desde la perspectiva de la conveniencia, si al bien jurídico se le asignan funciones de política criminal, no puede, al mismo tiempo, constituirse en un factor válido para evaluar su funcionamiento y eficacia. Además, resulta disfuncional como criterio de constitucionalidad; cfr. También a Manuel PORTERO HENARES, *El bien jurídico protegido en el marco del Derecho penal* (Madrid: Reus, 2023), 100, quien afirma que “el primer cometido científico al que nos enfrentamos al abordar las relaciones entre ciencia penal y política criminal es determinar o confirmar el programa de valores sobre los que ha de construirse el sistema penal”.

la función de *ultima ratio* del Derecho penal.³³ En Colombia se ha acogido una postura que encuentra mayor afinidad con aquellas corrientes que reconocen su utilidad constitucional³⁴ y dogmática, aun cuando puedan ser críticas frente a su funcionalidad o alcance.³⁵ El concepto constitucional del bien jurídico –útil y necesario en nuestro ordenamiento– parte, de manera indiscutible, de una valoración garantista de la dignidad humana y de los derechos que, por conexidad, le son inherentes. En ese sentido, la doctrina ha sostenido: “Cualquier propuesta sobre el bien jurídico que pretenda servir de límite a la actividad punitiva del Estado, como mínimo, debe partir de una norma superior, esto es, de la Constitución Nacional”.³⁶

Para nosotros, el concepto de bien jurídico, especialmente en el contexto constitucional, demuestra todo menos estar en “su lecho de muerte”³⁷, como sostiene Hefendehl:

Desde hace mucho tiempo se está arrastrando al concepto de bien jurídico a su lecho de muerte, exigiéndole prestaciones que simplemente lo superan. Lograr una determinación del contenido del bien jurídico a prueba de inferencias, lo que haría innecesaria la ulterior reflexión sobre la configuración material de un tipo penal, parece imposible.³⁸

Esta afirmación es, en parte, acertada. Sin embargo, el planteamiento funcionalista –que consideramos reduccionista–, pretende limitar el concepto

³³ De este modo, cfr. Matthias JAHN y Federica HELFERICH, “El delito de lavado de activos: una prueba para los principios del Manifiesto del derecho penal liberal y del debido proceso”, *Diritto penale contemporáneo*, n.º 1 (2023): 213-226; y nuevamente, HÖRNLE. *La protección de sentimientos...*

³⁴ Cfr. Gerardo BARBOSA CASTILLO y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996); igualmente Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. 2.ª ed. (Madrid: Civitas, 1997). “...todas las circunstancias o propósitos [...], que sean necesarios para el desarrollo libre del individual, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal que se funda en este objetivo”, igualmente en: “La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal”. En *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, editado por Miguel Polaino-Orts (Ciudad de México: Flores, 2019), 23-43.

³⁵ Cfr. Günther JAKOBS, “Problemas de legitimación del derecho penal: ¿protección de bienes jurídicos?”, en *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, editado por Miguel Polaino-Orts, 45-76 (Ciudad de México: Flores, 2019).

³⁶ BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, *Bien jurídico y derechos...*, 53.

³⁷ Roland HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 179-196.

³⁸ *Ibíd.*, 179.

de bien jurídico a un enfoque meramente ontológico, restringiéndolo a su papel como elemento material del injusto típico:

Como hemos visto en la sucinta evolución histórico-dogmática del bien jurídico, este concepto constituía tradicionalmente el contenido material del injusto típico, y aludía a los bienes o valores indispensables para el desarrollo del ser humano en la vida comunitaria. Ese contenido esencialmente ontológico del concepto de bien jurídico es sometido especialmente a dura crítica por el funcionalismo jakobsiano.³⁹

Por cierto, esta crítica también es reconocida por Hefendehl cuando sostiene que el análisis del bien jurídico no puede permanecer únicamente como una valoración positiva de la parte objetiva: el objeto de la acción.⁴⁰ Aunque sus afirmaciones se enfocan en distinguir entre bien jurídico y objeto material, su sentido apunta a canalizar el valor constitucional de la teoría del bien jurídico hacia un criterio que va más allá de lo estrictamente material. Su aspiración no es menor que filosófica: busca justificar una teoría que trasciende un concepto meramente ontológico o carente de contenido sustantivo –en un sentido fundamental–:

Esta función no cuestiona la legitimidad de la protección legal de bienes jurídicos, ni pretende sujetar al legislador a un concepto material de bien jurídico, pero sí vincula democrática y parlamentariamente, en el sentido de la separación de poderes, la legitimación de la pena estatal concreta al concepto de protección fundamentado en la ley. De ese modo, contribuye considerablemente a la legitimación por la protección de bienes jurídicos, haciendo depender la legitimidad de cualquier pena, más allá del tenor literal, también de la protección de bienes jurídicos perseguida por la ley.⁴¹

En mayor o menor medida, las distintas teorías reconocen cierto grado de limitación al poder punitivo del Estado. Esta interacción se manifiesta

³⁹ Miguel POLAINO NAVARRETE, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”, editado por Miguel Polaino-Orts, *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, 101-125 (Ciudad de México: Flores, 2019).

⁴⁰ Cfr. Ulrich SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*. 2.^a editado por Köln Heymann, 1980, 225, citado en Roland Hefendehl, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, 180: “El objeto material surge de la contemplación del curso puramente externo de la acción inculpada sin tener en cuenta la contrariedad de la norma”.

⁴¹ Karsten GAEDE, “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones”, en *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 265-281 (Barcelona: Marcial Pons, 2007).

con distintos niveles de intensidad: en unos casos, de manera estricta, en otros, con criterios más flexibles.⁴² Estos elementos resultan relevantes al determinar si la limitación en la aplicación del concepto debe formularse en términos generales de protección de valores (flexibles), o, por el contrario, si debe adoptarse una postura más restrictiva: “[la] tendencia comportará una mayor restricción que la primera, porque se encuentra en relación de género a especie, respectivamente”.⁴³

En nuestro planteamiento, comprobar la posibilidad de restablecer el bien jurídico, constituye un ejercicio de naturaleza constitucional. Este análisis cumple con la función de proteger la vigencia de la norma penal como acto comunicativo de prevención general positiva, reforzando el papel del aparato punitivo, no solo como persecutor de la acción penal sino también como mecanismo de restablecimiento. Si bien esta intervención puede presentarse de forma tardía –lo que evidencia las limitaciones temporales del Derecho penal en su misión de proteger bienes jurídicos–, lo cierto es que consolida materialmente una aspiración constitucional: el principio rector de restablecimiento del derecho.

Reducir el estudio de la procedencia de dicha medida a una mera valoración objetiva contradice la estructura garantista de la Constitución. Como principio rector, el garantismo es transversal a la función interpretativa que debe guiar el análisis de la procedencia del restablecimiento de derecho. Limitarse a examinar la eventual lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos desde una perspectiva meramente objetiva supone desconocer el carácter garantista del sistema procesal penal. En ese sentido, compartimos la postura según la cual,

... garantista es sencillamente aquel derecho que se orienta a la garantía de los derechos fundamentales. De modo que un derecho garantista “establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal”⁴⁴.

Este argumento se alinea con el criterio interpretativo adicional que proponemos. En virtud de lo anterior, sostenemos que el bien jurídico, como criterio de valoración de la procedencia del restablecimiento del derecho,

⁴² BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, *Bien jurídico y derechos...*, 54.

⁴³ *Ibíd.*, 56.

⁴⁴ Luis PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal* (Madrid: Iustel, 2011).

opera como una garantía coherente con el modelo liberal, democrático y garantista, que sustentamos como base de la teoría del Derecho penal. Es igualmente digno tanto proteger los derechos infringidos por el delito (bienes jurídicos) como respetar la posibilidad de su restauración, garantizando así una intervención mínima del sistema punitivo, incluso cuando su finalidad sea la de restablecimiento.⁴⁵

El bien jurídico es una regla de naturaleza constitucional que no se encuentra anclada de forma inamovible en un único lugar dentro de la dogmática jurídica. Por el contrario, se trata de una teoría transversal a diversos ámbitos de la dogmática penal, particularmente relevante allí donde debe establecerse si la intervención del sistema penal se encuentra legítimamente autorizada para afectar derechos y garantías fundamentales. En este contexto, el restablecimiento del bien jurídico actúa como un límite inherente a su carácter fundamental y constitucional. Cuando se valora de forma negativa la procedencia del restablecimiento del derecho, se configura un límite constitucional de acción; si el bien jurídico no puede ser restablecido, el operador judicial debe abstenerse de intervenir y ejercer el poder penal, precisamente porque carece de la legitimación constitucional necesaria para afectar otros derechos fundamentales.

Desde una perspectiva autocrítica, reconocemos que nuestra propuesta de sistematización presenta debilidades, al enfrentarse a hipótesis procesales en las que el restablecimiento recae sobre bienes jurídicos de contenido supraindividual o colectivo, o incluso sobre aquellos que protegen objetos materiales fenomenológicos⁴⁶, como los sentimientos o la representación de integridades específicas (sexual, moral, religiosa, etc.). Ante estas expectativas la magnitud de la lesión –aunque no siempre– suele superar la capacidad del operador judicial para restablecer efectivamente algún tipo de derecho o, sencillamente, tal posibilidad resulta inexistente.

El primer caso puede ilustrarse con delitos que afectan bienes jurídicos como la libertad informática, el medio ambiente o el orden económico

⁴⁵ BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, *Bien jurídico y derechos...*, 60 y 61. “Tales referentes son ordinariamente denominados ‘bienes jurídicos’, esto es, intereses positivamente valorados como dignos de protección, respecto de específicas formas de comportamiento, a través de normas penales”.

⁴⁶ Cfr. Alfonso REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*. Parte general. 11ª ed. (Bogotá: Temis, 1987), 110: “... es aquel fenómeno jurídico, natural o social sobre el cual se concreta la violación del interés jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión del sujeto activo”.

y social, en los cuales la afectación colectiva difusa dificulta o impide una restitución material concreta. El segundo supuesto se presenta, por ejemplo, en casos de agresión sexual, o en delitos de homicidio doloso donde se solicite la restitución de la vida. En estos escenarios, en los que la posibilidad de restitución del bien jurídico es inexistente o desborda su propia naturaleza, también se debe restringir la intervención del juez. Al carecer de esa posibilidad real de restablecimiento, cualquier decisión que implique afectación de derechos fundamentales quedaría vaciada de legitimidad y resultaría inconstitucional.

Siguiendo el planteamiento autocrítico anterior, reconocemos que, en el caso de restitución de bienes jurídicos no personales, el restablecimiento puede no concretarse en una restitución directa del bien jurídico afectado. En su lugar, las medidas pueden orientarse a la imposición de límites jurídicos o cautelares sobre las acciones que generaron la lesión objetiva del bien jurídico. Un ejemplo de esto es el embargo de las cuentas de un captador masivo y habitual, o, en el caso de quien contamina un recurso natural, la limitación de su poder jurídico –y eventualmente material– para continuar con el comportamiento antijurídico, como mediante la suspensión de la personería jurídica o la incautación de elementos relacionados.

Estos planteamientos evidencian que el resultado de la valoración adicional de legitimidad en la restitución del bien jurídico que proponemos puede ser negativo y, aun así, la intervención judicial puede mantenerse como legítima desde un enfoque constitucional.

Tampoco es menor la dificultad cuando se trata del restablecimiento de bienes jurídicos individuales, aunque en ese caso nuestro razonamiento encuentra una mejor adecuación. Supongamos, por ejemplo, un caso de estafa masiva en el que no sea posible recuperar activos: restablecer el patrimonio económico del afectado sería, en teoría, fácticamente posible, pero inviable debido a las condiciones específicas del caso. Es claro que los bienes jurídicos de carácter personal permiten una delimitación más precisa, lo cual facilita que las medidas se orienten hacia aspectos concretos y no difusos, como ocurre en los ejemplos anteriores.

Consideraciones finales

El análisis desarrollado en torno al artículo 22 del Código de Procedimiento Penal colombiano permite reconocer que el restablecimiento del derecho

no se puede entender simplemente como un mecanismo accesorio de reparación, o como una medida residual del proceso penal. Por el contrario, se trata de una herramienta con profundo contenido constitucional, cuya activación implica una valoración compleja, tanto de la posibilidad material de restitución como del rol legitimador del bien jurídico dentro de la estructura del sistema penal contemporáneo.

En primer lugar, es preciso subrayar el carácter comunicativo y simbólico que reviste la intervención del sistema penal en la sociedad. Tal como lo exponen Gómez Pavajeau⁴⁷ y Silva Sánchez⁴⁸, la aplicación del Derecho penal cumple una función normativa esencial: reafirma la vigencia de las normas y fortalece la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico, o al menos en su sistema de remedios y medidas orientadas al restablecimiento de los efectos del delito. En ese sentido, el restablecimiento del derecho tiene un alto impacto expresivo, ya que transmite el mensaje de que el Estado no es indiferente ante la vulneración de bienes jurídicos y que sus decisiones tienen eficacia favorable en relación con los afectados por la infracción penal. La intervención estatal, entonces, no se agota en el castigo, sino que también persigue restituir el equilibrio social y jurídico perturbado por el delito.

No obstante, esta dimensión simbólica no puede prevalecer sobre consideraciones constitucionales más exigentes. La intervención orientada al restablecimiento de derechos debe estar mediada por una evaluación detallada, cuidadosa y rigurosa de la posibilidad efectiva de lograr dicha restitución. Esta posibilidad, prevista explícitamente en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, no se puede interpretar de manera reduccionista ni meramente formal. Por el contrario, exige un juicio complejo que contemple si, en términos materiales, jurídicos y axiológicos, resulta legítimo y proporcional adoptar una medida de restablecimiento. En otras palabras, la restitución no puede proceder cuando en su ejecución implique una afectación injustificada a otros derechos fundamentales, o cuando el bien jurídico lesionado no admita recomposición.

⁴⁷ Cfr. Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, “Lección 10. Teoría de la norma”, en *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general, 2ª ed. 155-176 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011).

⁴⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*. Parte general.

En este orden de ideas, se propone una fórmula valorativa dual que articula dos ejes fundamentales: por una parte, la posibilidad de restablecimiento, entendida en un sentido amplio, y por otra, la relevancia del bien jurídico como criterio de legitimación constitucional de la intervención penal. Esta doble exigencia contribuye a que el restablecimiento no se convierta en una fórmula ritual o en un acto simbólico vacío, sino en una medida dotada de verdadera densidad constitucional y vocación garantista. De ese modo se evita que la figura sea utilizada de forma arbitraria o como una vía encubierta de ampliación del poder punitivo del Estado.

Finalmente, se propone que esta fórmula metodológica incorpore el examen de proporcionalidad exigido para toda intervención estatal en derechos fundamentales. Es indispensable que el juez, al valorar la procedencia del restablecimiento, verifique si el contenido del bien jurídico afectado puede ser efectivamente restituido sin generar afectaciones superiores. En los casos en que dicha posibilidad no exista, debe abstenerse de intervenir, ya que cualquier acción judicial carente de esta legitimación constitucional deviene inconstitucional. En cambio, cuando la restitución sea viable, esta se consolida como una herramienta de garantía, justicia material y reafirmación normativa.

En consecuencia, el restablecimiento del derecho no se debe entender como una función menor o accesoria dentro del proceso penal. Se trata de una manifestación concreta de la dimensión garantista del Derecho penal contemporáneo, en la que confluyen el respeto por los derechos de las víctimas, la vigencia de la norma y los límites constitucionales a la intervención del Estado. Por tanto, reivindicar su función estructural –y no meramente instrumental– constituye una tarea indispensable para avanzar hacia un modelo penal más justo, humano y legítimo.

Bibliografía

Doctrina

- BARBOSA CASTILLO, Gerardo. “Aspectos concretos del restablecimiento del derecho en la Ley 906 de 2004”. En *Memorias XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2007.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

- BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- BERNAL ACEVEDO, Gloria Lucía. “Las reformas procesales penales en Colombia”. *IUSTA*, I, n.º 22 (2005): 45-65.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal: fundamentos constitucionales y teoría general*, 6ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BERNATE OCHOA, Francisco y Francisco José SINTURA VARELA. “Historia de los códigos penales, de procedimiento penal y penal militar en Colombia”. *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, I, n.º 371(2020): 455-500.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- GAEDE, Karsten. “Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 265-28. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, 5ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “Lección 10. Teoría de la norma”. En *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general, 2ª ed., 155-176. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- GUTIÉRREZ ANZOLA, Jorge Enrique. “El Código Penal de 1837”. *Nuevo Foro Penal*, n.º 38 (1987): 423-426.
- HEFENDEHL, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 179-196. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- HÖRNLE, Tatiana. “La protección de sentimientos en el StGB”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 383-399. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- JAHN, Matthias y Federica Helferich. “El delito de lavado de activos: una prueba para los principios del Manifiesto del Derecho penal liberal y del debido proceso”. *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 1 (2023): 213-226.

- JAKOBS, Günther. “Problemas de legitimación del Derecho penal: ¿protección de bienes jurídicos?”. En *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, editado por Miguel Polaino-Orts, 45-76. Ciudad de México: Flores, 2019.
- LAGODNY, Otto. “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 129-136. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. *Procedimiento penal colombiano*, 9ª ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”. En *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, editado por Miguel Polaino-Orts, 101-125. Ciudad de México: Flores, 2019.
- PORTERO HENARES, Manuel. *El bien jurídico protegido en el marco del Derecho penal*. Madrid: Reus, 2023.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y Derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal*. Parte general, 11ª ed. Bogotá: Temis, 1987.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. “La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal”. En *Teoría del delito: cuestiones fundamentales de dogmática penal*, editado por Miguel Polaino-Orts, 23-43. Ciudad de México: Flores, 2019.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch y Wolfgang Wohlers, 197-226. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- SIEBER, Ulrich. *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2ª ed. Köln: Heymann, 1980.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Derecho penal*. Parte general, Madrid: Aranzadi La Ley, 2025.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”. En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl, 105-136. Madrid: Marcial Pons, 2007.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Reflexões sobre o direito e o processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2022.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o filosófica y ciencia de los principios generales del derecho*, 5ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, 11ª ed. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.

Legislación de Colombia

Constitución Política de 1886.

Constitución Política de 1991.

Código Penal de la Nueva Granada de 1837.

Código de Procedimiento Penal de 1938, Ley 94 de 13 de junio de 1938.

Código de Procedimiento Penal de 1971, Decreto 409 de 1971.

Código de Procedimiento Penal de 1981, Decreto 181 del 29 de enero de 1981.

Código de Procedimiento Penal de 1991, Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991.

Decreto 2271 de 1991, “Por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del estado de sitio”.

Pacto de San José de Costa Rica, Ley 16 de 1972.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [Colombia]

AP, 31 mar. 2009 (31466).

AP, 6 jul. 2011 (34375).

AP, 11 dic. 2013 (42737).

AP3905-2016 (47998).

AP3636-2018 (53212).

AP, 14 ago. 2019 (54321).

SP, 10 jun. 2009 (22881).

SP, 29 jun. 2009 (28725).

SP, 15 feb. 2012 (36607).

SP, 21 nov. 2012 (39858).

SP-4367-2020 (54480).

STP-16181-2022.

Corte Constitucional [Colombia]

Sentencia T-403/1992.

Sentencia T-015/1994.

Sentencia T-230/1994.

Sentencia C-022/1996.

Sentencia C-673/2001.

Sentencia C-775/2003.

Sentencia C-873/2003.

Sentencia C-060/2008.

Sentencia C-835/2013.

Sentencia T-666/2015.

Sentencia C-115/2017.

Sentencia T-549/2019.

Sentencia C-411/2022.

Tribunales Superiores de Distrito Judicial [Colombia]

Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, auto interlocutorio del 13 de diciembre de 2013 (Rad. 2013-49059).

Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, sentencia de segunda instancia del 2 de mayo de 2017 (Rad. 2013-01369-00).

Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, auto interlocutorio del 27 de enero de 2021 (Rad. 2016-02127).

Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, sentencia de tutela (1ª instancia) del 26 de abril de 2023 (Rad. 2023-00019-00).

Fiscalía General de la Nación [Colombia]

Fiscalía 57 Seccional de Bogotá [L. 600], resolución de preclusión del 7 de marzo de 2014 (sumario: 844.233).

Fiscalía 17 Seccional de Cartagena [L. 600], auto interlocutorio del 12 de octubre de 2019.