



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Penal

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente

HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE

Coordinador Académico

Programa de Investigación Académica



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

**INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE
LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA**

ÁREA PENAL

JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
MARTHA MAYA CALLE

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA ADMINISTRATIVA

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA
ÁREA PENAL

JUANITA GOEBERTUS ESTRADA
MARTHA MAYA CALLE

Autoras

TULIO ANCÍZAR CARDONA SALAZAR, ELIZABETH, CUBILLOS PATIÑO, LUZ STELLA VALENCIA BERRÍO, LUISA BEATRIZ TARAZONA GELVEZ, JUAN FERNANDO SILVA HENAO, ARISTIDES EUGENIO VASCO ARENAS, EMERSON ALVAREZ MONTAÑA, ORLANDO GÉLVEZ MEDINA, BELISARIO MORENO ROMERO, JOSÉ ILARIO NÚÑEZ BERMEO, GERMÁN ALONSO OSPINA ESCOBAR

Participación y derechos de las víctimas en el proceso penal

ALONSO ESPINOZA VERDUGO, OSCAR MARTIN PINILLA NIÑO, FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, MARTHA OFELIA LANDINO CRISTANCHO, JOSÉ WILSON PACHECO VELANDIA, YAHAIRA TERESA PACHECO GONZÁLEZ, WILLIAM CALA CALVETE Y, ESID RODRÍGUEZ CALDERÓN

La autotutela y la estafa

DOMINGO RAFAEL GARCÍA PÉREZ, MIGUEL ÁNGEL LEAL GONZÁLEZ

Legítima defensa en la riña

PAULO CÉSAR BECERRA JORDÁN, ADALBERTO DÍAZ ESPINOSA, ALBEIRO ROBAR MANZANO, HÉCTOR CONSTANTINO SALAZAR, JAVIER OSPINO GUZMÁN, FELIPE MENDOZA ROJAS, JULIÁN ANDRÉS DURAN PUENTES

Pertenencia a grupos armados organizados: Delito político o concierto para delinquir

JOE VALIENTE NEGRETE, AGUSTÍN QUIÑONEZ FORERO, DIANA MILENA SABOGAL OSPINA, EDISSON YAMID BATISTA OROSTEGUI, MARTHA PATRICIA ESPINAL FORERO

Entre el hurto calificado y el secuestro simple

JULIA MARIA RIVERA GÓMEZ, JHON RUSBEL NOREÑA

Tutela y *habeas corpus*: protección del derecho a la libertad

MARCELA PATRICIA ARIZMENDI CORREA, MÓNICA DEL CARMEN CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, NOEL RICARDO CORTÉS BERNAL, SANDRA CATALINA MEDINA SÁNCHEZ, GERMÁN LEONARDO RUIZ SÁNCHEZ.

Enriquecimiento ilícito de particulares: ¿ilícito por qué?

RUBEN DARIO HURTADO GIRONZA, DAMARIS HENAO RESTREPO, GABRIEL GÓMEZ BERNAL, ORLANDO MUÑOZ NEIRA, HERBERT RENÉ VALVERDE ORTEGA, IBER JAMES MORENO HERNÁNDEZ, PAULINA DE JESÚS FERNÁNDEZ, ANGELY AMPARO MAYA JURADO, LUIS ALEJANDRO MONCAYO, LEONEL DÍAZ MORA, GIOVANNI MUÑOZ SUÁREZ

Principio de favorabilidad: sentencia anticipada vs. aceptación de cargos

CRISTIAN DE JESÚS CHAVARRÍA MUÑOZ, YELENA MERCEDES PEÑA GALÉ, FERNANDO OTÁLORA HERNÁNDEZ

Término prescriptivo de los delitos de ejecución permanente

CARLOS EDUARDO RIVERA BORJA, JORGE EDGAR GÓMEZ CORTÉS, LUIS ALFONSO GARCÉS MORENO, NELSON HERNÁNDEZ MEZA, PACO WILLIAM BENÍTEZ DELGADO.

El principio de legalidad y el *non reformatio in pejus*

Investigadores

AUTORUN

Diagramación

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.

Calle 11 no 9ª -24 piso 4 - www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8331-76-8

Primera edición Bogotá, Junio de 2011

Impreso en Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Penal del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la asesoría del doctor Diego Eduardo López Medina, y la autoría de las doctoras JUANITA GOEBERTUS ESTRADA y MARTHA MAYA CALLE, quienes con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Fundionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un **aprendizaje activo** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Creación de escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los

usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de **aprendizaje social** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies", organizaciones que aprenden "learning organizations", y redes de aprendizaje "learning networks"*¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de *"lo público"* a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integradorp

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la "enseñanza dialogante" se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro,

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

CONTENIDO

ÁREA PENAL

- 3** PARTICIPACIÓN Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL
- 19** LA AUTOTUTELA Y LA ESTAFA
- 33** LEGÍTIMA DEFENSA EN LA RIÑA
- 49** PERTENENCIA A GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS: DELITO POLÍTICO O CONCIERTO PARA DELINQUIR
- 75** ENTRE EL HURTO CALIFICADO Y EL SECUESTRO SIMPLE
- 93** TUTELA Y HABEAS CORPUS: PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD
- 117** ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES: ¿ILÍCITO POR QUÉ?
- 135** PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: SENTENCIA ANTICIPADA VS. ACEPTACIÓN DE CARGOS
- 155** TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LOS DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE
- 169** EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL *NON REFORMATIO IN PEJUS*

PARTICIPACIÓN Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Tulio Ancízar Cardona Salazar, Elizabeth Cubillos Patiño, Luz Stella Valencia Berrío, Luisa Beatriz Tarazona Gelvez, Juan Fernando Silva Henao, Aristides Eugenio Vasco Arenas, Emerson G. Alvarez Montaña, Orlando Gélvez Medina, Belisario Moreno Romero, José Ilario Núñez Bermeo y Germán Alonso Ospina Escobar en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1. ¿CUÁNDO Y CON QUÉ FIN PUEDE PARTICIPAR UNA VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL?

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la participación de las víctimas en el proceso penal en numerosas ocasiones. Entre 1995 y 2010 la Corte Constitucional se pronunció frente al tema en más de treinta circunstancias variando significativamente su doctrina a lo largo del período. El auge de la victimología, el cambio de sistema penal (de tendencia inquisitiva a tendencia acusatoria), la influencia de la jurisprudencia internacional en materia de víctimas de violaciones de derechos humanos, y el proceso interno de justicia transicional, entre otros factores, contribuyen a explicar la transformación jurisprudencial.

La pregunta por la participación de las víctimas dentro del proceso penal es de gran importancia. No sólo porque de su determinación se desprende la seguridad jurídica del proceso mismo, sino porque, como es obvio, de ello dependen las expectativas de las víctimas y los imputados en el proceso penal. Si entendemos el proceso penal como el mecanismo institucional que permite disuadir o resarcir los efectos del conflicto social, lo que está en juego son las expectativas de los asociados dentro del contrato social mismo. De ello se desprende además, el balance que se haga como sociedad entre los derechos de unos al debido proceso y los de los otros a la justicia, la verdad y la reparación.

La pregunta por cuándo y con qué fin puede participar una víctima dentro del proceso penal ha suscitado al menos tres tesis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La primera, vigente básicamente entre 1991 y 2002, limita los derechos de las víctimas a su calidad de parte civil dentro del proceso penal, cuyo único interés legítimo es la indemnización económica del daño material y moral causado por la comisión del delito. Lo anterior implica que la participación de la víctima en el proceso penal sea particularmente reducida. Esta tesis tiene que ser entendida en el marco de vigencia de un Código Penal de corte inquisitivo (Decreto 2700 de 1991) y una Corte Constitucional aún relativamente ajena a los influjos de la jurisprudencia internacional en materia de violaciones a los derechos humanos.

La segunda tesis, diametralmente opuesta a la primera, reconoce de manera general los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Los casos que se agrupan dentro esta tesis, vigente entre 2002 y 2007, amplían la participación de las víctimas a lo largo de las distintas etapas del proceso penal, como mecanismos para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos. Esta tesis se vio influenciada de manera directa por decisiones judiciales internacionales en materia de violación de derechos humanos, a partir de las cuales la Corte Constitucional aplicó los estándares de tales procesos a la participación de víctimas en procesos penales por delitos ordinarios. Lo anterior se vio complementado por la revisión de casos nacionales relacionados con la participación de víctimas en procesos ante la justicia penal militar, en procesos por graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, e incluso en procesos de justicia transicional. Esta tesis surge además en una etapa de transición: entre 2002 y 2005 se encontraba en vigencia un proceso penal de corte mixto (Ley 600 de 2000), y luego entre 2005 y 2007 entra en vigencia el sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004).

La tercera tesis, vigente desde 2007 hasta la fecha, surge de la reinterpretación de la segunda tesis a partir de la implementación del sistema penal acusatorio. Si bien la Corte Constitucional reitera que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación, advierte que estos derechos no son absolutos, y por esa razón los pondera con los derechos de la defensa en el marco de un proceso de corte acusatorio que supone la igualdad de armas entre las partes del proceso.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuándo y con qué fin puede participar una víctima dentro del proceso penal?

TESIS A

La víctima sólo puede participar en ciertas etapas del proceso penal y con el fin de acceder al resarcimiento de los perjuicios económicos causados por el delito.

C 293/1995	S.V. Barrera, Cifuentes, Martínez y Morón
SU 717/1998	
C 163/2000	
T 694/2000	
C 1711/2000	
C 740/2001	
C 1149/2001	
T 1267/2001	
	C 228/2002
	C 805/2002
	C 875/2002
	C 004/2003
	C 451/2003
	C 591/2005
	C 1154/2005
	C 1177/2005
	C 370/2006
	C 454/2006
C 209/2007	
C 343/2007	
C 516/2007	
C 060/2008	
C 409/2009	
C 059/2010	
	C 936/2010
C 250/2011	

TESIS B

La víctima puede participar en todas las etapas del proceso con el fin de garantizar la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la participación de víctimas en el proceso penal se origina en 1995 con la sentencia C-293. La sentencia aborda la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991), según el cual la oportunidad para constituir la parte civil era a partir de la resolución de apertura de instrucción. La demanda señalaba que el artículo violaba el principio de igualdad, el debido proceso y el derecho de acceso a la justicia al excluir a la víctima de participar en la fase de diligencias preliminares.

La Corte concluyó que la parte civil dentro del proceso penal es de naturaleza esencialmente patrimonial. Según ésta “la acción civil tiene en nuestra legislación una finalidad pecuniaria (desde luego legítima), y la ausencia de normas que apunten a intereses más altos no hace inexequibles las reglas que la consagran.”¹

Frente a esta decisión los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz presentaron un salvamento de voto en el que plantearon, por primera vez en la jurisprudencial nacional, que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación dentro del proceso penal reconociendo así su papel protagónico como partes del proceso. Según el salvamento, “la exclusión del perjudicado de esta fase pre procesal desconoce su derecho a saber la verdad y a que se haga justicia, y puede afectar profundamente su derecho a obtener una reparación económica por el perjuicio ocasionado por el hecho punible.”²

A pesar de este salvamento, la postura mayoritaria se mantuvo vigente hasta el año 2000. En 1998, a través de la sentencia SU-717, la Corte decidió una acción de tutela contra la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca por una presunta violación de los derechos al debido proceso y al libre acceso a la administración

1 C.Const, C-293/1995, C. Gaviria.

2 C.Const. C-293/1995, salvamento de voto, A.Barrera et.al.

de justicia. En ésta la Corte señaló que la legitimidad para constituirse en parte civil proviene únicamente de la búsqueda de una indemnización de perjuicios y no de la búsqueda de la verdad. Según esta Corporación “no es deseable que el proceso penal se vuelva litigio de partes, porque su sentido no es retaliatorio; y si el deseo de participar en él se origina en el derecho que tienen las personas de acercarse a la verdad, entonces no requiere de la acción civil para lograr su plena realización.”³

Similarmente, en el año 2000 la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 46, 50 y 55 del Decreto ley 2700 de 1991 que regulaban los requisitos para constituirse en parte civil, el rechazo de la demanda y el pronunciamiento sobre los perjuicios en la sentencia condenatoria. Según los demandantes las normas circunscribían la acción civil al resarcimiento de perjuicios materiales impidiendo la constitución de la parte civil cuando se había acudido ante un juez civil para resarcir los perjuicios. Al respecto la Corte señaló que si la víctima ya había acudido al proceso civil no podía ser admitida en el proceso penal. Así, según la C-163 de 2000, “quien ejerce la acción civil ante una cualquiera de las autoridades judiciales donde pueda intentarlo, ya no podrá formularla ante otros, lo cual impide que el afectado con el hecho punible formule las reclamaciones de estirpe civil o patrimonial, lesionando el derecho del infractor o presunto responsable a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”⁴

Esta tesis fue reiterada por última vez en la sentencia C-1711 de 2000, en la que la Corte resolvió una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 321 del Decreto 2700 de 1991, que establecía que durante la investigación previa las diligencias son reservadas. Al respecto la Corte aseguró que como la víctima sólo tiene un interés patrimonial dentro del proceso penal, no vulnera sus derechos el que exista reserva sobre la investigación previa. Según la Corte “no resulta lesivo del principio de igualdad el que a la víctima del hecho punible, quien eventualmente se podrá constituir en parte civil, se le impida participar en la investigación previa, ya que a diferencia del imputado, aquélla persigue un interés de carácter netamente patrimonial, a saber, la indemnización de los perjuicios irrogados con el delito.”⁵

3 C.Const. SU-717/1998, C.Gaviria

4 C.Const C-163/2000, F. Morón.

5 C.Const. C-1711/2000, C. Gaviria.

3.1 Ampliación de los derechos de la parte civil

La doctrina restrictiva antes expuesta empezó a transformarse a partir de la sentencia T-649 de 2000. En esta oportunidad la Corte resolvió una tutela en contra de un Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca por presunta violación al debido proceso como consecuencia de la preclusión irregular de la investigación. En la decisión la Corte reconoció que las víctimas tienen derecho a participar en el proceso y las audiencias, solicitar pruebas y nulidades, y a interponer recursos. Sin embargo, advirtió que ello depende de que la víctima se haya constituido en parte civil, es decir que debe demostrar una pretensión indemnizatoria. Al respecto la Corte advirtió que "la actitud omisiva de la referida fiscalía vulneró el derecho al debido proceso de la actora, pues la entidad demandada pretermitió, por completo y sin justificación alguna, un incidente fundamental para el ejercicio de su derecho de defensa. En suma, la Fiscalía no sólo actuó al margen del derecho procesal, sino que vulneró flagrantemente el derecho a la defensa de la parte civil."⁶

Igualmente, en la sentencia C-740 de 2001 la Corte revisó la constitucionalidad de la Ley 522/99 (Código Penal Militar) y condicionó su exequibilidad a la inclusión de la víctima o la parte civil en los traslados para presentar alegatos. Se trata de la primera sentencia en la que la Corte reconoció de manera explícita el derecho de las víctimas a conocer la verdad. Según ésta "dentro del proceso penal militar la actuación de la parte civil se establece de manera precisa, limitando su actuación al impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos."⁷ Ese mismo año la Corte decidió otra demanda de inconstitucionalidad contra el Código Penal Militar a través de la sentencia C-1149 de 2001, pero esta vez reconoció explícitamente que la víctima tiene derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Según ésta "el derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño."⁸ Estas sentencias resultan paradójicas si se tiene en cuenta que los procesos por presuntas violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH no

6 C.Const. T-649/2000, E. Cifuentes.

7 C.Const. C-740/2001, A. Tafur.

8 C.Const, C-1149/01, J. Araújo

pueden ser conocidos por la Justicia Penal Militar, de ahí que la parte civil en los procesos ante la jurisdicción militar sea usualmente el Estado mismo.

En 2001 la Corte reiteró el precedente sentado desde el 2000 al resolver una acción de tutela en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que había condenado en segunda instancia a quien había sido absuelto en primera instancia. Sin embargo la Corte consideró que primaba el derecho de la víctima a impugnar la sentencia absolutoria en procura de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Según ésta “quien representa a la parte civil en el proceso penal también es titular del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia y, por tanto, las autoridades judiciales tienen el deber de atender sus peticiones y resolverlas en los términos previstos por la ley.”⁹

3.2 Derechos a la verdad, la justicia y la reparación

Estas cuatro sentencias dieron paso al precedente más garantista en materia de derechos y participación de las víctimas en el proceso penal. En la sentencia C-228 de 2002 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) según el cual la víctima no podría participar en la fase preliminar del proceso penal. En esta ocasión la Corte reconoció plenamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, superando totalmente la tesis de la esencia indemnizatoria de la parte civil. Específicamente la Corte declaró condicionalmente exequible el inciso 1 del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que la parte civil tiene derecho al resarcimiento pecuniario, a la verdad y a la justicia y que ello implica la posibilidad real de participar en las etapas preliminares de la investigación penal.

Para hacerlo recurrió de manera explícita a la jurisprudencia internacional sobre víctimas de violaciones de derechos humanos citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos. En esa ocasión la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por violar los derechos de las víctimas a la verdad.¹⁰ Según lo narra la Corte

9 C.Const. T-1267/2001, R. Uprimny.

10 CIDH, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú, Sentencia del 14 de Marzo de 2001.

Constitucional “las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos.”¹¹ La aplicación del estándar de violaciones de derechos humanos a procesos penales ordinarios fue resuelto por la Corte al establecer que “si bien los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y los perjudicados se refieren a graves violaciones a los derechos humanos, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima sino que comprende también delitos de menor gravedad.”¹²

A partir de esta decisión, tanto en casos de participación de víctimas en procesos ordinarios, como en casos de violaciones de derechos humanos y en casos de justicia transicional, la Corte promovió un proceso de ampliación sucesiva de la participación de las víctimas en las distintas etapas del proceso penal.

Frente al proceso penal mixto (Ley 600 de 2002), ese mismo año a través de la sentencia C-805, la Corte decidió que las víctimas sí podían solicitar el control de legalidad de la imposición de una medida cautelar personal o real y las reconoció como sujetos procesales, en vez de simples intervinientes.¹³ A través de la sentencia C-875 de 2002, la Corte reconoció que las víctimas tienen derecho a acceder al amparo de pobreza como garantía de la protección del derecho a la defensa técnica.¹⁴ Similarmente, en el 2003 la Corte profirió la sentencia C-004, que si bien se circunscribe a violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, reconoció los derechos de las víctimas a presentar acción de revisión frente a decisiones de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, cuando hay un hecho nuevo o una prueba no conocida al momento del debate probatorio, o cuando hay un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar en forma seria e imparcial.¹⁵ Ese mismo año la Corte señaló a través de la sentencia C-451 de 2003 que no existe reserva de la investigación previa para las víctimas y que éstas pueden acceder a la misma a través de apoderado en calidad de parte civil o mediante

11 C.Const. C-228/2002, MJ, Cepeda.

12 Ídem.

13 C. Const., C-805/2002, MJ, Cepeda.

14 C. Const., C-875/2002, R, Escobar.

15 C. Const., C-004/2003, E. Montealegre.

derecho de petición.¹⁶ Así mismo, en 2005 la Corte advirtió que la decisión de la Fiscalía de inadmitir la denuncia debía ser motivada e informada a la presunta víctima y al Ministerio Público.¹⁷

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio a través de la Ley 906 de 2004 la Corte Constitucional empezó a pronunciarse sobre los derechos de las víctimas en este nuevo procedimiento. En una primera fase, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte permaneció incólume frente a lo decidido en casos relacionados con el sistema mixto de la Ley 600 de 2000. Así, en 2005, la Corte profirió la sentencia C-591 en la cual concluyó que en el proceso acusatorio la Fiscalía no podía por sí misma archivar una investigación, por cuanto ello violaría los derechos de las víctimas. Según la Corte “el carácter litigioso de las causales de extinción de la acción penal, al igual que la trascendencia que la misma ofrece, por ejemplo, en los casos de leyes de amnistía, conducen a la Corte a considerar que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal.”¹⁸ Ese mismo año, a través de la sentencia C-1145, la Corte reiteró que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación, y en particular a controvertir la decisión de archivo de la investigación cuando ésta sea dictada por la Fiscalía.¹⁹ Posteriormente, en 2006, a través de la sentencia C-047, la Corte advirtió que en el sistema acusatorio, en casos de impunidad frente a violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, las víctimas tienen derecho a impugnar la sentencia absolutoria.²⁰

Esta doctrina fue reiterada de manera absoluta por última ocasión a través de la sentencia C-370 de 2006, en la que la Corte revisó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, también conocida como Ley de Justicia y Paz. Tratándose del marco jurídico de justicia transicional para la desmovilización de miembros de grupos armados en el país, la Corte se pronunció ampliamente sobre los contenidos de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado. Así, retomando la jurisprudencia

16 C. Const., C-451/2003, E. Montealegre.

17 C. Const., C-1177/2005, J., Córdoba.

18 C. Const., C-591/2005, Cl., Vargas.

19 C. Const., C-1145/2005, MJ, Cepeda.

20 C. Const., C-047/2006, R., Escobar.

constitucional y de la Corte Interamericana²¹ sobre el tema, la Corte configuró el más amplio estándar de participación de víctimas en el proceso penal. Según ésta “la adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad.”²²

A partir de esta sentencia inició un proceso de transformación de la línea jurisprudencial para los casos de delitos ordinarios procesados por el sistema penal acusatorio. Si bien en todas las sentencias que se presentarán a continuación hay un reconocimiento explícito de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, su participación en distintas etapas del proceso penal empezó a ser restringida como resultado de la ponderación entre tales derechos y el principio de igualdad de armas entre las partes del sistema penal acusatorio.

3.3 Ponderación de los derechos de las víctimas a la luz del sistema penal acusatorio

La primera sentencia que marca una diferencia respecto de la doctrina que venía consolidándose desde 2002 es la C-454 de 2006 en la que la Corte advirtió que de conformidad con el Código de Procedimiento Penal las víctimas son intervinientes y no partes en el proceso como lo establecía el antiguo sistema penal mixto. Si bien la Corte recogió toda la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; advirtió sobre el papel protagónico de las víctimas en el proceso penal acusatorio; y señaló que las víctimas pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria; ello no fue suficiente para evitar que las considerara intervinientes y no partes dentro del proceso. Esta tensión entre derechos de las víctimas y sistema acusatorio se hizo evidente en la argumentación de la Corte cuando estableció que “la naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al

21 La Corte Constitucional cita a la Corte I.D.H. (caso Huilca Tecse, sentencia del 3 de marzo del 2005, serie C- No. 121, pár. 107), advirtiendo que “estos derechos de las víctimas gozan, hoy en día, de reconocimiento prácticamente universal, y que éstos han de garantizarse dentro del ordenamiento constitucional y legal colombiano, independientemente del status específico que tengan dichas víctimas dentro del sistema de procedimiento penal consagrado en los códigos nacionales.”

22 C. Const., C-370/2006, MJ., Cepeda et.al.

imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima, sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal.²³

Esta tensión fue finalmente resuelta por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, que contiene la doctrina vigente en materia de participación de víctimas en procesos penales. Según la Corte, si bien la víctima puede participar en el proceso penal con amplias garantías para asegurar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, no lo hace como parte sino como interviniente, de conformidad con la estructura del sistema acusatorio. En los términos de la Corte, “los derechos específicos que se le reconocen a la víctima no le quitan su carácter de interviniente, sino que la proyectan como una figura especial en las distintas etapas del proceso penal de tendencia acusatoria, para que haga valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.”²⁴

Como consecuencia de lo anterior la Corte señaló que las víctimas no pueden participar en el juicio oral para controvertir pruebas ni para presentar su teoría del caso, “dado el carácter adversarial de esta etapa del juicio penal y la necesidad de proteger la igualdad de armas.”²⁵ Sin embargo, la Corte amplió la participación de la víctima a lo largo del proceso precisando los siguientes derechos: a solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías; a estar presente en la audiencia de formulación de la imputación; a acudir directamente al juez competente para solicitar la adopción de medidas de aseguramiento y de protección; a que se valoren sus derechos al dar aplicación al principio de oportunidad y a controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto; a allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal; a intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestar posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades; y a solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio o evidencia física específica.

23 C. Const. C-454/2006, J., Córdoba.

24 C. Const. C-209/2007, MJ, Cepeda.

25 Ídem.

Esta jurisprudencia viene siendo reiterada por la Corte Constitucional desde 2007 hasta la fecha. Ese mismo año, a través de la sentencia C-434, la Corte concluyó que la prohibición a las víctimas de practicar pruebas al interior del juicio oral es legítima en tanto preserva la estructura del sistema acusatorio y garantiza la igualdad de armas entre las partes. Según la Corte “bajo las premisas que se dejan sentadas, es claro que aún cuando en el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 no existe previsión expresa que le permita a la víctima del delito interrogar a los testigos, también es cierto que, en armonía con el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 de 2007, la omisión advertida no es inconstitucional, pues no genera una desigualdad carente de justificación, evita la alteración de los rasgos estructurales del sistema penal, pues -se reitera- en la etapa del juicio oral la víctima no tiene participación directa y constitucionalmente no resulta factible convertirla en segundo acusador y afectar de esa manera la igualdad de armas.”²⁶

Similarmente, en la sentencia C-516 de 2007, la Corte concluyó que es constitucional limitar en el juicio el número de apoderados de las víctimas conforme el número de defensores para conservar el equilibrio en el juicio. Según ésta “[o]bserva la Corte que la potestad que se confiere al juez de limitar el número de apoderados de las víctimas a un umbral que no podrá exceder al de defensores, promueve finalidades que son legítimas como la de asegurar la eficacia del procedimiento, y establecer un equilibrio entre la acusación y la defensa compatible con el componente adversarial del sistema acusatorio que se proyecta en el juicio oral.”²⁷ Sin embargo, la Corte reconoció también que los jueces deben oír a las víctimas al momento de impartir aval a los preacuerdos y negociaciones entre la defensa y el Fiscal.

Desde entonces, la Corte viene aplicando la doctrina establecida en la sentencia C-209 de 2007 que exige hacer una ponderación entre los derechos de las víctimas y la estructura adversarial del sistema penal para evaluar la participación de la víctima en una u otra etapa del proceso. Entre 2008 y 2010, al menos tres sentencias coincidieron en resolver esta tensión a favor de la extensión de los derechos de las víctimas.

Así, en la C-060 de 2008 la Corte señaló que las víctimas pueden solicitar el levantamiento de medidas cautelares o la suspensión y cancelación

²⁶ C. Const. C-434/2007, R. Escobar.

²⁷ C. Const. C-516/2007, J., Córdoba.

de los registros fraudulentos a través de cualquier providencia que le dé fin al proceso.²⁸ Igualmente en la sentencia C-409 de 2009, la Corte advirtió que una vez citado el asegurador al incidente de reparación integral, éste queda vinculado a la actuación para todos los efectos.²⁹ En el 2010, a través de la sentencia C-059, la Corte concluyó que la víctima puede intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual tienen derecho a ser informada sobre su celebración, oída por el Fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo.³⁰

Ese mismo año la Corte profirió una sentencia que si bien no hace referencia a derechos particulares de las víctimas en el proceso penal, podría ser ubicada en el extremo derecho de la línea jurisprudencial, en tanto evita hacer una ponderación entre los derechos de las víctimas y el principio de igualdad de armas en el proceso penal acusatorio. La sentencia se refiere a la revisión de constitucionalidad de la Ley 1312 de 2009, por medio de la cual se reformaba el principio de oportunidad para permitir su aplicación a desmovilizados que no hubiesen incurrido en infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. La Corte declaró inexecutable la norma por diversas razones, pero en materia de las víctimas recordó que “la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado en el orden interno, los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general.”³¹ Se trata entonces de una de las referencias más amplias a los derechos de las víctimas en los procesos penales ordinarios.

No obstante, la línea intermedia de la Corte Constitucional fue reiterada en 2011 en la sentencia de revisión de constitucionalidad de la Ley 1395 de 2010, por medio de la cual se adoptaban medidas en materia de descongestión judicial. Si bien la Corte concluyó que las víctimas tenían derecho a ser escuchadas en la etapa de individualización de la pena y la sentencia, lo hizo luego de ponderar si ello afectaba o no el principio de igualdad de armas del sistema acusatorio. Según la Corte “el juez debe concederle a la víctima y/o

28 C. Const. C-060/2008, N. Pinilla.

29 C. Const. C-409/2009, JC. Henao.

30 C. Const. C-059/2010, H. Sierra.

31 C. Const. C-936/2010, L. Vargas.

su representante, la oportunidad de referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado y si lo considera conveniente, a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado, en igualdad de condiciones concedidas a la defensa y a la Fiscalía.”³²

32 C. Const, C-250/2011, M. González. (Cita tomada del comunicado No. 17 de 2011)

4. CONCLUSIONES

La transformación jurisprudencial que se presenta en este capítulo necesariamente supone reconocer el giro garantista de la Corte Constitucional. Ésta, apartándose de precedentes que entendían el interés de la víctima dentro del proceso penal como estrictamente pecuniario, pasó a reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y como consecuencia amplió extensamente su participación dentro del proceso. El giro no es menor: de un proceso penal centrado en la garantía de los derechos de los imputados, a un proceso penal igualmente preocupado por los derechos de quienes fueron afectados por la conducta delictiva.

Sin embargo, resulta relevante reflexionar sobre al menos dos elementos relacionados que la jurisprudencia parece no resolver de manera definitiva: i) El peso de la jurisprudencia internacional y nacional relacionada con violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario sobre la jurisprudencia nacional en materia de procesos penales ordinarios; y ii) El impacto real del proceso penal acusatorio sobre la línea jurisprudencial.

En primer lugar es necesario reconocer que la jurisprudencia de la Corte Constitucional permanece relativamente callada sobre las razones que la llevan a extender a las víctimas de delitos ordinarios las garantías de participación que venían siendo reconocidas internacionalmente a víctimas de violaciones de derechos humanos. El argumento central es la tendencia internacional de aplicación de garantías. De cara a esta situación el operador judicial podría preguntarse si existen diferencias entre unas y otras víctimas y si les asisten mayores derechos a las víctimas de derechos humanos que a las víctimas derechos ordinarios. En el caso de Colombia, los procesos de justicia y paz han evidenciado la relevancia de las víctimas dentro de los procesos de justicia transicional, no sólo como mecanismo efectivo para acceder a la verdad, sino como factor determinante para la reconciliación. Sin embargo, con la entrada del sistema penal acusatorio, existen dudas sobre hasta qué punto son esos mismos estándares los que permanecen vigentes para procesos penales ordinarios.

Los jueces colombianos parecen interpretar que los mismos estándares se encuentran vigentes, es decir dándole a la sentencia C-209 de 2007 una lectura de sentencia reiterativa y no de sentencia hito que marcaría un cambio jurisprudencial. Esta lectura no es descabellada si se tiene en cuenta que la propia Corte Constitucional no es explícita al respecto y que la tendencia histórica de la jurisprudencia constitucional ha estado relacionada con la ampliación de garantías para las víctimas y no con su restricción. Sin embargo, la incorporación de la igualdad de armas entre las partes como un elemento que tiene que ser analizado en la ponderación al momento de otorgar a las víctimas mayor participación en el proceso, supondría preguntarse nuevamente por los derechos del procesado a la hora de ampliar los derechos de las víctimas.

Lo interesante es que estas preguntas no parecen estar totalmente saldadas por la jurisprudencia. Qué tanto el proceso penal ordinario se empezará a parecer más y más a los procesos de justicia y paz, o qué tanto se evaluarán los derechos de los procesados y la esencia del proceso penal acusatorio para restringir la participación y los derechos de las víctimas dentro del proceso, aún está por verse.

LA AUTOTUTELA Y LA ESTAFA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Alonso Espinoza Verdugo, Oscar Martin Pinilla Niño, Francisco José Rodríguez Rodríguez, Martha Ofelia Landino Cristancho, José Wilson Pacheco Velandia, Yahaira Teresa Pacheco González, William Cala Calvete y Yesid Rodríguez Calderón en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. ¿ES LA AUTOTUTELA DE LA VÍCTIMA UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE ESTAFA?

Desafortunadamente es frecuente para los jueces penales en Colombia conocer casos de personas que son víctimas de maniobras fraudulentas orientadas a obtener un desplazamiento patrimonial mediante el uso de engaños o artimañas. En cifras de años recientes, el delito de estafa ha llegado a constituir en Colombia casi el 0,2 % del total de condenas. Es por ello que del análisis de esta conducta se ha desarrollado una valiosa jurisprudencia que atraviesa principios de derecho penal y constitucional, y que se ha visto en la necesidad de responder a la imaginación y creatividad de la delincuencia común, a la vez que crear criterios específicos para la imputación objetiva de este tipo penal, no sólo para el victimario sino además para quienes alegan ser víctimas de ésta. En este sentido, el papel que puede jugar la víctima en la prevención de la ocurrencia del delito de estafa viene siendo estudiado por la Corte Suprema de Justicia desde hace décadas y hay jurisprudencia actual que se remonta a fallos de 1951 y 1972.

Frente a la pregunta por si la diligencia de la víctima es o no un elemento del tipo penal de estafa la respuesta parece obvia si se observa el tipo penal. Ni la legislación vigente ni la anterior contempla la autotutela de la víctima como un elemento del delito de estafa. Sin embargo, los desarrollos

jurisprudenciales, acordes con la realidad de las circunstancias en que este delito se ha venido presentando, le dan fuerza a la pregunta y diluyen la respuesta aparentemente obvia. En particular la legislación vigente, Ley 599 de 2000, establece en su artículo 246 tipifica el delito de estafa así: "El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado. La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

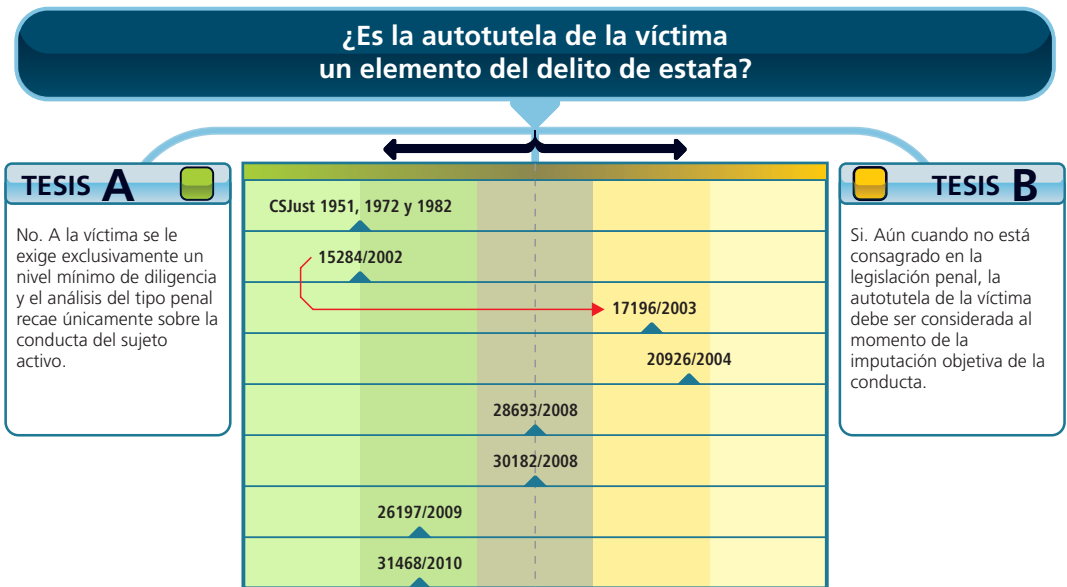
Como se observará, la existencia o no de diligencia por parte de la víctima, no ha sido señalada de manera explícita por la Corte Suprema de Justicia como un elemento adicional del tipo penal por interpretación extensiva. No obstante, una mirada a las decisiones judiciales sobre el tema deja ver una evolución jurisprudencial que pone a la víctima en un papel cada vez más protagónico, como parte de los elementos que deben analizarse para la imputación objetiva del tipo penal. Lo anterior tiene consecuencias sobre el papel del sujeto activo y el sujeto pasivo del tipo penal y adicionalmente, pone una carga sobre la víctima en relación con el bien jurídico que protege la norma penal, pues ya no es solo el ordenamiento jurídico sino también la víctima misma quien es llamada a ejercer su protección. El análisis que acá se presenta sobre el papel de la víctima en el delito de estafa se concentrará en mostrar que la evolución jurisprudencial ha venido consolidando un enfoque preventivo.

En sus diversos análisis sobre el tipo penal de estafa la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal ha conocido principalmente demandas de casación que alegan la existencia de un error judicial en la tipificación de una conducta como un delito de estafa, sea porque no existió como tal un engaño, o porque alegan que le era exigible a la víctima un nivel más alto de diligencia al momento celebrar un negocio jurídico o aceptar una oferta. Las decisiones analizadas convergen en esta línea, pues el análisis del papel de la víctima permea el análisis general que se ha hecho del delito y requiere una aproximación a temas como: i) los elementos del tipo penal y aquellos que lo diferencian de

otros delitos (ej: ¿cuándo existe concurso real entre el delito de estafa y el de falsedad en documento?); ii) la acción y la omisión en el delito de estafa (ej: si el vendedor está obligado a informar de medidas que pesen sobre los bienes que se transfieren en un negocio jurídico que sean de posible verificación por parte del comprador, so pena de estar incurriendo en un engaño); iii) si existe un papel del sujeto activo como garante de la víctima; y en igual sentido iv) hasta dónde opera el principio de buena fe en las relaciones contractuales.

Responder a la pregunta de si la diligencia de la víctima es o no un elemento del tipo penal de estafa requiere el análisis de todos los elementos que acaban de mencionarse. Si bien no existe una respuesta afirmativa a esta pregunta, como se podrá observar, la jurisprudencia ha venido evolucionando para trasladarse desde el punto en el cual la autotutela de la víctima apenas se tiene en cuenta, hasta llegar a un punto en el cual es un tema fundamental. Con el fin de hacer un análisis detallado del tema y que permita dar cuenta de la situación actual, esta línea jurisprudencial cubre un periodo que comienza en el año 2002 y termina con un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del año 2010.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 El tipo penal de estafa debe ser considerado un delito de acción

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que se presenta inicia en el proceso de resolver si el tipo penal de estafa es un delito de acción u omisión. Así, la jurisprudencia de esta corporación se refiere a planteamientos de la Corte Suprema de Justicia que se remontan a 1951, 1972 y otros más recientes de 1982. En ellos se analiza la naturaleza del negocio jurídico, sus partes y su procedimiento, para establecer en qué punto, si es del caso, puede considerarse que se configura un delito de estafa. Como parte de ese análisis, empieza a observarse el papel que juega la víctima en la configuración del delito a través de su rol como parte en el negocio jurídico.

En 2002³³, la Corte analizó una demanda de casación en un caso de venta de un bien inmueble, en el que al momento de proceder al registro del bien el comprador descubrió que sobre éste pesaba una medida cautelar consistente en un embargo ejecutivo. En esta sentencia la Corte estudió los pasos y el procedimiento del negocio jurídico, la finalidad y la manera como éste se perfecciona, con el fin de establecer el punto en el cual puede considerarse que se está produciendo un engaño o induciendo a error a una víctima. La Corte estableció que el negocio jurídico “comienza con el acuerdo de voluntades, sigue con la entrega recíproca del precio y del bien y finaliza con la tradición.”³⁴ Así, concluye que “[s]i en cualquiera de esos pasos se calla frente a elementos esenciales que impedirían o dificultarían el negocio jurídico, o que de conocerse por la parte contratante la llevarían a no contratar, lo menos que se puede decir es que el consentimiento nace viciado, o que no genera obligaciones desde el punto de vista contractual. Mas ocurre que la sanción de esos actos no termina allí, pues cuando esa maniobra se constituye en un engaño dirigido a ocasionar error en la víctima, surge el delito de estafa, en tanto con ello se defrauda patrimonialmente al sujeto pasivo y al tiempo se genera un provecho ilícito para el actor.”³⁵

33 CSJ Penal, 29/08/02, r15284, JM. Torres.

34 Ídem.

35 Ídem.

Como se observa, durante este primer acercamiento al tema la Corte analizó principalmente el comportamiento del sujeto activo de la conducta y no así el del sujeto pasivo. Para este momento la autotutela de la víctima no era por tanto un elemento relevante en el análisis del tipo penal. No obstante, esta sentencia es relevante en tanto contiene entre sus subreglas una referencia puntual a la víctima y a su posible rol en facilitar u obstaculizar la comisión del delito de estafa. Esto se presenta en el momento en que la Corte analiza si la conducta del sujeto pasivo puede ser tenida únicamente como una conducta de acción, o si ésta puede configurarse también a partir de una omisión. Así, según la Corte, cuando algo se afirma en el marco de una promesa de compraventa puede el comprador suponer con certeza su veracidad, y que "pensar lo contrario equivaldría a imponerle al comprador la carga de suponer la mala fe del vendedor, averiguar todos los pormenores del bien y exigirle entonces sí un deber de autotutela que paralizaría hasta la dinámica social."³⁶

Como se observa, este primer acercamiento al tema es tímido y constituye apenas un primer paso en el que a la víctima se le exige un nivel mínimo de diligencia y la carga recae sobre el sujeto activo de la conducta, admitiendo que la conducta se configure también a partir de una omisión en la información suministrada al comprador. Al respecto plantea la Corte que "la falta de información con respecto a los gravámenes, tanto en la promesa de compraventa como en la escritura pública, se expresa como un momento de la conducta destinada a inducir en error al cliente, mas no como un 'no hacer'(...)." ³⁷ En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia introduce el concepto de omisión como un 'no hacer' y aclara que es la acción de inducir a error a la víctima, el ardid o engaño, y no la simple omisión de información, la que configura la conducta del sujeto activo de este tipo penal.

En el 2003³⁸ la Corte Suprema profirió una sentencia hito frente al tema, no sólo por las consideraciones y las subreglas que estableció, sino por la decisión adoptada. El caso es similar al que se mencionó con anterioridad: un negocio jurídico (contrato de permuta) celebrado entre dos particulares (quien alegaba ser la víctima ejercía como sacerdote), en el que

36 Ídem.

37 Ídem.

38 CSJ Penal, 12/06/2003, r17196, A. Pérez.

luego de perfeccionado el contrato una de las partes descubrió que el bien inmueble objeto del contrato se encontraba embargado y a punto de ser rematado, ante lo cual la víctima concluyó que el bien que le había sido entregado era distinto del acordado. En su análisis, la Corte Suprema entró directamente a considerar el papel de la víctima como condición para que la conducta del sujeto activo fuese punible. Así la Corte estableció que "(...) de acuerdo con el argumento victimológico, la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, porque será entonces punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado."³⁹ Lo que sorprende en este caso es que la Corte decidió que ninguno de los cargos prosperaba y confirmó la absolución del acusado del delito de estafa, con base en la ausencia de los elementos del tipo penal, al considerar que la situación se presentó por la falta de diligencia de la víctima y no por un engaño.

En igual sentido, en el 2004⁴⁰ la Corte Suprema de Justicia al estudiar un caso de omisión en la información sobre la existencia de una medida cautelar sobre un bien, analizó el tema de la autotutela de la víctima. La Corte en este caso reiteró la jurisprudencia anterior ya mencionada y adicionalmente estableció, aún con mayor claridad, que el delito de estafa no se comete por conductas omisivas y que en cualquier caso su análisis requiere evaluar el comportamiento de la víctima. Así, la Corte planteó que "(...) le asiste razón al demandante al considerar que la estafa por omisión no está consagrada en nuestra legislación; ahora, el silencio puede ser una manifestación del ardid, pero siempre y cuando haga parte de una "compleja situación vivencial. (...) Pero acá, el silencio de los vendedores no afecta elementos esenciales del contrato de compraventa, ni se produjo dentro un marco circunstancial que le impidiera al comprador enterarse de los problemas jurídicos del bien. (...) La víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, porque será entonces punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado (...)." ⁴¹ En este caso, al igual que en el anterior, el cargo presentado ante la Corte para revisar la absolución por el delito de estafa no prosperó.

39 Ídem

40 CSJ Penal, 27/10/04, r20926, M. Solarte.

41 Ídem.

3.2 Sobre la posición de garante que el sujeto activo del tipo penal pudiere tener sobre la víctima

La jurisprudencia sobre el tema sentó un precedente claro entre los años 2003 y 2004 que con posterioridad la Corte Suprema de Justicia habría de seguir. No obstante, el último fallo de 2004 deja a la víctima situada en una posición difícil, no sólo porque su actuación entra a ser considerada como un elemento de decisión para la imputación objetiva del tipo penal, sino porque además no se establecen parámetros bajo los cuales resulte razonable exigir un determinado nivel de autotutela a la víctima.

Esta situación es aclarada por la Corte con posterioridad en junio de 2008⁴² en un caso similar a los anteriores en el que el vendedor ocultó la existencia de gravámenes sobre un vehículo, objeto de un negocio jurídico. Tras analizar los parámetros utilizados por la Corte en ocasiones anteriores para exigir la autotutela de la víctima, en este caso la Corte concluyó que se trata de temas vinculados de manera estrecha con las relaciones sociales y que por lo mismo requieren un análisis específico para cada caso. La Corte estableció que es preciso determinar en cada caso "(...) si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error. Para el efecto será menester, entonces, considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección."⁴³

Se observa entonces que esta última jurisprudencia se aleja de la visión estricta y objetiva de la autotutela de la víctima y entra a considerar situaciones particulares adicionales. Tal como se refleja en el gráfico, esta respuesta al problema jurídico se ubica en un lugar central entre las dos tesis, puesto que la autotutela antes que un elemento del tipo penal de estafa es apenas un factor de análisis e interpretación más al momento de hacer la imputación objetiva de esta conducta.

Este giro jurisprudencial se apoyó en la introducción de un nuevo concepto, que como se verá se convierte en el soporte de la posición

42 CSJ Penal, 10/06/08, r28693, MR. González.

43 Ídem.

jurisprudencial protectora de la víctima del delito de estafa. La Corte apeló al papel proteccionista que le corresponde al Estado y a la posible condición de debilidad en la que pueden encontrarse en Colombia las víctimas de quienes buscan obtener un provecho ilícito o lucro indebido de cuenta suya. Adicionalmente, la Corte estableció que para efectos de la imputación objetiva de la conducta "(...) quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado."⁴⁴

En efecto, en decisiones jurisprudenciales posteriores se puede observar la aplicación que la Corte hace de estos nuevos parámetros y cómo la evaluación de la autotutela no es ya automática sino que requiere de un desarrollo y una interpretación mucho más amplia. En septiembre de 2008⁴⁵ la Corte Suprema de Justicia analizó una demanda de casación en un caso de una compraventa de un bien inmueble realizada entre un comerciante en calidad de vendedor y un particular en calidad de comprador. Al momento de llevar a cabo el registro del correspondiente inmueble y pese a haberse afirmado lo contrario en la promesa de compraventa, se descubrió que el bien se encontraba gravado con una hipoteca. Lo innovador de este caso es que pese a tratarse de la misma hipótesis que se ha analizado en esta línea, el análisis que la Corte hace del caso difiere completamente de los que se venían realizando. En efecto, para determinar si se configuraba o no en este caso la conducta típica del delito de estafa, la Corte analizó la posición social de la víctima, su ubicación especial y sus posibilidades en el caso específico para ejercer mecanismos de autotutela. Así, la Corte analiza de manera puntual lo que denomina "(...) el aprovechamiento de las circunstancias concretas en que se establece o permanece una relación social, personal o comercial específica, que le dan respaldo y hacen creíble la mentira."⁴⁶ Así, la Corte estableció que se hace necesario "considerar aspectos tales como el nivel intelectual del

44 Ídem

45 CSJ Penal, 08/09/08, r30182, MR. González.

46 Ídem.

sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección.⁴⁷ Luego de realizar este análisis la Corte llegó a la conclusión de que en este caso la víctima, a pesar de sus conocimientos, no podía utilizar las herramientas adecuadas para verificar la existencia de medidas cautelares sobre el bien raíz por la distancia que tenía su domicilio con la oficina de registro donde se encontraba el bien. Así, concluyó que el vendedor sacó ventaja de la situación y del nivel de confianza entre las partes, y que indujo a error a la víctima.

3.3 Del ocultamiento de información, la teoría de la “*mise en scene*” y el efecto del engaño

La posición de garante de la víctima por parte del sujeto activo de la conducta penal es característica de este tipo de delito sólo en algunas circunstancias. Corresponde detenerse en el análisis de este tema en esta línea jurisprudencial porque los casos que se han analizado hasta el momento son aparentemente simples: el delito de estafa cuando media el ocultamiento de información en el marco de un negocio jurídico que afecta el valor del objeto del contrato y ocasiona un detrimento patrimonial para la víctima. No obstante, una de las particulares de este tipo de conducta penal y que desafortunadamente se presenta con frecuencia en Colombia, consiste en la puesta en escena de una serie de mentiras y engaños para convencer a la víctima de una falsa realidad y conseguir su detrimento patrimonial. Bajo la doctrina francesa, la teoría de la *mise en scene* establece que en el tipo penal de estafa no es suficiente con que se tengan palabras o discursos mentirosos, ya que en cambio es necesario que se desplieguen actos concretos encaminados a inducir en error a la víctima, la puesta en escena de esta serie de actos.

Sin embargo, tal como lo refleja esta línea jurisprudencial la elaboración de una serie de actos que constituyen artimañas o engaños no es un requisito para que se configure el delito, pues se analiza también el ocultamiento de información. En cualquier caso, la teoría de la puesta en escena o *mise en scene* ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia e incide de manera clara en el rol de la víctima en este delito. Se puede afirmar a partir de la jurisprudencia que se

47 Ídem.

verá a continuación, que cuando se está frente a este tipo de circunstancias, la autotutela de la víctima no sólo no es un elemento del tipo penal, sino que ni siquiera se tiene en cuenta al momento de decidir sobre la imputación de la conducta. En otras palabras, cuando la estafa se configura a partir de un engaño elaborado por varias actuaciones y la puesta en escena de una situación falsa, no tiene cabida analizar el papel de la víctima.

En 2009⁴⁸ la sala de Casación Penal de la Corte estudió un caso en el que una sociedad comercial productora de químicos mantuvo una relación comercial con una persona que se hacía pasar por comerciante, representante legal de una persona jurídica relacionada con el tema. Luego de establecida la relación comercial, el sujeto se apropió de los bienes objeto del contrato sin pagarlos y desapareció, revelándose entonces que se trataba de una persona jurídica ficticia y que la aparente condición de comerciante y representante legal era falsa. En la demanda de casación a la Corte se le solicitó analizar, entre otras cosas, la conducta desplegada por la víctima ante la ausencia de verificación por parte de ésta de la existencia de la persona jurídica contratante.

No obstante, la Corte señaló que en este tipo de situaciones el mencionado análisis no tiene cabida, al establecer que la maniobra realizada por el sujeto activo de la conducta "(...) no se circunscribió a una única mentira o ausencia de información dentro de la realización de un negocio jurídico, sino que se trató de un acto complejo, elaborado y falaz que le representó un provecho ilícito, pues su patrimonio se vio incrementado bajo la errónea creencia, por parte de los empleados de la firma (...), de que le estaban vendiendo productos a una sociedad (...) que ni siquiera había nacido a la vida jurídica y que, en razón de ello, era imposible de ejecutar por la vía civil."⁴⁹ Para la Corte "resulta un contrasentido que el demandante extrañe en el comportamiento del distribuidor (...) la exigencia de un formalismo a cuya pretermisión estuvo dirigida toda la puesta en escena por parte del encausado."⁵⁰ La sentencia estableció claramente una subregla consistente en que este tipo de circunstancias trascienden del ámbito privado al ámbito jurídico penal, a partir del cual no es posible para la Corte analizar el comportamiento negligente de la víctima o el nivel de autotutela exigida, cuando "se tiene que,

48 CSJ Penal, 4/02/09, r26197, JE Socha.

49 Ídem

50 Ídem.

debido a la conducta artificiosa desplegada por el procesado, el primero jamás pudo actuar libre y responsablemente en un sentido jurídico, sin haber tenido la oportunidad de conocer la situación generadora del riesgo (como sí habría podido conocerla ante el simple silencio o ante una mentira no tan elaborada de la contraparte).⁵¹

Como se observa en la representación gráfica de la línea, este último planteamiento de la Corte se acerca más a la tesis A, pues es claro que en la circunstancia de una maquinación o cadena de engaños, sólo es exigible un nivel mínimo de diligencia por parte de la víctima y el análisis se concentra en la conducta desplegada por el sujeto activo.

Finalmente, en 2010⁵² la Corte conoció una demanda de casación en el conocido caso del desfalco de FONCOLPUERTOS, el fondo pensional de "Puertos de Colombia". El caso fue muy conocido a nivel nacional porque un gran número de personas, entre los cuales se encontraban empleados de la anterior empresa del Estado, fueron condenados por los delitos de estafa, falsedad en documento público, prevaricato, peculado por apropiación y concierto para delinquir, principalmente por el cobro y posterior pago de acreencias laborales en favor de algunos ex trabajadores sin que tuvieran derecho a percibirlos. Como parte de uno de los procesos de este caso, la Corte Suprema de Justicia conoció una demanda de revisión contra una sentencia de casación en la que se alegaba, entre otros asuntos que no son relevantes para esta línea, que se exigía cierto nivel de diligencia a los empleados de FONCOLPUERTOS, que la ausencia de esa diligencia desvirtuaba la posición de garante de los condenados y que por tanto no se configuraba el tipo penal de estafa. En este caso, la estafa se habría producido a partir del pago indebido de acreencias laborales, frente a las cuales ya se había pronunciado la Corte Constitucional negando la solicitud ante una acción de tutela.

La Corte Suprema de Justicia empezó su análisis diferenciando este caso de los negocios jurídicos en los que media ausencia parcial o total de información por parte de una de las partes, ocasionando el detrimento patrimonial de la otra. Para la Corte "el caso frente al cual se propone la acción de revisión, a pesar que en el plano jurídico se basó en el delito de estafa, el

51 Ídem.

52 CSJ Penal, 27/07/10, r31468, J. Bustos Martínez

suceso del que deriva no surgió con ocasión de un negocio jurídico, sino de una situación administrativa de derecho laboral, la cual, supuestamente, daba origen al pago de unas acreencias laborales insolutas que debían cancelarse con dineros del Estado.”⁵³ La Corte estableció entonces una diferenciación importante en virtud del caso, ya no por las características del engaño, sino por sus consecuencias para la sociedad.

Se estableció en esta sentencia una subregla importante a partir de la cual la Corte reconoció la prevalencia del principio constitucional de buena fe que gobierna las actuaciones de particulares y las de las autoridades públicas, pero aclaró que en virtud de éste de ninguna manera se puede permitir que una afectación al patrimonio del Estado y las entidades que lo representan permanezca impune. La Corte concluyó que no es viable en este caso alegar la ausencia de autotutela por parte de la víctima y si se observa, más allá de cualquier motivación adicional relacionada con la complejidad del caso en particular, el argumento de mayor peso son los efectos que esta conducta tiene, no sólo sobre la víctima, sino sobre la sociedad en general. Este último fallo de la Corte Suprema se refleja también en la gráfica más cercano a la tesis A. Teniendo en cuenta diversos factores, la Corte Suprema de Justicia sigue teniendo un énfasis más fuerte en la conducta del sujeto activo y la autotutela de la víctima no es, de manera objetiva, un elemento del tipo penal.

4. CONCLUSIONES

Tal como se mencionó al principio de este capítulo, responder a la pregunta por si la diligencia de la víctima es o no un elemento del tipo penal de estafa requiere el análisis de una serie de elementos aparentemente ajenos al tema de la autotutela de la víctima. En particular el delito de estafa pone en evidencia una realidad social de la cual se pueden derivar conductas socialmente desaprobadas desde el punto de vista jurídico penal y en donde en ocasiones, la víctima se encuentra en una posición de vulnerabilidad frente al sujeto activo de este delito.

El análisis de este tema involucra importantes principios generales como el principio de buena fe, el de la autonomía de la voluntad, pero adicionalmente, tal como se refleja en esta línea, trasciende la esfera privada para pasar a lo público y en concreto, a lo jurídicamente reprochable. Así, como parte del análisis de este tipo penal, pero de manera específica frente a la víctima, el Estado entra a conocer en detalle las relaciones de la esfera privada entre los sujetos, las califica y las juzga.

Del análisis realizado y como se refleja en la gráfica, la jurisprudencia oscila entre las tesis A y la B, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso. Se observa eso sí un interés claro en la jurisprudencia por proteger a la víctima, sea porque se le exige una conducta preventiva frente a este delito, porque se detiene la Corte a estudiar cada circunstancia en particular y valorar la condición de vulnerabilidad de la víctima, o porque condena sin tener en cuenta la autotutela en aquellas circunstancias que por el tipo de engaño o artimañas, o el efecto sobre la sociedad, ponen a la víctima en un nivel especial de vulnerabilidad.

Todo esto denota una especial preocupación de los jueces por los efectos que el delito de estafa tiene en la seguridad jurídica y en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas. Particularmente, la relación entre el delito de estafa y la corrupción como fenómeno que fomenta una cultura de la ilegalidad y que tiene efectos negativos sobre la sociedad en general parece ser de especial interés para la Corte.

LEGÍTIMA DEFENSA EN LA RIÑA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Domingo Rafael García Pérez y Miguel Ángel Leal González en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. ¿ES JURÍDICAMENTE ADMISIBLE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA RIÑA COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD?

El fenómeno de la riña, entendida ésta como pelea violenta que se presenta en la calle o en un bar entre dos o más personas, es extremadamente común en Colombia. Las cifras de los últimos años del Instituto de Medicina Legal y la Fiscalía General de la Nación son alarmantes, tanto por las personas que resultan heridas cada hora por causa de las riñas, como porque las riñas, junto con las venganzas personales, constituyen las principales causas de homicidios en Colombia. Por este motivo, se trata de un fenómeno que merece especial atención y que afecta de manera directa el papel del juez al momento de analizar las circunstancias en que se produce un homicidio, la tipicidad y antijuridicidad de la conducta en relación con el tipo penal y la posible existencia de eximentes de responsabilidad. Así, cuando dos o más personas ponen voluntariamente en peligro bienes jurídicos protegidos por la legislación penal como la vida y la integridad personal y como resultado de ello se comete un homicidio, aparece un dilema claro para el juez en relación con la posible antijuridicidad de la conducta que debe ser tratado cuidadosamente. El juez se enfrenta a un dilema de carácter jurídico penal pero adicionalmente a una realidad social que requiere una lectura justa de los hechos y el reproche por parte de la ley a este tipo de situaciones.

La pregunta sobre si es jurídicamente admisible la legítima defensa en la riña como eximente de responsabilidad ha tenido varias respuestas en la jurisprudencia, pero en cualquier caso ha requerido siempre de un análisis detallado de las circunstancias en que se presentaron los hechos. En relación con la legítima defensa el Código Penal (Ley 599 de 2000), establece en su artículo 32 numeral 7 que no habrá lugar a responsabilidad penal entre otras razones cuándo: “[s]e obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión” y aclara que: “[s]e presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.”

Tal como lo establece la norma, la legítima defensa es un derecho establecido en la Ley que tiene toda persona de proteger un bien de aquellos jurídicamente tutelados, sea éste propio o ajeno. Tiene varios elementos que la configuran y que es preciso analizar cuidadosamente para entender la dimensión del problema jurídico que se plantea y su dificultad en el caso de la riña. Para que se configure la legítima defensa el bien jurídico de que se trata debe *haber sido puesto en riesgo por una agresión antijurídica*; de otra parte, la agresión debe ser *actual e inminente* y finalmente, *no conjurable por vía distinta*. La legítima defensa tiene además un elemento importante de valoración de la proporcionalidad. El medio empleado para la defensa debe ser *proporcional a la agresión*. Cuando los hechos se producen en el marco de una riña, ninguno de estos elementos puede ser evaluado objetivamente. Es por eso que todos estos elementos, tal como se observará, han venido siendo analizados cuidadosamente por los jueces penales y en particular por la Corte Suprema de Justicia para valorar la posible configuración de una causal de antijuridicidad de la conducta cuando se presenta una riña.

La dificultad que representa el análisis de si la agresión es en efecto ilegítima o no, si el peligro en que se encuentra el bien es actual e inminente o es pasado, si la defensa del bien es en realidad necesaria para impedir que se cometa la agresión, si la entidad de la respuesta a la agresión es proporcionada, explica la problemática a la que el juez penal se enfrenta en este caso. Pero adicionalmente, el juez tiene una carga muy alta en su labor frente a este delito. La ocurrencia de homicidios y lesiones personales como resultado de riñas callejeras es además un indicador de intolerancia y violencia que requiere

con urgencia la creación de políticas públicas pero que además exige un papel mitigador y conciliador en el derecho y en particular, en la labor del juez.

De otra parte, es importante tener en cuenta que el análisis del problema jurídico que se propone se circunscribe a las circunstancias de una riña o pelea callejera. De ahí que, tal como se observará, el análisis está en todo momento atado estrechamente a determinar en primer lugar que lo que se presentó fue una riña y no un ataque premeditado de una persona a otra, caso en el cual la discusión sobre la legítima defensa sería la misma que la que puede darse en cualquier delito o contexto. En la riña la agresión viene de múltiples partes o personas, los hechos son generalmente confusos, se producen intercambios de agresiones verbales y físicas, se introducen diversos tipos de armas o se utilizan objetos comunes (como botellas, mobiliario, etc.). Es común que cuando se presenta una riña el ambiente sea agitado, usualmente en el marco de una fiesta, un bar o una celebración local, así como que haya confusión en relación con la forma como ocurrieron los hechos y los autores de las diversas conductas, puesto que en general participan en ellas varias personas con grados diversos de participación. Es por esto que el juez se ve en la difícil labor de reconstruir la versión de lo ocurrido durante una riña usualmente a partir de testimonios e inspecciones judiciales al lugar de los hechos, y adicionalmente, analizar el origen y el motivo por el cual quienes se encontraban presentes portaban armas, si es del caso.

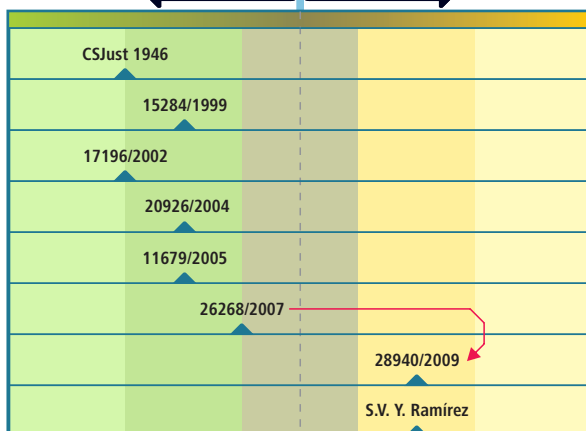
De otra parte, es frecuente encontrar casos en que la riña se debe a antiguas enemistades, por lo que el juez se ve obligado a indagar si se trató de una agresión directa con un único propósito, o si en efecto las agresiones se presentaron en el marco de una acalorada pelea. Todos estos factores son de gran importancia para el problema jurídico que se analiza, pues tal como se mencionó para que se configure la legítima defensa el bien jurídico debe haber sido *puesto en riesgo por una agresión antijurídica*. ¿Qué ocurre entonces cuando una persona se pone a sí misma en riesgo al iniciar o entrar a participar de una riña? La siguiente gráfica refleja la manera como la Corte Suprema de Justicia ha analizado el tema y la respuesta que ha dado al problema jurídico planteado.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es jurídicamente admisible la legítima defensa en la riña como eximente de responsabilidad?

TESIS A

No. La riña desvirtúa la condición de la legítima defensa relativa a la puesta en riesgo por una agresión antijurídica.



TESIS B

Sí. Cuando se rompe el equilibrio del combate entre las partes

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El análisis de esta jurisprudencia se centrará en mostrar las distintas aproximaciones que la Corte Suprema ha hecho al tema de la riña y la legítima defensa. Como se verá, se trata de una línea relativamente estable en la que existen únicamente dos aproximaciones: i) el análisis de la voluntariedad de las partes o el dolo en la riña (primer round: la intención, el dolo y quién empezó la pelea); y ii) la ruptura del equilibrio del combate (segundo round y final: el transcurso y el final de la pelea). Más allá de lo jurídico, conviene leerlas con dos preguntas constantes ¿hasta dónde la legítima defensa puede desvirtuar la ilicitud de una riña? y ¿cuál debe ser el papel del juez en relación con los incentivos que puedan generar sus fallos frente a este tipo de conductas?

3.1 De la intención dolosa de quien inicia o mantiene una pelea, o de la riña como una contienda voluntariamente acordada

La primera referencia jurisprudencial que trata el tema es de 1946⁵⁴ y aún cuando el análisis de esta línea comenzará a partir de 1999, es importante mencionarla porque ha sido retomada por la jurisprudencia actual de manera reiterada como una jurisprudencia vigente en relación con la riña y la posible existencia de eximentes de responsabilidad. En su momento la Corte planteó la existencia de una diferencia clara entre: i) “aceptar una pelea o buscar la ocasión para que se desarrolle”⁵⁵; y ii) esperar preparado para que una agresión se presente. El elemento que se tuvo en cuenta como predominante fue la intención dolosa de quien iniciaba o participaba en una pelea. Mientras que quien acepta o busca la ocasión para que se desarrolle una pelea tiene dolo en relación con la agresión, no ocurre igual cuando alguien temiendo una agresión está preparado para ella y actúa en defensa propia.

En primer lugar, al estudiar los efectos que puede tener sobre la determinación de la existencia o no de una legítima defensa, la Corte concluyó que si alguna de las personas que participaron de los hechos estaba previamente armada, “pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad,

54 CSJ Penal, 11/06/1946, A. Gómez Prada.

55 Ídem.

como es la inminencia o lo inevitable del ataque.⁵⁶ No obstante, agregó que “ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.”⁵⁷ La Corte estableció que en efecto cuando se está ante una riña, existe la intención clara de dar inicio o mantener una pelea. Según ésta “ni hay riña sin intención de pelear, ni en esa pelea puede excluirse el propósito o intención dolosa de causar daño al contrincante.”⁵⁸ Contrario a ello cuando el caso es de legítima defensa, pese a que en ella pueden presentarse peleas o combates “uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente, cumple con un deber, obra de acuerdo con la ley al defender las condiciones esenciales de su existencia personal y, las de la sociedad a que pertenece.”⁵⁹

Tal como se evidencia en los apartes citados, el primer acercamiento que hace la Corte Suprema establece una diferenciación clara entre la figura de la legítima defensa y las circunstancias que caracterizan una riña. Para la Corte, si bien es viable que una persona temiendo una agresión en su contra se provea de los mecanismos adecuados para su defensa, se encuentra en una situación distinta de la legítima defensa cuando su intención es la de dar inicio o perpetuar una pelea, ya que aquí está estrechamente ligado con la intención de causar daño al otro. Este primer planteamiento responde al problema jurídico planteado acercándose más a la Tesis A. La riña desvirtúa la condición de la legítima defensa relativa a la puesta en riesgo por una agresión antijurídica. No obstante, como se verá posteriormente, es precisamente a partir de esta jurisprudencia, del análisis de la inminencia o lo inevitable del ataque, que la Corte Suprema encontrará elementos para acercarse a la Tesis B.

Más de cincuenta años después, en 1999⁶⁰ la Corte Suprema de Justicia retomó de algún modo lo planteado en 1946 y analizó principalmente las condiciones específicas de la riña, así como la intención de dar inicio a ésta o participar en ella. Por supuesto entre 1946 y 1999 existieron casos de riña, no obstante la sentencia de 1946 constituye una referencia conceptual que no ha desaparecido en la línea jurisprudencial. Cobran especial relevancia los hechos particulares del de 1999 pues no parecen análogos a los que caracterizan las

56 Ídem

57 Ídem

58 Ídem

59 Ídem

60 CSJ Penal, 06/12/1999, r.15284, C.E. Mejía.

sentencias en donde se realiza este análisis tal como se verá con posterioridad en esta línea. La Corte conoció una demanda de casación por supuesto error judicial en la valoración probatoria en un caso en el que dos sujetos en estado de embriaguez se habían acercado a un establecimiento comercial privado, golpearon la infraestructura, iniciaron una discusión violenta con el celador y este último terminó causándole lesiones graves con arma de fuego a uno de ellos. El Tribunal que conoció el caso descartó la opción de que el sujeto que disparó lo hubiese hecho en legítima defensa.

Para empezar la Corte analizó si existió o no una riña, planteando que "(...) el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. No alcanza a configurarse, por lo tanto, a partir de simples ofensas verbales, sino que se requiere la existencia de un verdadero enfrentamiento físico entre los opositores."⁶¹ La Corte hizo un estudio cuidadoso de los distintos testimonios sobre los hechos y concluyó que la persona que disparó se encontraba ante un riesgo actual e inminente de una agresión contra su vida e integridad. Es sólo al momento de descartar la existencia de una riña que decide que a partir de los hechos se reúnen los elementos para que se configure una legítima defensa. De ahí que en relación con el caso haya decidido casar la sentencia puesto que "descartado que el procesado haya sido provocador de una riña inexistente, el fallo recurrido se queda sin esos dos pilares que le sirvieron de fundamento para afirmar la antijuridicidad de la conducta."⁶² Esta sentencia se ubica en la gráfica en la Tesis A, pues la Corte concluye que la legítima defensa no tiene cabida en casos de riña.

En 2002⁶³ la Corte conoció en sede de casación un caso de homicidio cometido con arma corto punzante en el contexto de una riña a partir del cual acentuó las características de la riña y sus diferencias con la legítima defensa. Por estos hechos fueron condenadas dos personas que participaron en la riña, el primero como autor y el segundo como cómplice y se calificó el tipo penal como homicidio simple.

En su análisis del caso la Corte Suprema retomó la jurisprudencia anterior y en particular la diferenciación que se venía haciendo entre las

61 Ídem.

62 Ídem

63 CSJ Penal, 26/06/2002, r17196, F. E. Arboleda.

circunstancias de la riña y la legítima defensa. Al respecto, la Corte reiteró que “[l]o que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente.”⁶⁴ Para la Corte era claro que tanto en la riña como en la legítima defensa hay agresión, pero consideró que existen diferencias en la manera como esta última se presenta en uno y otro caso, pues en el primero la agresión es propiciada voluntariamente.

Lo que llama la atención de este caso es que de los hechos no está muy claro cómo se presentó la pelea ni quiénes fueron los autores de los delitos. Así, la Corte entró a analizar de manera detallada los testimonios y la valoración que se hizo de ellos, abandonó por un momento el escenario de la riña para valorar las circunstancias previas y el contexto social en el que se desarrollaron los hechos. La Corte concluyó que las personas involucradas en la pelea “(...) decidieron enfrentarse por la enemistad que los separaba de antaño, modalidad imposible de soslayar que obliga acudir a la posición de evaluación de vieja data, que no ha sufrido cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema ni en la doctrina, consistente en que se trata de acontecimiento que excluye la legítima defensa, pues la pelea o combate que significa, requiere en los contrincantes el propósito de emplear la violencia para lesionar al otro, mientras que la defensa para ser legítima, de suyo tiene que excluir esa intención de ocasionar daño (...).”⁶⁵

La Corte intentó mantener la diferencia entre la riña y la legítima defensa basada en la voluntariedad en la agresión, pero en este caso para establecer si hubo o no voluntad indagó las condiciones específicas en que se presentaron los hechos y las posibles relaciones de enemistad previas a que se produjera la riña. Para la Corte en este caso: “(...) resulta claro, que el juzgador de segunda instancia prescindió de la valoración social y jurídica de los acontecimientos que encontró acreditados y contrariando las reglas de la sana crítica, en especial las de experiencia, infirió forzosamente que (...) hubo una contienda

64 Ídem.

65 Ídem.

voluntariamente acordada, cuando lo cierto es que la realidad probatoria da lugar a establecer inequívocamente que el procesado no se enfrentó con quien resultó muerto, no se trabó en ninguna disputa física, no luchó, no combatió.”⁶⁶ De acuerdo con el aparte citado, el que la contienda hubiere sido voluntariamente acordada o aceptada, permitía entrever que se está ante una riña y por ende, al menos por ahora, no dejaba cabida para una legítima defensa.

Adicionalmente, la Corte introdujo en esta sentencia un elemento que sería retomado unos años más tarde como fundamento de un cambio jurisprudencial. En relación con los hechos del caso en particular, la Corte planteó que “[e]n este caso, una vez alteradas (al acceder los contrincantes a la utilización de instrumentos) y aceptadas las condiciones de la reyerta, no hubo modificación posterior. Ninguno de los contendientes introdujo otro elemento de mayor entidad dañina que rompiera el equilibrio, sin que pueda considerarse como tal, a diferencia de lo expuesto en el fallo impugnado.”⁶⁷ Como se observa, más allá de analizar los instrumentos utilizados y la naturaleza del combate que se presentó entre las partes, la Corte Suprema introdujo un nuevo elemento relativo al equilibrio y la proporcionalidad en el combate. Tal como se verá con posterioridad, es precisamente el equilibrio del combate el elemento a partir del cual la Corte entra a estudiar la posibilidad de que la legítima defensa sea jurídicamente admisible en los hechos de una riña.

En este caso la Corte Suprema decidió no casar la sentencia y mantener la absolución por la existencia de una legítima defensa, porque encontró que no se trató de una riña y por ende podía existir legítima defensa. Ante el problema jurídico que se analiza en esta línea jurisprudencial, esta decisión se acerca nuevamente a la Tesis A, pues la Corte concluye que es en la medida en que puede establecerse que los hechos no constituyen una riña, la legítima defensa era aplicable.

En igual sentido, en el año 2004⁶⁸ la Corte resolvió de manera similar un caso de homicidio en el marco de una riña. La Corte se concentró en analizar la procedencia del arma, el contexto y las particularidades de la pelea que se presentó, y no estudió detalladamente ni las condiciones que configuraron la legítima defensa ni la naturaleza de la riña.

66 Ídem.

67 Ídem

68 CSJ Penal 02/06/2004, r20926, E. Lombana.

Para el 2005⁶⁹ la incompatibilidad de ambas figuras se mantuvo, aún cuando apareció en la jurisprudencia el concepto de la ruptura de la igualdad en el equilibrio del combate. Tras conocer en sede de casación una demanda en relación con la condena por homicidio producido en el marco de una riña, la Corte Suprema hizo un análisis muy completo de toda la jurisprudencia anterior sobre la legítima defensa en la riña. En su sentencia, reafirmó la naturaleza de mutua agresión de la riña y adicionalmente aclaró y explicó su incompatibilidad con la figura de legítima defensa como eximente de responsabilidad. Para la Corte: “[c]uando dos personas deciden simultáneamente y de manera intempestiva irse a las armas con la intención de agredirse, en efecto, se sitúan al margen de la ley y en el marco de una riña donde no hay lugar a alegar legítima defensa, salvo cuando en su curso alguno de los contrincantes rompe las condiciones de equilibrio del combate.”⁷⁰ Así pues, la Corte estableció que en la medida en que tanto el acusado como la víctima en el presente caso intercambiaron disparos con el ánimo de agredirse, a cada uno le correspondía responder por los daños causados y por tanto no había lugar a considerar un error en la valoración probatoria con miras a alegar una legítima defensa. Si bien la noción de la ruptura del equilibrio en el combate no es determinante para llegar a una decisión en este caso, se verá como un elemento importante en jurisprudencia posterior.

La tendencia sigue siendo similar para el 2007⁷¹ cuando la Corte Suprema conoció un caso en el que se encontraban varias personas tomando licor en un establecimiento y la llegada de un tercero con un caballo produjo una fuerte y violenta discusión. Una de las personas que se encontraba allí se retiró del recinto por un arma, regresó y se produjo un intercambio de disparos que tuvo como consecuencia la muerte de una persona. Al respecto la Corte hizo un recuento de toda la jurisprudencia sobre el tema ya mencionada, reiteró las conclusiones planteadas en el 2005 sobre la ruptura del equilibrio del combate y concluyó que en vista de que se trata de una agresión mutua no podía hablarse de legítima defensa.

En este caso quien según el relato de los hechos dio inicio a la riña fue quien finalmente perdió la vida en la pelea, ante lo cual la Corte especificó que “(...) aunque el occiso fue quien la inició, lo cierto es que los procesados la

69 CSJ Penal, 25/06/2005, r11679, Y. Ramírez.

70 Ídem.

71 CSJ Penal 07/03/2007, r26268, M. Pulido.

aceptaron voluntariamente, al punto de prepararse para el regreso de aquél, a quien cuando ello sucedió lo recibieron a bala.”⁷² La Corte llegó a dos conclusiones a partir del análisis de este caso. En primer lugar reiteró la subregla que la Corte Suprema planteó desde 1946, según la cual si la víctima y el acusado intercambiaron disparos entonces cada uno debe responder por los daños causados al otro. De otra parte, que cuando se está frente a una riña no tiene cabida el análisis de los hechos como si se tratase de una agresión intempestiva, pues para la Corte en este caso “lo esperado por los procesados fue precisamente la contienda armada en la que (...) hubo una recíproca intención lesiva, y que no permite la prédica de la causal de ausencia de responsabilidad de la necesidad de defensa de un bien propio o ajeno contra una agresión actual o inminente.”⁷³ Se trata de una subregla que permite entrever una política criminal por parte de la rama judicial que condena las agresiones mutuas en el contexto de una riña, que descubre la voluntariedad de agresión que se esconde tras esta denominada “práctica social” y la reprocha abiertamente. Para la Corte los penosos resultados que deja la riña son consecuencia de una voluntaria y recíproca intención lesiva, lo que determina directamente la responsabilidad en los resultados.

La Corte se mantiene aún en una posición abierta a considerar la posibilidad de la existencia de un eximente de responsabilidad, pero permanece todavía en la conclusión de que el hecho de que exista esa mutua voluntad de agresión implica *per se* una responsabilidad para cada una de las partes de acuerdo con su comportamiento y las consecuencias que éste tenga. No se trata de una calificación previa de la riña, o de una diferenciación entre esta última y la legítima defensa, como se venía viendo en la jurisprudencia reciente, sino de un análisis cuidadoso y detallado de las circunstancias y de la voluntad de los sujetos que se ven inmersos en la pelea. Sin embargo, como se observa en la gráfica, esta sentencia se mantiene con una fuerte tendencia hacia la tesis según la cual la riña desvirtúa la condición de la legítima defensa relativa a la puesta en riesgo por una agresión antijurídica.

3.2 Del equilibrio del combate

Finalmente, en el 2009⁷⁴ la Corte llenó de contenido la referencia jurisprudencial que de manera pasajera había mencionado en fallos anteriores

72 Ídem.

73 Ídem.

74 CSJ Penal, 21/09/ 2009, r28940, M. González.

relacionada con el equilibrio o la igualdad en el combate. Analizó una demanda en sede de casación por un caso en el que se produjo una discusión violenta entre un grupo de personas, en la que se utilizan distintos elementos como armas (palas, sillas, navajas) y que termina con la muerte de una de ellas.

En este caso la Corte concluyó que estaba frente a una riña, dentro de la descripción que la jurisprudencia ha hecho de este fenómeno, así estableció que “[e]n este caso los dos protagonistas consintieron ocasionarse daño en el cuerpo y su salud y aceptaron, igualmente, la alteración más nociva de sus condiciones. Ciertamente, cuando el procesado esgrimió el arma corto punzante el occiso hizo lo propio armándose de una pala. El empleo de cualquiera de estos elementos, vale decir, resulta letal de llegar a alcanzar determinadas zonas del cuerpo humano, sin que cualquiera de ellos conceda una ventaja ostensible con respecto al otro, con lo cual queda demostrado que existía una probabilidad de daño común y proporcionado, presupuesto indispensable para que se configure este fenómeno.”⁷⁵

En la medida en que la demanda apeló a las condiciones de debilidad, desigualdad de tamaño o edad de algunas de las personas involucradas en la riña, la Corte Suprema analizó las condiciones de igualdad en que se dio el enfrentamiento entre las partes. Inicialmente encontró que en la medida en que ambas gozaban de las mismas capacidades físicas y mentales, estaban en un plano de igualdad para repeler la acción de la otra parte. No obstante, en su análisis paso por paso de la manera como se presentó la contienda la Corte concluyó que en un momento determinado en efecto se rompió el equilibrio entre las partes. Para la Corte: “[e]xistiendo, entonces, relativo equilibrio entre los dos contendores, se torna desmedida la acción de esgrimir la navaja por parte del procesado. Esa invitación a proseguir la reyerta pero en condiciones más dañinas, mediante el empleo de armas, fue de inmediato aceptada por el occiso, quien regresó a la ferretería para provisionarse de un instrumento con el cual también pudiera ocasionar daño a la humanidad de su adversario.”⁷⁶

En esta sentencia, la Corte Suprema fija la que es tal vez la subregla más importante a la fecha sobre la legítima defensa en la riña. Para

75 Ídem.

76 Ídem.

la Corte, en la medida en que la riña tiene una naturaleza ilícita, no es en principio viable hablar de la excluyente de responsabilidad de legítima defensa, pues está claro que existe una intención recíproca de causarse daño en las partes que participan de ella. No obstante, para la Corte existe una excepción a este principio que se da cuando los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate.

Si bien esta no es la primera vez que se trata el tema del equilibrio en el combate en el marco de la riña, sí es la primera vez que la Corte Suprema de Justicia da un paso más allá de analizar si existió o no una riña, las circunstancias sociales y el contexto en que se presentaron los hechos, y pasa a analizar en concreto el tema de la ruptura del equilibrio. En efecto, si el análisis se centra ahora en el equilibrio en el combate, la jurisprudencia se acerca mucho más a la Tesis B en la que la legítima defensa es admisible para un caso de riña, aún cuando sólo lo sea en la salvedad planteada. En el caso de esta sentencia la Corte decidió no casar y en cambio encontró que precisamente por la ausencia de la ruptura en el equilibrio, el Tribunal que conoció inicialmente el caso no debió haber decretado a favor del sindicado la causal de exclusión de responsabilidad de legítima defensa.

En relación con este fallo el Magistrado Ramírez presentó un salvamento de voto en el que manifestó que se apartaba de la decisión adoptada por la Corte Suprema y sus consideraciones en relación con la ruptura del equilibrio en el presente caso. Para el Magistrado en mención sí se rompió el equilibrio del combate en el caso y "(...) los hechos estuvieron cubiertos por la causal excluyente de antijuridicidad denominada legítima defensa, en atención a que el procesado estaba en situación de privilegio frente al ordenamiento porque en la situación concreta velaba por sus bienes jurídicos."⁷⁷ Para el Magistrado, aún cuando el procesado se hubiere puesto voluntariamente en el contexto de agresión mutua que representa una riña, el que durante la misma se hubiere roto el equilibrio del combate en su contra le daba una protección especial por parte del ordenamiento jurídico que constituía una legítima defensa al momento de entrar de manera violenta a repeler la agresión. Este salvamento de voto introdujo un análisis más profundo que privilegia el derecho de toda persona a su propia tutela y amplía las circunstancias en las cuales se tiene derecho a la protección de la vida e integridad por considerar que más que

77 CSJ Penal, 21/09/09, SV Y. Ramírez.

ante una provocación, se está ante un agresor. No es claro sin embargo en esta tesis en qué momento se desfigura o se vuelve lícita la circunstancia ilícita de dar inicio a una riña; no es claro si deja de ser duramente reprochable esta penosa "práctica social"; si el ordenamiento jurídico protege entonces a quien voluntariamente participa de ella y si el juez tiene presentes, más allá de los debates dogmático jurídicos que se puedan dar en las instancias legales, el tipo de incentivos que esto puede generar en una sociedad intolerante y violenta como la nuestra.

Esta es quizás la posición que más se acerca a responder afirmativamente al problema jurídico que se estudia en esta línea jurisprudencial. A la pregunta por si es jurídicamente admisible la legítima defensa en la riña como eximente de responsabilidad, la respuesta sería sí, y al igual que el fallo de la Corte en esta sentencia, el Magistrado en su salvamento condiciona esta posibilidad a que se rompa el equilibrio del combate entre las partes.

4. CONCLUSIONES

Los distintos elementos que han debido tener en cuenta los jueces penales al responder este problema jurídico reflejan una realidad social compleja, en la que el juez no sólo ha tenido que aplicar la ley y hacer un análisis jurídico penal de la conducta y la norma, sino devolverse a los hechos, valorar la intención de las partes y el contexto en que estos se produjeron.

Una mirada apresurada al tema permitiría pensar que al operador judicial no le corresponde conceder eximentes de responsabilidad en casos como la riña, pues ello podría generar incentivos perversos cuando es claro que la riña se presenta en circunstancias de agresión ilegítima y en las que usualmente media la clara intención (o incluso dolo) de las partes por agredirse mutuamente. ¿Qué ocurre sin embargo cuando la riña está más cerca de la normalidad que de la excepcionalidad? Y la pregunta va orientada a pensar, qué ocurre con el derecho a la legítima defensa de quienes desafortunadamente viven en sectores y contextos en los que la violencia es la generalidad. En efecto, como ha sido expuesto el fenómeno de la riña como práctica social es uno de los principales escenarios en los que se presentan muertes violentas en Colombia. Ante circunstancias como estas no es posible desconocer que el derecho puede actuar también como instrumento de cambio en la sociedad y que la decisión de un juez o varios en un determinado sentido puede enviar a la sociedad mensajes afortunados o desafortunados que terminen por prevenir o patrocinar estas conductas.

Ahora bien, la jurisprudencia estudiada en el marco de esta línea sugiere también de manera tangencial que toda persona tiene derecho a la autoprotección de la vida y la integridad, a la propia tutela. Si se observa cuidadosamente, la subregla de la Corte Suprema de Justicia en este sentido permanece intacta desde 1946. En efecto, rara vez la Corte se detiene a cuestionar el porte de armas por parte las personas involucradas en los hechos, en los que por supuesto en la mayoría de los casos se carece de salvoconducto. Lo extraño es que la Corte no parece hacer un análisis conjunto entre el porte ilegal de armas y la ilicitud de la riña. El derecho a protegerse a sí mismo parece ser de tal entidad que ni siquiera se pondera a la luz del hecho de que la riña sea una práctica social reiterada para resolver los conflictos de la sociedad.

Para terminar, es necesario preguntarse qué ocurre si la Corte Suprema extiende a todos los casos de riñas callejeras en los que se presentan homicidios la posibilidad de alegar causales de antijuridicidad como la legítima defensa. ¿Hasta qué punto esto puede incrementar las tasas de muertes y lesiones por peleas, e incluso, el porte personal de armas? Y en ese caso ¿cuál debe ser entonces el papel del juez? Lo que queda claro es que la responsabilidad del juez en un tema como éste excede su labor como operador judicial, no puede reducirse de ningún modo al ejercicio de aplicación de una norma y lo obliga a evaluar las posibilidades directas que tiene de prevenir o promover la violencia en las riñas.

PERTENENCIA A GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS: DELITO POLÍTICO O CONCIERTO PARA DELINQUIR

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Paulo César Becerra Jordán, Adalberto Díaz Espinosa, Albeiro Robar Manzano, Héctor Constatino Salazar, Javier Ospino Guzmán, Felipe Mendoza Rojas y Julián Andrés Duran Puentes en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. ¿QUÉ DELITOS COMETEN QUIENES PERTENECEN A GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS?

Más de cincuenta años de conflicto armado en Colombia han llevado a las Altas Cortes a pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las conductas delictivas que se desprenden de la pertenencia a grupos armados organizados.⁷⁸ El ideal republicano y liberal de que la protesta y la oposición al gobierno son opciones legítimas que se derivan del derecho a disentir y que facilitan la revocatoria de autoridades injustas implicó la consagración de los beneficios de indulto y amnistía para los delitos políticos⁷⁹ desde la Constitución de 1832. A diferencia de los delitos ordinarios cuya motivación ha sido

78 A lo largo de este capítulo nos referiremos a grupos armados organizados en los términos del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Es decir a grupos que según el artículo 1 de este instrumento cuentan con "la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo."

79 Actualmente el Código Penal contempla los siguientes delitos políticos:

Artículo 467. *Rebelión*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 468. *Sedición*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

vista como egoísta y perversa, la motivación de los delitos políticos ha sido entendida por el constituyente como altruista, en tanto se entiende que los rebeldes han empuñado las armas en defensa de causas justas.

De ahí que la Constitución de 1991 le dé un trato benigno a estos hechos delictivos. Así, autoriza al Congreso de la República a conceder, por “motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos” (art. 151 num. 17) y al Gobierno a conceder indultos por delitos políticos con arreglo a la Ley (art. 201 num. 2). De allí se desprende que los delincentes políticos puedan ser congresistas (art 179 num. 1), Magistrados (art. 232 num. 3) y diputados (art. 299) y que no puedan ser extraditados (art. 35).

Sin embargo el uso de medios terroristas que atentan contra la población civil y la participación directa en actividades de narcotráfico, entre otras actividades económicas, han hecho que cada vez sea más tenue la línea entre la criminalidad organizada y la acción subversiva. Esta discusión teórica cobra relevancia práctica cuando se abre la puerta a procesos de paz que buscan la desmovilización de los grupos armados organizados y cuyo éxito depende en gran medida de la existencia de mecanismos jurídicos que faciliten la concesión de beneficios que hagan atractiva la dejación de las armas y la reintegración a la vida civil. Este capítulo explora la caracterización que han hecho las Altas Cortes de los hechos delictivos cometidos por miembros de grupos armados organizados desde 1950 hasta la fecha.

Artículo 469. *Asonada*. Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno (1) a dos (2) años.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

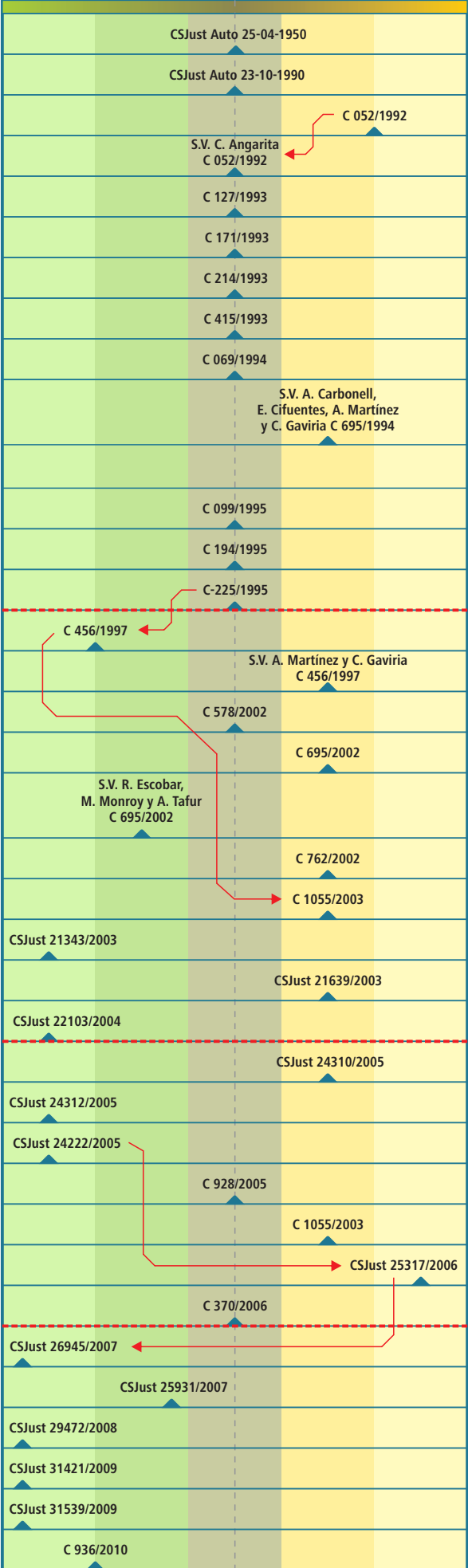
¿Constituyen delito político las conductas delictivas de quienes pertenecen a grupos armados organizados?

TESIS A

No. Todas las conductas delictivas de quienes pertenecen a grupos armados organizados constituyen delitos ordinarios.

TESIS B

Sí. Todas las conductas de quienes pertenecen a grupos armados organizados constituyen delitos políticos



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia de las Altas Cortes sobre la caracterización del tipo de conductas delictivas cometidas por miembros de grupos armados organizados puede ser analizada a partir de cuatro fases:

En primer lugar una fase entre 1950 y 1995 de delimitación teórica entre qué se considera el delito político y qué conductas deben estar definitivamente excluidas de tal caracterización y por lo tanto del acceso a los beneficios de indulto y amnistía. Se trata básicamente de sentencias de constitucionalidad de decretos legislativos expedidos en el marco de estados de excepción y que conceden beneficios jurídicos a miembros de grupos armados organizados que se desmovilicen.

La segunda fase, entre 1997 y 2004, se dedica a explorar qué tipo de delitos pueden considerarse como conexos con los delitos políticos y por lo tanto susceptibles de ser indultados o amnistiados. Se trata de un período en el que además de sentencias de constitucionalidad se encuentran decisiones de la Corte Suprema de Justicia frente a colisiones de competencia en casos en los que hay duda sobre la calificación de guerrilleros como delincuentes políticos o concertados para delinquir, y sobre la posibilidad de concursar estos delitos.

La tercera fase se da entre 2005 y 2006, desde la expedición de la Ley 975 de 2005 hasta la sentencia de la Corte Constitucional que declara inexecutable por vicios de procedimiento el artículo 71 que modificaba el delito de sedición para incorporar la pertenencia a grupos paramilitares. Esta fase, de gran inseguridad jurídica, está compuesta por varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia que resuelven colisiones de competencia por casos de paramilitares que en ocasiones son vistos como delincuentes políticos y en otras como concertados para delinquir.

Finalmente, la cuarta fase, entre 2007 y 2010, consolida el giro de la jurisprudencia hacia considerar a los miembros de grupos armados organizados como miembros de organizaciones de crimen organizado que se

conciertan para delinquir. En esta fase, bajo el liderazgo de la Corte Suprema se inicia un proceso de desmonte de los delitos políticos, llegando a considerar la pertenencia en un grupo armado organizado como delito de lesa humanidad en sí mismo.

Al desarrollar estas cuatro fases, intentaremos mostrar que lo que ha estado en juego, en una dialéctica constante entre las ramas ejecutiva y legislativa y la rama judicial, es la conceptualización de una esfera de “exclusión absoluta” de aquellas conductas frente a las cuales el Estado no podría renunciar a su obligación de investigar y sancionar.

3.1 Entre el altruismo y el egoísmo

La jurisprudencia sobre delitos políticos suele referirse a dos sentencias fundantes de la Corte Suprema de Justicia producidas entre 1950 y 1990. En ambas la sub-regla establecida es la misma: Mientras que los delitos políticos tienen como fin el “mejoramiento de la dirección de los intereses públicos,”⁸⁰ los delitos ordinarios tienen fines egoístas, “alejado[s] enteramente de los móviles que definen por su aspecto espiritual o ideológico a esa clase de organizaciones.”⁸¹ Así, los actos de ferocidad y barbarie que sean cometidos durante la participación en el movimiento subversivo deben sancionarse independientemente del delito político como tal y por lo tanto no son susceptibles de recibir beneficios de indulto o amnistía.

Esta fue la jurisprudencia que sostuvo la Corte Constitucional entre 1993 y 1995. La única excepción es la sentencia C-052 de 1993, en la que la Corte revisó la constitucionalidad del Decreto ley 1833 de 1992, expedido bajo el Estado de Conmoción Interior decretado ese mismo año y que disponía la concesión de beneficios por colaboración con la justicia para los delitos de competencia de los jueces regionales. La Corte concluyó que los beneficios consagrados eran constitucionales, aduciendo que “el Estado está autorizado por razones de política criminal a conceder beneficios especiales a cambio de la colaboración de la ciudadanía (...) máxime si son de los que conocen los jueces regionales, los cuales causan mayor impacto y repercusión en la situación de orden público.”⁸² En

80 CSJ Penal, 25/04/1950, A. Gómez.

81 CSJ Penal, 23/10/1990, G. Duque.

82 C.Const, C-052/1993, J. Sanin.

esta ocasión la Corte omitió hacer un análisis sobre la posibilidad de conceder o no beneficios jurídicos por cierto tipo de delitos, limitándose a un análisis típico de política criminal.

De cara a esta sentencia, el Magistrado Angarita Barón presentó el salvamento de voto que luego sería reiterado por la jurisprudencia de la sala plena hasta 1995. Según éste “[l]a norma revisada se dirige a estimular la delación en materia de delitos atroces como son los de terrorismo, que denotan una particular perversidad en el agente. (...) Extender las garantías del delito político a los delitos de competencia de los fiscales y jueces regionales implica desconocer la razón de ser del móvil que determinó la comisión del delito. (...) Los delitos políticos son susceptibles de amnistía o indulto precisamente porque en la realización del tipo penal va envuelta una motivación supuestamente altruista, en la que el sujeto activo pretende modificar la sociedad para su mejoramiento. Existe una diferencia básica respecto del móvil del delito ordinario, en la que el actor siempre obra guiado por fines egoístas y muchas veces perversos.”⁸³

De ahí en adelante la Corte hizo una diferenciación entre los delitos políticos como altruistas y los delitos ordinarios como perversos y egoístas. Asumió una posición intermedia a partir de la cual el hecho de pertenecer al grupo armado organizado se considera un delito político, pero las conductas delictivas que se cometan en desarrollo de tal pertenencia son vistas como delitos ordinarios. Así lo reflejó la Corte en la sentencia C-127 de 1993, en la que revisó la constitucionalidad del Decreto ley 2266 de 1991, expedido bajo las prerrogativas del Estado de Sitio de 1984. Este decreto convirtió en normas permanentes una serie de decretos que complementaban algunas normas del Código Penal y establecían normas para facilitar la desmovilización de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley. Según la Corte, el decreto era exequible porque no extendía los beneficios de los delitos políticos a conductas terroristas o atroces, en particular excluyendo los homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima, como delitos que no pueden ser considerados como delitos políticos bajo ninguna circunstancia. Sin embargo, la Corte advirtió sobre la posible confusión entre los delitos políticos y el terrorismo. Según ésta “es muy importante que el juez de la causa diferencie en cada caso el delito político del simple delito de terrorismo, a partir de los

83 C.Const, C-052/1993, SV, C. Angarita.

móviles altruistas del sujeto activo del delito político, en oposición al denominado delito 'común'.⁸⁴ Nótese el esfuerzo, tanto del ejecutivo como de la Corte Constitucional por delimitar una esfera de "exclusión absoluta" e incluir dentro de ésta las conductas terroristas o atroces, que bajo ninguna circunstancia podrían recibir los beneficios jurídicos propios de los delitos políticos.

Así lo reiteró la Corte en la sentencia C-171 de 1993, en la que revisó la constitucionalidad del Decreto legislativo 264 de 1993, que había sido dictado bajo el estado de conmoción interior de 1992. Este decreto expedía normas sobre la concesión de beneficios por colaboración con la justicia de manera general. Al respecto la Corte consideró que el decreto configuraba indultos encubiertos que cobijaban bajo esa figura delitos ordinarios como el narcoterrorismo y delitos atroces. Según la Corte "[l]os hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos. (...) Resulta paradójico, que a mayor daño social más posibilidades de obtener beneficios."⁸⁵ En esta ocasión la Corte amplió aún más la lista de conductas que estarían contenidas dentro de esa esfera de "exclusión absoluta".

Igualmente en la sentencia C-214 de 1993 la Corte revisó la constitucionalidad del Decreto legislativo 542 de 1993 dictado bajo el estado de conmoción de 1992 y por medio del cual se dictaban disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida civil. En esa ocasión, la Corte declaró constitucional el decreto por considerar que el secuestro y el homicidio cometido fuera de combate estaban siendo excluidos de la concesión de beneficios debido a su carácter atroz. Según la Corte, "el homicidio que se comete fuera de combate y aprovechando la indefensión de la víctima (...) no es susceptible de ser favorecido con amnistía ni indulto dado su carácter atroz, ni podría por tanto ser materia de diálogos o acuerdos con los grupos guerrilleros para su eventual exclusión del ordenamiento jurídico penal ni de las sanciones establecidas en la ley."⁸⁶

84 C.Const, C-127/1993, A. Martínez.

85 C.Const, C-171/1993, V. Naranjo.

86 C.Const, C-214/1993, JG, Hernández.

Lo mismo sucedió en la sentencia C-415 de 1993, a través de la cual la Corte revisó la constitucionalidad del Decreto legislativo 1495 de 1993, expedido en desarrollo del estado de conmoción interior decretado ese mismo año y a través del cual se expidieron normas para la concesión de beneficios a quienes abandonaran voluntariamente las organizaciones subversivas. El decreto estableció que los beneficios no podían extenderse al delito de secuestro, a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima, ni a los demás delitos atroces. Así, fue el legislador mismo en esta ocasión el que incorporó en la lista de la “exclusión absoluta” una serie de conductas que definitivamente no podrían ser indultadas ni amnistiadas. Según la Corte “[l]a distinción que hace la regla en comento asegura la constitucionalidad de la estructura principal del Decreto, pues elimina la posibilidad de que, al no distinguir, pudiese cobijar hechos punibles no susceptibles de ningún trato especial y, por el contrario, merecedores del repudio colectivo y de una más rigurosa sanción.”⁸⁷

Similarmente en la sentencia C-069 de 1994, la Corte revisó la constitucionalidad de la Ley 40 de 1993 por la cual se adoptó el estatuto nacional contra el secuestro y concluyó que era constitucional prohibir la concesión de indultos y amnistías frente al delito de secuestro, precisando que ello tampoco era admisible frente a delitos de lesa humanidad. Según la Corte “[n]o puede (...) el Estado dejar de imponer la pena que en justicia se debe, puesto que al omitir su acción punitiva en casos de delitos de lesa humanidad, su respuesta jurídica ante el hecho delictivo sería desproporcionada, es decir, injusta.”⁸⁸

Sin embargo, cuatro magistrados suscribieron una aclaración del voto que luego sería reiterada en algunas sentencias y salvamentos de voto. Según ellos, “en determinadas circunstancias históricas sólo el legislador por expresa disposición Constitucional, podrá determinar qué comportamientos socialmente reprochables merecen ser considerados como delitos políticos atendiendo al interés general y en búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. En tales circunstancias, si los motivos de conveniencia pública lo hacen necesario, podrá establecer que el secuestro es conexo con el delito político para asegurar la paz entre los colombianos.”⁸⁹ Esta aclaración buscó abrir la

87 C.Const. C-415/1993, JG, Hernández.

88 C.Const. C-069/1994, V. Naranjo.

89 C.Const. C-069/1994, SV A. Carbonell, E. Cifuentes, A. Martínez y C. Gaviria

puerta hacia una línea jurisprudencial que hasta el momento no ha sido adoptada por ninguna de las Cortes: la idea de que el delito político puede incorporar, por conexidad, conductas que si bien pueden ser consideradas atroces, se entienden como parte de las conductas propias de la pertenencia al grupo armado. En el fondo este salvamento de voto buscaba relativizar el listado de conductas contempladas dentro de la esfera de la “exclusión absoluta”, dejando abierta la puerta a que en distintos momentos histórico-políticos el legislativo pudiese llenarla con otros contenidos, o más importante aún, reducirla significativamente. Sin embargo este tema será analizado con mayor detalle en el siguiente acápite.

La división entre los delitos políticos como delitos altruistas y delitos ordinarios como delitos egoístas fue reiterada a lo largo de 1995 en diversas sentencias. En la C-009 se declaró la exequibilidad de los delitos políticos señalando que “no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas.”⁹⁰ Igualmente en la C-194 la Corte declaró constitucional el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 que autorizaba la elección de alcaldes que hubiesen sido condenados por delitos políticos. Según la Corte “[l]os procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerían de sentido y estarían llamados al fracaso si no existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control del poder político para quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos democráticos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales.”⁹¹

Finalmente en la sentencia C-225 de 1995 la Corte declaró constitucional el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Según el numeral 5 del artículo 6 del Protocolo, una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.” Según la Corte, la norma era constitucional porque “el Estado colombiano se reserva el derecho de definir cuáles son los delitos de

90 C.Const, C-009/1995, V. Naranjo

91 C.Const. C-194/1995, JG, Hernández

connotación política que pueden ser amnistiados, si lo considera necesario, para lograr la reconciliación nacional, una vez cesadas las hostilidades.”⁹² Reiterando, eso sí, su jurisprudencia sobre la diferencia entre los delitos políticos y los ordinarios, con la ambivalencia propia de la constante transformación de la esfera de aquellas conductas que se considerarían incluidas dentro de la “exclusión absoluta” y aquellas que podrían ser cobijadas bajo los beneficios de los delitos políticos.

Esta primera fase de la jurisprudencia sobre caracterización de los actos delictivos cometidos por miembros de grupos armados organizados es pacífica en concluir, en atención a las decisiones de política pública del legislativo, que si bien la pertenencia en tales organizaciones puede constituir un delito político, no así los delitos atroces, en particular el secuestro y el homicidio cometido fuera de combate. En ese sentido la respuesta es intermedia porque considera que unos actos delictivos pueden ser políticos y otros no. Durante esta fase, sin embargo, la referencia a la conexidad entre delitos políticos y delitos ordinarios no atroces fue muy precaria. Es sólo hasta 1997 que las Cortes empiezan a explorar en detalle cuáles son los tipos de delitos que cometen usualmente los miembros de grupos armados organizados en ejercicio de su pertenencia a los mismos, y cuáles de ellos pueden cubrirse bajo el manto de beneficios del delito político.

3.2 La conexidad y el concurso

En 1997 la jurisprudencia constitucional dio un giro radical frente al tema de la caracterización de las conductas delictivas cometidas por miembros de grupos armados organizados. En la sentencia C-456, la Corte declaró inconstitucional el artículo 127 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), según el cual “[l]os rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.” Se trataba de una norma que establecía como conexos todos aquellos delitos cometidos en combate excluyendo aquellos que tanto el legislativo como la jurisprudencia misma habían señalado como atroces. Sin embargo la Corte fue más allá señalando que el homicidio y las lesiones, así fueran producidas en combate, no podían ser considerados delitos conexos y tenían que ser sancionados como delitos ordinarios. Según la Corte

92 C.Const. C-225/1995, A. Martínez

la norma contemplaba una amnistía general, anticipada e intemporal porque “los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna.”⁹³ A partir de entonces se consagra una visión purista de los delitos políticos que restringe la conexidad con delitos ordinarios no atroces, reduciendo significativamente la aplicabilidad de la figura a miembros de grupos armados organizados. Está es quizás el momento en el que la Corte Constitucional incluye más conductas delictivas dentro de la esfera de la “exclusión absoluta” de beneficios.

Esta posición es fuertemente controvertida en un salvamento de voto de los Magistrados Martínez y Gaviria para quienes el delito político debe implicar la absorción de los delitos comunes cometidos en combate, porque separarlos hace inviable el privilegio punitivo del rebelde. Según ellos, “los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión, (...) pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas.”⁹⁴

En 2002 la Corte revisó la constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. De alguna manera, este instrumento de derecho internacional puede ser entendido como una nueva redefinición de la esfera de “exclusión absoluta”, dejando claro el estándar internacional sobre qué tipo de conductas definitivamente no podrían indultarse o amnistiarse. A través de la sentencia C-578 la Corte señaló que la ratificación del estatuto no implica “un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (...) [porque] el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, (...) sólo permite[n] la amnistía o el indulto para delitos políticos.”⁹⁵ Si bien la Corte no hace un examen específico sobre delitos conexos, el Estatuto señala que la Corte Penal Internacional puede asumir competencia respecto de delitos previamente juzgados cuando el propósito haya sido “sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.” (art. 20 num. 3 lit. a). De ahí que si bien el Estatuto no prohíbe los

93 C.Const, C-456/1997, J. Arango.

94 C.Const, C-456/1997, SV A. Martínez y C. Gaviria.

95 C.Const, C-578/2002, MJ. Cepeda.

indultos y las amnistías, su concesión por delitos de competencia de la Corte Penal Internacional se encuentra seriamente reducido, lo que significa que en principio no podrían contemplarse como conexos al delito político los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.⁹⁶

Posteriormente, en la sentencia C-695 de 2002, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 733 de 2002 que prohibía la amnistía y el indulto para los autores o partícipes de los delitos de terrorismo,

96 Según los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma, estos delitos comprenden las siguientes conductas:

Genocidio: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."

Crímenes de lesa humanidad: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Crímenes de guerra: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes. (...)"

secuestro y extorsión y señalaba que tampoco podían considerarse como delitos conexos con el delito político dada su condición de atroces. La Corte declaró constitucional esta prohibición retomando la posición de los salvamentos de voto de la C-069 de 1994 y de la C-456 de 1997, señalando que el legislador tiene libertad para determinar cuáles son delitos conexos y cuáles no. Según la Corte “al legislador le asiste una amplia capacidad de configuración normativa siempre que se ejerza dentro de los límites constitucionales, es claro que de esa capacidad hace parte la posibilidad de extender tales beneficios a los delitos conexos con los delitos políticos. No obstante, se trata de una facultad que, como cualquier otra, también está sometida a límites superiores, fundamentalmente los criterios de razonabilidad e igualdad. De acuerdo con estos criterios, el legislador no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado.”⁹⁷

Esta posición es rechazada por los Magistrados Escobar, Monroy y Tafur para quienes los límites a la voluntad del legislador para configurar qué constituye un delito conexo y qué no, deben ser más estrictos. Según ellos “*ab initio* hay delitos que no pueden calificarse de delitos políticos o conexos, toda vez que son incompatibles con el alcance y la delimitación conceptual, filosófica y jurídica de dichos punibles, *verbi gracia*, los delitos de lesa humanidad, el terrorismo, el secuestro, la extorsión, el homicidio intencional, la desaparición forzada, la tortura, etc.”⁹⁸ Esta posición buscaba la extensión de la esfera de “exclusión absoluta” y por lo tanto la reducción de la libertad política para su configuración.

La jurisprudencia de libertad limitada de configuración legislativa es reiterada por la Corte en las sentencias C-762 de 2002 y C-1055 de 2003. En la primera la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 733 de 2002, que excluía a los responsables del delito de terrorismo de la posibilidad de acceder a amnistías e indultos. Según ésta “la norma legal que fija la prohibición de concesión de amnistía e indultos es una decisión que hace parte del ámbito de definición del legislador y es legítima en cuanto ha respetado los límites impuestos por la Carta.”⁹⁹ La segunda declara la constitucionalidad de la Ley 804 de 2003 sobre el Convenio Internacional para la represión de

97 C.Const, C-695/2002, J. Córdoba.

98 C.Const, C-695/2002, AV R. Escobar, MG, Monroy y A. Tafur.

99 C.Const, C-762/2002, R. Escobar.

los atentados terroristas cometidos con bombas, que prohíbe la concesión de indultos por actos terroristas cometidos con bombas.¹⁰⁰

En este sentido, durante esta segunda fase, la jurisprudencia de la Corte Constitucional pasa de una interpretación restrictiva de la conexidad entre delitos políticos y delitos ordinarios, llegando a incluir dentro de la esfera de “exclusión absoluta” incluso los delitos de homicidio y lesiones cometidos en combate; a una interpretación que otorga mayor libertad al legislador para determinar en distintos contextos “histórico-políticos”, qué delitos ordinarios pueden ser considerados como delitos conexos a los delitos políticos y por lo tanto a reducir la esfera de “exclusión absoluta”.

De cara a esta jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia se pronunció frente a varios casos de colisión de competencias en casos contra miembros de grupos guerrilleros en donde no había claridad sobre si la tipificación debía ser el delito político o el concierto para delinquir. Como era esperable, el vaivén de la jurisprudencia constitucional afecta a su vez la jurisprudencia penal que en ocasiones considera a los guerrilleros como delincuentes políticos y en ocasiones como responsables de crímenes atroces.

En septiembre de 2003 la Corte Suprema resolvió una colisión negativa de competencia en donde la discusión se encontraba entre si el delito por el cual se debería procesar al acusado era concierto para delinquir o rebelión. La Fiscalía le imputó a Elkin de Jesús Toro Orozco el delito de concierto para delinquir por considerar que siendo un integrante de las milicias bolivarianas y de los comandos armados del pueblo, había cometido homicidios, extorsiones y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares. Al respecto la Corte consideró que el delito por el cual debería procesarse al acusado era el delito de concierto para delinquir. Según ésta “si la ‘organización’ que ‘afilia’ o ‘afilió’ al procesado no tiene ninguna ideología solidaria orientada al bien común; si agrede a los habitantes habituales de determinada zona de Medellín; si realiza comportamientos delictivos que no obedecen a una finalidad altruista; si toma como víctimas al ciudadano común y corriente; si no ‘combate’ o ‘lucha’ contra el Estado; y si no le interesa maltratar al establecimiento sino a los integrantes de la sociedad, por ningún motivo se puede afirmar que su hipotético delito sea el de rebelión.”¹⁰¹

100 C.Const, C-1055/2003, MG, Monroy.

101 CSJ, S.Penal, 10/09/2003, r21343, A. Pérez.

Posteriormente, en noviembre del mismo año, la Corte resolvió un conflicto negativo de competencia muy similar pero concluyó que el delito por el cual debía ser procesado el acusado era el delito de rebelión. En ese caso, la Fiscalía les imputó a dos miembros de los Comandos Armados del Pueblo – CAS, milicias urbanas del Ejército de Liberación Nacional que operaban en la comuna 13 de Medellín, el delito de concierto para delinquir por plantar un artefacto explosivo en un centro comercial. Según la Corte, “debe concluirse que el delito por el que ha de continuarse el juzgamiento es el de rebelión por cuanto que –y es un hecho notorio que no requiere prueba- el Ejército de Liberación Nacional que los acoge, lidera, influencia o aglutina es una organización armada al margen de la ley, que pretende derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.”¹⁰² La sub-regla establecida por la Corte en esta sentencia es de gran importancia. Según ésta, no es posible concursar los delitos de rebelión y de concierto para delinquir, puesto que en ambos casos se trata de la conducta relacionada con la pertenencia al grupo. Lo que sí procedería es el concurso entre el delito político y los actos atroces que no puedan ser subsumidos dentro del mismo.

En 2004, la Corte nuevamente resolvió una colisión negativa de competencias respecto de una controversia casi idéntica a las dos anteriores. En esa ocasión la Fiscalía les imputó a milicianos del ELN y de las FARC en la comuna 13 de Medellín el delito de concierto para delinquir con fines extorsivos y terroristas. La Corte concluyó que los acusados debían ser procesados por el delito de concierto para delinquir en concurso con el delito de rebelión. Revocando así su jurisprudencia sobre la imposibilidad de concursar estas conductas, la Corte concluyó que se debía procesar por concierto para delinquir “puesto que el actuar ilícito de los milicianos no sólo se dirige contra los miembros de la fuerza pública por la confrontación ideológico política, sino que también victimizan al vecindario y la ciudadanía para satisfacer pasiones personales y egoístas, en actos que en nada asemejan un combate, ni tienen que ver con el proselitismo armado”¹⁰³; y por rebelión “puesto que las “milicias” adscritas a los grupos subversivos arraigados en el país pretenden, mediante el empleo de las armas, derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.”¹⁰⁴

102 CSJ Penal, 26/11/2003, r21639, A. Pérez.

103 CSJ Penal, 19/05/2004, r22103, E. Lombana.

104 Ídem

La jurisprudencia de la Corte Suprema en esta fase, aunque variable, sugiere que hay un paso del delito político visto como una conducta “altruista”, al delito político como la conducta que cometen los miembros de organizaciones que se organizan para derrocar al Gobierno Nacional o para modificar el régimen constitucional o legal vigente, sin calificar su egoísmo o altruismo. Así mismo, se precisa que quedan excluidos de ser delitos conexos aquellas conductas delictivas que atenten de manera directa contra la población civil en vez de contra el Estado o la Fuerza Pública, y la jurisprudencia gira hacia autorizar la existencia del concierto entre el concierto para delinquir y el delito político de rebelión.

3.3 La crisis del delito político frente al paramilitarismo

Con la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005 se modificó el delito de sedición a través del artículo 71 de la Ley, que incluyó a “quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal.” A partir de ese cambio normativo, la Corte Suprema entró en una fase de transición en la que intentó aplicar las sub-reglas establecidas para los casos de guerrilla, pero rápidamente identificó los límites del delito político frente a la conducta paramilitar.

El primer caso que llegó a la Corte Suprema luego de la introducción del delito de sedición por conformación o pertenencia a grupos paramilitares, fue una colisión negativa de competencias. En el caso, la Fiscalía le imputó el delito de concierto para delinquir agravado a Albeiro Calderón García, alias “Cubarro”, miembro de las Autodefensas Campesinas del Caquetá. La Corte concluyó que el delito por el cual debía procesarse al acusado era el de sedición. Lo paradójico es que la Corte advirtió que cuando “un grupo de personas acuerdan la comisión de delitos desligados de la lucha armada, o lo que es igual, de las causas que han llevado a sostener un conflicto que enfrenta a las fuerzas regulares del Estado con las irregulares, o a estas entre sí, tales comportamientos por manera alguna podían catalogarse de sediciosos, así se alegue la condición de miembro de un grupo de autodefensas o de uno guerrillero, y aun cuando se demuestre la efectiva militancia en el mismo.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ CSJ Penal, 18/10/2005, r24310, M. Pulido.

Esta contradicción se replicó en una sentencia de octubre de 2005, en donde la Corte resolvió un conflicto negativo de competencias respecto de Yomil Rodríguez León, integrante del Bloque Centauros de las Autodefensas Unidas de Colombia. Según la Corte debía seguir conociendo del caso el juez especializado por el delito de concierto para delinquir, pero de configurarse la sedición en los términos de la sentencia, éste debía remitir el caso al juez penal del circuito. Al respecto la Corte advirtió que “la pertenencia a grupos armados al margen de la ley cuyas finalidades sean, entre otras, cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro, extorsión, desaparición forzada, graves infracciones al derecho internacional humanitario o la conformación de escuadrones de la muerte o sicarios para la comisión de homicidios selectivos, entre otras conductas, siguen configurando el delito de concierto para delinquir.”¹⁰⁶

Ese mismo mes la Corte decidió otra colisión de competencias a favor del juez especializado, señalando que el delito por el cual se debía procesar al acusado era el concierto para delinquir. En esa ocasión Wilson Doncel Garzón, alias “el burro”, desmovilizado del bloque Centauros de las Autodefensas Unidas, había sido acusado del delito de concierto para delinquir en modalidad de conformar grupos al margen de la ley. La Corte señaló que la tipificación de delito político sólo se aplica a casos en los que la finalidad del concierto sea interferir en el orden constitucional y legal y no cuando sea para atacar a la población. Según ésta “debe discernirse cuidadosamente entre las conductas punibles (...) subsumidas en el delito político de sedición, de aquellas acciones demostrativas de que se está ante un género especial de delincuencia, como por ejemplo, aquellas asociaciones dedicadas a cometer homicidios selectivos o desplazamiento forzado de personas, sobre cuya conformación nada justifica que se las pueda considerar como delito político, pues, se reitera, contra las personas como sujetos de derecho universal no puede haber actos que puedan ser legitimados.”¹⁰⁷

Para la Corte, el hecho de que el acusado hubiera pertenecido al Bloque Centauros no le daba status político, porque según la Corte el grupo se había conformado para perpetrar homicidios selectivos. Contrario al análisis de conexidad que se venía haciendo en la segunda fase, en donde se concursaba el delito político con aquellos delitos ordinarios que no guardaran

106 CSJ Penal, 18/10/2005, r24312, Y. Ramírez.

107 CSJ Penal, 28/10/2005, r24222, S. Espinosa.

conexidad, aquí hay un cuestionamiento general sobre los fines para los cuales se conformó la organización, llegando a negar la configuración misma del delito político como consecuencia de la atrocidad de los fines para los cuales fue conformada la organización.

La crisis del delito político frente a la conducta paramilitar no fue recogida por la Corte Constitucional, que para el momento se pronunció nuevamente de manera abstracta sobre los delitos políticos como delitos altruistas versus los delitos ordinarios como egoístas. En la sentencia C-928 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 19 (parcial) de la Ley 782 de 2002 que permitía la concesión de indultos a quienes se desmovilizaran individualmente de grupos armados al margen de la ley. La Corte aclaró que el legislador estaba autorizado a conceder ese tipo de beneficios pero sólo por delitos políticos, es decir por “aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos.”¹⁰⁸

Durante este período hay dos sentencias más de la Corte Suprema que son representativas de la crisis que representó la tipificación de la conducta paramilitar como delito político. En enero de 2006, la Corte resolvió un conflicto negativo de competencias relacionado con miembros de las AUC que habían sido acusados por la Fiscalía por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio y porte ilegal de armas. En esta ocasión la Corte retomó la jurisprudencia que había establecido para guerrilleros en el 2004¹⁰⁹ advirtiendo que la pertenencia a un grupo paramilitar podía configurar los delitos de: i) sedición cuando “las acciones al margen de la ley que se haya acordado realizar sean manifestaciones dirigidas a realizar los objetivos perseguidos por la agrupación, en el marco de la confrontación armada que sostiene con las autoridades legítimamente constituidas o con los grupos guerrilleros”; ii) concierto para delinquir cuando “un grupo de personas acuerdan la comisión de delitos en general desligados de las directrices que imparta el mando responsable en el escenario de la confrontación armada sostenida con las fuerzas regulares o irregulares, tales comportamientos por manera alguna podían catalogarse de sediciosos”; o iii)

108 C.Const, C-928/2005, J. Araujo.

109 CSJ Penal, 19/05/2004, r22103, E. Lombana.

Sedición en concurso con concierto para delinquir cuando ambas conductas coexisten.¹¹⁰ En el caso en particular, sin embargo, la Corte concluyó que los hechos delictivos debían ser tipificados como sedición.

En abril del mismo año la Corte se pronunció sobre otra colisión negativa de competencias, relacionada con el proceso de dos individuos miembros de las autodefensas campesinas de Urabá, implicados en el homicidio de un comerciante de Sogamoso. La Fiscalía los acusó de concierto para delinquir, pero la Corte determinó que debían ser procesados por el delito de sedición. La Corte reiteró la jurisprudencia establecida en enero de ese año, pero amplió las conductas que podían ser incluidas dentro del marco del delito político. Según ésta, “[s]e está ante el delito de sedición, cuando la conducta imputable al procesado se hace consistir en militar o pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, bajo órdenes de un mando responsable, grupo del cual se pueda predicar que ejerce sobre una parte del territorio operaciones militares sostenidas y concertadas, dirigidas bien contra las fuerzas regulares, bien entre los grupos armados irregulares entre sí, con la consecuencia inmediata de impedir el normal funcionamiento del régimen constitucional y legal; [o] (...) cuando las conductas específicas ejecutadas por miembros de esos grupos armados irregulares, están razonablemente vinculadas a la realización de los objetivos perseguidos por dicha agrupación.”¹¹¹

Esta es quizá la posición más amplia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tipo de actividades delictivas que podrían ser incluidas dentro del delito político de sedición, quedando cobijadas todas aquellas cometidas en razón de la pertenencia al grupo armado organizado y restringiendo significativamente la esfera de “exclusión absoluta”. De ahí que los criterios estén relacionados con las características que contiene el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra sobre qué constituye un grupo armado organizado. Sin embargo, esta jurisprudencia no ha vuelto a ser reiterada hasta el momento. La declaración de inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 por vicios de forma¹¹², dio inicio a un proceso a través del cual la Corte Suprema redujo significativamente el campo de aplicación de los delitos políticos para describir las conductas de los miembros de grupos armados organizados.

110 CSJ Penal, 24/01/2006, r24911, M. Pulido.

111 CSJ Penal, 18/04/2006, r25317, M. Pulido.

112 C.Const, C-370/2006, MJ, Cepeda.

3.4 La pertenencia como delito de lesa humanidad

La decisión de la Corte Constitucional sobre la inexecutable del artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz en principio sólo surtía efectos hacia el futuro. En la medida en que la norma había existido en el ordenamiento jurídico durante casi 1 año, la primera interpretación jurídica fue que el delito de sedición por conformación de grupos de autodefensa podía ser aplicado por favorabilidad de manera ultractiva. Sin embargo, la Corte Suprema puso fin a esta interpretación en Julio de 2007. Al resolver la apelación de Orlando César Caballero Montalvo, integrante del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC, que pedía la aplicación ultractiva del mencionado artículo, la Corte aplicó la excepción de inconstitucionalidad para señalar que el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 era materialmente contrario a la Constitución y por ello no podía seguir produciendo efectos para la justicia colombiana. Para la Corte, “quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía [o] indulto.”¹¹³ El argumento principal de la Corte fue que los delitos políticos eran aplicables a quienes se alzan en contra del Estado, mas no a quienes han recibido apoyo de agentes del Estado. Nótese cómo la Corte Suprema incorpora dentro de la esfera de “exclusión absoluta” todas las conductas de los miembros de grupos paramilitares, sin importar su grado de participación en las conductas delictivas, ni el tipo de delitos cometidos.

En diciembre de ese mismo año la Corte decidió el recurso de casación presentado por Carlos Noel Buitrago Vega, alias “Porremacho” líder de las Autodefensas Campesinas del Casanare (ACC), contra la sentencia de segunda instancia que lo había condenado como autor del delito de concierto para delinquir agravado por pertenecer a grupos armados ilegales y actuar como uno de sus cabecillas. El defensor alegó la violación a la ley por inaplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005. Sin embargo, la Corte reiteró la jurisprudencia establecida en julio de 2007, señalando que “el legislador no puede, so pena de contrariar la Carta Política y la normativa internacional, denominar o tratar como delitos políticos a: (a) Conductas que comporten un atentado contra el Estado en sus ámbitos organizacionales, constitucionales o legales, cuando sean producto de pretensiones no políticas, como el ánimo de lucro y

113 CSJ Penal, 11/07/2005, r26945, Y. Ramírez.

el exclusivo beneficio personal, así como los delitos comunes realizados con finalidades diversas a la política; [o] (b) Comportamientos que por quebrantar el derecho internacional tienen la connotación de delitos internacionales y, por tanto, carecen de la condición de delitos políticos, en cuanto no pueden beneficiarse con indultos o amnistías.”¹¹⁴ En esta ocasión la Corte Suprema retomó la diferenciación entre los fines que motivan las conductas delictivas (políticos versus económicos), y la exclusión de los delitos internacionales, es decir el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Sin embargo, esa sería la última vez en que la Corte Suprema dejara la puerta abierta a que algunos delitos cometidos por miembros de grupos armados pudiesen ser considerados delitos políticos.

A partir de ahí, la Corte Suprema construyó la tesis de que la mera pertenencia en un grupo armado organizado constituye un delito de lesa humanidad, porque se extienden los fines de la organización a cada individuo independientemente de su grado de responsabilidad dentro de la misma. Así, todas las conductas delictivas de quienes pertenecen a grupos armados organizados, en particular a grupos paramilitares, son analizadas como delitos ordinarios que no pueden ser beneficiados con indultos o amnistías. Esta tesis se consolidó en abril de 2008, cuando la Corte se pronunció sobre la apelación contra una providencia del Tribunal Superior de Justicia y Paz que se abstuvo de decretar la exclusión de la lista de postulados a la Ley 975 de 2005 respecto del desmovilizado Manuel Enrique Torregrosa Castro. El argumento principal de la Corte fue que la decisión de decretar la exclusión de un postulado era jurisdiccional y no político-administrativa porque comprometía los derechos de las víctimas. Lo más importante de la sentencia, sin embargo, es que la Corte llegó a concluir que los fines para los que se conforma la organización deben ser atribuidos a los individuos que hicieron parte de la misma. Según ésta, “[p]ara llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos: (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser consientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.”¹¹⁵ De lo anterior se desprende que todo miembro de un

114 CSJ Penal, 05/12/2007, r25931, MR. González.

115 CSJ Penal, 10/04/2008, r29472, Y. Ramírez.

grupo armado organizado sería autor del delito de concierto para delinquir con fines de lesa humanidad.

En abril de 2009, la Corte Suprema reiteró esta posición al resolver un recurso de apelación presentado por José Eleazar Moreno Medina y Lilia Sofía Guerrero Méndez, miembros del Bloque Héroes del Llano y del Guaviare de las AUC. En esa ocasión la Corte señaló que “al momento de resolver cualquier petición que tenga que ver con beneficios a personas acusadas de concierto para delinquir agravado ejecutado con fines de paramilitarismo, deben observar que la jurisprudencia ha calificado reiteradamente tal punible como delito de lesa humanidad, y por tanto sometido a especiales restricciones o cautelas de acuerdo con los compromisos internacionales del Estado colombiano.”¹¹⁶ Así mismo lo hizo en julio de 2009 al resolver un recurso de apelación presentado por el Ministerio Público y las víctimas frente a la sentencia proferida en contra de Wilson Salazar Carrascal, alias “el loro”, desmovilizado de las autodefensas del sur del Cesar, postulado ante el proceso de Justicia y Paz. En esa ocasión la Corte decretó la nulidad del proceso por considerar que la imputación era parcial. Frente al problema jurídico al que se refiere este capítulo, la Corte advirtió que “el delito de concierto para delinquir es vital y esencial dentro del proceso de justicia y paz (...) [p]or ello no es factible admitir que un trámite de esta naturaleza finalice sin la presencia de esa conducta punible.”¹¹⁷ Una vez más, la Corte reiteró que la membresía misma en el grupo constituye un delito de lesa humanidad.

Esta posición fue parcialmente ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-936 de 2010. En esa ocasión la Corte revisó la constitucionalidad de la ley 1312 de 2009 por medio de la cual se reformó la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad. La Ley 1312 buscaba permitir la aplicación del principio de oportunidad a los miembros de grupos armados ilegales que no hubiesen cometido delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, beneficiándolos por los delitos relacionados con la pertenencia a la organización criminal. Se trataba de un nuevo esfuerzo del ejecutivo por reducir la esfera de “exclusión absoluta” al menos para que los miembros rasos de los grupos paramilitares pudiesen recibir el beneficio del principio de oportunidad. Sin embargo la Corte concluyó que la

¹¹⁶ CSJ Penal, 01/04/2009, r31421, Y. Ramírez.

¹¹⁷ CSJ Penal, 31/07/2009, r31539, A. Ibáñez.

norma era inexecutable, entre otras razones porque consideró que la norma no determinaba cuáles delitos estaban incorporados dentro de la órbita de la causal y porque se violaban los derechos de las víctimas. Si bien la Corte no estableció que todos los miembros de grupos armados organizados incurrieran en concierto para delinquir con fines de lesa humanidad en razón a su pertenencia al grupo, sí desvirtuó la presunción de que los miembros rasos de la organización no pueden ser considerados como autores o partícipes de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.¹¹⁸ Por el contrario, el Magistrado Humberto Sierra Porto en salvamento de voto consideró que el concierto para delinquir no constituye un crimen de lesa humanidad.

118 C. Const., C-936/2010, L. Vargas.

4. CONCLUSIONES

La pregunta por la tipificación de las conductas delictivas de quienes pertenecen a grupos armados organizados es relevante no sólo desde un punto de vista jurídico, sino con mayor razón desde un punto de vista político. En teoría, en momentos de transición, resulta necesario hacer una ponderación entre valores como la justicia y la paz. En palabras de la Corte Constitucional, “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social.”¹¹⁹

En la práctica, sin embargo, tanto el legislativo como las Cortes a través de su jurisprudencia han reducido significativamente los espacios de esos mecanismos “flexibles”, ampliando la esfera de la “exclusión absoluta”. La figura del delito político, pensada para delincuentes altruistas, ha perdido toda relevancia en confrontaciones armadas en las que la línea entre la ideología política y el lucro económico es muy tenue y en donde los métodos son casi siempre atroces. La Constitución de 1991 generó un optimismo sobre la posibilidad efectiva de lograr la paz a través de la desmovilización definitiva de los grupos armados al margen de la Ley. Ese optimismo se vio reflejado en fallos de la Corte Constitucional en los que se retomaba la figura del delincuente político como un rebelde con fines altruistas. Sin embargo, el fracaso de las desmovilizaciones y de los procesos de reinserción de los paramilitares volvieron mucho más escépticas a las Cortes, que al parecer ya no están dispuestas a cubrir bajo el manto del delito político conductas atroces fundadas en beneficios económicos individuales.

En teoría la Ley de Justicia y Paz fue diseñada como un mecanismo de solución intermedia que sin otorgar indultos imponía las penas por delitos ordinarios, las suspendía y a cambio imponía una pena alternativa

¹¹⁹ C.Const, C-370/2006, MJ, Cepeda.

significativamente menor a cambio de la contribución del desmovilizado al esclarecimiento de la verdad y la reparación. Este mecanismo, sin embargo, fue pensado para quienes hubiesen cometido delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Se trata de un marco jurídico pensado para los comandantes de los grupos armados organizados, no sólo porque son ellos quienes ostentan la mayor responsabilidad, sino porque judicializar de manera individual a cerca de 40,000 desmovilizados (entre paramilitares y guerrilleros), resultaría imposible.

De facto, la falta de consensos claros entre qué delitos se entienden inherentes o conexos con el hecho de pertenecer a un grupo armado organizado, y la ausencia de distinciones entre la responsabilidad de los comandantes y la responsabilidad de la tropa se ha traducido en una atribución general de responsabilidad por delitos de lesa humanidad a todos los miembros de grupos armados ilegales. Esta atribución no distingue entre tipos de delitos, ni entre grados de responsabilidad dentro de los grupos, lo que restringe significativamente la posibilidad del ejecutivo de negociar acuerdos de paz.

La pregunta por qué tipo de conductas cometen los miembros de grupos armados organizados y cuáles de ellas hacen parte de la esfera de "exclusión absoluta" frente a las cuales definitivamente opera el deber del Estado de investigar y sancionar tendrá que ser analizada nuevamente por las Cortes ante futuras desmovilizaciones. En particular será interesante analizar si los estándares aplicados a la desmovilización de paramilitares serán también aplicados a futuras desmovilizaciones de grupos guerrilleros, y cuál será la ponderación que se haga en su momento entre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y el derecho colectivo a la paz.

ENTRE EL HURTO CALIFICADO Y EL SECUESTRO SIMPLE

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Joe Valiente Negrete, Agustín Quiñonez Forero, Diana Milena Sabogal Ospina, Edisson Yamid Batista Orostegui, Martha Patricia Espinal Forero en el marco del “IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009”

1. ¿SE CONFIGURA UN CONCURSO MATERIAL ENTRE EL DELITO DE HURTO CALIFICADO Y EL DE SECUESTRO SIMPLE CUANDO PARA LA EJECUCIÓN DEL DELITO DE HURTO SE RETIENE A LA VÍCTIMA?

Desafortunadamente en Colombia es frecuente ver como modalidad delincencial el delito de hurto agravado por la violencia, acompañado de la privación de la libertad de las víctimas, lo que desfigura los límites entre el delito de hurto y la privación de la libertad o secuestro simple. El análisis dogmático penal busca establecer cuándo a partir de una sola conducta se configura un concurso material entre el delito de hurto calificado y el delito de secuestro simple y si ello se da por el sólo hecho de la retención de la víctima. Pero más allá de analizar si puede o no existir un concurso material entre ambos tipos penales, el tema merece una reflexión importante porque ambos tipos protegen bienes jurídicos distintos. Como se observará, lo que parecería en algunos casos ser una negociación de una condena, de la multa y el tiempo de la privación de la libertad de quien incurrió en la conducta, es en realidad un mensaje importante para la delincuencia que utiliza una violencia desmedida y pretende reducir a un hurto la violación del derecho a la libertad y la integridad de la persona humana.

De acuerdo con la legislación penal vigente, el delito de secuestro simple es aquel en el que incurre el que sin fines extorsivos (es decir sin buscar obtener algo específico a cambio) “arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una

persona.”¹²⁰ Establece además que quien cometa este delito “incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años y en multa de seiscientos (600) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” Así, se observa en un primer momento que la conducta se concentra en las acciones desplegadas más que en la intención u otros elementos. En el caso del secuestro extorsivo, es clara la ley cuando hace referencia no sólo a la conducta sino a la intención de quien incurre en ella de la siguiente manera: incurre en la conducta “el que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.”¹²¹ Por su parte, el hurto agravado por la violencia es aquel que se presenta, entre otros casos, con violencia sobre las personas caso en el cual la conducta es agravada de ocho (8) a dieciséis (16) años.¹²²

De ahí que no esté claro en la legislación si se configura o no un concurso material entre el delito de hurto calificado y el de secuestro simple cuando para la ejecución del delito de hurto se retiene a la víctima. Es el caso por ejemplo del denominado “paseo millonario”, modalidad delincencial en la que una persona es retenida contra su voluntad durante varias horas en un vehículo de servicio público mientras es despojada de sus pertenencias y luego abandonada en algún sector de la ciudad, usualmente despoblado. En efecto, más allá de incluir una serie de verbos rectores, el tipo penal de secuestro simple, tal como está consagrado en la legislación no incluye consideraciones particulares de tiempo, modo y lugar y ha sido la Corte Suprema la que ha entrado a establecer criterios sobre el tema. Del mismo modo, cuando en la agravación del tipo penal de hurto se habla de violencia sobre las personas no se hacen aclaraciones adicionales sobre las circunstancias y el modo en que éstas deban presentarse para efectos de concluir si la amenaza o la retención forzada de una persona constituyen circunstancias de agravación. Es por esto que una buena parte del análisis radica en la intención de quien comete el delito y las acciones desplegadas en relación con éste.

El estudio que la Corte Suprema ha hecho del tema deja ver una evolución en el análisis de los elementos del secuestro simple pero,

120 Artículo 168 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por la Ley 733 de 2002 pero únicamente para incrementar la pena mínima en dos años.

121 Artículo 169 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por la Ley 733 de 2002 pero únicamente para incrementar la pena mínima en dos años.

122 Artículo 240 Ley 599 de 2000.

adicionalmente, un interés claro por no llegar a conclusiones generales, mirar cada caso detalladamente y evaluar, más allá de las manifestaciones de la defensa, los hechos concretos y el daño producido a la víctima. Por el contrario, en los argumentos esgrimidos por la defensa en muchos de estos casos se observa una actitud permisiva frente a la entidad de la violencia en el hurto, las acciones en las que se incurre al momento de atentar contra el patrimonio económico de la víctima y un desconocimiento de lo que implica la libertad de locomoción de las personas y las consecuencias de su privación.

Más allá de lo que se debate en cada caso en particular, el argumento dogmático penal en contra de la existencia de este concurso material de conductas punibles es la presunta violación del principio *non bis in ídem* al procesado. El problema jurídico en este caso analiza si existe o no un concurso de conductas punibles pero adicionalmente si por ello se presenta una violación al principio *non bis in ídem* del procesado, pues se señala que de presentarse el concurso material entre ambas conductas, se estaría juzgando dos veces por un mismo hecho. El principio de *non bis in ídem* se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y establece que el sindicado tiene derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.” Ha sido desarrollado por la Corte Suprema y la Corte Constitucional y consagrado en diversos tratados internacionales de Derechos Humanos. Adicionalmente, el artículo 8 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, contempla la prohibición de doble incriminación de acuerdo con la cual “a nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.”¹²³ Entre lo establecido por la Corte Suprema con respecto a este delito vale la pena mencionar dos puntos que son relevantes puesto que hacen referencia a la evaluación de un hecho o circunstancia: i) “[n]adie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación;”¹²⁴ y ii) “[d]e una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.”¹²⁵

123 Artículo 169 del Código Penal (Ley 599 de 2000)

124 CSJ Penal, 26/03/07, A. Pérez Pinzón.

125 Ídem

El principio de *non bis in ídem* se trae al caso como una de las preguntas que se desprenden del problema jurídico que parte de los argumentos en contra del concurso material de ambos tipos penales; no obstante como se observará, no constituye el principal análisis de la Corte Suprema. Para la Corte, en los casos en los que es viable concluir que existe un concurso material de tipos penales, ello se da precisamente porque de una cadena de hechos se pueden observar dos conductas diferenciadas y cada una de ellas vulnera un bien jurídico diverso. Es interesante entonces ver cómo desde el 2000 hasta el 2008 a partir del análisis de hechos similares, la Corte desarrolla una jurisprudencia que extiende la descripción de ambos tipos penales, de manera particular el del secuestro, a la vez que ataca la impunidad y que busca limitar al máximo las consecuencias de una violencia desmedida.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Se configura un concurso material entre el delito de hurto y el de secuestro simple cuando para la ejecución del delito de hurto se retiene a la víctima?

TESIS A

No. Se trata de una violencia concomitante con el hurto, o aquella ejercida inmediatamente después de ejecutado el hurto, para asegurar el producto del ilícito.

	49/2000
11954/2001	
	13662/2002
A.V. A. Pérez	
13745/2002	
	21474/2005
	20676/2006
	26388/2007
	25316/2008

TESIS B

Si. Puede coincidir en un mismo momento la voluntad de ejercer ambas conductas con sus específicos resultados aún cuando las acciones pudiesen ser separables.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Sobre la temporalidad del secuestro y la intención del sujeto activo

En el 2000¹²⁶ la Corte Suprema de Justicia conoció el caso de una pareja que iba en su automóvil y fue interceptada por un taxi y obligada a detenerse. Varias personas armadas abordaron el vehículo, amenazaron a la pareja y la retuvieron en contra su voluntad. Solicitaron dinero a cambio de su libertad, los obligaron a dirigirse a un banco por dinero y luego los llevaron a la casa, en donde finalmente fueron detenidos por agentes de la Policía Nacional. La demanda de casación alegaba, entre otros, que existió una violación de la Ley sustancial dado que no podía afirmarse que se trataba de un secuestro extorsivo sino de un "simple secuestro". Aún cuando en este caso se buscaba establecer si además del hurto existió un secuestro extorsivo o simple, la Corte Suprema de Justicia realizó un acercamiento al tema del secuestro simple con el que vale la pena empezar este análisis.

El argumento a través del cual se sustenta la demanda consiste en afirmar que la intención de los condenados era la de atentar contra el patrimonio jurídico de las víctimas, no contra la libertad. Lo interesante es que la Corte no sólo controvierte esta afirmación sino que adicionalmente establece que no es suficiente remitirse a la supuesta intención sino que adicionalmente deben observarse las manifestaciones externas. Según la Corte "[n]o se trató de una simple intimidación orientada a lesionar el patrimonio de las víctimas, como lo afirma el libelista. Más allá de esta consideración es necesario tener en cuenta las manifestaciones externas de los procesados que se identifican como elementos propios de la conducta por la cual fueron condenados, la cual no se puede desconocer so pretexto de que su intención no era lesionar el bien jurídico de la libertad."¹²⁷

Adicionalmente, en el análisis del caso la Corte Suprema desvirtuó la posibilidad de la existencia de una violación al principio *non bis in ídem*, pero lo que es aún más importante descartó cualquier posibilidad de reducir

126 CSJ, S. Penal 49/2000, CE. Mejía.

127 Ídem.

cómodamente la privación de la libertad a un elemento del tipo penal de hurto. La Corte Suprema estableció que “[e]l argumento de que para la realización de otros delitos como el hurto o la extorsión puede haber una privación momentánea de la libertad, no resulta acertado, pues cada uno contiene una acción diversa que constituye el eje central de las conductas típicas en discusión.”¹²⁸ La Corte Suprema además flexibilizó cualquier consideración relativa a las condiciones de tiempo, modo y lugar de la privación de la libertad, sancionando severamente el hecho de que se haya atentado también contra este bien jurídico, aún cuando fuese de manera “temporal”. Para la Corte “[l]a limitación de la locomoción aquí acaeció, así hubiera sido temporal y así los encartados no hubieran tomado el mando del timón; mediante el uso de armas de fuego y las amenazas verbales que en todo momento lanzaron, controlaron la situación y doblegaron la voluntad de los afectados.”¹²⁹ Finalmente, en su jurisprudencia la Corte manifiesta de manera contundente que es inaceptable la actitud del demandante bajo la cual pretende desconocer circunstancias esenciales para la adecuación típica presentando los hechos como una simple intimidación o constreñimiento.

Este primer acercamiento al tema responde de manera clara al problema jurídico formulado en esta línea. Sí se puede configurar un concurso material de conductas, pero adicionalmente no puede tenerse como único elemento la supuesta “intención” del procesado. Según la Corte, el que la privación de la libertad sea temporal no afecta la anterior respuesta y pretender limitar las consecuencias de la conducta es reprochable.

De manera sorprendente, en el 2001¹³⁰ ante un caso similar, la Corte Suprema hizo un análisis completamente distinto. La Corte conoció en sede de casación penal el caso de un intento de hurto de artículos electrodomésticos que eran transportados en un camión. El camión fue interceptado por personas que decían estar armadas, quienes en realidad portaban únicamente un encendedor en forma de arma. Los ocupantes del vehículo fueron retenidos por un período corto de tiempo. Uno fue dejado bajo vigilancia mientras que los otros fueron llevados junto con el camión hasta el lugar en donde se dejó finalmente la mercancía. Tras una intervención de la Policía Nacional los asaltantes fueron capturados.

128 Ídem.

129 Ídem

130 CSJ, S.Penal 30/05/2001, r11954, H. Galán.

Aún cuando en su análisis la Corte introdujo dos nuevos elementos, la conexidad teleológica y la cronología de los hechos, se trata de un giro jurisprudencial frente a los mismos elementos analizados en el caso anterior, la intención y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. La “conexidad teleológica”, tal como la analiza la Corte en este caso, se refiere a una conexidad entre el fin con el cual se realizan los hechos, la cronología y el tiempo transcurrido entre el hecho y los resultados. La Corte califica la retención de las personas como una “retención fugaz” que impide imputar dos delitos sobre una misma acción so pena de violar el principio de *non bis in ídem*. Así, para la Corte Suprema “[l]a decisión que se ha de adoptar se apoya igualmente en la forma, el lugar y el escaso tiempo que duró la custodia de los ayudantes”¹³¹ al igual que en la intención. Según la Corte “[l]a intención de la retención no fue atentar contra la libertad de locomoción de los ayudantes, este es un punto que aparece claro, vale decir, el delito de secuestro no llegó a configurarse, porque la momentánea o efímera retención asumió el carácter de violencia sobre las personas como calificante del hurto (...), más no llegó a afectar la libertad personal. De manera que no podía atribuirse con tino jurídico el concurso de punibles cuestionado con razón en la demanda.”¹³² La Corte concluyó entonces que en razón al tiempo, a la relación de continuidad o conexión teleológica entre ambos delitos y a la intrascendencia de la privación de la libertad, no era posible en este caso hablar de que existió un concurso de conductas punibles.

En principio parece claro que se trata de un giro jurisprudencial importante frente a los hechos previamente mencionados y que la Corte tiene una mirada distinta de los elementos del tiempo y la intención en el tipo penal del secuestro. La respuesta al problema jurídico desde este punto de vista es que no puede configurarse el concurso: no porque exista retención de la víctima y privación de la libertad puede decirse que se configura el delito de secuestro pues se trata de una violencia ejercida para asegurar el resultado del hurto que simplemente agrava esta conducta. Ahora bien, podría pensarse que la posición de la Corte fue motivada por el hecho de que las circunstancias concretas que acá se analizan parecen de menor gravedad que el caso citado del año 2000. Vale la pena entonces ver lo que dice la Corte en un caso casi idéntico apenas un año después y con ponencia del mismo Magistrado.

¹³¹ Ídem.

¹³² Ídem.

En el 2002¹³³ la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema resolvió un caso de un conductor y dos ayudantes que se desplazaban repartiendo mercancía en la ciudad de Medellín cuando fueron interceptados por un sujeto, a quien buscaron evadir hasta que llegaron a un sitio público. En el momento en que se detuvieron fueron abordados por otros tres sujetos quienes los amenazaron con armas blancas, tomando uno de ellos el control del vehículo para alejarse del lugar. Pocos minutos después el vehículo fue detenido por la Policía Nacional y los asaltantes capturados.

El giro jurisprudencial es total en este caso. La intención se interpreta de manera flexible y cobran importancia las manifestaciones externas, al mismo tiempo que se realiza un fuerte reproche a la privación de la libertad. Para la Corte “[n]o se trató de una simple intimidación orientada a lesionar el patrimonio de las víctimas, como lo afirma el libelista. Las manifestaciones externas de los procesados se identifican con los elementos propios de la conducta de secuestro simple por el cual fue condenado el recurrente, en concurso con el hurto, lo que no puede desconocerse so pretexto de que su intención no era lesionar el bien jurídico de la libertad (...).”¹³⁴ Pero adicionalmente, la Corte reinterpretó los hechos y sugirió que más allá de lo ocurrido existía un plan que contemplaba la privación de la libertad. Para la Corte la finalidad del procesado era continuar dentro del vehículo con el conductor privado de su libertad.

Para la Corte en este caso se trató de dos comportamientos absolutamente distintos: i) apoderarse de un bien mueble o atentar contra el patrimonio económico de la persona; y ii) privar de la libertad de locomoción. Sin embargo, para la Corte, ambos pueden desprenderse de un mismo comportamiento. Según ésta, “[c]ada uno de estos actos son separables, dentro de la complejidad de un comportamiento, uno supone una maniobra sobre el objeto del hurto, para cambiar su disponibilidad, otra supone un retener, arrebatarse o sustraer a una persona de su autonomía de permanecer o no en determinado lugar.”¹³⁵

El análisis de la Corte en esta sentencia se convierte en hito para el tema pues plantea un elemento adicional al de la intención al momento de

133 CSJ, S.Penal 05/02/2002, r13662, H. Galán.

134 Ídem.

135 Ídem.

la comisión del delito y es el de la representación del resultado. La Corte estableció que “[e]n el aspecto subjetivo, es distinta la representación del resultado de un apoderamiento de cosa mueble, que el de privar a una persona de su locomoción. La voluntad de ejercer ambas conductas con sus específicos resultados puede concurrir en un mismo momento, sin que por ello las acciones dejen de ser separables. Por ello la posibilidad jurídica plena de conformar el concurso delictual.”¹³⁶ Para llegar a esta conclusión, la Corte retomó y complementó la jurisprudencia del 2000, en particular el análisis a partir del cual el tiempo transcurrido en la privación de la libertad y el que se haya consumado o no el hurto calificado por la violencia no impide que se configure el concurso material entre ambos delitos.

La Corte complementó además el planteamiento del 2000 sobre la intención, estableciendo que no es un argumento el que se tenga o no el dolo específico de secuestrar, de ahí que retoma la descripción que la ley hace del tipo penal que como ya se mencionó anteriormente en esta línea, no exige un propósito o intención y por el contrario se limita a la conducta. Y adicionalmente en su análisis la Corte mencionó que no se prueba de modo alguno que entre ambos delitos exista una relación de subsidiariedad o una estructura típica compleja tal que una conducta absorba o consuma a la otra. Adicionalmente, para la Corte no existen motivos para concluir que se trate en este caso de la existencia de un delito complejo, de manera tal que los elementos de un delito simple se integren a otro o que constituyan circunstancias modificadoras, ni que se trate de conductas alternativas frente a un mismo bien jurídico protegido. Tras el giro establecido en esta sentencia hito, la respuesta de la Corte a la pregunta del problema jurídico es afirmativa: Sí se presenta el concurso material pero adicionalmente, no es posible interpretar la violencia como parte del hurto.

No obstante, el fallo de la Corte en este caso no es totalmente pacífico y vale la pena observar lo que el Magistrado Álvaro Pérez propuso sobre el tema en su aclaración de voto. A su juicio, sí existe un tipo subjetivo específico para el delito del secuestro simple y afirmar lo contrario llevaría a eliminar un elemento integrante del tipo y a asumir que dolo e ingrediente subjetivo son lo mismo. Para el Magistrado “las dos formas de secuestro poseen ingrediente subjetivo y, por tanto, para condenar por cualquiera de ellos,

¹³⁶ Ídem.

es imprescindible demostrar a plenitud la concurrencia de ese 'elemento'. Si el secuestro simple tiene ese ingrediente, es menester comprobarlo.¹³⁷ Manifiesta su desacuerdo con la aseveración de la Corte según la cual "[b]asta la conciencia que se tenga sobre la libertad de locomoción que se coarta de manera ilícita y la voluntad de limitarla"¹³⁸ y alega que ello confunde el ingrediente subjetivo del tipo y el dolo, cuando son cosas distintas puesto que el ingrediente subjetivo va más allá del dolo. De otra parte, si basta la conciencia que se tenga como lo expresó la Corte, se sustrae de la conducta reprobada un elemento importante para la tipicidad de la conducta, lo cual vulnera el principio de legalidad y el principio de tipicidad objetiva.

Si bien el Magistrado no planteó de manera específica una posición diferente de la de la Corte en relación con la posibilidad de que se configure el concurso material, su análisis sí lleva a otra conclusión y posiblemente a la respuesta contraria al problema jurídico de esta línea jurisprudencial. Si el secuestro simple tiene, como dice el Magistrado, un elemento subjetivo y no basta la conciencia sobre la libertad de locomoción que se coarta, entonces la simple privación de la libertad difícilmente puede ser tenida como un delito distinto del hurto agravado por la violencia.

A finales del 2002¹³⁹ la Corte Suprema dio un nuevo giro jurisprudencial al referirse al caso de dos personas que transportaban mercancía en un camión por la ciudad fueron interceptadas por una motocicleta. El parrillero amenazó con lo que parecía ser un arma de fuego, se subió al camión y cambió el rumbo hacia una cancha de fútbol en donde retuvo a uno de los ocupantes durante 10 minutos. Poco después apareció un Policía y quien vigilaba al retenido huyó. Con ayuda de otro agente de seguridad lograron capturar a los otros asaltantes, mientras que procedían a bajar la mercancía del camión.

Para la Corte, si bien sí debe existir un dolo para imputar una determinada conducta, éste puede asumirse a partir de las manifestaciones externas. Según ésta, "[n]o se discute que el dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, no puede conocerse de otra manera que a través de las manifestaciones externas que esa voluntad

137 CSJ, S. Penal 05/02/2002, r13662, SV. O. Pérez.

138 Ídem.

139 CSJ, S. Penal 12/12/2002, r13745, Y. Ramírez.

encaminada a la consecución de un determinado propósito va concretando en hechos a medida que va recorriendo el camino criminal.¹⁴⁰ En su análisis de los hechos la Corte considera que está claro que los ocupantes del camión fueron retenidos mientras bajaban la carga, razón por la cual la exteriorización de la voluntad no podía ser tenida o estimada como otro delito autónomo.

Como se observa, la Corte Suprema encontró en este caso que la privación de la libertad podía ser parte de la violencia desplegada en el delito de hurto y retomó el tema de la conexión teleológica, descartado en la jurisprudencia anterior. La Corte encontró que en este caso la conducta desplegada era compatible con la manifestación de violencia que buscaba consumir el delito de hurto, no como voluntad manifiesta de atentar contra la libertad de cada una de las personas que ocupaban el vehículo. Según ésta “se mantenía la conexidad, que algunos autores llaman teleológica, dentro de la cual una retención por 10 minutos en una cancha de fútbol frente a quienes allí jugaban y con libertad de movimiento -el mismo que permitió llamar la atención del policía-, era parte del medio -violencia- para obtener el fin -hurtar-, sin que los hechos (...) muestren alguna ruptura cronológica que permitiera la edificación de otra conducta punible distinta a la de atentar contra el patrimonio.”¹⁴¹

Es difícil a simple vista interpretar lo que esta decisión jurisprudencial representa para el análisis del problema jurídico en cuestión y si las diferencias sutiles entre los hechos tienen alguna o ninguna relevancia. Determinar qué hechos revisten mayor gravedad entre la retención de un conductor por pocos minutos en un vehículo de transporte de carga, de una pareja en un automóvil, y de una persona en una cancha de fútbol, es muy difícil. Parecen a todas luces similares o al menos la Corte no ha establecido criterios para su diferenciación y sí ha llegado en cambio a soluciones distintas en todos los casos. Si la Corte llega a conclusiones distintas no es entonces porque objetivamente 10 minutos o dos horas, un camión o una cancha de fútbol sean sustancialmente distintos, es además porque no puede olvidarse que la justicia en sede de casación es justicia rogada, luego los argumentos traídos por quien entabla la demanda son determinantes. Y en ese sentido, la alegación de una presunta violación al *non bis in ídem* puede hacer la diferencia. Como se observa en esta sentencia la decisión es radicalmente distinta y la respuesta al

140 Ídem.

141 Ídem.

problema jurídico es un no: No puede existir un concurso material de delitos, la privación de la libertad de las víctimas sí hace parte de la violencia concomitante al hurto; sí hay conexidad teleológica; no existe y lo que es más importante debe existir una ruptura cronológica que permita hablar de que se configura una conducta diversa a la del hurto.

3.2 De la libertad de locomoción y de las posibilidades de autodeterminación de los afectados

En el 2005¹⁴² la Corte Suprema conoció el caso de un señor que había sido agredido por unos asaltantes cuando al salir de su casa le fue robada la volqueta de la que era conductor, así como otras pertenencias. Posteriormente la víctima fue llevada a otro lugar en el cual fue retenida durante 15 ó 20 minutos. Finalmente, uno de los asaltantes fue detenido por un retén de la Policía mientras conducía la volqueta y la víctima recuperó su libertad.

En este caso la Corte analizó si el traslado del conductor de la volqueta a un lugar despoblado y su permanencia allí durante un lapso de tiempo podía configurar, además del hurto, un delito autónomo de secuestro. La Corte introdujo en su análisis el concepto de delito complejo para estudiar la posibilidad de que se tratara de una circunstancia que calificara el hurto y por tanto el concurso material fuera apenas aparente. Para la Corte una es la conducta de apoderarse de un bien mediante violencia y otra la de privar de la libertad de locomoción a quien tiene una relación de tenencia, posesión o contacto físico con el bien.

Frente a este caso con relación a la temporalidad de la privación de la libertad la Corte reiteró su jurisprudencia anterior y manifestó que de acuerdo con lo previsto por el legislador la temporalidad no es un elemento estructurante de la conducta del tipo penal de secuestro simple, mientras que sí lo es la efectiva limitación de la libertad de locomoción y la posibilidad de determinación de las víctimas.

La Corte Suprema afirmó que “sin atender al factor temporal de la privación de libertad a que se someta al tenedor, poseedor o detentador del objeto material del hurto, toda aquella que sobrevenga al doblegamiento

¹⁴² CSJ, S. Penal, 26/01/2005, r21474, M. Pulido.

de su voluntad y a la facultad de disposición que logra el sujeto activo sobre el objeto material del ilícito, es innecesaria o superflua para la consumación del delito y estructura un atentado contra la libertad personal que debe ser sancionado como secuestro.”¹⁴³ Así, el factor temporalidad y el de la intención del sujeto activo de la conducta se ven completamente reemplazados por la del efectivo “dobleamiento de la voluntad y facultad de disposición” de la víctima. El parámetro no está ya en la voluntad o intención del procesado, sino en la violencia perpetrada contra la víctima. No obstante, la misma Sala aclaró que no existen reglas generales aplicables para solucionar este tipo de casos, de ahí que la Corte haya venido resolviendo cada uno de acuerdo con sus particularidades.

En relación con la intención la Corte estudió en este caso la posibilidad de la aplicación del criterio de consunción o “hecho típico acompañante” para su resolución, como solución al concurso aparente de delitos. Es decir, si un juicio de desvalor de uno de los comportamientos sobre los que pudiere existir un concurso, consume el juicio de desvalor que podría hacerse sobre el segundo delito, entendiendo que este último no tiene trascendencia especial ni es autónomo en su lesión al bien jurídico tutelado puesto que el legislador lo ha sancionado ya al tipificar el otro comportamiento. No obstante la Corte descartó esta posibilidad para este caso y contrario a ello estableció que “[e]n evento contrario, como ocurre en el caso de la especie, que ambos comportamientos violan de manera ostensible y autónoma diversos bienes jurídicos (patrimonio económico y libertad personal), no hay duda de que la valoración de la finalidad perseguida por el acusado resulta inane, pues sin dificultad se advierte la configuración de un concurso material de delitos.”¹⁴⁴

La Corte reiteró su jurisprudencia anterior y concluyó que es viable afirmar que existe un concurso real material de tipos penales entre el secuestro y el hurto y adicionalmente que la retención de la víctima con posterioridad a la comisión del delito de hurto, no “correspondía a un elemento estructural de este comportamiento (especialidad), o bien que la adecuación de la conducta a tal tipo penal excluía el precepto que tipifica el atentado a la libertad personal (alternatividad), ora que uno de los delitos era subsidiario del otro (subsidiariedad), o que el juicio de desvalor de una de las conductas delictivas consumía el

143 Ídem.

144 Ídem.

de la otra (consunción).¹⁴⁵ Este fallo mantuvo la línea jurisprudencial en la tesis B respecto a la posibilidad de afirmar que existe un concurso material de conductas penales cuando como parte de un hurto se retiene a la víctima.

Desafortunadamente, más allá de los casos relativamente similares que se han venido estudiando en la presente línea, el tema del concurso material entre el tipo penal de hurto calificado y el secuestro simple se presenta a diario en los casos de personas que son asaltadas en vehículos de servicio público o taxis, son retenidas por un lapso de tiempo y luego despojadas de los ahorros de sus cuentas bancarias u otras pertenencias. Se trata de un fenómeno desmedido de violencia delincencial, que desafortunadamente se presenta dentro del servicio público y que afecta además la confianza de la ciudadanía en otros ciudadanos, en el servicio de transporte público y en el Estado y la Fuerza Pública. A esta frecuente modalidad delincencial se le denomina paseo millonario. Como usualmente las víctimas son abandonadas en alguna parte despoblada de la ciudad luego de ser retenidas dentro del automóvil por algunas horas, es un perfecto ejemplo para el tipo de hechos que se analizan.

En el 2006¹⁴⁶ la Corte Suprema de Justicia conoció un caso de dos personas que se movilizaban en un taxi hacia sus respectivas residencias, cuando tres personas abordaron el taxi con la anuencia del conductor, hurtaron sus pertenencias y procedieron a retirar el dinero del banco de una de las víctimas. Si bien en este caso se presenta una discusión fuerte sobre la identidad de las personas que cometieron el delito, uno de los cargos de la demanda de casación alega que dado que el dolo era de hurtar y no de secuestrar y el tiempo de la privación de la libertad fue muy corto, no podía imputársele a los procesados también el tipo penal de secuestro simple.

En este caso la Corte reiteró que el factor temporalidad, no previsto por el legislador, no es un elemento estructurante del tipo penal de secuestro simple, como sí lo es la efectiva privación de la libertad. Así, la Corte desvirtuó cualquier valoración adicional que pretenda incluir la intención del sujeto activo de la conducta. Si bien este caso no aporta elementos adicionales al estudio jurisprudencial que se realiza, es importante en la medida en que introduce esta misma lógica a la modalidad delincencial del “paseo millonario”.

145 Ídem

146 CSJ, S.Penal, 09/02/06, r20676, J.L. Quintero.

En el marco de esta misma modalidad delictiva, en el año 2007¹⁴⁷, la Corte Suprema conoció un recurso de casación interpuesto por un Fiscal tras la absolución de tres personas acusadas de haber cometido el delito de hurto calificado, secuestro simple y porte ilegal de armas. Los tres acusados abordaron un taxi con el propósito de atracar al conductor, lo amenazaron y lo retuvieron. Durante el recorrido la policía logró notar lo que estaba sucediendo al interior del taxi y lo persiguió. Ante la persecución el taxi perdió el control causando un accidente, pero la Policía llegó a la escena de los hechos y rescató a quienes se encontraban dentro del taxi. Los condenados alegaron que había violación a la ley sustancial pues no podía configurarse el delito de secuestro simple.

Para la Corte no cabe duda que la libertad y la autonomía del conductor del taxi fueron vulneradas ya que éste fue amenazado con arma de fuego; reiterando así la jurisprudencia ya citada sobre el tema. La Corte estableció que la retención del conductor no era necesaria para la ejecución de la conducta contra el patrimonio económico de la víctima. Según ésta una es "la violencia calificante del hurto y otra la conducta consistente en trasladar a la víctima a bordo de un vehículo de servicio público, bajo la doble custodia de quien dentro de éste lo vigilaba y del otro asaltante que los seguía en la motocicleta."¹⁴⁸ Concluyendo que este comportamiento "sin duda se erige como lesivo de la libertad personal y concursa de manera real y efectiva con el delito patrimonial."¹⁴⁹ Así, la Corte planteó que en nada afecta que esta retención se haya presentado por un lapso de tiempo corto y decidió casar la sentencia dando la razón al Fiscal que interpuso el recurso.

Finalmente, en el 2008¹⁵⁰ la Corte decidió un caso en el que una pareja se desplazaba en una motocicleta entre dos municipios de la costa norte, cuando fue retenida por dos personas armadas disparando al aire. La pareja fue despojada del vehículo y todas sus pertenencias y fue trasladada a un predio rural en donde fue retenida por más de dos horas hasta cuando ambas personas lograron soltarse, huir del lugar y solicitar ayuda. Como es evidente este es un caso de violencia más fuerte que los que se han venido mencionando.

147 CSJ, S.Penal, 18/04/2007, r26388, J. Zapata.

148 Ídem.

149 Ídem.

150 CSJ, S.Penal 27/10/08, r25316, J. Zapata.

Por supuesto la Corte concluyó que las circunstancias especiales del caso permitían dar cuenta de una voluntad clara de los implicados de limitar la libertad de locomoción de las víctimas y que ello representa un comportamiento no sólo reprochable sino además punible. La Corte reiteró la línea jurisprudencial ya sentada sobre el tema según la cual incluso en circunstancias de retención temporal de la víctima y como parte de la ejecución del hurto, es viable alegar que se está también ante un secuestro simple mediante la figura procesal de concurso material de tipos penales. En esta ocasión, sin embargo, la Corte agregó que aunque la retención se hubiera presentado en un tiempo posterior al apoderamiento de bienes de la víctima, se configura el secuestro puesto que “los tiempos posteriores o adicionales al apoderamiento de los bienes que la víctima lleva consigo, en que permanezca retenida por acción de los involucrados en el delito, ya configuran el delito de secuestro, al implicar en sí mismo un atentado contra la libertad individual, así esa retención se utilice para asegurar el producto del ilícito inicial o de otro ilícito, o para incrementar el botín a través de otro tipo de gestiones, o para facilitar la fuga, o para seguir cometiendo delitos diferentes, como ocurre en el caso del hurto calificado por la violencia.”¹⁵¹

151 Ídem.

4. CONCLUSIONES

Del análisis jurisprudencial que se ha presentado en este capítulo es claro que ante la pregunta por si ¿se configura un concurso material entre el delito de hurto calificado y el de secuestro simple cuando para la ejecución del delito de hurto se retiene a la víctima? más allá de hacer una evaluación particular para cada caso, la respuesta general de la Corte es que sí. Sí, cuando la retención de la víctima representa una privación de la libertad de locomoción y un doblegamiento de la voluntad; sí, aunque el sujeto activo de la conducta manifieste que su intención se limitaba a atentar contra el patrimonio económico; y sí, aunque la privación de la libertad sea por un tiempo corto, casi fugaz. El reproche de la Corte al uso de este tipo de violencia es claro y la Corte es intransigente con su punibilidad.

Es claro además que en sus distintos fallos la Corte se ha dado a la tarea de controvertir todos los argumentos relativos a la supuesta violación de principios del derecho penal de *non bis in ídem*, a la supuesta “necesidad” de la privación de la libertad para asegurar el producto del ilícito de hurto (como lo afirma la tesis B de esta línea jurisprudencial), y a la supuesta existencia de subsidiaridad, alternatividad o consunción entre el tipo penal de hurto agravado y el de secuestro simple.

La evolución jurisprudencial que aquí se presenta con detalle evidencia un no rotundo de la Corte Suprema de Justicia a la tolerancia de conductas que violan los derechos de las personas y a los argumentos que pretenden restar importancia a la privación de la libertad de locomoción, a abusar del derecho y de los principios generales del derecho penal. Quien amenaza, retiene, captura y ataca a otra persona no puede ampararse de manera temeraria en principios del derecho para buscar la disminución de la condena o la negación de la comisión de una conducta punible.

TUTELA Y HABEAS CORPUS: PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Julia María Rivera Gómez y Jhon Rusbel Noreña, en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. ¿PROCEDE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD?

A primera vista éste parecería ser un problema jurídico poco interesante si se tiene en cuenta que el numeral 2 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que "[l]a acción de tutela no procederá: (...) 2. [c]uando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de *habeas corpus*." Este recurso, recordemos, está consagrado en el artículo 30 de la Constitución, según el cual "[q]uien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas." De ahí que si el *habeas corpus* es el principal mecanismo de protección de la libertad y la tutela no procede cuando se pueda invocar el *habeas corpus*, ¿qué sentido tiene preguntarse por la procedencia de la tutela para proteger el derecho a la libertad?

Quizás la respuesta se encuentra en el éxito de la tutela como recurso constitucional. Su introducción al ordenamiento jurídico colombiano en 1991 generó grandes impactos sobre el proceso penal. La sencillez, rapidez y efectividad del recurso generaron una verdadera democratización jurídica. Fueron los ciudadanos quienes empezaron a preferirla sobre otros recursos, que si bien eran más idóneos y especializados, también eran más complejos e

inaccesibles. La rigidez de las causales de casación y de nulidad, por ejemplo, contribuyó a alimentar la insistencia en la acción de tutela como medio judicial preferido. De otra parte, la simple introducción de un nuevo recurso empezó a ser aprovechada por abogados que buscaban tener nuevas instancias para re-abrir cuestiones discutidas ante otras instancias.

Independientemente de cuál haya sido la razón, desde 1992 la Corte Constitucional viene revisando tutelas en las que se pretende hacer uso de este recurso para la protección de la libertad. Las hipótesis son diversas: la solicitud de la libertad misma; la protección de otros derechos como el debido proceso con miras a la rectificación de las medidas que restringen la libertad; la corrección del desacato de las autoridades frente a una orden judicial de conceder la libertad; la revisión de capturas ilegales y prolongaciones ilícitas de la privación de la libertad; la orden al juez de resolver en término el *habeas corpus*; y finalmente la revocatoria de providencias judiciales que constituyan vías de hecho.

Si bien tanto la Corte Constitucional como diversos doctrinantes reiteran que “la tutela resulta improcedente (...) pues el ordenamiento jurídico ha arbitrado el recurso de *habeas corpus* que resulta más expedito para proteger el derecho a la libertad personal,”¹⁵² ha sido la propia Corte la que ha ido abriendo distintas rutas jurisprudenciales que harían viable su procedencia para la protección del derecho a la libertad. Hasta el momento, sin embargo, la protección efectiva de la libertad a través de la acción de tutela ha sido muy limitada.

152 Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Jurisnet. En: <http://www.jurisnet.com.co/tutela-doctrina.pdf> p. 111

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Procede la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la libertad?

TESIS A

La acción de tutela sí procede para la protección del derecho fundamental a la libertad.

		T 459/1992
T 046/1993		
	49/2000 S.V. J. Hernández, T 046/1993	
		C 301/1993
		C 010/1994
		T 242/1994
		T 324/1995
		T 026/1997
		T 659/1998
		T 260/1999
		T 334/2000
		T 592/2000
		T 1705/2000
		T 1235/2001
		T 1315/2001
		T 223/2002
		T 839/2002
		T 054/2003
		T 1043/2003
T 1081/2004		
		T 693/2006
		T 724/2006

TESIS B

La acción de tutela no procede para la protección del derecho fundamental a la libertad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la libertad puede ser analizada a través de tres etapas. Si bien estas etapas no marcan grandes cambios en la jurisprudencia –ya que se trata de una línea casi estática–, sí permiten explorar los distintos énfasis en la argumentación de la Corte.

- Durante la primera etapa, entre 1992 y 1998, la Corte hizo énfasis en la subsidiaridad de la tutela, y la existencia del *habeas corpus* como el medio de defensa judicial idóneo. La discusión se centró en torno a la procedencia de la tutela cuando las autoridades desacatan una orden de libertad, o cuando está en juego la vulneración de otro derecho como el debido proceso.
- Entre 1999 y 2001, la jurisprudencia sobre *habeas corpus* y tutela se vio directamente influenciada por la doctrina de la vía de hecho y la tutela contra sentencias. Como consecuencia la Corte advirtió que de llegar a configurarse tal situación se podría llegar a considerar la tutela como mecanismo para proteger el derecho a la libertad. A lo largo de esta etapa la Corte exploró también la procedencia de la tutela para proteger los derechos al debido proceso, de petición y de acceso a la administración de justicia, así como los tipos de órdenes que puede dar el juez de tutela frente al derecho a la libertad.
- Finalmente, entre 2002 y 2006 la Corte reafirmó la doctrina de la subsidiaridad de la tutela, reiterando que no se trata de una tercera instancia, que no desplaza al *habeas corpus* y que no procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, es también durante ese mismo período que la Corte ordena de manera directa la concesión de la libertad en un caso completamente atípico.

3.1 La subsidiaridad, el recurso frente al desacato y la protección del debido proceso

La primera sentencia de la Corte Constitucional en la que se hace referencia al tema es la T-459 de 1992. En esa ocasión el accionante había sido condenado a 11 años de prisión por haber cometido el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares. El Tribunal de segunda instancia revocó la condena, pero manifestó que debía continuar con auto de detención vigente para efectos de adelantar la investigación y concluir si había cometido el delito o no. Ante esta situación el accionante interpuso la acción de tutela, argumentando que se le estaba prolongando de manera ilícita la privación de la libertad y que además su detención era ilegal porque el arma no figuraba como arma de uso privativo de las FFMM.

Al revisar la tutela la Corte consideró que ésta no procedía para la protección de la libertad personal ya que era el *habeas corpus* el recurso especial en estos casos. Según la Corte, “[e]xisten vías específicamente concebidas para la defensa de ciertos derechos, en consideración a su señalada importancia y a sus especiales características. Tal es el caso del *habeas corpus*, recurso concebido para la protección de la libertad personal cuando de ella ha sido privada una persona ilegalmente.”¹⁵³ El análisis de la Corte se centró en el carácter subsidiario de la tutela, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (...)” Un análisis estricto de la subsidiaridad supondría concluir que existiendo el *habeas corpus*, nunca procedería la acción de tutela para proteger la libertad. Sin embargo, rápidamente la Corte empezó a establecer algunas excepciones.

Quizás la principal excepción resultó de la sentencia T-046 de 1993, cuando la Corte concedió una de las únicas tutelas de protección del derecho a la libertad. En el caso la accionante había sido sindicada y detenida por el delito de homicidio en concurso con lesiones personales. La actora interpuso acción de *habeas corpus* por prolongación ilícita de su libertad y el Tribunal ordenó su libertad inmediata. La Dirección Seccional de Orden Público procedió a expedir la boleta de libertad, pero simultáneamente expidió otra orden de captura. Ante esta situación la actora interpuso acción de tutela

¹⁵³ C.Const, T-459/1992, J. Hernández.

argumentando que con la orden de captura se violaron sus derechos a la libertad y al debido proceso. El juez de tutela, después de 7 meses de conflictos de competencia, negó la protección solicitada. La impugnación fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia que confirmó el fallo argumentando que cuando se trata de privación o prolongación ilícita de la privación de la libertad se debe interponer el recurso de *habeas corpus*.

La Corte Constitucional, si bien reiteró que el *habeas corpus* es el medio idóneo para la protección del derecho la libertad, concluyó que cuando una autoridad desconoce un fallo que ordena la concesión de la libertad, el afectado no puede estar obligado a interponer nuevamente el mismo recurso. Según la Corte “[l]a inejecución de una decisión judicial que concede un recurso de *habeas corpus* desconoce el núcleo esencial de este derecho fundamental si esta omisión trae como consecuencia que la garantía se torne impracticable, ineficaz o resulten irrazonables las exigencias para su ejercicio. Exigir a una persona que invoque nuevamente el *habeas corpus* ante el incumplimiento de la providencia que le concediera este derecho es una carga desproporcionada e irracional.”¹⁵⁴ De ahí que el desacato de una decisión favorable de *habeas corpus* constituye la primera excepción a la improcedencia de la tutela para la protección de la libertad.

El Magistrado José Gregorio Hernández, salvó el voto frente a esta decisión por considerar que la tutela resultaba improcedente. Según él, “[e]l derecho fundamental que se estima violado es la libertad, que tiene como procedimiento de protección el recurso de *habeas corpus* y pretender que éste, a su vez, requiere de otro mecanismo para su defensa, implica establecer una cascada de medios procesales, los unos protectores de los otros, que no está prevista en la Constitución.”¹⁵⁵

Posteriormente a través de la sentencia C-301 de 1993 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 15 de 1992 que regulaba los procedimientos especiales de los delitos de competencia de los Jueces Regionales y del Tribunal Nacional. Según el accionante, la ley era inconstitucional puesto que había sido tramitada como una ley ordinaria, cuando por la modalidad de derechos que regulaba, esto es *habeas corpus* y debido

154 C.Const, T-046/1993, E. Cifuentes.

155 SV. J. Hernández, C.Const, T-046/1993, E. Cifuentes.

proceso, se le debía dar trámite de ley estatutaria. La Corte determinó que la norma era constitucional aclarando que el *habeas corpus* procedía para solicitar tanto la libertad de una persona que ha sido capturada de manera arbitraria, como para garantizar la libertad de una persona que permanece detenida sin que exista orden judicial que ampare la retención. Si bien la sentencia no se refirió de manera específica a la procedencia de la tutela para proteger el derecho a la libertad, la Corte advirtió dos elementos relevantes frente al tema. Primero, que es posible invocar “la acción de *habeas corpus* contra la decisión judicial de privación de la libertad cuando ella configure una típica actuación de hecho;”¹⁵⁶ y segundo, que “la acción de tutela (...) sólo procede cuando para proteger el derecho no pueda impetrarse la acción de *habeas corpus*.”¹⁵⁷ De lo anterior se desprende que luego del desacato de una orden de libertad se debe volver a interponer el recurso de *habeas corpus* y que únicamente sería legítimo recurrir a la tutela cuando ello sea imposible.

Esta posición fue reiterada en la sentencia C-010 de 1994, en la que la Corte revisó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal que establecía que el trámite de la acción de *habeas corpus* correspondía exclusivamente al juez penal. La Corte determinó que la norma era constitucional por cuanto resulta legítimo establecer competencias al interior de la rama judicial. Sin embargo, hizo referencia a diferentes circunstancias de procedibilidad del *habeas corpus* relevantes al momento de analizar el problema jurídico en cuestión. Según la Corte, el *habeas corpus* procede “contra las privaciones ilegales que puedan presentarse contra cualquier persona en caso de actuaciones de las autoridades administrativas, o, excepcionalmente, en caso de actuaciones por vías de hecho de las autoridades judiciales.”¹⁵⁸ De ahí que nuevamente se sugiera que ante una decisión que desconociera la orden de libertad, debería interponerse nuevamente el recurso de *habeas corpus* en vez de la tutela.

Lo mismo sucede en la sentencia T-242 de 1994, cuando la Corte resuelve una acción de tutela interpuesta contra un Juzgado de Instrucción Penal Militar, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional. El caso se refiere a un joven que había sido reclutado para prestar servicio militar obligatorio

156 C. Const, C-301/1993, E. Cifuentes.

157 Ídem.

158 C. Const, C-010/1994, F. Morón.

y que había sido condenado a 1 año de prisión por el delito de centinela, debido a que se había quedado dormido mientras estaba de guardia. En la apelación, el Tribunal Superior Militar declaró la nulidad del proceso y ordenó la libertad inmediata del joven. Tal decisión, sin embargo, no se hizo efectiva porque las autoridades militares consideraron que el joven debía seguir prestando servicio militar. Ante esta situación la madre interpuso acción de tutela con el fin de proteger los derechos de su hijo a la libertad personal, la igualdad y a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La Corte estableció como sub-regla que “el Juez para conceder la tutela, en los casos en los cuales está en juego la libertad personal, debe verificar la ineffectividad de los medios de defensa específicamente determinados para el precitado derecho fundamental, ya que lo contrario generaría una hipertrofia del mencionado mecanismo de defensa de derechos fundamentales.”¹⁵⁹ Frente al caso en concreto la Corte concluyó que ésta no procedía, porque “no era la tutela el mecanismo adecuado para solicitar del Juez la protección de ese derecho en el momento y bajo las circunstancias en las cuales se presentaron los hechos.”¹⁶⁰ Lo paradójico, sin embargo, es que en el obíter, la Corte aclara que “debe mantenerse la libertad provisional del joven (...) y las autoridades militares de reclutamiento deben respetar el cumplimiento del término legal de la modalidad de servicio militar que se encontraba prestando el mencionado conscripto, teniendo en cuenta que no existe causal de aplazamiento o suspensión del mencionado término por detención preventiva luego de la incorporación a filas.”¹⁶¹ Así, la Corte termina ordenando la libertad pero sin conceder la tutela como mecanismo de protección de la misma.

A partir de 1995 la Corte abrió una nueva vía de interpretación para la procedibilidad de la tutela para proteger la libertad: la protección de otros derechos como el debido proceso. En la sentencia T-324 la Corte revisó la acción interpuesta en contra de una Fiscalía que había proferido resolución de acusación en contra del accionante y le había negado una petición de libertad. El accionante había interpuesto acción de *habeas corpus* dentro de la investigación penal adelantada en su contra ya que los términos legales máximos para la detención preventiva durante la fase instructiva se habían

159 C. Const, T-242/1994, A. Martínez.

160 Ídem.

161 Ídem.

vencido. Sin embargo, tal recurso fue resuelto de manera negativa. Al revisar el caso la Corte estableció como sub-regla que “[e]l desconocimiento de los términos legales y la prolongación ilícita de la privación de la libertad no sólo puede acarrear sanciones disciplinarias al funcionario que incurra en tales conductas sino que, además, tales hechos pueden generar violaciones al debido proceso, amparables, en determinadas circunstancias, por la vía de la tutela.”¹⁶² De lo anterior se desprende que cuando la prolongación ilícita de la libertad genera una violación del debido proceso, procedería la acción de tutela para la protección de la libertad. Sin embargo, en el caso en concreto la Corte concluyó que la Fiscalía no había desconocido los términos procesales establecidos por la ley y que no se había configurado una violación al debido proceso porque la negación de la libertad se había ajustado a derecho.

Similarmente, en 1997 la Corte se refirió mediante la sentencia T-026 a la acción de tutela interpuesta por un ciudadano que había sido condenado a pena privativa de la libertad por el delito de corrupción de menores. Según éste, sus derechos al debido proceso y en particular al *non bis in ídem* habían sido vulnerados porque las mismas circunstancias fácticas habían sido tenidas en cuenta para agravar la tasación de la pena y para negar el subrogado de condena de ejecución condicional. La Corte concluyó que no había habido violación del debido proceso porque el accionante había tenido oportunidad de controvertir la decisión del juzgado dentro de tal proceso y no lo había hecho. Así, si bien se analizó la procedencia de la tutela para la protección del debido proceso, independientemente de la procedencia o no del *habeas corpus*, la subsidiaridad de la tutela primó como criterio para desestimarla como recurso aplicable.

Lo interesante en este caso, sin embargo, es el análisis de la Corte sobre el tipo de órdenes que podría dar el juez de tutela en relación con el derecho a la libertad en los casos en los que proceda la tutela. Según la Corte “no corresponde, en principio, al juez de tutela disponer sobre la libertad de un procesado o de un condenado. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que es el juez de conocimiento el que tiene la competencia para pronunciarse sobre este asunto, aún en los casos en que por una decisión de tutela, se determina que ha habido vulneración de derechos fundamentales. En estos casos, lo procedente es remitir al juez competente para que adopte las medidas conducentes para

¹⁶² C.Const, T-324/1995, A. Martínez.

enmendar las vulneraciones en que ha incurrido, de conformidad con lo que disponga el juez constitucional. Pues, en caso contrario, se estaría en presencia de una injerencia por parte del juez de tutela en asuntos que corresponden a la órbita del juez ordinario.”¹⁶³ Esta discusión será abordada en el siguiente acápite.

Lo cierto es que independientemente de las distintas excepciones, la Corte constantemente reiteró la improcedencia de la tutela en los casos en los que procedan otros medios de defensa judicial como el *habeas corpus*. Así, por ejemplo, en la sentencia T-659 de 1998 la Corte revisó una acción de tutela en la que el actor solicitó la protección de su derecho a la libertad. Según el accionante, luego de transcurridos más de seis meses de ejecutoria de la resolución de acusación por los delitos de peculado y estafa y sin que se hubiera podido realizar la audiencia pública, los defensores solicitaron que se ordenara la libertad de los sindicados y el Juzgado de conocimiento acogió la solicitud. Sin embargo, el agente del Ministerio Público apeló esa decisión y el Tribunal la revocó. Al respecto la Corte consideró que el actor contaba con los mecanismos judiciales de defensa propios del proceso penal ordinario. La Corte reiteró “[l]a doctrina de (...) improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que el afectado cuenta con el recurso de *habeas corpus*.”¹⁶⁴

3.2 La tutela contra sentencias y las órdenes de protección de la libertad

Del análisis de la primera fase de esta jurisprudencia resulta evidente que en estos casos las tutelas se interponen en contra de decisiones judiciales que restringen de alguna manera el derecho a la libertad. De ahí que a partir de 1999 el análisis de la procedencia de la tutela para proteger el derecho a la libertad haya estado especialmente ligado al desarrollo de la teoría que permite interponer tutelas en contra de sentencias judiciales. Si bien este capítulo no analiza la jurisprudencia constitucional en materia de tutela contra sentencias, resulta pertinente recoger las conclusiones de la Corte y de los principales doctrinantes que se han referido al tema, con el fin de tener un panorama claro sobre lo que se está discutiendo.

Entre 1992 y 2005, la Corte Constitucional desarrolló la doctrina de la tutela contra sentencias. Como lo advierte *Botero*, de la jurisprudencia

¹⁶³ C. Const, T-026/1997, J. Arango.

¹⁶⁴ C. Const, T-659/1998, C. Gaviria.

se desprenden seis criterios de procedibilidad para que una tutela contra una providencia judicial prospere: i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; ii) Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, ésta tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y vi) Que no se trate de sentencias de tutela.¹⁶⁵ Adicionalmente resulta necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad. Es decir que la actuación del juez se pueda calificar como una vía de hecho¹⁶⁶, o que se haya vulnerado la Constitución de manera directa o por desconocimiento del precedente.¹⁶⁷

En el caso en particular de la procedencia de la tutela para proteger el derecho a la libertad, la Corte empezó a hacer uso de la doctrina de las vías de hecho a partir de 1999. A través de la sentencia T-260, la Corte revisó el caso de un juez que interpuso acción de tutela contra las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia por considerarlas vías de hecho por defecto sustantivo, defecto procedimental y defecto fáctico, que vulneraban su derecho fundamental a la libertad. Se trata de un caso muy complejo, cuyos hechos se resumirán de la manera más sucinta posible.

¹⁶⁵ Resumen tomado de Catalina Botero Marino, *supra* 156, p. 52 – 71. Ver: C.Const, C-590/2005, J. Triviño

¹⁶⁶ Vía de hecho por defecto procesal (cuando en desarrollo de la actividad judicial el funcionario se aparta de manera evidente de las normas procesales aplicables); Vía de hecho por defecto orgánico o falta de competencia (existencia de un acto judicial que afecta derechos de una persona y que es producido por una autoridad que carece absoluta y evidentemente de competencia para proferirlo); Vía de hecho por defecto fáctico absoluto (Vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas); Vía de hecho por consecuencia (Cuando el juez fundamenta su decisión en una valoración fáctica inducida por la actuación inconstitucional de otros órganos estatales, que vulnera derechos constitucionales); o Vía de hecho por defecto material o sustancial (Aplicación de una norma claramente inaplicable al caso concreto). Catalina Botero Marino, *supra* 156.

¹⁶⁷ Catalina Botero Marino, *supra* 156.

Dos personas fueron capturadas en flagrancia por el delito de homicidio agravado. Vencidos los términos para resolver la situación jurídica de los imputados, la Fiscalía les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Tal decisión fue apelada, pero el Tribunal Superior del Distrito la confirmó. Posteriormente, los sindicatos interpusieron acción de *habeas corpus* alegando que la situación jurídica se había resuelto una vez vencidos los términos de ley y que por lo tanto, se había prolongado ilegalmente la privación de su libertad. Tal acción fue concedida por el Juez Penal Municipal. El Fiscal encargado del caso consideró que la decisión de liberar a los sindicados era ilegal y compulsó copias por el delito de prevaricato por acción. Como resultado de esa investigación se le impuso medida de detención preventiva al juez quien posteriormente fue condenado. La Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria en contra del juez por considerar que cuando existe una medida de aseguramiento vigente no es posible interponer el recurso de *habeas corpus*. Ante esta situación es que el juez interpuso la acción de tutela. El Consejo de Estado la rechazó, señalando la improcedencia absoluta de la acción de tutela en contra de providencias judiciales y negando la validez de la teoría de las vías de hecho.

La Corte Constitucional analizó el caso en detalle y precisó los casos en los que procede el recurso de *habeas corpus*. Según ésta "la garantía de la libertad personal puede ejercerse mediante la acción de *habeas corpus* en alguno de los siguientes eventos: (1) siempre que la vulneración de la libertad se produzca por orden arbitraria de autoridad no judicial; (2) mientras la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos; (3) cuando, pese a existir una providencia judicial que ampara la limitación del derecho a la libertad personal, la solicitud de *habeas corpus* se formuló durante el período de prolongación ilegal de la libertad, es decir, antes de proferida la decisión judicial; (4) si la providencia que ordena la detención es una auténtica vía de hecho judicial."¹⁶⁸ Sin embargo, la Corte señaló que en este caso el juez nunca alegó que la declaratoria de la medida de aseguramiento con posterioridad al vencimiento de los términos constituyera una vía de hecho y que ello fundamentara su decisión de dejar a los sindicados en libertad. Ante este análisis, la Corte concluyó que al no encontrar defecto sustantivo, procedimental, o fáctico, no procedía la tutela.

¹⁶⁸ C. Const, T-260/1999, E. Cifuentes.

Este caso es quizás el mejor ejemplo de la ineffectividad de la tutela para proteger el derecho a la libertad, en contra de los desarrollos jurisprudenciales de la propia Corte Constitucional. Lo más interesante del caso, sin embargo, es que parecería interpretarse que ante providencias judiciales que constituyen vías de hecho que violen el derecho a la libertad, lo que procede es nuevamente el recurso al *habeas corpus* y no la tutela.

Esta relación es aclarada en la sentencia T-334 de 2000, en donde la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano que había sido capturado por el delito de fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones. El accionante solicitó la libertad provisional por vencimiento del término para calificar el mérito del sumario, pero su petición no fue resuelta. Ante esta situación, el procesado interpuso acción de *habeas corpus*, la cual fue resuelta negativamente. En virtud de ello, y debido a que el fiscal de conocimiento aún no había resuelto la petición de libertad provisional, el accionante interpuso acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales a la libertad y el debido proceso.

La Corte consideró que la tutela procedía pero que no sería concedida porque al momento de la decisión, la solicitud de libertad provisional ya había sido resuelta afirmativamente. Sin embargo, la Corte aclaró la relación entre los recursos para solicitar la libertad condicional, el *habeas corpus* y la tutela. Según la Corte “la solicitud de libertad provisional (...) debe ser presentada ante el funcionario de conocimiento (...). Sin embargo, si (...) el funcionario judicial omite o dilata el cumplimiento de su deber, la persona privada de la libertad puede, en forma excepcional, acudir a la acción de *habeas corpus* para que se tutele su derecho fundamental a la libertad personal, dado que se verifica la hipótesis de vencimiento de términos y el recurso ordinario dentro del proceso ha fallado. En estos casos, la acción de tutela sólo podría proceder como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso material a la administración de justicia si el juez competente no resuelve oportunamente el *habeas corpus*.”¹⁶⁹ Si bien la Corte no hizo un análisis detallado de las vías de hecho, en este caso cerró la procedibilidad de la tutela a circunstancias en las que la ausencia de respuesta oportuna del *habeas corpus* configurara una violación o los derechos de petición, debido proceso o acceso a la administración de justicia.

169 C. Const, T-334/2000, E. Cifuentes.

Esta tesis –de que el derecho tutelado no es la libertad sino el debido proceso entre otros– fue reiterada en la sentencia T-592 de 2000, en la que la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano italiano que había sido capturado con fines de extradición. El accionante había interpuesto la acción de *habeas corpus* por considerar que se configuraba una prolongación ilegal de la libertad, pero ésta fue negada tanto por el juez de instancia, como en la impugnación. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió la tutela considerando que la falta de congruencia en el fallo del Tribunal constituía una vía de hecho, ya que éste no se había pronunciado sobre todos los argumentos esgrimidos por el defensor. Sin embargo el Tribunal no tuteló el derecho a la libertad porque consideró que éste se había protegido mediante el ejercicio de la acción de *habeas corpus*. El Consejo de Estado consideró que no existía una vía de hecho y por lo tanto revocó la sentencia que concedía la tutela.

Ante esta situación la Corte Constitucional consideró que la tutela no procedía porque la decisión del Tribunal no constituía una vía de hecho. Según ésta, “para la solicitud de libertad, la Constitución consagra la acción pública de *habeas corpus* y no la de tutela; y, el hecho de que la sentencia haya omitido un aspecto de lo pedido por el defensor, no tiene como consecuencia necesaria, que se acepten los argumentos omitidos de resolver. En consecuencia, lo que se tutela en esta sentencia [no es el derecho a la libertad, sino] el derecho que le asiste al administrado de obtener a través de una sentencia, un pronunciamiento que en lo posible involucre todos los aspectos relevantes de su situación.”¹⁷⁰ Así la Corte autorizó la procedencia de la tutela para proteger otros derechos y reiteró la improcedencia de que se conceda el *habeas corpus* solicitado por vía de tutela cuando no se configura una vía de hecho.

En gran medida la discusión sobre la protección de otros derechos está relacionada con el tipo de órdenes que puede dar el juez de tutela. El amparo de la libertad supondría ordenar la liberación inmediata, orden con la que la Corte Constitucional en general ha estado en desacuerdo. Así, por ejemplo, en el 2000 la Corte revisó una tutela interpuesta por un ciudadano al que le habían dictado medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de constreñimiento ilegal. El accionante había solicitado la libertad condicional, pero la fiscalía especializada le había respondido que había remitido el caso a una fiscalía seccional. Ante esta situación el accionante interpuso acción de tutela

170 C. Const, T-592/2000, A. Beltrán.

para proteger sus derechos al debido proceso y de petición. La Corte consideró que el accionante estaba pretendiendo que a través de la tutela se definiera su libertad y señaló que esa decisión no le correspondía al juez de tutela. Según la Corte “en el evento de que una vez asumido el conocimiento del proceso por el funcionario competente, éste no resolviera su solicitud [de libertad condicional] dentro del término estipulado en la ley, la persona afectada con esa tardanza cuenta con el *habeas corpus*, (...) para la protección de los derechos a la libertad física y al debido proceso en materia penal, (...) [y la tutela] sólo sería procedente en el evento en que tampoco se resolviera el *habeas corpus* dentro del término de tres días.”¹⁷¹ De ello se desprende que la tutela no prospera para que se conceda de manera directa la libertad, sino en caso dado, para que se ordene al juez competente a resolver en término la solicitud de libertad condicional o el *habeas corpus*. También permite inferir que procedería la tutela cuando no se resolviera en término el *habeas corpus*.

En 2001 la Corte se refirió a otra hipótesis distinta de procedibilidad de la tutela: los casos en los que la persona se encuentra cumpliendo una pena de prisión impuesta mediante una sentencia ejecutoriada y en firme. Mediante la sentencia T-1235 de 2001, la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había sido condenado por los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado y cohecho de dar u ofrecer. El accionante había presentado una solicitud de libertad condicional que fue respondida con 2 meses de retraso porque el proceso había sido remitido a un juzgado diferente. La Corte consideró que la demora injustificada en resolver la solicitud (para la cual la ley establecía un término de 3 días), ha debido generar que el juez de tutela amparara la protección de los derechos al debido proceso y la administración de justicia. Según la Corte “no es acertada la referencia tácita a la acción de *habeas corpus* porque los hechos narrados por el accionante no se encuentran dentro de las hipótesis que constitucionalmente se han determinado para promoverla.”¹⁷² Sin embargo la Corte no concedió la tutela porque la petición de libertad había sido resuelta favorablemente antes del fallo de la Corte.

Similarmente a través de la sentencia T-1315 de 2001 la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano acusado y detenido por los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado agravado, falsedad material de

171 C. Const, T-1705/2000, J. Charry.

172 C. Const, T-1235/2001, J. Araujo.

particular en documento público, falsedad material en documento privado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. El accionante había interpuesto una solicitud de libertad condicional que le había sido concedida porque habían transcurrido 6 meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiese celebrado la audiencia pública de juzgamiento. Poco después, el accionante fue condenado, se negó el derecho a la suspensión de la ejecución del fallo, se revocó la libertad provisional y se ordenó su captura. Ante esta situación el accionante interpuso una acción de *habeas corpus* por considerar que la captura no podía ordenarse hasta tanto no se resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria. El juez declaró improcedente la acción de *habeas corpus* por cuanto la medida de libertad condicional no suspende los efectos de la medida de aseguramiento. De cara a estas circunstancias el accionante interpuso acción de tutela para proteger sus derechos a la libertad y al debido proceso.

La Corte negó la tutela al considerar que el juez de conocimiento que ordenó la captura no había desconocido el ordenamiento jurídico ni vulnerado los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso. Sin embargo, la Corte reiteró su jurisprudencia sobre procedibilidad excepcional de la tutela. Según ésta, “[s]i la acción de *habeas corpus* no se resuelve oportunamente y se mantiene en la penumbra la legitimidad o ilegitimidad de la privación de la libertad, procede la acción de tutela pero no como un mecanismo supletorio de esa acción protectora del derecho fundamental de libertad sino como mecanismo de defensa de los derechos de petición, debido proceso y acceso material a la administración de justicia.”¹⁷³ En este caso, la Corte también advirtió que no sería el juez de tutela el encargado de conceder directamente la libertad. Según la misma sentencia “la acción de tutela protege el derecho que tiene el actor a que la legitimidad o ilegitimidad de su detención sea considerada por un juez de tal manera que, si hay lugar a ello, disponga su libertad inmediata.”¹⁷⁴

3.3 La improcedencia por existencia de otro medio judicial incluso como mecanismo transitorio

Desde 2002, la jurisprudencia constitucional en la materia ha sido reiterativa. Si bien se presentan algunas excepciones, la Corte Constitucional

173 C. Const, T-1315/2001, J. Córdoba.

174 Ídem.

básicamente ha reiterado la premisa de que la tutela no puede desplazar los medios judiciales idóneos ni ser entendida como una tercera instancia para controvertir decisiones penales que supongan restricciones legítimas a la libertad.

Ejemplo de ello es la sentencia T-223 de 2002, a través de la cual la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había sido oído en indagatoria sin presencia de un abogado y que buscaba la protección de sus derechos al debido proceso y a una defensa técnica. La Corte negó la procedencia de la tutela y advirtió que existían medios judiciales más idóneos para proteger tales derechos. Según ésta “la inexistencia de la diligencia de indagatoria, o la eventual nulidad por violación del derecho a la defensa técnica, como aspecto particular del debido proceso, eran asuntos que el actor podía plantear al interior del proceso penal, en el que la ley adjetiva que lo rige consagra los recursos de reposición y apelación para impugnar las decisiones que adopte el funcionario judicial. De otra parte, si el accionante consideró que se encontraba ilegalmente privado de su libertad, no era la acción de tutela el mecanismo al cual podía acudir para obtener la protección de su derecho fundamental a la libertad personal, pues como lo ha sostenido y reiterado la Corte Constitucional, la tutela no procede cuando el presunto afectado por la actuación de las autoridades cuenta con el *habeas corpus* para la defensa de sus derechos.”¹⁷⁵

Similarmente en la sentencia T-839 de 2002, la Corte reiteró que el juez constitucional no puede inmiscuirse en la órbita del juez ordinario. En esa ocasión la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había sido condenado por un juez sin rostro a 33 años de prisión por el delito de secuestro extorsivo agravado, sin derecho a subrogados penales de condena de ejecución condicional, libertad condicional, ni subrogados administrativos. El accionante, habiendo interpuesto también el recurso de casación y sin que éste se hubiera resuelto, interpuso acción de tutela para proteger sus derechos a la vida, al debido proceso y a la libertad por considerar que la medida de aseguramiento había superado los límites de lo razonable, ya que llevaba más de 4 años privado de la libertad sin que se hubiera definido su situación. Sus argumentos giraban en torno a que el proceso en su contra se siguió ante un juez sin rostro y con pruebas principalmente recolectadas por una división de inteligencia del Ejército.

175 C. Const, T-223/2002, C. Vargas.

No obstante la gravedad del asunto la Corte negó la procedencia de la tutela, advirtiendo que “es claro que quien debe examinar si la restricción de la libertad cumple con las garantías constitucionales y con los supuestos legales que la permiten es el juez del proceso, y también lo es que la Carta Política dispuso que el recurso de *habeas corpus* se utilice con tal fin. Salvo que el juez de la causa no resuelva la petición o que al resolverla se aparte de los principios constitucionales que informan el derecho a la libertad personal, porque en estos casos se puede invocar la intervención del Juez de Tutela.”¹⁷⁶ Es de anotar que en este caso las circunstancias de procedibilidad de la tutela para la protección de la libertad son esbozadas de manera mucho más amplia. “Apartarse de los principios que informan el derecho a la libertad” parecería un criterio menos exigente que la configuración de una vía de hecho, por ejemplo.

Sin embargo, tal vez el avance jurisprudencial más importante de este período se encuentra en la determinación de la improcedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable frente al derecho a la libertad. En la sentencia T-054 de 2003 la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano que había sido acusado del delito de peculado por apropiación, luego de ser capturado en EEUU y extraditado a Colombia. El accionante había solicitado la libertad provisional alegando el inminente vencimiento del término de seis meses de privación efectiva de la libertad, pero el juzgado negó la solicitud aduciendo que los términos se debían contar desde el momento en el que el accionante estuvo a disposición del despacho y no a partir de su captura por autoridad extranjera. Ante esta situación el accionante instauró acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, contra las providencias judiciales mediante las cuales se le negó el derecho a la libertad provisional. El accionante consideró que tales providencias vulneraban sus derechos fundamentales a la libertad personal y al debido proceso y constituían vías de hecho.

La Corte negó la procedencia de la tutela respondiendo uno a uno los argumentos del accionante. En primer lugar señaló que la tutela no procedía como mecanismo transitorio en estos casos porque “el *habeas corpus* es un medio idóneo y efectivo para proteger la libertad personal, e incluso resulta ser aún más expedito que la acción de tutela, pues el término para decidir es mucho más corto.”¹⁷⁷ En segundo lugar la Corte concluyó que no se configuraba una vía de

176 C. Const, T-839/2002, A. Tafur.

177 C. Const T-054/2003, A. Tafur.

hecho puesto que “las decisiones acusadas se enmarcan dentro de la autonomía funcional de los jueces que las profirieron y se adoptaron con base en interpretaciones razonadas y razonables tanto de las circunstancias de hecho, como de las normas aplicables al caso concreto.”¹⁷⁸ Se trata entonces de una sentencia que si bien reitera el precedente en materia de vías de hecho, restringe la aplicación de la tutela como mecanismo transitorio para estos casos.

El mismo caso fue vuelto a revisar por la Corte poco después en la sentencia T-1043 de 2003, porque luego de más de seis meses de detención, la audiencia de acusación del accionante no se había llevada a efecto. Esta vez la acción de tutela fue interpuesta en contra de las nuevas decisiones judiciales que le negaban la solicitud de libertad condicional. La Corte consideró que la tutela debía proceder, porque “a medida que pasa el tiempo y no se reinicia la audiencia, la demora que era explicable se ha convertido en una dilación irrazonable, que conlleva la violación al debido proceso.”¹⁷⁹ En esta ocasión el argumento fue la violación de un derecho diferente a la libertad y la Corte aclaró que no podía solicitarse que el juez de tutela ordenara la libertad. Así, la Corte señaló que concedía “la tutela por haberse afectado el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso”, pero “no es procedente en lo concerniente a la petición de libertad provisional.”¹⁸⁰

Sin embargo, en 2004 la Corte dio un giro radical –y absolutamente excepcional– llegando a ordenar de manera directa la concesión de la libertad en sede de revisión de tutela. En la sentencia T-1081 de 2004 la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había sido capturado por los delitos de hurto de combustible en grado de tentativa, concierto para delinquir y cohecho. El accionante instauró acción de *habeas corpus*, puesto que se habían vencido los términos sin que se le resolviera la situación jurídica. No obstante, el mismo día en que instauró el recurso, la Fiscalía ordenó la detención preventiva y el juzgado le negó el *habeas corpus*. El accionante apeló dicha decisión y el Tribunal confirmó la decisión de instancia. En vista de lo anterior, el accionante interpuso acción de tutela por violación al debido proceso. Tanto el Tribunal como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideraron que la tutela no era procedente.

178 Ídem.

179 C. Const, T-1043/2003, M. Monroy.

180 Ídem.

La Corte consideró que tales decisiones constituían vías de hecho, ya que “no existe duda alguna de que para el momento en que el accionante formuló la solicitud de *habeas corpus* se encontraba vencido el término para resolver la situación jurídica.”¹⁸¹ Según la Corte, tal situación generó una vulneración del derecho al debido proceso. Esta conclusión no supone un cambio jurisprudencial, tan sólo una decisión producida por una diferencia fáctica: la existencia como tal de una vía de hecho. Lo que sí supone un cambio jurisprudencial considerable es que la Corte ordenó la protección directa del derecho a la libertad. Según la sentencia, la Corte decidió conceder “el amparo del derecho al debido proceso ordenando la libertad inmediata del accionante.”¹⁸²

Sin embargo, no existen razones para concluir que la jurisprudencia de la Corte haya variado significativamente. Se trata en realidad, hasta el momento, de un caso aislado. Los dos últimos casos de revisión de tutelas para la protección de la libertad se encuentran en el año 2006 y en ambos la Corte reiteró el carácter subsidiario de la tutela y la existencia del *habeas corpus* como el medio judicial idóneo.

En la sentencia T-693, la Corte revisó una tutela interpuesta por un ciudadano al que le habían dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, sin conceder el beneficio de libertad provisional por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por realizarse sobre una persona menor de doce años. Frente a esta decisión el accionante interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, así como la acción de *habeas corpus* y todos fueron resueltos negativamente. Ante esto, el accionante interpuso acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, la libertad personal y la igualdad ante la ley, ya que consideró que no era procedente dictar una medida privativa de la libertad en su contra, debido a que el delito por el que era investigado conllevaba una pena mínima de cuatro años de prisión. La Corte negó la tutela señalando que “el artículo 6º, numeral 2º del decreto 2591 de 1991, establece la improcedencia de la acción de tutela cuando para proteger el derecho se pueda invocar el *habeas corpus*, hipótesis predicable en el caso sub judice donde, más aún, dicha acción fue tramitada, estudiada y decidida en doble instancia.”¹⁸³

181 C. Const. T-1081/2004, J. Araujo.

182 Ídem.

183 C. Const. T-693/2006, J. Araujo.

Igualmente en la sentencia T-724 de 2006, la Corte revisó la tutela interpuesta por un ciudadano que había sido capturado por el delito de rebelión por miembros del Ejército en virtud de órdenes de captura expedidas en su contra por fiscales de la Estructura de Apoyo Judicial de la Brigada XVIII del Ejército Nacional. Pasados siete meses desde la terminación de la audiencia de juzgamiento, los accionantes solicitaron su libertad provisional, la cual fue negada por la Juez de conocimiento. Ante esta decisión y el vencimiento del término para proferir el fallo, los accionantes interpusieron acción de *habeas corpus*. El juez declaró improcedente el recurso por tratarse de personas sindicadas, afectadas con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, caso en el cual la petición debía invocarse dentro del proceso en el cual estaba vigente tal medida. Los accionantes interpusieron acción de tutela por considerar vulnerado su derecho al *habeas corpus* y manifestaron que las decisiones que resolvieron el recurso de *habeas corpus* habían incurrido en vías de hecho.

La Corte consideró que la tutela era improcedente porque al momento estaban pendientes las decisiones de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de los demandantes contra las providencias que denegaron las solicitudes de libertad provisional y de detención domiciliaria. Según ésta, esos eran "los mecanismos idóneos para resolver esas solicitudes dentro del proceso penal."¹⁸⁴

184 C. Const. T-724/2006, A. Tafur.

4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia constitucional en materia de procedibilidad de la tutela para proteger el derecho a la libertad no se caracteriza por ser especialmente ordenada. Las sentencias sobre el tema no guardan una disciplina de citar los precedentes en la materia y por lo tanto la línea no está construida sobre la base de unas pocas sentencias hito que contengan las principales sub-reglas, sino sobre la acumulación de diferentes consideraciones a lo largo de la línea. Sin embargo, la excepcionalidad del mecanismo de tutela para proteger la libertad permite identificar con relativa facilidad las principales reglas frente al tema.

En primer lugar es necesario resumir las circunstancias en las cuales procede el recurso de *habeas corpus*, porque sólo cuando éste no proceda o sea ineficaz, podrá impetrarse la acción de tutela. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional el *habeas corpus* procede cuando la vulneración de la libertad se produzca por: i) una orden arbitraria de autoridad no judicial, o cuando existiendo una providencia judicial que ampare la limitación de la libertad; ii) Se hayan vencido los términos legales respectivos; iii) Se prolongue de manera ilegal la restricción de la libertad; iv) El funcionario judicial omita o dilate las solicitudes de libertad que se hagan dentro del proceso; o v) La providencia que ordene la restricción de la libertad configure una vía de hecho.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Corte ha señalado que la acción de tutela, en el marco de las reglas propias de la subsidiaridad, procedería en los siguientes casos: i) Cuando no se pueda impetrar el *habeas corpus*; ii) Cuando los medios de defensa específicamente diseñados para proteger la libertad resulten inefectivos; iii) Cuando se presente la inejecución de una decisión judicial que conceda el recurso de *habeas corpus*; iv) Cuando el desconocimiento de los términos legales o la prolongación ilícita de la libertad genere una violación al debido proceso; v) Cuando el juez no resuelva o no resuelva oportunamente el recurso de *habeas corpus* vulnerando los derechos al debido proceso, de petición y de acceso a la administración de justicia; vi) Cuando habiéndose impuesto pena de prisión mediante sentencia ejecutoriada y en firme, no se resuelvan oportunamente las solicitudes de libertad, vulnerando los derechos debido proceso, de petición y de acceso a la

administración de justicia; vii) Cuando las decisiones judiciales que resuelvan el recurso de *habeas corpus* se constituyan en vías de hecho; u viii) Cuando el juez que resuelva el *habeas corpus* se aparte de los principios constitucionales que informan el derecho a la libertad personal. Si bien la Corte Constitucional no ha sistematizado su jurisprudencia en la materia, estos ocho puntos resumen las reglas que ha establecido la Corte desde 1992 en la materia.

Quizás el principal punto de discusión de doctrina se centrará en establecer cuándo una vía de hecho permite la protección de la libertad a través de la acción de tutela de manera directa y cuándo deberá ser controvertida primero a través del *habeas corpus*. En principio se podría concluir que siempre resulta necesario agotar primero el *habeas corpus* y sólo recurrir a la tutela cuando ello ya no sea posible, pero será la Corte la que tendrá que pronunciarse en la materia.

Ante todo este es un tema que refleja como casi ningún otro las disputas de poder entre las Altas Cortes. De la procedencia o no de la tutela contra sentencias depende la determinación de cuál es la Corte de cierre del ordenamiento jurídico colombiano. Si bien lo que está en disputa es la determinación del precedente en materia constitucional, líneas como ésta demuestran que las tutelas contra sentencias invitan a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre diversas materias, en este caso, sobre temas muy particulares de derecho procesal penal. Sin embargo, los resultados de este análisis parecen sugerir que si bien la Corte Constitucional ha sido muy activista en defender la tesis de la tutela contra sentencias cuando se producen vías de hecho, su impacto real en materia de la protección del derecho a la libertad ha sido muy limitado. Una hipótesis posible es que la Corte Constitucional parecería haber escogido el posicionamiento de la tutela contra sentencias, por sobre la tutelabilidad de la protección de la libertad en casos particulares.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES: ¿ILÍCITO POR QUÉ?

La línea jurisprudencial que se presenta en este capítulo desarrolla el tema trabajado en proyectos de investigación realizados por: Marcela Patricia Arizmendi Correa, Mónica del Carmen Castañeda Hernández, Noel Ricardo Cortes Bernal, Sandra Catalina Medina Sánchez, Germán Leonardo Ruíz Sánchez.

1. ¿ES EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO UN DELITO AUTÓNOMO?

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en Colombia el delito de enriquecimiento ilícito tiene carácter constitucional, está consagrado de manera expresa en el artículo 34 de la Constitución Política de 1991. Que el constituyente primario le haya otorgado este nivel en el año 1991 se explica fácilmente si se tiene en cuenta que durante la segunda parte de los años 80 y principios de los 90, el narcotráfico estaba en su máximo auge en nuestro país. Los grandes carteles de la mafia del narcotráfico como el “cartel de Medellín” o el “cartel de Cali” eran por esos años organizaciones criminales muy fuertes y todas sus actividades tuvieron consecuencias visibles en la economía del país y en la sociedad misma. Muchos sectores y muchos particulares se vieron directa o indirectamente beneficiados con el dinero que entró como parte del tráfico ilegal de narcóticos. Durante los años mencionados el dinero del narcotráfico permeó todos los niveles y esferas de la sociedad y las consecuencias fueron evidentes a nivel económico por la inflación que generó. La corrupción aumentó a niveles inimaginables y la sociedad en general desarrolló una cómoda tolerancia a este tipo de actividades ilícitas. Adicionalmente, el país padecía las consecuencias de actividades criminales como el secuestro o la extorsión, que mientras ocasionaban el sufrimiento de muchos lograban el beneficio económico de otros.

Si bien la conducta de enriquecimiento ilícito o incremento patrimonial no justificado ya estaba penalizada desde antes, el constituyente primario le dio un papel primordial. La razón según la Corte Constitucional, es que se trataba de un delito que atentaba contra un bien jurídico muy importante para la sociedad, la moral social. La Corte Constitucional explicó en su momento que “[d]esde el punto de vista del derecho comparado, pareciera exótico el que una Constitución se ocupe específicamente de un determinado delito, como lo hace en este caso la de Colombia con el enriquecimiento ilícito. Pero no debe olvidarse que las constituciones-y en general cualquier norma-, deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos.”¹⁸⁵

Inicialmente el artículo 1 del Decreto 1985 de Estado de Sitio¹⁸⁶, que fue declarado constitucional en 1989 por la Corte Suprema establecía “[e]l que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.”

Posteriormente, el artículo 34 de la Constitución Política de 1991 estableció que “[s]e prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación” pero que “[n]o obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.” Para la Corte Constitucional “[e]n el caso colombiano, lo que llevó al Constituyente de 1991 a darle fundamento constitucional al delito de enriquecimiento ilícito fue el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas, y que ha

¹⁸⁵ C.Const, C-319/1996, V.Naranjo.

¹⁸⁶ El Decreto se profirió como parte de las facultades excepcionales de Estado de Sitio de 1984. Decreto No.1038 de 1984, *pero fue posteriormente declarado constitucional por la Corte Suprema como el artículo no. 1 del Decreto 1985, el 3 de octubre de 1989*. Vale la pena mencionar que entre los motivos que sustentaron la declaratoria de Estado de Sitio en 1984, se alegó que se encontraba turbado el orden público y que era necesario restablecerlo, pero adicionalmente que la acción de grupos y organizaciones vinculadas al narcotráfico habían producido el incremento patrimonial de diferentes personas y que “*en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público (...)*”.

adquirido dimensiones verdaderamente alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfrenada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares. En ambos casos, ha sido evidente la incidencia funesta del narcotráfico y su enorme poder corruptor, que ha penetrado de manera ostensible en casi todas las esferas de la sociedad colombiana.¹⁸⁷

Por su parte el Código Penal actual (Ley 599 de 2000) establece en el artículo 327 sobre el enriquecimiento ilícito de particulares que “[e] que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Es claro entonces que la conducta de enriquecerse o tener un incremento patrimonial injustificado está consagrada como un delito en la ley penal, pero tiene además alcance constitucional. Es precisamente de ese alcance constitucional de donde surge un problema jurídico por los términos en los que está establecida la conducta. El problema aparece al momento de analizar en qué consiste la conducta, cuáles son sus elementos y dónde está la carga de la prueba. Si bien la ley y la Constitución reprochan el enriquecimiento ilícito, señalan en todos los casos que incurre en la conducta quien obtenga incremento patrimonial no justificado, “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”. Esta disposición que como se verá fue demandada en su momento por violar presuntamente el debido proceso al ser extremadamente abierta, pone en duda si el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo o derivado.

La ley reprocha el simple hecho del incremento patrimonial injustificado pero adicionalmente establece que éste debe ser derivado de una u otra forma de una actividad delictiva. Si no fuera un tipo derivado y no se requiriera otra conducta delictiva, entonces el único argumento para que se configure el enriquecimiento sería que el incremento patrimonial fuera “injustificado”. La carga de la prueba para demostrar que un incremento patrimonial no es justificado estaría en el sindicado y ello podría terminar por afectar

187 Ídem.

la presunción de inocencia. De otra parte, si el enriquecimiento ilícito tiene como condición la existencia de un delito previo el problema es si ello implica una condena o una investigación abierta por una actividad ilícita. La pregunta es entonces si el enriquecimiento ilícito, tal como está consagrado en la Constitución y en la Ley es un delito autónomo y en caso contrario, qué elementos se deben cumplir en relación con una conducta anterior para proceder a su judicialización y condena.

La línea jurisprudencial que surge a partir de este problema jurídico es interesante no sólo por el tema que resuelve y la problemática que refleja en relación con la criminalidad y su relación con la sociedad en Colombia. Lo es adicionalmente por el ejercicio que hace la Corte Constitucional en sus distintas sentencias de retomar, reinterpretar y corregir falsas interpretaciones frente a fallos anteriores. En particular este problema jurídico dio pie para un avance importante de la Corte Constitucional en materia de doctrina constitucional y se convirtió en una clara referencia para jurisprudencia posterior de diferenciación entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* en una sentencia.

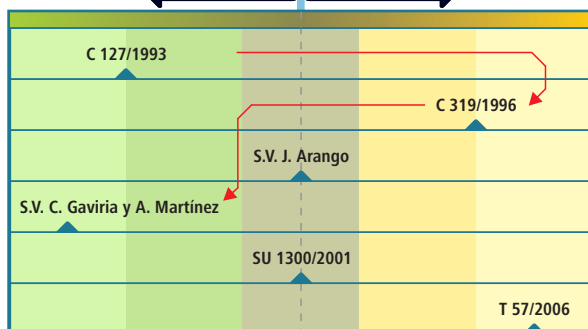
Los fallos más importantes relacionados con este problema jurídico se produjeron entre 1996 y 2006. Constituyen cuatro fallos de la Corte Constitucional que analizan detenidamente los presupuestos de este delito que para el momento respondía a una coyuntura en la que se buscaba combatir el tráfico de estupefacientes por parte de mafias y carteles de la droga. Como se verá, los casos que se estudian reflejan un triste uso del derecho para el interés particular de mafias y actividades ilícitas, reduciendo argumentos como la posible violación del debido proceso a artimañas legales para el beneficio propio de los delincuentes. Si bien para la fecha la realidad de la violencia y la corrupción tiene otros actores, la jurisprudencia que se estudia sigue siendo igualmente aplicable.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es el enriquecimiento ilícito, tal como está consagrado en la Constitución y en la Ley, un delito autónomo?

TESIS A

No, es derivado de una u otra manera de una actividad delictiva probada en una sentencia judicial.



TESIS B

Si, aún cuando se deriva de otras conductas puede ser probado de otras maneras o al menos no requiere una sentencia judicial para probar la actividad delictiva de la que ese deriva.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 El enriquecimiento como delito derivado

En el año 1993, mediante la sentencia C-127¹⁸⁸ la Corte analizó por primera vez el tema con detalle. En esta sentencia la Corte revisó una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2266 de 1991, por medio del cual adquirieron el carácter de normas permanentes varias de las disposiciones de los Decretos de excepción que habían sido proferidos desde 1986 hasta 1991. Entre las normas incorporadas se encontraban varias normas penales proferidas bajo el nombre de “Estatuto para la Defensa de la Democracia”. Éste contenía, entre otros, tipos penales de terrorismo, instigación o constreñimiento, homicidio con fines terroristas y el delito de enriquecimiento ilícito. Se alegaba que las disposiciones demandadas contenían tipos penales abiertos, abstractos, ambiguos e indeterminados y que por ende se producía una violación a: i) el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*; ii) el principio de igualdad ante la ley; y iii) los elementos estructurales de regulación del Estado de Sitio.

En particular en relación con el enriquecimiento ilícito la Corte analizó si la disposición que decía “derivados de una u otra forma” era abierta y si como se alegaba, violatoria de la Constitución. En su análisis sobre el artículo 1 del Decreto 1895 de 1989, la Corte concluyó que la “(...) expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”¹⁸⁹ Finalmente la Corte concluyó que el artículo era constitucional, en tanto era acorde a las disposiciones constitucionales relacionadas con la extinción de dominio de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, la función social de la propiedad y el principio de buena fe.

188 C.Const, C-127/1993, A. Martínez.

189 Ídem.

3.2 El enriquecimiento como delito autónomo

En 1996 la Corte profirió uno de los fallos más importantes sobre el tema. Mediante la sentencia C-319¹⁹⁰ la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 148 del Código Penal (incremento patrimonial no justificado de empleado judicial) y 1° del Decreto ley 1895 de 1989 mencionado previamente. Para el demandante la aseveración “no justificada” era violatoria del debido proceso en la medida en que a su juicio ésta trasladaba la carga de la prueba al sindicado, a quien no debía corresponderle probar nada. El sindicado se veía entonces en la obligación de justificar el origen de todos y cada uno de los bienes que poseyera.

Si bien la Corte se había referido al mismo tema en 1993, según ésta la sentencia anterior no constituía cosa juzgada puesto que: i) “aunque la redacción de la norma es idéntica a aquella que fue objeto de la sentencia C-127/93, las normas son diferentes ‘en razón a las fuentes formales de validez’¹⁹¹ y ii) “el artículo demandado aún está produciendo efectos en forma autónoma.”¹⁹² Para la Corte, el hecho de que el enriquecimiento se mencionara de manera expresa en la Constitución, implicó que el constituyente quisiera darle una especial protección a la moral social como bien jurídico contra el que atenta esta conducta.

En el análisis de la Corte el tipo penal de enriquecimiento ilícito de un particular se desprende del tipo que consagra el enriquecimiento ilícito de un servidor público y tiene las siguientes características: i) sujeto activo indeterminado; y ii) el enriquecimiento debe estar condicionado a que éste sea injustificado y adicionalmente, a que provenga de “actividades delictivas”. No obstante, la Corte agregó un tercer elemento importante que sería determinante para esta línea jurisprudencial, al señalar que “se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico.”¹⁹³

Así las cosas, esta sentencia produjo un giro jurisprudencial importante en el tema. Mientras que en 1993 la Corte en un pronunciamiento muy corto

190 C.Const, C-319/1996, V.Naranjo.

191 Ídem

192 Ídem.

193 Ídem.

estableció que en la medida en que el enriquecimiento ilícito debe derivarse de una u otra manera de conductas delictivas, debe contarse con pronunciamientos judiciales sobre esas conductas so pena de violar el debido proceso; en esta ocasión la Corte aclaró que el enriquecimiento ilícito es un delito autónomo. Es decir, puede adecuarse de forma directa y no implica recurrir a otro tipo penal.

Sin embargo, tal como se mencionó al principio de esta línea, establecer que el enriquecimiento es un delito autónomo puede implicar una violación al debido proceso. Si no se requiere probar la conexión como delito derivado de otra conducta delictiva debidamente reconocida como tal por un juez, la ocurrencia de la conducta típica del enriquecimiento se reduce a probar que un determinado incremento patrimonial no fue debidamente justificado. En esa medida, podría violarse la presunción de inocencia contra el sindicado, en quien recaería siempre la carga de la prueba frente al presunto incremento patrimonial no justificado.

Para la Corte, la aclaración que se hace en relación con que el incremento patrimonial sea o no justificado no invierte de modo alguno la carga de la prueba que sigue estando en cabeza del Estado, quien es el encargado de probar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del delito. Que el sindicado proceda a su defensa y justifique la procedencia de sus bienes es un ejercicio natural del derecho de defensa característico del debido proceso. Según la Corte “[n]o debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley (Arts. 40., 60 y 95 de la C.P.)”¹⁹⁴ Adicionalmente, la Corte recordó que es una obligación de los particulares demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de estos mediante el mecanismo tributario de la declaración de renta. Según ésta el fundamento de ello no es sólo tributario sino adicionalmente es una medida para que el Estado tenga control y pueda verificar la licitud de la conducta. Es precisamente a partir de ahí que el Estado puede proceder a hacer ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, porque encuentra que un enriquecimiento es injustificado y desproporcionado. De otra parte, la Corte recordó

194 Ídem.

que como parte del proceso penal el comportamiento asumido por el sindicado tiene cierto peso, aunado a suficientes elementos probatorios.

Ahora bien, la Corte estableció que se trata de un delito autónomo pero estudió con detalle las implicaciones que tiene que el tipo penal hable de “actividades delictivas”, a lo que denominó un “ingrediente especial del tipo de orden normativo”. Un ingrediente normativo es aquel que sin ser propiamente un elemento del tipo penal, califica el sujeto activo o pasivo, o al objeto material de la conducta precisando su alcance y contenido. Así, para la Corte, que deba ser “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas” es un ingrediente normativo que en ningún momento “(…) debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito.”¹⁹⁵ Así mismo la Corte consideró que “[n]o fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito.”¹⁹⁶ Esta conclusión supone que la existencia de una actividad ilícita fuente, deba ser determinada por el juez frente a cada caso y que no sea posible hacer una interpretación que exija como regla general que un sujeto haya sido condenado previamente por la comisión de otra conducta.

La Corte justificó su posición advirtiendo que de ser necesario probar judicialmente las actividades delictivas en el proceso penal con sentencia en firme, se llegaría “al absurdo de considerar legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber tenido origen en la actividad delictiva de otra en cuyo favor se hubiere declarado la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por haberse probado una causal de inculpabilidad.”¹⁹⁷ Y “(…) sólo se podría procesar por enriquecimiento ilícito a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, perdiendo también eficacia jurídica figuras como la confesión o la captura en flagrancia, e impidiendo siquiera iniciar una simple investigación penal por enriquecimiento ilícito.”¹⁹⁸

195 Ídem.

196 Ídem.

197 Ídem.

198 Ídem.

Para la Corte esto generaría impunidad, descomposición social y desestabilización institucional, y es precisamente por ello que la conducta de enriquecimiento ilícito es especial y está consagrada en la Constitución Política. Según la Corte este tipo de actividades delictivas corroen la moral social. Es a partir de esa inclusión constitucional que la Corte concluye que a la hora de analizar la conducta ello debe hacerse de manera independiente y autónoma por parte del juez que conoce el enriquecimiento ilícito y no el que está conociendo otro caso.

Así, la Corte llega a la conclusión de que "(...) el delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal ni a otro ordenamiento jurídico, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional-la moral pública-y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo."¹⁹⁹ La ilicitud del comportamiento en el enriquecimiento ilícito de particulares proviene entonces de la conducta misma del sindicado de este delito y no de la condena concreta que por otro delito se les haya impuesto a terceras personas.

Finalmente, la Corte se pronuncia sobre la sentencia C-127 de 1993 y las distintas interpretaciones que se venían haciendo de la misma. La Corte establece que lo que parecería un giro jurisprudencial o una variación de la doctrina constitucional era en realidad una "mera corrección de la opinión incidental [de] la parte motiva."²⁰⁰ Para llegar a esta conclusión, la Corte distingue la parte meramente motiva de la sentencia de la *ratio decidendi* y aclara que decisiones anteriores en otro sentido no eran vinculantes porque no estaban ligadas directamente a la decisión de inexecutable. De cualquier modo esta sentencia genera un cambio jurisprudencial (tal como se observa en la gráfica de esta línea) en el que lo que ahora se consideraría un delito autónomo, antes requería sentencia judicial por otra actividad delictiva. Sin embargo, la decisión no fue pacífica y tres Magistrados salvaron el voto.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem

En primer lugar el Magistrado Jorge Arango Mejía consideró que el delito de enriquecimiento ilícito no es autónomo y que contrario a ello requiere en principio de sentencia previa en donde se compruebe que se cometió el delito de donde proviene la riqueza indebidamente adquirida. Según él "(...) es evidente que existen casos en los cuales puede configurarse el delito de enriquecimiento ilícito, sin la existencia de la sentencia previa."²⁰¹ Sin embargo ello se presenta únicamente cuando se reúnen unas condiciones específicas²⁰² que hacen referencia en general a la demostración plena del hecho del enriquecimiento patrimonial no justificado: por ser éste un hecho notorio, por el conocimiento que pudiere tener la persona del origen de los bienes, o por el uso de testaferros como intermediarios. Aclara eso sí que en ninguno de estos casos se puede vulnerar de modo alguno la presunción de inocencia mediante la inversión de la carga de la prueba. Y finalmente, rechaza fuertemente la introducción de la moral como un elemento de derecho. Contrario a ello menciona que esta teoría confunde moral con derecho y que como consecuencia de ello pueden llegar a consagrarse delitos en forma indeterminada.

Así el Magistrado Arango no compartió la tesis de que el enriquecimiento ilícito sea un delito autónomo. Al problema jurídico planteado el Magistrado contesta que considera que "es contrario al debido proceso el considerar el enriquecimiento ilícito de particulares como delito autónomo, sin exigir la prueba de la existencia del otro delito del cual proviene la riqueza indebidamente adquirida. La propia definición del delito, por ejemplo, es parte del debido proceso. Por eso, consagrar delitos mediante fórmulas indefinidas y confusas, que dejan mucho campo al arbitrio del juez,

201 C.Const, C-319/1996, SV. J. Arango.

202 Ídem. "10. Que el delito, es decir la existencia del hecho delictivo en sí, sea un hecho público y notorio, que no necesita demostración en el proceso. 20. Que esté plenamente demostrado el aumento patrimonial no justificado, pues éste no se presume legalmente. 30. Que esté plenamente demostrada en el proceso la relación entre el delito que se califica como hecho notorio y público, y los bienes cuya adquisición es elemento del delito. Vale decir, que esté plenamente comprobado que los bienes provienen de un determinado delito. 40. Que esté plenamente probado en el proceso que la persona a quien se acusa de haberse enriquecido ilícitamente, conocía el origen de los bienes, es decir, que éstos se derivaban precisamente de un delito. Tal conocimiento tiene que haber sido anterior a la adquisición de los bienes, que origina el enriquecimiento ilícito. 50. Si la adquisición de los bienes que constituye el enriquecimiento ilícito, se hace por intermedio de uno o más testaferros, es condición indispensable que esté plenamente probada esta circunstancia, lo mismo que su conocimiento por el sindicado de enriquecimiento, conocimiento previo a la adquisición de los bienes."

es contrario al debido proceso, y crea las condiciones para la aparición de cazadores de brujas, en especial en sociedades atemorizadas.”²⁰³

De otra parte los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero salvaron su voto frente a lo que consideraron una interpretación errónea del artículo 34 de la Carta Política. Según ellos si bien el artículo 34 consagra en efecto el enriquecimiento ilícito “(...) el error interpretativo reside en la falsa idealización de la ‘moral social’ a la cual alude la disposición; y más aún, el error se concreta en la conversión automática que de esa ‘moral social’ se hace, en cuanto bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito: de la Constitución Política al derecho penal, en una deducción automática.”²⁰⁴

Según ellos la moral social no constituye un bien jurídico tutelado y por el contrario es utilizado por la Corte como un recurso *ad hoc* para presentar al enriquecimiento como un delito autónomo. Para los Magistrados está claro que el Estado puede penalizar el enriquecimiento ilícito y que corresponde al legislador definir el alcance o contenido de la conducta, pero de ahí no se desprende que la interpretación correcta del artículo 34 de la Constitución Política esté directamente asociada al valor de la moral social. Pa estos Magistrados la respuesta a la pregunta que se formula en el problema jurídico es que el de enriquecimiento ilícito no es un delito autónomo, que ello no se desprende ni se justifica por su rango constitucional, y finalmente, que una apreciación tal llevaría probablemente a la vulneración del debido proceso.

3.3 La relativización del requisito de la sentencia previa

El tema se retomó nuevamente en el año 2001²⁰⁵, cuando mediante la sentencia unificadora 1300 la Corte Constitucional hizo un recuento importante de la jurisprudencia sobre el tema. La Corte retomó sentencias anteriores y reevaluó el alcance de sus decisiones, así como la interpretación que corresponde hacer de cada una de ellas. El caso que la Corte estudió en esta sentencia refleja de manera clara la problemática que se oculta tras el delito de enriquecimiento ilícito, cómo se ha presentado éste fenómeno en nuestro país y cómo se ve afectado por el marco jurídico con el que cuenta.

203 Ídem.

204 C.Const, C-319 de 1996, SV.A. Martínez y C. Gaviria.

205 C.Const, SU-1300 de 2001, M.G. Monroy.

Se trata de una tutela contra una sentencia de la Corte Suprema de Justicia interpuesta por un ciudadano que sostenía que la investigación penal que se siguió en su contra y por la que fue condenado (enriquecimiento ilícito), no estaba tipificada en la ley para el momento de la ocurrencia de los hechos. Según el accionante se le juzgó por una ley que no era preexistente. Fue condenado por haber recibido 23 cheques girados por “empresas fachada” del entonces llamado Cartel de Cali entre los años 1991 y 1995. En este proceso que tuvo dos instancias y pasó luego a la Corte Constitucional, todos los jueces coincidieron en que las pruebas indicaban de manera fehaciente el enriquecimiento proveniente de un reconocido narcotraficante y por ende de actividades ilícitas. Coincidieron además en que se trataba de un caso de abuso del derecho porque quien reclamaba la violación del debido proceso por haber sido juzgado bajo una conducta atípica, al mismo tiempo había tenido sentencia anticipada por aceptación de cargos con anterioridad a la apelación.

En su sentencia la Corte analizó, entre otras cosas, si en efecto se trataba en general de un delito derivado, tal como se alegaba, y si la interpretación dada por la Corte en ocasiones anteriores llevaba a la conclusión de que para el momento en que ocurrieron los hechos se trataba de un delito derivado, como se alegaba en la acción de tutela. El análisis de la Corte arrojó varias conclusiones importantes: i) Que la interpretación que se alega de la sentencia C-127 de 1993 no es correcta, ya que el delito fuente no debe estar judicialmente declarado; y ii) que si bien se trata de un delito derivado, ello no implica que se deba contar con una sentencia condenatoria para efectos de iniciar una investigación.

Para la Corte, la sentencia de 1993 tenía únicamente un párrafo que hacía referencia al enriquecimiento ilícito y es aquél en el que se establece que las actividades deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso, ni el artículo 248 de la Constitución. Adicionalmente, en la mencionada sentencia no se hizo referencia alguna al “(...) momento en que debía proferirse la sentencia condenatoria del delito fuente para que se configurara el delito de enriquecimiento ilícito.”²⁰⁶ Así, para la Corte es cierto que el desarrollo jurisprudencial permite concluir que el tipo penal exige que la conducta se derive de actividades ilícitas, mas no es cierto que ello

206 Ídem.

implique que el delito deba estar judicialmente declarado en el momento en que ocurrieron los hechos (al momento de recibir el bien, dinero o servicios que constituyen el incremento patrimonial no justificado), o aún más para el momento en que se deba dar inicio a la investigación.

La Corte consideró entonces que "(...) la exigencia de la sentencia judicial condenatoria previa del delito del cual se deriva el enriquecimiento ilícito de particulares formulada en la sentencia de constitucionalidad de 1993, significaba que para la condena de una persona por este delito, se requiere la existencia de una sentencia previa en la que se determine la ocurrencia del delito del cual se deriva el enriquecimiento, y no que la sentencia previa deba existir al momento de la comisión de los hechos que dan lugar a la imputación del delito de enriquecimiento ilícito."²⁰⁷

La Corte concluyó que para el caso en estudio sí existió una condena previa contra reconocidos narcotraficantes del llamado "Cartel de Cali" de donde provenía el reconocimiento del condenado en cuestión, por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto especial para delinquir, enriquecimiento ilícito de particulares, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado. La Corte Constitucional negó el recurso de amparo y estableció que "[d]el análisis anterior resulta que en la sentencia condenatoria proferida contra el peticionario, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Nacional y avalada finalmente por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se violó el principio de legalidad."²⁰⁸

La Corte en esta sentencia respondió al problema jurídico analizando el tema desde un punto de vista más práctico. El delito no es autónomo y en efecto requiere de una sentencia condenatoria, pero ésta no debe estar en firme al momento en que ocurren los hechos ni para dar inicio a la investigación. De esta manera la Corte logró armonizar el mandato constitucional y legal de que el enriquecimiento ilícito se derive de una u otra manera de una conducta delictiva, y la obligación de evitar una violación al debido proceso que podría desprenderse de que la carga de demostrar que el incremento patrimonial es justificado quede en el investigado.

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ Ídem.

Posteriormente, en el año 2006 un ex candidato presidencial interpuso una acción de tutela en la que alegó que le fueron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, el acceso a la justicia, la honra y el buen nombre, como parte del proceso por enriquecimiento ilícito de particular que se siguió en su contra. En el caso, las distintas instancias judiciales encontraron debidamente probado a partir de un sinnúmero de pruebas documentales y testimoniales que quien interpuso la tutela recibió dinero a través de cheques girados a su nombre, recibidos a través de su esposa y provenientes de miembros del "cartel de Cali". Recursos que además fueron invertidos posteriormente en su campaña presidencial.

La Corte se pronunció a través de la sentencia de tutela T-57 de 2006²⁰⁹ haciendo un recuento de los fallos ya mencionados en esta línea sobre el problema jurídico y reiteró la posición planteada en la última jurisprudencia sobre el tema de 2001. Coincidió en afirmar al igual que lo hizo en el 2001 que ni la Ley ni la jurisprudencia anterior establecen en qué momento debe proferirse la sentencia condenatoria del delito fuente para que pueda considerarse que se configura el enriquecimiento ilícito. No obstante, fue mucho más práctica y desarrolló de alguna manera lo propuesto por el Magistrado Jorge Arango Mejía en la medida en que consideró que efectivamente el de enriquecimiento ilícito es un delito derivado en el que debe demostrarse la existencia de actividad delincencial previa de donde se deriva el enriquecimiento, pero aclarando que la existencia de una condena judicial no es el único mecanismo. Según la Corte "(...) puede afirmarse que si bien para proferir condena por el punible de enriquecimiento ilícito de particulares el carácter delictivo de las actividades deberá demostrarse, no por esto la configuración del tipo demanda de una sentencia condenatoria anterior a los hechos que así lo determine, basta que las pruebas debidamente aportadas al proceso persuadan al juzgador del incremento patrimonial injustificado y de su origen, con pleno respeto de las garantías constitucionales del imputado."²¹⁰

En este caso la Corte analizó detenidamente cada una de las pruebas allegadas al proceso y encontró suficientemente probado el enriquecimiento ilícito. Adicionalmente, la Corte encontró suficientemente probadas las conductas delictivas de donde se derivaba el enriquecimiento aún cuando

209 C.Const, T-056 de 2006, A. Tafur.

210 Ídem.

no mediara sentencia judicial en algunos casos y confirmó las sentencias en contra del mencionado ciudadano. La respuesta al problema jurídico fue clara: sí es un delito autónomo en la medida en que existen pruebas encaminadas directamente a demostrar la ocurrencia del mismo y de las cuales puede derivarse una condena judicial.

4. CONCLUSIONES

La línea jurisprudencial que se presenta en este capítulo permite observar en primer lugar un ejercicio coordinado y coherente de construcción de doctrina constitucional a partir del análisis de fallos anteriores, pero adicionalmente de la evolución en la interpretación de los conceptos. Es interesante ver cómo la Constitución Política introduce una conducta punible en términos relativamente abiertos y abstractos y la línea refleja el trabajo de más de una década de la Corte en su interpretación.

Más allá de si en efecto detrás de la inclusión de esta conducta como punible está el deseo de proteger un valor o un “bien jurídico” como la moral social, lo que es claro es que el enriquecimiento ilícito sí deteriora a la sociedad y alimenta la corrupción. Es innegable que frente a esta conducta y ante el sinnúmero de actividades delictivas que se cometen diariamente en nuestro país con intereses económicos, se requiere una política criminal clara. En efecto, reconocer esta conducta como autónoma, al menos en lo que se refiere al campo probatorio, es en sí mismo una política criminal. Basta para ello observar el uso perverso que los delincuentes buscan hacer de la hipótesis opuesta en la que se requiere una sentencia judicial para controvertir en términos legales circunstancias sociales que son tristemente hechos notorios. El tema que se estudia y la realidad que para entonces se veía en los años ochenta y noventa y que se sigue viendo hoy en muchas esferas en la sociedad, es una prueba de cómo el derecho aparece en muchos casos como respuesta a contextos sociales particulares. Esta línea muestra que la interpretación que se haga de esas herramientas jurídicas puede contribuir o no a que el derecho pueda ser un mecanismo de cambio social.

Finalmente, es importante recordar que el enriquecimiento ilícito tiene una particularidad que lo hace meritorio de una mayor atención por parte del juez. En esta conducta el sujeto pasivo es plural. Ya sea que se llame “moral social” o no, el enriquecimiento ilícito va en contra de los principios de propiedad y mercado que el constituyente colombiano ha escogido. Así, el enriquecimiento ilícito es ilícito no sólo por la actividad delictiva de la que se deriva, es ilícito también por sus consecuencias económicas.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: SENTENCIA ANTICIPADA VS. ACEPTACIÓN DE CARGOS

La línea jurisprudencial que se presenta en este capítulo desarrolla el tema trabajado en proyectos de investigación realizados por: Ruben Dario Hurtado Gironza, Damaris Henao Restrepo, Gabriel Gómez Bernal, Orlando Muñoz Neira, Herbert René Valverde Ortega, Iber James Moreno Hernández, Paulina de Jesús Fernández, Angely Amparo Maya Jurado, Luis Alejandro Moncayo, Leonel Díaz Mora y Giovanni Muñoz Suárez, concursantes de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

1. ENTRE LA REBAJA DE “HASTA LA MITAD” DE LA ACEPTACIÓN DE CARGOS Y EL DESCUENTO DE UN TERCIO DE LA SENTENCIA ANTICIPADA

En diciembre de 2002 el Congreso aprobó el Acto Legislativo 3 de 2002, por medio del cual se reformó la Constitución modificando las funciones de la Fiscalía General de la Nación y los órganos encargados de administrar justicia. Esta reforma abrió el camino para poner en práctica un sistema penal de corte acusatorio, por oposición al sistema mixto que se había implementado a partir de la Constitución de 1991 y del Código de Procedimiento Penal del 2000. Este proceso se completó con la expedición de la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal.

Con el fin de dar seguridad jurídica al proceso de transición, tanto en el acto legislativo como en la Ley 906 se incorporaron normas tendientes a garantizar que el nuevo proceso acusatorio sólo fuera aplicado a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Así, el artículo 5 del Acto Legislativo 3 de 2002 señaló que “rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. (...)” En desarrollo de esta disposición la Ley 906 de 2004 estableció en su artículo 6 que “[l]as disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad

a su vigencia” y estableció un mecanismo de implementación gradual en el artículo 350, señalando cuatro etapas de entrada en vigencia para los distintos distritos judiciales entre el 1 de enero de 2005 y el 1 de enero de 2008.

Desde la implementación de la primera etapa, sin embargo, se vienen presentando casos en los que los ciudadanos solicitan la aplicación de disposiciones de la Ley 906 a procesos cobijados por la Ley 600, alegando que los primeros les resultan más favorables. El principio de favorabilidad está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.” Esta norma, reiterada en ambos Códigos de Procedimiento Penal y contemplada tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹¹ como en la Convención Americana de Derechos Humanos²¹², es un elemento esencial del principio de legalidad y del debido proceso. Si bien en principio nadie puede ser juzgado sino conforme a ley previa, el principio de favorabilidad permite aplicar normas de manera retroactiva o ultractiva protegiendo los derechos de los procesados. Así, cuando la nueva ley es menos favorable que la vieja, será esta última la que se siga aplicando de manera ultractiva a todos los hechos cometidos bajo su vigencia. Por el contrario, si la nueva ley es más favorable, ésta podrá aplicarse de manera retroactiva a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Quizás el caso que más debate ha suscitado ha sido el de la aplicación de la rebaja de pena por la aplicación de la figura de la “aceptación de cargos” (art. 351, Ley 906 de 2004) a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema, o en lugares del territorio en los que éste no había empezado a regir. Bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000 quienes se acogieran a sentencia anticipada tenían derecho a obtener una reducción de 1/3 de la pena si la aceptación de responsabilidad se producía antes de la ejecutoria de cierre de la investigación, o de 1/8 de la pena si se

211 “Artículo 15-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

212 “Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

daba antes de la audiencia pública.²¹³ Por el contrario, la Ley 906 de 2004 contempla la figura de la aceptación de cargos en tres momentos distintos del proceso: una rebaja de hasta la 1/2 de la pena si se genera en la audiencia de formulación de la imputación, de hasta 1/3 si se realiza en la audiencia preparatoria y de 1/6 si se produce en la instalación del juicio oral.²¹⁴

El problema jurídico que se desprende de esta diferencia punitiva es si resulta posible aplicar la figura de la aceptación de cargos a hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del sistema acusatorio, por considerar que los beneficios que resultan de su aplicación son más favorables al procesado que aquellos que resultan de la sentencia anticipada. Si bien el sistema penal acusatorio rige hoy en todo el territorio nacional, el sistema mixto permanece vigente para todos los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia. De ahí que la aplicación o no de ciertas normas de la Ley 906 a casos cobijados por la Ley 600 es aún de gran relevancia, en especial teniendo en cuenta la mora judicial y la imprescriptibilidad de ciertos delitos.

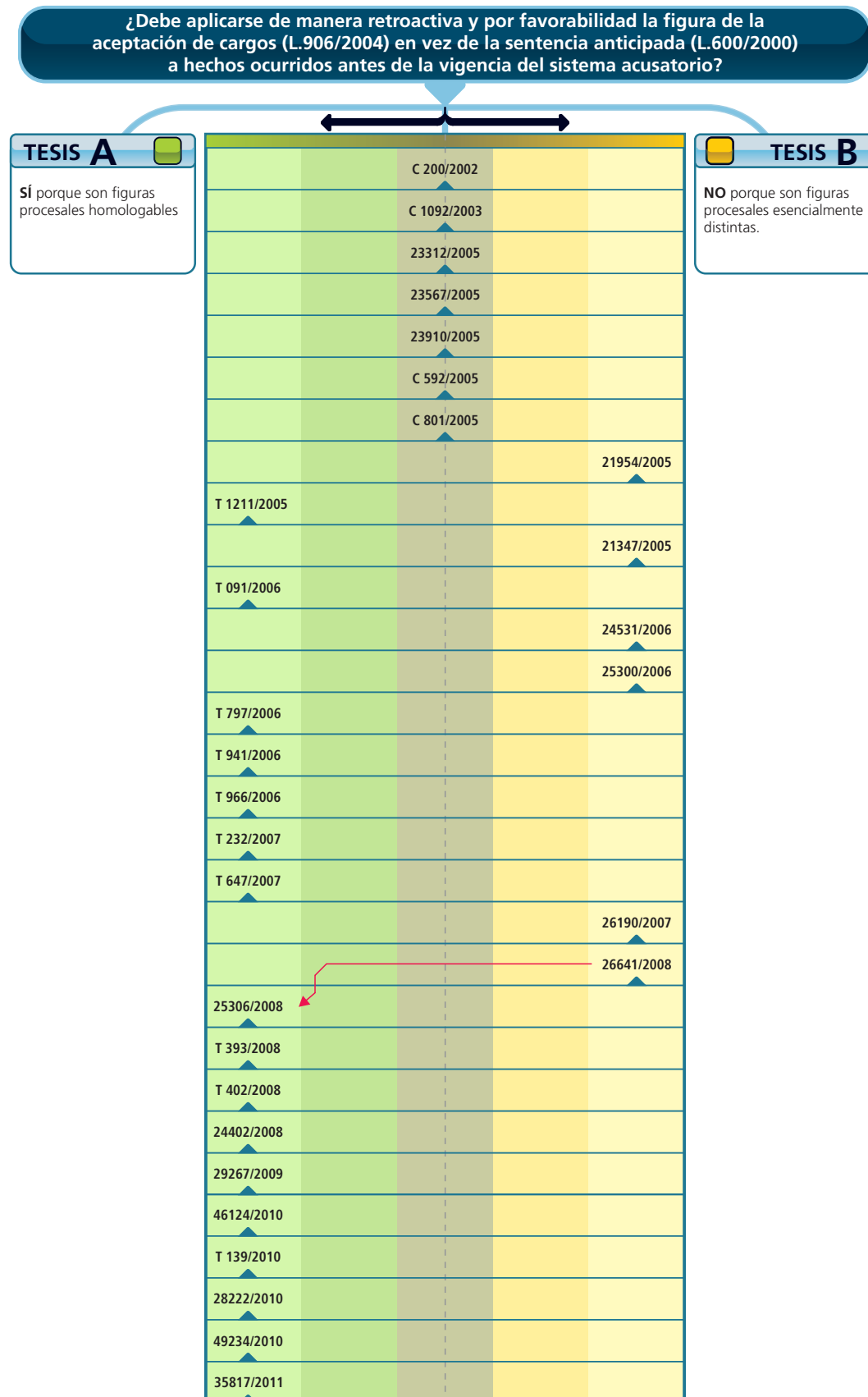
213 Artículo 40, Ley 600 de 2000. "Sentencia Anticipada. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada. (...) El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena. (...)"

214 Artículo 351, Ley 906 de 2004. "Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. (...)"

Artículo 352, Ley 906 de 2004. "Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte."

Artículo 367, Ley 906 de 2004. "Alegación inicial. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. (...)"

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El problema jurídico que se plantea en este capítulo viene siendo estudiado tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia desde 2002, cuando se empezó a considerar la aplicación retroactiva del sistema acusatorio por favorabilidad. Si bien existen sentencias de la Corte Suprema de Justicia²¹⁵ que desde mediados de siglo XX estaban analizando la aplicación retroactiva y ultractiva de normas penales de carácter sustancial y procesal, este capítulo no se detendrá a analizarlas. De ahí que se plantee el análisis jurisprudencial en tres etapas:

- Entre 2002 y 2005, cuando ambas Cortes coincidieron en señalar que resultaba posible aplicar ciertas normas del sistema acusatorio por favorabilidad a hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia;
- Entre 2005 y 2007, cuando mientras la Corte Constitucional sostuvo que la aceptación de cargos debería aplicarse de manera retroactiva por favorabilidad, la Corte Suprema de Justicia insistió en que ello no era posible; y
- De 2008 a la fecha, cuando la Corte Suprema de Justicia adoptó la posición de la Corte Constitucional.

3.1 Consenso sobre la aplicación retroactiva de la Ley 906 por favorabilidad

Entre 2002 y 2005 la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se refrieron a la posibilidad de aplicar ciertas normas del sistema penal acusatorio a procesos penales por hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, es importante aclarar que estas sentencias no responden de manera directa el problema jurídico planteado, por cuanto simplemente abren el camino para poder aplicar de manera retroactiva ciertas disposiciones de carácter procesal, sin referirse al caso particular de la sentencia anticipada y la aceptación de cargos. Por ello estas sentencias serán graficadas en la mitad de la línea jurisprudencial.

²¹⁵ Ver: CSJ, S. Penal, 15/03/1961.

En 2002, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, entre otros. Según éste “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.” La demanda sostenía que tal disposición violaba el principio de favorabilidad. La Corte, sin embargo, lo declaró exequible señalando que en cualquier caso se debe aplicar de manera ultractiva la ley procesal penal que resulte favorable al procesado. Según la Corte “tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.”²¹⁶ Esta sentencia reiteró la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que desde mediados del siglo XX venía señalando que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 debía interpretarse a la luz del principio de favorabilidad, reconociendo que cuando las normas procesales tenían efectos sustanciales, es decir que afectaban la libertad, también eran susceptibles de ser aplicadas de manera ultractiva o retroactiva por favorabilidad.

Similarmente en 2003, la Corte Constitucional estudió la demanda de constitucionalidad contra el artículo 5 entre otros del Acto Legislativo 3 de 2002, por el cual se reformó la Constitución para introducir el sistema penal acusatorio. La demanda consideró que el artículo debía ser declarado inexecutable por cuanto en la segunda vuelta del trámite se había añadido la frase “y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca” y se había ampliado el plazo para su entrada en vigencia. Al respecto la Corte hizo un análisis del principio de consecutividad, pero frente al caso en concreto concluyó que la norma era exequible por cuanto a través de ésta el constituyente derivado “decidió definir las reglas que habrían de ser observadas para la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal [e] (...) hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal.”²¹⁷ Si bien la Corte no analizó la aplicación de manera ultractiva o retroactiva por favorabilidad, dejó sentada la constitucionalidad de definir que el nuevo sistema sólo regiría para delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

²¹⁶ C. Const, C-200/2002, A. Tafur

²¹⁷ C. Const, C-1092/2003, A. Tafur.

El análisis como tal de la aplicación retroactiva del sistema penal acusatorio por favorabilidad fue realizado por primera vez por la Corte Suprema de Justicia en 2005 cuando ésta resolvió un conflicto negativo de competencias presentado entre un juzgado especializado y un juzgado del circuito. Los procesados estaban siendo investigados por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal en el marco de la Ley 600 de 2000. Según ésta eran los Jueces Especializado los que debían conocer del delito de secuestro simple, pero la Ley 906 de 2004, le asignó esta competencia a los Juzgados del Circuito ordinarios. La Corte consideró que “como en el asunto examinado los hechos de los cuales se ocupa la actuación acontecieron antes del 1º de enero de 2005 es evidente que la ley procesal aplicable es la 600 de 2000, simplemente porque es la decisión que adoptó el Constituyente de 2002.”²¹⁸ En la aclaración de voto, sin embargo, el mismo ponente agregó la que sería la regla en materia de aplicación retroactiva de la Ley 906 por favorabilidad. Según el Magistrado Ramírez “las leyes que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio colombiano, específicamente las antes mencionadas, son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos que se encuentren gobernados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, a condición de que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos.”²¹⁹ No obstante desde entonces, como si previera los casos que tendría que resolver la Corte en poco menos de un año, el Magistrado Ramírez aclaró que no podía ser aplicada por favorabilidad la figura de la aceptación de cargos porque, según él, ésta “tiene que lograrse mediante acuerdo fiscal-imputado (bilateral) como no lo exige el art. 40 del cpp-2000 que sólo demanda manifestación unilateral que se premia con una rebaja fija.”²²⁰

La posición del Magistrado Ramírez sobre la posibilidad de aplicar de manera retroactiva algunas normas de la Ley 906 por favorabilidad, fue retomada por la Corte Suprema de Justicia ese mismo año al resolver un recurso de apelación. En esa ocasión la Corte estudió el caso de un ciudadano al que le habían negado la petición de sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria, por considerar que no era posible aplicar de manera retroactiva la Ley 906 de 2004.²²¹ Al respecto la Corte señaló que “en punto del principio de

²¹⁸ CSJ, S. Penal, 23312/2005, Y. Ramírez

²¹⁹ Ídem. AV. Y. Ramírez.

²²⁰ Ídem.

²²¹ Mientras el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 remite a los requisitos dispuestos en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para acceder a la detención domiciliaria, entre los cuales

favorabilidad la Ley 906 de 2004 podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia cobijadas por una legislación que aún se encuentra en vigor (Ley 600 de 2000), siempre que ello no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática.²²² Frente al caso en concreto, además, la Corte concedió la detención domiciliaria por favorabilidad.

A la misma conclusión llegó la Corte Suprema en el estudio de un recurso de apelación relacionado con el delito de prevaricato por acción, para el cual, a diferencia de lo que establecía la Ley 600 de 2000, la Ley 906 no prevé detención preventiva. Según la Corte “independientemente del efecto gradual o inmediato previsto para la vigencia de ciertas normas penales de contenido sustancial, el principio de favorabilidad operará siempre y en todos los casos como garantía de aplicación de la norma más benigna, pues aunque tradicionalmente se ha entendido que la operatividad del concepto supone la sucesión de leyes en el tiempo con influencia en una misma situación fáctica y jurídica, la Constitución no descarta que una norma que en principio no está concebida para regular el caso concreto, pueda irradiarle sus efectos benéficos.”²²³

Ese mismo año la Corte Constitucionalidad estudió una demanda de constitucionalidad contra el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 906 de 2004, según el cual “[l]as disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.” La Corte declaró la exequibilidad de la norma acusada, pues la única interpretación que admitía era que con ello no se invalidaba el principio de favorabilidad. Según la Corte, “frente a las expresiones (...) contenidas en el tercer inciso del artículo 6° de la Ley 906 de 2004, ha de entenderse que al tiempo que comportan la formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal (...) en manera alguna pueden interpretarse en el sentido de impedir la aplicación del principio de favorabilidad.”²²⁴

se encuentra que el delito por el que se proceda tenga una pena mínima igual o inferior a cinco (5) años de prisión, el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 no señala tal exigencia para conceder la detención domiciliaria.

222 CSJ, S. Penal, 23567/2005, M. Pulido.

223 CSJ, S. Penal, 23910/2005, S. Espinosa.

224 C. Const, C-592/2005, A. Tafur.

Similarmente la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Según los demandantes el mecanismo de implementación gradual del sistema penal acusatorio violaba el derecho a la igualdad y el principio de favorabilidad. Al respecto la Corte consideró que “la norma demandada no vulnera el artículo 29 superior porque, como ya se indicó, una sana hermenéutica constitucional conduce a que la aplicación gradual de ese sistema no contraríe sino que armonice con el principio de favorabilidad. Por ello, siempre que se trate de situaciones específicas, susceptibles de identificarse no obstante la mutación del régimen procesal, es posible que, de resultar ello más favorable, las normas del nuevo régimen se apliquen de manera retroactiva a procesos por delitos cometidos antes de su entrada en vigencia y de su aplicación progresiva.”²²⁵

En esta primera fase de la línea jurisprudencial tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia consideraron que el principio de favorabilidad permitía aplicar la Ley 906 de 2004 de manera retroactiva a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, siempre que no se tratara de instituciones jurídicas inherentes al sistema penal acusatorio.

3.2 Disenso sobre la similitud entre la sentencia anticipada y la aceptación de cargos

A partir de la segunda mitad del 2005, las Cortes empezaron a conocer de casos en los que se solicitaba la aplicación retroactiva de los beneficios de la aceptación de cargos a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004. Mientras que la Corte Suprema de Justicia negó la aplicación por favorabilidad considerando que se trataba de figuras procesales esencialmente diferentes, la Corte Constitucional lo concedió por considerar que eran homologables.

En agosto de 2005 la Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de casación en el que la procesada había sido condenada a 36 meses de prisión luego de acogerse a sentencia anticipada. Una Procuradora Delegada interpuso el recurso solicitando que se le reconociera a la procesada la máxima rebaja de pena del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 en virtud del principio de favorabilidad. La Corte reiteró su jurisprudencia en materia de

²²⁵ C. Const, C-801/2005, J. Córdoba.

aplicación retroactiva de normas procesales por favorabilidad, pero advirtió que en ese caso ello no tenía aplicación por cuanto no existía identidad en el supuesto de hecho regulado. Según la Corte “dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales ‘obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales’, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.”²²⁶ A partir de esta argumentación, la Corte Suprema negó la procedencia de redosificar la pena. Desde entonces la Magistrada Pulido salvó su voto, advirtiendo que “[a] ser la sentencia anticipada y el allanamiento a la imputación formas análogas de terminación abreviada del proceso, y al prescribirse para la última una mayor rebaja punitiva de la que puede derivar una ventaja real para el sentenciado, no es posible desconocer la eventual vulneración de la garantía constitucional de favorabilidad.”²²⁷

Siguiendo la tesis de la Magistrada Pulido, la Corte Constitucional resolvió ese mismo año una tutela interpuesta contra un Tribunal por haber negado la aplicación del principio de favorabilidad a un condenado que habiéndose acogido a sentencia anticipada bajo la Ley 600, ahora solicitaba la aplicación del descuento de la aceptación de cargos de la Ley 906. La solicitud había llegado hasta casación y había sido negada por la Corte Suprema de Justicia. La Corte Constitucional concedió la tutela por considerar que las sentencias que negaron la aplicación del principio de favorabilidad habían incurrido en vías de hecho por defecto sustantivo, al emplear interpretaciones inconstitucionales de la Ley 906 de 2004. Según la Corte el principio de favorabilidad aplica no sólo para casos en los que temporalmente no hubiera entrado en vigencia la Ley 906, sino también para “aquellos distritos judiciales donde aún no ha entrado en vigor la ley por su implantación gradual.”²²⁸ Adicionalmente la Corte consideró que las dos figuras procesales eran homologables, advirtiendo que “la Sentencia Anticipada de la Ley 600 de 2000 se asimila a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado que trae la Ley 906 de 2004.”²²⁹ Pero la Corte fue más allá, incluso llegando a

226 CSJ, S. Penal, 21954/2005, J. Quintero.

227 Ídem. SV. M. Pulido.

228 C. Const, T-1211/2005, C. Vargas.

229 Ídem.

señalar que “en el entendido extremo de no ser las anteriores disposiciones equiparables, son por lo menos coexistentes, lo que daría también vigencia al principio de favorabilidad.”²³⁰ De ahí que la Corte no se haya preocupado por explicar cuáles eran las características a partir de las cuales se podía concluir que una y otra figura regulaban los mismos supuestos de hecho.

La posición de la Corte Suprema de Justicia fue reafirmada ese mismo año cuando resolvió un recurso de casación en el caso de un ciudadano que había sido acusado del delito de secuestro y que durante la fase de juicio había aceptado los cargos y se había sometido a sentencia anticipada, por lo cual había obtenido una rebaja de 1/8 de la pena. La Corte analizó si procedía aplicar una rebaja de 1/6 de la pena con base en lo establecido en la Ley 906 de 2004. Reiterando su jurisprudencia la Corte señaló que en este caso no procedía la aplicación por favorabilidad porque las instituciones no eran idénticas y aunque tenían características comunes, había diferencias fundamentales. Según la Corte “[e]n el modelo de la ley 600 de 2000 el procesado se allana a los cargos en el sumario o en el juicio y sobreviene una rebaja punitiva automática, sin importar que lo haya hecho el primer día a partir del cual contó con la oportunidad o el último (...); en el nuevo modelo de justicia penal consensual de la ley 906 de 2004, por el contrario, Fiscal y procesado acuerdan la rebaja, que por eso se estableció flexible, resultando la misma dependiente de consideraciones como el ahorro de proceso, la contribución del procesado en la solución del caso, su disposición a reparar efectivamente a la víctima y otras similares.”²³¹

En 2006, la Corte Constitucional reiteró su posición pero refinó los argumentos que la sustentaban. En vez de hacer una equiparación general entre la sentencia anticipada y los preacuerdos como lo había hecho en la sentencia T-1211 de 2005, procedió a diferenciar la aceptación negociada y la aceptación unilateral de cargos. La Corte se refirió a una tutela interpuesta en contra de las decisiones judiciales a través de las cuales se le había negado a un ciudadano la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 por favorabilidad. La solicitud de redosificación había sido negada por los jueces de primera y segunda instancia y la tutela había sido rechazada por la Corte Suprema de Justicia. La Corte Constitucional concedió la tutela e hizo un estudio detallado de las similitudes entre la sentencia anticipada y la aceptación unilateral de

²³⁰ Ídem.

²³¹ CSJ, S. Penal, 21347/2005, Y. Ramírez.

cargos. Según ésta, el artículo 293²³² de la Ley 906 de 2004 permite concluir que existen “dos modalidades de terminación anticipada del proceso perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político criminales: (i) Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado.”²³³ Para la Corte, si bien los primeros no encontraban figura equiparable en la Ley 906, la aceptación unilateral de cargos era equiparable a la sentencia anticipada de la Ley 600. Para mostrar sus similitudes la Corte analizó los diversos factores que las hacían equiparables: formas de terminación anticipada del proceso; institutos precedidos de una formulación de cargos; control de legalidad por parte del juez; fallo condenatorio; aplicación del principio de publicidad; promoción del principio de la buena fe y la lealtad procesal; confesión simple del imputado o procesado; promoción de la eficiencia del sistema judicial; rebaja de pena; y inadmisibilidad de la retractación.²³⁴

Habiendo descartado el argumento de la Corte Suprema de Justicia de que se trataba de figuras procesales con diferencias fundamentales, sólo restaba responder al argumento de que por tratarse de una rebaja de “hasta la mitad de la pena”, la aplicación del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 requería un acuerdo entre Fiscalía y defensa sobre la pena a imponer. Al respecto la Corte Constitucional señaló que “la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado, no reclama espacios de negociación, ni autoriza al fiscal para hacer solicitudes sobre punibilidad, correspondiendo al juez regirse por los parámetros de dosificación ordinarios.”²³⁵ Sin embargo, como la Ley 906 de 2004 no refiere al sistema de cuartos establecido en los artículos 60 y 61 del Código Penal, la Corte Constitucional llenó el vacío de la siguiente manera: “una visión sistemática y de conjunto de los tres niveles de descuento, permite establecer que los extremos inferiores de los rangos están determinados por el límite superior previsto para el descuento aplicable en la fase subsiguiente en que éste procede, es decir que se

232 Artículo 293, Ley 906 de 2004: “Procedimiento en caso de aceptación de la imputación [en la audiencia de formulación de imputación]: Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará audiencia para la individualización de la pena y sentencia.” (Subrayas fuera del texto original)

233 C. Const, T-091/2006, J. Córdoba.

234 Ídem.

235 Ídem.

encuentran recíprocamente delimitados, así: el allanamiento en la audiencia de formulación de imputación amerita un descuento de una tercera parte, 'hasta la mitad' de la pena; el allanamiento que se produzca en la audiencia preparatoria genera un descuento de una sexta parte, 'hasta la tercera parte de la pena'; [y] el allanamiento producido al inicio del juicio oral, origina un descuento de 'la sexta parte' de la pena."²³⁶

Con base en ese análisis, la Corte Constitucional ordenó al juez de ejecución de penas y medidas redosificar la pena de conformidad con el principio de favorabilidad. Sin embargo la Corte reconoció que si bien la Ley 906 es más favorable en tanto "permite un mayor rango de movilidad del aplicador para determinar el descuento punitivo (...) el impacto de esa regulación, debe ser evaluado en cada caso concreto, correspondiendo al Juez competente (...) entrar a evaluar si conforme al proceso de individualización de la pena efectuado en el caso particular, la nueva norma tiene efectos favorables al sentenciado."²³⁷

A pesar de la amplia justificación de la Corte Constitucional sobre las similitudes entre la sentencia anticipada y la aceptación de cargos, la Corte Suprema de Justicia siguió sosteniendo que había diferencias esenciales. Ese mismo año la Corte Suprema resolvió el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia que condenó, bajo la Ley 906, a un ciudadano a 44 meses de prisión por el delito de homicidio luego de que él se allanó a cargos de conformidad con el artículo 351. El procesado solicitó que se concediera la rebaja de la mitad de la pena, porque los jueces de instancia le habían concedido una rebaja inferior sin motivar tal decisión. La Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de que "el allanamiento a cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación es una modalidad de acuerdo o preacuerdo (...) [que] aunque surge unilateralmente, es auspiciado o promovido por el fiscal al formular la imputación."²³⁸

Contrario a lo planteado por la Corte Constitucional, la Corte Suprema advirtió que la aceptación unilateral de cargos también suponía un acuerdo posterior entre Fiscal y defensa sobre "el monto de la rebaja de pena,

²³⁶ Ídem.

²³⁷ Ídem.

²³⁸ CSJ, S. Penal, 24531/2006, S. Espinosa.

(...) el posible reconocimiento de la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de su ejecución, la reparación integral a las víctimas e, incluso, la pretensión punitiva de la fiscalía.”²³⁹ Excepcionalmente, en caso de que tal acuerdo posterior a la aceptación unilateral de cargos no ocurriera, la Corte Suprema propuso que de ello se entendiera que “defrieron al juez de conocimiento fijar las consecuencias de la aceptación de la imputación producida de esa manera.”²⁴⁰ Sin embargo, contrario a lo planteado por la Corte Constitucional sobre la obligación del juez de remitirse al sistema de cuartos, la Corte Suprema sugirió que el Juez debía “sopesar el significado del allanamiento en términos de la oportunidad y rapidez con qué se hizo, la magnitud del ahorro de esfuerzos y recursos investigativos que esa conducta post delictual significó, con el fin de establecer el porcentaje de disminución de la pena que se fijó para la conducta punible realizada, que por tal razón merezca el procesado.”²⁴¹ Por todas las razones anteriormente expuestas y considerando que el comportamiento post delictual del procesado, la Corte Suprema le concedió una rebaja de la mitad de la pena. Es importante señalar, sin embargo, que no se trata de un cambio jurisprudencial porque todo el caso estuvo enmarcado dentro de la Ley 906 desde su inicio. Se trae a colación en este caso porque resulta relevante para entender la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre cómo entiende la figura de aceptación de cargos como una especie de preacuerdo.

Frente a esta decisión los Magistrados Ramírez, Gómez y Pulido presentaron aclaraciones de voto. Mientras que el Magistrado Ramírez consideró que dejar en cualquier circunstancia al juez la tasación de la pena iba en contravía del sistema penal acusatorio, los Magistrados Gómez y Pulido consideraron que la aceptación de cargos nunca era producto de un acuerdo entre la Fiscalía y la defensa, sino de un acto unilateral del procesado.

En adelante y hasta el 2008 las posiciones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia fueron reiterativas. Durante este período se presentan tres fallos relevantes de la Corte Suprema. En todos se trata de recursos de casación presentados por procesados que habiéndose acogido a sentencia anticipada bajo la Ley 600, solicitan la concesión de los beneficios de la aceptación de cargos de la Ley 906. La Corte Suprema señaló

239 Ídem.

240 Ídem.

241 Ídem.

que la aceptación de cargos y la sentencia anticipada están “sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso [y] ésta en el del sometimiento.”²⁴² Así mismo la Corte reiteró que “la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos, la cual no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación (...), y la sentencia anticipada.”²⁴³ Finalmente la Corte advirtió de forma contundente que “no es viable la aplicación del principio de favorabilidad entre la figura de sentencia anticipada del sistema procesal de la Ley 600 de 2000 y los mecanismos de conformidad de la Ley 906 de 2004.”²⁴⁴

Por el contrario, durante el mismo período la Corte Constitucional resolvió al menos 5 tutelas²⁴⁵ relevantes frente al tema, amparando los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, y revocando las providencias judiciales que constituían vías de hecho por defecto sustancial ya que habían desconocido el precedente constitucional en la materia. En todas la Corte ordenó al juzgado de ejecución de penas y medidas correspondiente redosificar la pena de conformidad con el principio de favorabilidad. La Corte llegó incluso a conceder tutelas a pesar de existir otros medios de defensa judicial por considerar que si bien “el demandante contaba con otro medio judicial de defensa para la protección de su derecho a la libertad y a la aplicación de la ley más favorable, consistente en la impugnación, (...) tal mecanismo ordinario se presenta como ineficaz e insuficiente (...) por cuanto (...) quien debería resolver la impugnación contra la decisión que le negó el beneficio, se ha declarado contrario a la aplicación del principio de favorabilidad en casos similares.”²⁴⁶

3.3 Giro jurisprudencial en favor de la seguridad jurídica y la dignidad humana

En Abril de 2008 la Corte Suprema de Justicia finalmente cedió en su posición sobre la improcedencia de la aplicación de los beneficios de la

242 CSJ, S. Penal, 25300/2006, S. Espinosa.

243 CSJ, S. Penal, 26190/2007, S. Espinosa.

244 CSJ, S. Penal, 26641/2008, M. González.

245 C. Const, T-797/ 2006, J. Córdoba; T-941/2006, A. Tafur; T-966/2006, C. Vargas; T-232/2007, J. Córdoba; y T-647/2007, M. Cepeda.

246 C. Const, T-232/2007, J. Córdoba.

aceptación de cargos a hechos sucedidos con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio. Con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez, la Corte Suprema de Justicia adoptó definitivamente la tesis de la Corte Constitucional sobre la aplicación retroactiva de la figura de la aceptación de cargos por favorabilidad. Sin embargo, los argumentos presentados por la Corte están más cerca de la seguridad jurídica y la protección de la dignidad humana, que de la efectiva homologación entre las dos figuras procesales.

El cambio jurisprudencial se dio cuando la Corte Suprema resolvió un recurso de casación interpuesto por la Fiscalía en un proceso llevado en contra de un ciudadano mexicano que había sido condenado en sentencia anticipada por el delito de narcotráfico. El juez de segunda instancia le había concedido la rebaja de la pena correspondiente al artículo 351 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual la Fiscalía interpuso el recurso de casación. La Corte empezó por reconocer la divergencia jurisprudencial entre las Cortes. Según ésta, “la disparidad de criterios jurisprudenciales, unos de la Sala de Casación Penal y otros de la Corte Constitucional, reclama que se examine el punto desde otras perspectivas en orden a ofrecer seguridad jurídica a la judicatura y, sobre todo a los ciudadanos. (...) [E]n la práctica, la administración de justicia tiene una poca saludable confrontación de decisiones, pues la libertad personal de un procesado depende de la postura del juez que resuelva el caso o, inclusive, del tipo de mecanismos que se escojan para solicitar la libertad, por ejemplo, los recursos propios de un proceso o la acción de tutela, circunstancia que únicamente genera inseguridad jurídica y trato desigual.”²⁴⁷ Ante esta situación y advirtiendo que ambas posturas, la de la Corte Suprema y la de la Corte Constitucional eran igualmente válidas, la Corte Suprema concluyó que “para garantizar el principio de igualdad y la efectividad misma del principio de favorabilidad, debe primar la opción que más identifique los postulados del sistema jurídico vigente, que en nuestro caso y según los artículos 1, 6, 7, 93 de la Constitución Política, es el reconocimiento de la dignidad humana, a partir de la libertad y la igualdad.”²⁴⁸ Sobre la base de este argumento y algunas referencias a las similitudes entre una y otra figura procesal, la Corte decidió no casar la sentencia del Tribunal que había concedido la rebaja de la pena correspondiente al allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004.

²⁴⁷ CSJ, S. Penal. 25306/2008, A. Ibáñez.

²⁴⁸ Ídem.

A partir de esta decisión, las posiciones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han coincidido en sostener que sí procede la aplicación retroactiva de los beneficios correspondientes a la aceptación de cargos. Entre 2008 y 2010 la Corte Constitucional ha resuelto al menos 3 tutelas²⁴⁹ relevantes reiterando la jurisprudencia en la material. Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el precedente sentado en la sentencia 25306 de 2008, en al menos 6 sentencias²⁵⁰ relevantes hasta la fecha.

Si bien no resulta necesario hacer un análisis pormenorizado de cada una de estas sentencias puesto que la sub-regla aplicable al problema jurídico bajo análisis no ha variado, existen al menos tres temas relacionados que vale la pena mencionar a los que se han referido las Cortes entre 2008 y 2011: (i) La improcedencia de la concesión del beneficio en juicio; (ii) La improcedencia de la tutela por existencia de otro medio de defensa judicial; y (iii) Los criterios con base en los cuales el juez debe tasar la rebaja de “hasta la mitad” de la pena.

Frente al primer tema la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que no podría aplicarse de manera retroactiva la rebaja de 1/6 de la pena que concede el artículo 367 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la Ley 600 de 2000 sólo autoriza acogerse a sentencia anticipada hasta antes de la ejecutoria del auto que fija fecha y hora para la audiencia de juzgamiento. Según la Corte “la persona juzgada por Ley 600 no puede aspirar a un premio punitivo por sentencia anticipada en esa audiencia final, pues ello comportaría crear un procedimiento especial que desvertebraría el esquema procesal que rige la actuación (L. 600/00).”²⁵¹

En segundo lugar ambas Cortes se han referido al tema de la improcedencia de la acción de tutela en estos casos cuando los procesados no agotan los medios ordinarios de defensa judicial como los recursos de apelación y de casación. Entre 2005 y 2008 la Corte Constitucional concedió un gran número de tutelas relacionadas con la protección de los derechos al debido proceso y a la igualdad en los casos en mención sin hacer un estudio detallado de la existencia de otro medio judicial. Excepcionalmente en el 2006 la Corte Constitucional llegó incluso a conceder una tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial.

249 C. Const, T-393/2008, C. Vargas; T-402/2008, M. González; y T-139/2010, M. González.

250 CSJ, S. Penal, 24402/2008, A. Gómez; 29267/2009, A. Gómez; 46124/2010, M. González; 28222/2010, J. Bustos; 49234/2010, A. Ibáñez; y 35817/2011, J. Bustos.

251 CSJ, S. Penal, 24402/2008, A. Gómez.

Desde 2008, sin embargo, ambas Cortes han inadmitido tutelas por considerar que existe otro medio de defensa judicial. En 2010, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente una tutela señalando que “al contar con un medio de defensa ordinario para reclamar la aludida reducción punitiva ante el juez natural, la acción de tutela en esta ocasión no es el escenario idóneo con dicho propósito dado su carácter subsidiario y residual.”²⁵² Similarmente la Corte ha declarado la improcedencia de la tutela en estos casos por considerar que “contra la sentencia de segunda instancia no fue interpuesto el recurso extraordinario de casación, recurso judicial que de haber sido utilizado hubiere permitido analizar la solicitud planteada en sede de tutela por el accionante.”²⁵³ La explicación podría encontrarse en que una vez consolidado el precedente frente al tema, las Cortes estarían defiriendo en el juzgador de instancia la decisión de este tema. No obstante es importante advertir que el patrón no es absoluto. Recientemente la Corte Suprema de Justicia admitió la procedencia de una tutela frente al tema sin hacer un análisis sobre la existencia de otro medio de defensa judicial.²⁵⁴

Finalmente, entre 2008 y 2010, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a los criterios con base en los cuales el juez debe tasar la rebaja de “hasta la mitad” de la pena, insistiendo en que no se trata de una rebaja automática de la mitad. Sin aceptar de manera integral la remisión de la Corte Constitucional a los criterios de los artículos 60 y 61 del Código Penal, la Corte Suprema ha intentado establecer parámetros al respecto. Así, ha señalado que los jueces deben tener en cuenta “la intensidad de la colaboración generada por la admisión de responsabilidad y la consecuente y significativa economía procesal,”²⁵⁵ “las circunstancias en las cuales se produjo la aceptación de los cargos,”²⁵⁶ “las actividades de intimidación de testigos ejercidas por el procesado,”²⁵⁷ “la importancia y la oportunidad en la que el imputado exprese la determinación de aceptar los cargos,”²⁵⁸ y si ocurre después de resuelta la situación jurídica.²⁵⁹

252 CSJ, S. Penal, 46124/2010, M. González.

253 C. Const, T-139/2010, M. González.

254 CSJ, S. Penal, 49234/2010, A. Ibáñez.

255 CSJ, S. Penal, 24402/2008, A. Gómez.

256 CSJ, S. Penal, 29267/2009, A. Gómez.

257 Ídem.

258 CSJ, S. Penal, 28222/2010, J. Bustos.

259 CSJ, S. Penal, 35817/2011, J. Bustos

4. CONCLUSIONES

La línea jurisprudencial sobre la procedencia de aplicar de manera retroactiva la rebaja de pena correspondiente a la aceptación de cargos a casos en los que el procesado se hubiera acogido a sentencia anticipada parece haberse estabilizado. Bien porque se trata de institutos procesales homólogos o porque prima la seguridad jurídica y la dignidad humana, las Cortes han considerado que se debe aplicar el principio de favorabilidad.

En sentencia de 2006 la Corte Constitucional resumió las que aún hoy siguen siendo las principales sub-reglas en la materia: "(i) El principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley 906 de 2004, no obstante las normas de vigencia que ella consagra, orientadas a reafirmar el principio general de irretroactividad de la ley penal, el cual no es excluyente sino complementario de la favorabilidad; (ii) el principio de favorabilidad conserva su vigor en todo el territorio nacional, no obstante el método progresivo elegido para la implantación gradual del nuevo sistema; (iii) el principio de favorabilidad rige también situaciones de coexistencia de regímenes legales distintos, siempre que concurren los presupuestos materiales del principio de favorabilidad, lo que implica que no pueda ser aplicado frente a instituciones estructurales y características del nuevo sistema y como tales sin referente en el anterior; (iv) la aplicación del principio de favorabilidad reclama un estudio particularizado de cada caso a fin de determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación del procesado."²⁶⁰

Quizás el principal tema que aún deberá ser materia de debate entre las Altas Cortes, es si la homologación de las figuras de sentencia anticipada y aceptación de cargos aplica únicamente para efectos de la aplicación del principio de favorabilidad, o para la concepción general del mecanismo. La implementación del sistema penal acusatorio ha significado un arduo proceso de transformación de la cultura procesal que aún está en curso. Para los Fiscales, acostumbrados a la lógica del proceso inquisitivo o mixto, los mecanismos de negociación son aún extraños y la realidad es que su uso es muy limitado.

²⁶⁰ C. Const, T-091/2006, J. Córdoba.

Las rebajas de “hasta la mitad” y “hasta un tercio” tienden a ser interpretadas como derechos del procesado y no como potestades del Fiscal que fijan su marco negociación. La postura original de la Corte Suprema de Justicia, si bien desprotegió el debido proceso por vía de desconocer el principio de favorabilidad, fue un claro y válido intento por marcar las diferencias entre estas figuras, e incentivar a los Fiscales a entender su rol en el nuevo sistema. La postura de la Corte Constitucional, luego adoptada por la Corte Suprema, si bien protectora del debido proceso, desafortunadamente cayó en un reconocimiento implícito de la rebaja de la pena como un derecho del procesado, dejando con pocas armas de negociación a los Fiscales y pasando la responsabilidad de tasar la pena al juez. Serán las Cortes las que determinen si a pesar de que el principio de favorabilidad prime en razón de la igualdad y la dignidad humana, se entenderá la negociación de la rebaja de penas por la aceptación de cargos como una verdadera herramienta de los Fiscales para la implementación de la política criminal del Estado.

TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LOS DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE

La línea jurisprudencial que se presenta en este capítulo desarrolla el tema trabajado en tres trabajos investigativos realizados por: Cristian de Jesús Chavarría Muñoz, Yelena Mercedes Peña Galé y Fernando Otálora Hernández concursantes de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

1. ¿DESDE CUÁNDO SE EMPIEZA A CONTAR EL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LOS DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE?

El artículo 28 de la Constitución establece el principio de no imprescriptibilidad de los delitos, según el cual “[e]n ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.” La no imprescriptibilidad es una manifestación del principio de legalidad, a través de la cual se sanciona al Estado con la pérdida del ejercicio del *ius puniendi* después de un término razonable. Es la garantía de que el Estado no podrá perseguir eternamente a sus ciudadanos por la presunta comisión de hechos delictivos.

En Colombia ese término está regido por el artículo 83 del Código Penal, según el cual “[l]a acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.” La fecha a partir de la cual se calcula el término de prescripción está establecida por el artículo 84, que establece que “[e]n las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación [y] [e]n las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.”

Esa segunda circunstancia ha generado una gran controversia en la jurisprudencia penal. ¿Cuándo se entiende que se comete el último acto de perpetración de los delitos de ejecución permanente? La cuestión no es menor, pues de ello depende que el Estado pueda ejercer la acción penal frente a delitos de tanta trascendencia como la rebelión, el fraude procesal, el testaferrato, el secuestro, el concierto para delinquir y la inasistencia alimentaria entre otros. Todos estos son considerados delitos de ejecución permanente porque “mantiene[n] en el tiempo la ofensa a ese interés [jurídico protegido] hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón [...] desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado.”²⁶¹ Pero, cuándo desaparece ese daño o peligro al interés o valor tutelado, es precisamente la pregunta que ha debido responder la Corte Suprema de Justicia en diversas situaciones.

Este problema jurídico se torna aún más complejo si se tiene en cuenta que el artículo 86 del Código Penal establece un segundo término de prescripción (al que llamaremos término de prescripción de la etapa de juicio, por oposición al término de prescripción de la investigación o la instrucción). Según el artículo 86, “[l]a prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).” Esta norma fue modificada por la Ley 890 de 2004 con el fin de adaptarla al sistema penal acusatorio, antes de la cual el artículo se refería a la resolución de acusación en vez de a la formulación de la imputación.

Si bien tanto los jueces como la propia Corte Suprema de Justicia han interpretado que el problema jurídico al cual se ha referido la línea jurisprudencial consiste en determinar a partir de cuándo se empieza a contar el término prescriptivo de los delitos de ejecución permanente; sugeriremos una reinterpretación. Propondremos que de una lectura armónica de los artículos 84 y 86 del Código Penal se desprende que lo que en realidad ha estado en juego es la relación entre la prescripción de la etapa de instrucción o investigación y aquella de la etapa de juicio. El verdadero problema jurídico es si en los casos de los delitos de ejecución permanente la prescripción de la etapa de juicio empieza a correr a pesar de que no haya empezado a correr la prescripción de

²⁶¹ CSJ, S. Penal, 22813/2006, A. Pérez.

la etapa de investigación o instrucción, porque no se ha configurado el último acto de ejecución de la conducta delictiva.

Usualmente los jueces han interpretado que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha estado dividida entre decisiones que sostienen que el término de prescripción de los delitos de ejecución permanente se debe contar a partir de la perpetración del último acto de la conducta delictiva y aquellas que consideran que se debe contar a partir de la resolución de acusación o la formulación de la imputación según el tipo de sistema procesal penal. Esto suponía una interpretación de los artículos 84 y 86 del Código Penal como excluyentes. Nosotros estructuraremos la línea jurisprudencial sobre la base de que mientras el artículo 84 se refiere a la prescripción de la etapa de instrucción o investigación, el artículo 86 se refiere a la prescripción de la etapa de juicio. Así, sostendremos que las dos posiciones que sostiene la Corte Suprema de Justicia han sido las siguientes: i) que en los delitos de ejecución permanente no hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio si no se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito; y ii) que en los delitos de ejecución permanente hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio, independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Hay lugar al término de prescripción de la etapa de juicio (Art. 86 Código Penal) para los delitos de ejecución permanente?

TESIS A

No. En los delitos de ejecución permanente no hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio si no se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito.

2706/1989				
9134/1996				
				13557/2000
11210/2000				
12508/2002				
16411/2002				
12553/2002				
20013/2004				
20005/2004				
		19915/2005		
				22813/2006
				26694/2007
				26854/2007
				23929/2007
				23086/2008
				22881/2009
		31790/2009		
		33972/2010		
		35570/2011		

TESIS B

Sí. En los delitos de ejecución permanente hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio, independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A partir de la reinterpretación presentada en la introducción, dividiremos el análisis de esta línea jurisprudencial en tres etapas:

- Entre principios de los 90 y el 2004, cuando la Corte consideró que en los delitos de ejecución permanente no hay lugar a evaluar el término de prescripción en la etapa de juicio si no se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito. Durante este período la Corte se dedicó a analizar en qué consistía el último acto de ejecución del delito, usualmente ofreciendo respuestas más precisas para el delito de fraude procesal que para el de rebelión.
- Entre el 2005 y el 2009, cuando la Corte concluyó que en los delitos de ejecución permanente sí hay lugar a evaluar el término de prescripción en la etapa de juicio, independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no. Durante este período la Corte dejó de analizar la prescripción en la etapa de instrucción o investigación, concentrándose estrictamente en la prescripción para la etapa de juicio.
- Finalmente, desde 2009 hasta la fecha, período en el cual la Corte viene reconociendo que coexisten tanto las reglas de la prescripción de la etapa de instrucción e investigación, como aquellas de la prescripción en la etapa de juicio.

3.1 La perpetración del último acto del delito de ejecución permanente

El primer precedente citado por la Corte Suprema de Justicia en materia del término de prescripción de los delitos de ejecución permanente es del 27 de junio de 1989, en sede de casación de una sentencia condenatoria por el delito de fraude procesal. Desde entonces la Corte sentó la que sería su jurisprudencia hasta el 2004: no se debe proceder a evaluar el término de prescripción de la etapa de juicio, si no se ha realizado el último acto de la conducta delictiva. Según la Corte “para los fines de la prescripción de la acción penal,

el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia.”²⁶² Para el caso del delito de fraude procesal, la Corte advirtió que ese último acto ocurre cuando la maniobra engañosa cesa de producir su efecto sobre el empleado oficial.²⁶³ Esta sub-regla fue reiterada en 1996, cuando la Corte volvió a referirse al tema también frente a un caso de fraude procesal. Al resolver un recurso de casación mediante el cual el procesado alegaba la prescripción de la acción penal, la Corte reiteró que “el término para la prescripción de la acción sólo debe contarse desde la finalización de los efectos del último acto fraudulento.”²⁶⁴

En el 2000, la Corte produjo la única sentencia de ese período en la que no se reiteró el precedente sentado. Al resolver un recurso de casación contra una sentencia condenatoria por el delito de rebelión, la Corte omitió analizar si se había culminado o no el último acto de la conducta delictiva, y procedió a concluir, que como habían pasado más de 5 años desde la resolución de acusación, la acción penal se encontraba prescrita. Según la Corte “al estar ejecutoria la resolución de acusación, el término prescriptivo debía contarse por un tiempo igual a la mitad del señalado como pena máxima para el delito de rebelión.”²⁶⁵ Como consecuencia la Corte declaró prescrita la acción penal y dispuso la cesación de todo procedimiento. Esta sentencia es usualmente interpretada por los jueces como un precedente en el que la Corte estableció que el término de prescripción de los delitos de ejecución permanente se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación y no desde el último acto de ejecución del delito. Sin embargo, un análisis cuidadoso de la sentencia permite concluir que la Corte no hace un análisis sobre la prescripción de la etapa de instrucción, sino sólo sobre la prescripción en la etapa de juicio. De ahí que concluya que, independientemente de si habían cesado los efectos de la maniobra engañosa, procedía analizar el término de prescripción desde la resolución de acusación.

Pero esa decisión es excepcional durante este período. Hasta 2005 se producen al menos dos sentencias relevantes en materia de fraude procesal y cuatro en materia de rebelión en las que la Corte opta por concluir

²⁶² CSJ, S. Penal, 2706/1989, J. Carreño.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ CSJ, S. Penal, 9134/1996, D. Páez.

²⁶⁵ CSJ, S. Penal, 13557/2000, J. Gómez.

que no procede el análisis de la prescripción de la etapa de juicio si no se ha configurado el último acto del delito de ejecución permanente. Lo interesante de este período es la diferencia del estándar establecido para uno y otro delito.

En el 2000, la Corte resolvió una acción de revisión porque según los procesados, la acción penal se encontraba prescrita al momento del fallo que los condenó por el delito de fraude procesal. La Corte concluyó que la prescripción no operó porque como la "vulneración se prolonga durante todo el lapso en que los mecanismos fraudulentos incidan en el funcionario oficial, [e]s entonces, a partir del último acto de inducción en error que empieza a correr el término prescriptivo."²⁶⁶ Según la Corte al momento de proferirse la resolución de acusación que interrumpió el término de prescripción de la instrucción, sólo habían transcurrido 4 años y 4 meses desde la cesación del engaño, por lo cual la acción no se encontraba prescrita.

Posteriormente, en el 2002, la Corte resolvió un recurso de casación contra la sentencia que condenaba a un miembro de las FARC por el delito de rebelión. Si bien la Corte advirtió que habían transcurrido más de 5 años desde la resolución de acusación, ésta concluyó que no había lugar a evaluar tal término, pues no se había culminado el último acto del delito de ejecución permanente y por lo tanto no había empezado a correr el término de prescripción de la etapa de juicio. Para la Corte "cuando se trata de conductas punibles de ejecución permanente, como lo es la rebelión, el término de prescripción empieza a contarse desde la perpetración del último acto, esto es, desde que se dejan de cometer, lo que aquí no ha ocurrido, ya que en la indagatoria el acusado manifestó pertenecer a las llamadas FARC, por lo que fue condenado por tal reato, sin que haya ninguna constancia de que se ha separado de esa organización rebelde."²⁶⁷ Nótese que además la Corte invierte la carga de la prueba, exigiendo al procesado probar que ha cesado la conducta delictiva de ejecución permanente, en vez de exigir al Estado la prueba de su continuación.

Esta decisión fue reiterada en varias decisiones entre el 2002 y el 2004. En el 2002, frente a la revisión de una condena por el delito de rebelión la Corte advirtió que "si de quien ha sido acusado de pertenecer a un movimiento rebelde sin constancia alguna de que se haya separado de esa organización

²⁶⁶ CSJ, S. Penal, 11210/2000, C. Mejía.

²⁶⁷ CSJ, S. Penal, 12508/2002, J. Córdoba.

en armas, ello implica que el reato no se habría dejado de cometer.”²⁶⁸ Similarmente ese mismo año la Corte resolvió un recurso de casación contra una sentencia dictada por el Tribunal Nacional por el delito de rebelión en la que reiteró que la acción penal no había prescrito porque “en el proceso no existe prueba de que se haya separado de la organización insurgente a la que confesó pertenecer.”²⁶⁹

Esta doctrina siguió siendo reiterada en 2004 tanto para delitos de fraude procesal como de rebelión. Al resolver una demanda de revisión la Corte concluyó que la acción penal había quedado prescrita antes de que quedara ejecutoriada la resolución de acusación. Según la Corte, el fraude procesal “comienza con la inducción en error al funcionario judicial o administrativo, pero se prolonga en el tiempo, en tanto subsista la potencialidad de que el error siga produciendo efectos en el bien jurídico, razón por la cual el término de prescripción comienza a contarse a partir del último acto.”²⁷⁰ Ese mismo año la Corte nuevamente se refirió a un caso de rebelión en el que concluyó que el lapso de prescripción de la acción penal no había comenzado a correr, reiterando que “quien ha sido acusado de pertenecer a un movimiento rebelde, sin constancia alguna de que se haya separado de la organización alzada en armas, no puede aducir que ha dejado de cometer el delito.”²⁷¹ Lo interesante en este caso es que la Corte por primera vez ofreció una explicación adicional para sostener su posición frente al delito de rebelión. Según ésta, “el derrocamiento del gobierno nacional o la supresión del régimen constitucional vigente, (...) no permite determinar un límite final de la comisión del hecho, sino cuando los rebeldes obtienen su propósito o cuando hay prueba cierta de que se abandonó tal cometido.”²⁷²

3.2 La creación de una ficción jurídica

A partir de 2005, la Corte Suprema de Justicia se apartó de la jurisprudencia que había venido reiterando hasta 2004, retomando el tipo de análisis hecho en el 2000 en la sentencia de radicado número 13557. Al resolver un recurso de casación presentado por miembros de milicias de las FARC

268 CSJ, S. Penal, 16411/2002, H. Galán.

269 CSJ, S. Penal, 12553/2002, H. Galán.

270 CSJ, S. Penal, 20013/2004, M. Pulido.

271 CSJ, S. Penal, 20005/2004, S. Espinosa.

272 Ídem.

que habían sido condenados por el delito de rebelión, la Corte concluyó que la acción penal se encontraba prescrita a pesar de que no existían evidencias de que hubiesen dejado de ser miembros del grupo armado. El argumento principal de la Corte fue que "aún tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación."²⁷³ Sin embargo, a diferencia de la sentencia del 2000, en esta ocasión la Corte sí se dio a la tarea de analizar qué factores del inicio del proceso penal podrían implicar la cesación de los efectos del hecho delictivo. Así, según la Corte "la captura constituye un límite temporal de la actividad delictiva (...) [ya que] uno de los fines de la detención (...) [es] impedir que el sindicato persista en la realización del comportamiento reprochable."²⁷⁴ A partir de este análisis la Corte procedió a crear la ficción jurídica de que con la resolución de acusación cesan los efectos del delito de ejecución permanente. Según ésta "con la ejecutoria de la resolución de acusación se hace, por así decirlo, un corte de cuentas en el delito permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos hasta el cierre de la investigación."²⁷⁵ Nótese que el cambio jurisprudencial implicó pasar de la reversión de la carga de la prueba que suponía que el procesado probara que había dejado delinquir; a que ni siquiera una prueba sobre la continuación de la ejecución de la conducta punible con posterioridad a la resolución de acusación sea suficiente para evitar el inicio del conteo del término de prescripción de la acción penal.

Sin embargo, en esta ocasión, la Corte no llegó a sostener que en los delitos de ejecución permanente hubiese lugar al término de prescripción en la etapa de juicio, independientemente de si se había llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no. El análisis de la Corte en esta sentencia permite reconocer que existen circunstancias en las que habiéndose configurado el último acto de ejecución de la conducta delictiva, iniciaría a correr el término de prescripción de la etapa de instrucción o investigación. Así, según la Corte, cuando "la captura se produzca antes de la resolución de acusación (...) el término de prescripción empezará a correr a partir de la fecha de la detención física, pues ya el Estado ha asumido el control de las actividades que pueda desarrollar el sindicato al someterlo al régimen carcelario."²⁷⁶

273 CSJ, S. Penal, 19915/2005, A. Pérez.

274 Ídem.

275 Ídem.

276 Ídem.

A partir de esta decisión, la Corte Suprema de Justicia empezó a sostener que reiteraba el precedente establecido por esta sentencia, cuando en realidad dejó de analizar por completo si se había dejado de ejecutar o no el último acto de la conducta delictiva, para pasar a analizar únicamente la prescripción en etapa de juicio. Así, por ejemplo, en 2006 la Corte Suprema resolvió un recurso de casación interpuesto por un procesado que había sido condenado por el delito de inasistencia alimentaria. Según la Corte “el momento cierto a partir del cual se comete el último acto (...) sería la ejecutoria de la resolución de clausura de la instrucción.”²⁷⁷ De ahí que lo que se empezara a rescatar de la sentencia del 2005 fuera la ficción jurídica creada y no la evaluación fáctica de si se había culminado o no la conducta delictiva de ejecución permanente. De ello se desprende que la Corte dejó de evaluar si había lugar a la prescripción en la etapa de instrucción o investigación, para concentrarse exclusivamente en la prescripción en la etapa de juicio.

Similarmente en 2007 la Corte resolvió un recurso de casación interpuesto en un proceso por el delito de fraude procesal, concluyendo que la acción penal se encontraba prescrita. Según la Corte “así el delito investigado y juzgado sea de aquellos denominados de tracto sucesivo y permanente, resulta indiscutible que a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación empieza a correr el término de prescripción de la acción penal.”²⁷⁸ Ese mismo año la Corte resolvió al menos dos casos²⁷⁹ relevantes también relacionados con el delito de fraude procesal. Además de reiterar la jurisprudencia establecida, la Corte agregó que “en el tema de los delitos de ejecución permanente, se produjo una nueva interpretación la cual consiste en no extender la potencialidad del daño hasta el querer finalístico del infractor el que confluía en el ‘último acto’; sino hasta el cierre de investigación y, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación se inicia el término de prescripción de la acción penal, tal y como se viene decidiendo en variados pronunciamientos de idéntica temática.”²⁸⁰

En ese último caso la Corte profundizó en los elementos que justificaban su postura: “i) El atentado contra la administración de justicia no puede ser indefinible en el tiempo (...); ii) (...) no se tenía claridad sobre el

277 CSJ, S. Penal, 22813/2006, A. Pérez.

278 CSJ, S. Penal, 26694/2007, S. Espinosa.

279 CSJ, S. Penal, 26854/2007, S. Espinosa y CSJ, S. Penal, 23929/2007, J. Zapata.

280 CSJ, S. Penal, 23929/2007, J. Zapata.

momento consumativo de dicha infracción, toda vez que para materializarse se requería esperar la ejecución del último acto; iii) El derecho penal colombiano es de acto; iv) La acción penal es prescriptible en Colombia de acuerdo a los artículos 28 constitucional 83 y siguientes del Código Penal; v) (...) la resolución de acusación es pilar fundamental del proceso (...) con el objeto de limitar en el juicio, cualquier clase de abuso o irregularidad que pudiese presentarse de no existir la imputación formal (...); [y] vi) se hace necesario sopesar el acto antijurídico hasta ese preciso momento; aceptando como un hecho cierto que cesó la conducta contra derecho.”²⁸¹ De ahí que el principio de legalidad y la seguridad jurídica sean los principales argumentos esgrimidos por la Corte para crear la ficción jurídica de que el último acto de la conducta penal ocurre con la resolución de acusación o la imputación de cargos.

En 2008, la Corte declaró la extinción de la acción penal en un proceso por el delito de testaferrato. En ese caso la omisión de la Corte de analizar cuándo se produce la finalización de la conducta delictiva de ejecución permanente resultó evidente. Según ésta, “ya no se cuenta el término prescriptivo desde *“el último acto”* sino a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación.”²⁸² Similarmente en 2009 la Corte declaró la prescripción de la acción penal en un proceso por el delito de fraude procesal, reiterando una vez más, que “la contabilización del término prescriptivo de la acción penal luego de la interrupción del mismo, se hace a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin respeto del carácter permanente de la conducta con posterioridad a la fecha del llamamiento a juicio.”²⁸³

3.3 La diferencia entre la prescripción en la investigación y la prescripción en el juicio

Si bien los jueces interpretan que la jurisprudencia no ha variado desde el 2005, proponemos una reinterpretación a partir de la cual desde el 2009 la Corte viene asumiendo una postura intermedia, según la cual, si bien en los delitos de ejecución permanente hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio, ello no es totalmente independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no.

²⁸¹ Ídem.

²⁸² CSJ, S. Penal, 23086/2008, J. Zapata.

²⁸³ CSJ, S. Penal, 22881/2009, A. Gómez.

Así, en 2009 la Corte resolvió un recurso de casación relacionado con un proceso por el delito de fraude procesal. En esa ocasión la Corte se dispuso a analizar si había operado la prescripción tanto en etapa de investigación como en etapa de juicio. Según ésta, "son dos las (...) determinantes del momento consumativo del fraude procesal: i) la referida a la cesación de los efectos de la inducción en error al servidor público y ii) la relacionada con la ejecutoria de la resolución de acusación.²⁸⁴ Al analizar la primera la Corte concluyó que "la conducta imputada al acusado (...) inició [cuando el procesado] radicó la solicitud de ascenso (...) y culminó (...) cuando desapareció definitivamente la inducción en error por parte de los funcionarios (...) quienes se enteraron de la existencia de los documentos falsos."²⁸⁵ Así la Corte concluyó que "el fenómeno de la prescripción de la acción penal del delito de fraude procesal no operó en la etapa de la instrucción, pues apenas había transcurrido poco más de un año y siete meses"²⁸⁶ entre la finalización de la inducción a error y la ejecutoria de la resolución de acusación. Acto seguido la Corte se dispuso a evaluar la prescripción en la etapa de juicio, concluyendo que como no habían transcurrido más de 5 años desde la resolución de acusación, no operaba tal sanción.

Este tipo de análisis ha venido siendo reiterado desde el 2009. En 2010, la Corte declaró la prescripción de la acción penal en un proceso por hurto calificado. Si bien la Corte concluyó que la acción estaba prescrita porque habían pasado más de 5 años desde la ejecutoria de la acción penal, hizo previamente un análisis sobre la diferencia entre la prescripción en la fase de investigación y aquella de la fase de juicio que era la que estaba operando en este caso.²⁸⁷ Lo mismo ocurrió en 2011 cuando la Corte resolvió un recurso de reposición en un proceso de inasistencia alimentaria, concluyendo que si bien había operado la prescripción de la etapa de juicio, era necesario diferenciar ésta de la prescripción en la etapa de investigación.²⁸⁸

²⁸⁴ CSJ, S. Penal, 31790/2009, J. Quintero

²⁸⁵ Ídem.

²⁸⁶ Ídem.

²⁸⁷ CSJ, S. Penal, 33972/2010, J. Socha.

²⁸⁸ CSJ, S. Penal, 35570/2011, S. Espinosa.

4. CONCLUSIONES

Esta línea jurisprudencial muestra cómo la Corte Suprema de Justicia pasó de considerar que en los delitos de ejecución permanente no hay lugar al término de prescripción en la etapa de juicio si no se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito; a considerar que sí hay lugar a evaluar el término de prescripción en la etapa de juicio, independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto de ejecución del delito o no; y finalmente concluir que corresponde analizar en cada caso en concreto tanto la prescripción en la etapa de investigación o instrucción, como aquella de la etapa de juicio.

Lo más interesante en este caso, sin embargo, no es la línea jurisprudencia como tal, sino el análisis de la interpretación que tanto los jueces como la propia Corte Suprema de Justicia han hecho de la misma. La interpretación mayoritaria sugiere que en 2005 la Corte Suprema de Justicia dio un giro jurisprudencial, pasando de entender que el término de prescripción de la acción penal para los delitos de ejecución permanente era el día del último acto de ejecución de la conducta delictiva, a concluir que éste empezaba a correr a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación o de la formulación de la imputación según el régimen procesal penal. Lo que hemos tratado de demostrar a través de esta re-interpretación jurisprudencial es que si bien en 2005 ocurrieron dos tipos de cambios, ninguno corresponde al incorporado en las narraciones de los jueces y de la Corte Suprema de Justicia.

El primero y más importante es que se pasó se interpretar que el artículo 86, referido a la prescripción en la etapa de juicio, aplica independientemente de si se ha llevado a cabo el último acto del delito de ejecución permanente. El segundo es que la Corte dejó de concentrarse en las circunstancias fácticas que podían implicar la finalización de la ejecución de la conducta delictiva. Esta reinterpretación permite además explicar la jurisprudencia más reciente de la Corte, no ya como una reiteración del precedente del 2005, sino como la escogencia de un punto medio entre la cuasi-imprescriptibilidad de los delitos de ejecución permanente y la invención de una ficción jurídica sobre la culminación de sus efectos.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL *NON REFORMATIO IN PEJUS*

La línea jurisprudencial que se presenta en este capítulo desarrolla el tema trabajado en tres trabajos investigativos realizados por: Carlos Eduardo Rivera Borja, Jorge Edgar Gómez Cortés, Luis Alfonso Garcés Moreno, Nelson Hernández Meza, Paco William Benítez Delgado.

1. ¿DEBE PREVALECER EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SOBRE EL DE *NON REFORMATIO IN PEJUS* CUANDO EL CONDENADO ES APELANTE ÚNICO?

El principio de legalidad y el de *non reformatio in pejus* tienen varias cosas en común, ambos protegen el debido proceso en materia penal, ambos son principios de derecho penal de gran entidad, y finalmente, ambos constituyen garantías constitucionales. A pesar de sus similitudes, cuando el juez se ve en la obligación de privilegiar uno de los dos las diferencias parecen ser irreconciliables. El debate que suscita la aplicación de estos dos principios ha producido un amplio desarrollo jurisprudencial en el que utilizando como argumento disposiciones constitucionales, una es la posición de la Corte Suprema de Justicia y otra la de la Corte Constitucional. La contradicción entre argumentos de derecho constitucional y de derecho penal, la insistencia de la Corte Constitucional en la obligatoriedad de la doctrina constitucional que se desprende de sus fallos y la rebeldía del juez penal al respecto, hacen de éste uno de los dilemas jurídicos más interesantes.

La Constitución Política en su artículo 31 establece que “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el

condenado sea apelante único.²⁸⁹ La segunda parte de este artículo consagra una prohibición clara en cabeza del superior cuando el condenado es apelante único ¿Qué ocurre sin embargo cuando el superior o juez de segunda instancia al resolver la petición del apelante único encuentra una irregularidad en la condena hecha por el juez de primera instancia? Pues el artículo 29 de la Constitución Política establece por su lado que el “debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”²⁹⁰ El principio de legalidad, que también parte del debido proceso, establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades establecidas en la ley. Si esto representa una garantía únicamente del procesado o si lo es también para la sociedad y para el Estado de Derecho es lo que las Altas Cortes han venido debatiendo en los

289 Adicionalmente la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 20: Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación. El superior no podrá agravar la situación del apelante único. (Nota: Este inciso fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005). La Ley 600 de 2000 establecía al respecto en su artículo 204: Competencia del superior. En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación. Cuando se trate de sentencia condenatoria el juez no podrá en ningún caso agravar la sanción, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello, la hubieren recurrido. Tampoco se podrá desmejorar la situación de la parte civil o del tercero civilmente responsable cuando fueren apelantes únicos. La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia. Con anterioridad a ésta, la Ley 81 de 1993 disponía en su artículo 217 (modificado por el art. 34 de la Ley 81 de 1993). Competencia del superior. La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella; la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.”

290 Constitución Política de Colombia, Artículo 29.

últimos 20 años. Y es que si volvemos a la pregunta de qué debe hacer el juez de segunda instancia cuando descubre una irregularidad ante la solicitud de un condenado como apelante único, la respuesta es distinta si se aplica el principio de legalidad o el principio de *non reformatio in pejus*. En el primero, el juez debe corregir la irregularidad, mientras que en el segundo hacerlo representaría atentar contra los derechos del procesado y la garantía constitucional del artículo 31.

Si el *non reformatio in pejus* es una garantía para el procesado, el principio de legalidad es además, coinciden en ello ambas corporaciones, una garantía para la sociedad. La Corte Constitucional planteó en el año 2000 que “en materia penal, el principio de legalidad se traduce en la necesidad imperiosa e insoslayable de que el legislador defina previamente el delito y la pena, el juez competente y las formas propias de cada juicio. Esa exigencia constitucional constituye, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y correlativamente, un medio de limitación del poder punitivo del Estado que ejerce a través de los operadores judiciales.”²⁹¹ La Corte Suprema dijo por su parte en el 2005 que el principio de legalidad de la pena constituye “una garantía para el procesado pero también para la sociedad, que implica la posibilidad de imponer sólo aquellas sanciones que el legislador haya establecido previamente a la comisión de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados por él mismo y a la vez la imposibilidad de irrogar penas según el arbitrio judicial con inobservancia de los parámetros legales y quebranto a la igualdad.”²⁹²

La línea jurisprudencial que nace de este problema jurídico es absolutamente enriquecedora en material jurídico-penal, así como en jurisprudencia constitucional. El análisis jurisprudencial abarca la posición de dos Cortes distintas, visualiza el valor y la dificultad que implica para la Corte Constitucional la guarda de la Constitución frente a temas de conocimiento de otros jueces como el derecho penal y finalmente evidencia en qué sujeto ha puesto está el énfasis (el procesado versus la víctima). Mientras que la Corte Constitucional se ha ratificado en posición en calidad de garante de la Constitución, la Corte Suprema ha obedecido con resignación y no ha vacilado en aprovechar cada oportunidad para sentar su disenso.

²⁹¹ Ídem.

²⁹² CSJ, S.Penal, 18/05/05, r22323, A. Gómez.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Debe prevalecer el principio de legalidad sobre el de non reformatio in pejus cuando el acusado es apelante único?

TESIS A

Si, el principio de legalidad constituye una excepción al principio de non reformatio in pejus cuando el acusado es apelante único, privilegiando la legalidad, la igualdad, o los derechos de la víctima.

Antes de 1995	
	SU 327/95
	SU 1722/00
S.V. F. Morón, A. Tafur y C. Pardo	
	T 082/02
	T 1186/03
20398/2004	
	22323/2005
S.V. S. Espinoza A.V. A. Pérez	
	22813/2006
S.V. S. Espinoza. S.V.J L. Quintero S.V. Y. Ramirez	
	28277/2008
S.V. Y. Ramirez S.V. S. Espinoza	
	31148/2009
S.V. L. Bustos Et. Al.	

TESIS B

No, privilegiar el principio de legalidad sobre el de non reformatio in pejus cuando el acusado es apelante único constituye una vía de hecho pues excede la competencia del juez frente a una garantía del procesado consagrada en la Constitución, garantía que es además un derecho humano y por lo mismo un derecho de aplicación inmediata.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La historia del principio de legalidad contra el de *non reformatio in pejus* se divide en dos grandes momentos, antes y después del giro jurisprudencial de la Corte Constitucional del año 2005. En pocas palabras podría afirmarse que antes del 2005 una ponderación entre ambos privilegiaría el principio de legalidad y después de este año los derechos del procesado, la favorabilidad y por supuesto el principio de *non reformatio in pejus* habrían ganado la discusión. El tema sin embargo no es tan simple. La Corte Constitucional se ha visto en dificultades para hacer cumplir su doctrina constitucional y los Magistrados de la Corte Suprema plantean cada vez argumentos más fuertes para volver al período anterior. Dos acontecimientos han sumado argumentos de un lado y del otro al análisis: la consagración (para algunos más garantista) del principio de *non reformatio in pejus* en el actual Código de Procedimiento Penal del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) y al mismo tiempo, la consagración en esta misma ley y el desarrollo que la misma Corte Constitucional ha hecho del alcance de los derechos de las víctimas a la verdad la justicia y la reparación.

3.1 ¿Cómo era el escenario antes de 1995?²⁹³

Si bien esta línea busca hacer un recuento de lo que ha venido pasando entre las Cortes desde que la Corte Constitucional impuso un cambio radical en la jurisprudencia, es importante hacer un breve recuento de la posición que sostuvo la Corte Constitucional antes de 1995 pues es a partir de este año que la Corte Constitucional en su jurisprudencia se inclinó definitivamente hacia la protección absoluta del principio de *non reformatio in pejus*.

Con anterioridad a esto, la Corte en varias ocasiones reconoció que la apelación única del condenado y las pretensiones contenidas en ésta otorgaban y a la vez limitaban la competencia del superior, de ahí que éste no fuera

²⁹³ Se puede exponer esta doctrina acudiendo también a las Sentencias de la Corte Constitucional; T-474, 07/29/92, E. Cifuentes Muñoz; C-055, 18/02/93, J. Gregorio Hernández Galindo; T-237, 23/06/096, J. Arango Mejía; T-575 03/12/93, E. Cifuentes Muñoz; T-596 15/12/93 E. Cifuentes Muñoz; T-099 07/03/94, J. Arango Mejía; T-231, 13/05/94 E. Cifuentes Muñoz; T-289 de 21/06/94, H. Herrera Vergara; C-365 18/08/94 J. Gregorio Hernández Galindo; T-146 03/04/95, V. Naranjo Mesa; y T-155 06/04/95 F. Morón Díaz.

considerado competente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena cuando ello no hubiere sido el tema del recurso, pues la *non reformatio in pejus* representaba una prohibición de actuar ex-officio.²⁹⁴ En virtud de la competencia asignada al juez superior, éste era competente para pronunciarse únicamente en relación con los puntos que fueron objeto del recurso impuesto por el apelante único.

Para entonces la Corte Constitucional manejaba distintas teorías y la respuesta al problema jurídico variaba constantemente. En 1993²⁹⁵ la Corte manifestó que “no se viola el derecho al debido proceso cuando la ley permite al superior poner en conocimiento de la parte afectada o decretar oficiosamente, la existencia de una nulidad que detecte al conocer de la apelación de un auto en cualquier momento antes de dictar sentencia, al hacerlo en esa oportunidad, da a las partes posibilidad de alegarla, controvertirla, o sanearla; es decir, se les permite el ejercicio del derecho de defensa.”²⁹⁶ Adicionalmente planteó que en el grado de consulta, al no constituir éste un recurso, el juez “goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído que se somete a su conocimiento”, sin contar con la voluntad de las partes. Posteriormente en 1995²⁹⁷, la Corte propuso una doctrina de interpretación mucho más radical frente a la primacía del principio de legalidad, al juzgar que así el condenado fuere apelante único, su interés en la revocación o disminución de la pena debía ceder ante el del Estado en la agravación de la misma.

Para 1995 la Corte había contemplado diversas teorías: i) que el juez superior podía modificar la condena, declarando la nulidad aunque esto no hubiere sido solicitado por el condenado como apelante único; ii) que en todo caso podía hacerlo en el grado de consulta por no ser éste un recurso propiamente dicho; y iii) que la prohibición era absoluta y por ende en ningún caso podía modificarse para agravar la condena cuando el condenado era apelante único.

3.2 Cuando la Corte Constitucional decidió privilegiar definitivamente el principio de *non reformatio in pejus*

La historia empezó en 1995²⁹⁸ cuando la Corte Constitucional se reunió en sala plena para decidir sobre un fallo de tutela que incluía entre los

294 Véase C.Const, T-474, 07/29/92, E. Cifuentes y T-413/92

295 C. Const, C-055,18/02/93, JG. Hernández

296 Ídem

297 Véase C.Const, T-146 03/04/95, V. Naranjo Mesa y T-155 06/04/95 F. Morón Díaz

298 C. Const, SU-327/95, C. A. Gaviria.

derechos violados el del *non reformatio in pejus*. Dos personas que fueron condenadas por el delito de homicidio en concurso con hurto, ambos delitos en circunstancias de agravación punitiva, vieron modificada su condena luego de que el juez superior ante el cual apelaron únicamente los condenados, decidiera declarar nulo el fallo y modificar la condena de tal manera que se incluyeran ambas circunstancias de agravación. Según el juez superior, el juez de primera instancia violó el principio de legalidad de la pena al fijarla sin tener en cuenta los máximos y mínimos establecidos en la ley para la circunstancia descrita.

La Corte recalcó la importancia que tiene que el Estado de Derecho esté sometido a controles estrictos, en lo cual el principio de legalidad cumple un rol principal. La Corte aclaró entonces que el principio de legalidad cumple dos roles primordiales: i) ser garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano; y ii) representar una autolimitación del poder punitivo que tiene el Estado a través de legisladores y jueces. Analizó además el alcance del principio de *non reformatio in pejus* y adicionalmente, la obligación que recaía sobre la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público de acudir al juez de segunda instancia mediante la apelación de la sentencia cuando se hubiere presentado una irregularidad violatoria del principio de legalidad. El problema estaba, tal como lo señaló la Corte, en el momento en que el juez de segunda instancia decide suplir la omisión del Ministerio Público, pues éste adquiere competencia “sólo en función del recurso interpuesto por el procesado y sólo para revisar la providencia en los aspectos en que pueda serle desfavorable.”²⁹⁹

En esta oportunidad la Corte analizó el tema y concluyó que el juez de segunda instancia carecía de competencia para pronunciarse sobre asuntos no incluidos en la apelación propuesta por el condenado como apelante único. Para la Corte “los recursos son mecanismos tendientes a eliminar errores, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar. Es decir, para cuya enmienda tenga competencia. (...) Si el *a quo* incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el *ad quem* mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.”³⁰⁰

299 Ídem

300 Ídem

La Corte encontró que el principio de *non reformatio in pejus* no admitía excepciones y decidió modificar la jurisprudencia según la cual cuando observaba que se violaba el principio de legalidad, el juez superior podía de oficio recalcular la pena. Para la Corte Constitucional al declarar oficiosamente la nulidad de la pena al momento de conocer la apelación de la sentencia, el juez superior estaba ignorando que esto afectaba al procesado quien ya no estaba en capacidad de ejercer su derecho de defensa. Así, la Corte concedió el amparo solicitado y ordenó revocar el fallo de segunda instancia y ordenar al Tribunal que al resolver el recurso interpuesto inicialmente, confirmara la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, la disidencia frente a esta posición comenzó desde el momento mismo en que se profirió este fallo con el salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria. El argumento presentado en este salvamento fue usado por Corte Suprema y en particular algunos de sus Magistrados para apartarse de la posición de la Corte Constitucional incluso hasta el 2009.

Para el Magistrado Gaviria en este caso el principio de legalidad es un derecho del procesado pero es también un deber y un derecho del Estado, ya que "si el sindicado tiene derecho a que se le juzgue 'conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa', el Estado tiene el derecho y la obligación de juzgarlo conforme a esas mismas leyes."³⁰¹ Esta primera manifestación disidente consideró que la condena no es justa si se funda en una ley inexistente, pues el debido proceso y el imperio de la ley no pueden amparar a quien ha sido condenado de acuerdo a una ley inexistente. No se puede derivar del desconocimiento de la ley una situación vulnerable para el condenado. Si bien no se desconoce de modo alguno la prohibición de *non reformatio in pejus* consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política, ello implica que "tal prohibición no obliga cuando el inferior no fija la pena basándose en la ley preexistente, es decir, cuando viola el principio de legalidad de la pena."³⁰²

Según el Magistrado Gaviria "se olvida que cuando el juez de segunda instancia decreta la nulidad de la sentencia, no está agravando la pena impuesta por el inferior. Por el contrario: la sentencia de primera instancia declarada nula, pierde su validez, y por ello el *ad quem* ordena 'que

301 C.Const, SU-327/95, SV. C. Gaviria Díaz

302 Ídem.

se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto’.”³⁰³

Así, la Corte Constitucional dio inicio a lo que defendería con posterioridad como su “doctrina constitucional” teniendo como principal disidente al Magistrado Gaviria, quien había sido al mismo tiempo el Magistrado Ponente de la sentencia que él mismo cuestionaba.

3.3 La Corte Constitucional después de 1995

En el año 2000³⁰⁴ la Corte Constitucional conoció un caso de revisión de una acción de tutela en el que la Corte Suprema de Justicia desestimó una demanda de casación que interpuso una persona condenada por los delitos de fraude procesal y de estafa, pero decidió incrementar la pena frente a uno de los delitos. El accionante alegaba que la Corte Suprema como juez de casación desconoció los principios de legalidad y de *non reformatio in pejus*.

Para la Corte Suprema en el caso que revisaba la Constitucional, la competencia que como juez superior le otorgaba el grado de consulta le permitía hacer una revisión de la sentencia de primera instancia, puesto que el grado jurisdiccional de consulta prevalece sobre la apelación aún cuando ésta hubiere sido promovida por el procesado como apelante único. Para la Corte Suprema el grado jurisdiccional de consulta permitía establecer excepciones al principio de *non reformatio in pejus*. Ésta basó su decisión en su propia historia jurisprudencial de acuerdo con la cual en casos como éste, el principio de legalidad prevalece sobre el de *non reformatio in pejus*. Al respecto manifestó la Constitucional que “discrepa del criterio anterior y ha precisado que el principio constitucional de la prohibición de la *reformatio in pejus* prevalece sobre el de legalidad.”³⁰⁵

Por este motivo la Corte Constitucional consideró que la primera decisión importante que debía tomar era si mantenía o no la jurisprudencia constitucional que se había desarrollado relacionada con la interpretación del principio de *non reformatio in pejus*. Para ello, analizó la oportunidad que de

303 Ídem

304 C.Const, SU-1722/2000, J. Charry

305 Ídem.

acuerdo con la ley de procedimiento penal tienen la Fiscalía y el Ministerio Público para apelar un fallo en el caso en que se viole el principio de legalidad al momento de determinar la pena aplicable. De acuerdo con la ley aplicable siempre que existiere dicha violación ambas instituciones podían hacer uso del recurso de apelación. Para la Corte "el legislador según lo consagrado en el artículo 206 del C.P.P. con el fin de proteger y garantizar el principio constitucional de *non reformatio in pejus*, restringe el grado de control de la consulta, a que no sea interpuesto recurso alguno. Lo cual marca un límite ineludible en el ejercicio de la función punitiva del Estado, y a su vez, un límite en la labor interpretativa del operador jurídico."³⁰⁶

Adicionalmente la Corte consideró que en la medida en que la garantía de *non reformatio in pejus* era un principio constitucional atado al debido proceso, su violación por parte de un juez constituía una vía de hecho que podía ser protegida mediante acción de tutela.

La Corte decidió seguir la doctrina constitucional que sentó desde la SU-327 de 1995 y adicionalmente se pronunció, aunque solo en sus consideraciones, sobre la posibilidad de que el principio de *non reformatio in pejus* se viera supeditado al principio de legalidad cuando la revisión se presentaba en el grado de consulta. La Corte analizó que "el principio de *non reformatio in pejus*, no puede condicionarse bajo la idea de que el grado jurisdiccional de la consulta lo desplaza, pues si bien es cierto, el legislador cuenta con un amplio espacio para regular el debido proceso, en el caso que nos ocupa, su intención, conforme quedó consagrado en los artículos 206, 217 y 227 del C.P.P. transcritos anteriormente, fue la de hacer operante dicha garantía, al disponer que la consulta tiene un alcance subsidiario."³⁰⁷

Así, para la Corte Constitucional durante la consulta puede aumentarse la pena únicamente si se cumplen dos presupuestos: i) que el Fiscal, el Ministerio Público o la parte civil hubieren interpuesto un recurso de apelación; y ii) que ningún sujeto procesal haya recurrido la sentencia y por ende el caso sea conocido por el superior en grado de consulta. De lo contrario, se estaría introduciendo una excepción a la norma consagrada en la Constitución que no estaba prevista en el artículo 31 y adicionalmente, cualquier otro argumento se

306 Ídem.

307 Ídem

vería desechado si se tiene en cuenta que en todo momento tiene aplicabilidad el principio de favorabilidad. Así, la Corte encontró que en este caso existió un defecto sustantivo y que por tanto procedía la acción de tutela solicitada. La Corte por tanto siguió la doctrina constitucional y adicionalmente presentó una primera posición en relación con la revisión en grado de consulta que tal como se verá sería desarrollado con posterioridad por esta institución.

No obstante, la decisión no fue unánime y los disidentes se hicieron sentir. Mediante salvamento de voto dos Magistrados se apartaron de la decisión argumentando que no procedía en un caso como éste la tutela contra sentencias, pues la supuesta vía de hecho por violación del debido proceso que se derivaba de los supuestos fácticos que se debatían en el caso, no implicaba un desconocimiento burdo de la ley que se evidenciara a simple vista. Según ellos “las solas divergencias interpretativas no pueden ser óbice para que un juez o tribunal, por la vía de la acción de amparo, desconozca los efectos de cosa juzgada de otra decisión judicial.”³⁰⁸

En efecto, el debate relacionado con la prevalencia del principio de legalidad vs. el de *non reformatio in pejus* constituye a juicio de los Magistrados una diferencia argumentativa, “[e]n relación con esta discusión, de vieja data otras corporaciones judiciales han mantenido posiciones interpretativas seriamente fundamentadas, y sostenidas durante largos años, que son contrarias a la que prohijó la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional en el presente caso. Incluso, dentro del mismo seno de esta Corporación, existe desde hace un tiempo esta divergencia de posiciones interpretativas respecto de la prevalente aplicación del principio de la no reformatio in pejus frente al de legalidad de la pena.”³⁰⁹ Para los Magistrados, el que existieran decisiones que privilegiaban el principio de legalidad significaba únicamente que se trataba de posiciones interpretativas que disentían de la posición mayoritaria de la Corte.

En efecto, los jueces que presentaron su salvamento disentían también de la posición mayoritaria y manifestaban que a su juicio la prohibición de *non reformatio in pejus* no obligaba al juez superior, cuando el inferior había violado el principio de legalidad. Más aún consideraron que para el caso del grado de consulta ésta constituye una garantía para los intereses

308 C.Const, SU-1722/2000, S.V. F. Morón Díaz, Tafur Gálvis y C. Pardo

309 Ídem.

superiores del Estado y el cumplimiento de la ley. La norma relacionada con el grado de consulta impone la condición de que el Ministerio Público, el Fiscal o la parte civil la hubieren recurrido para que pueda agravarse la pena, pero ello, en criterio de los Magistrados aplicaba únicamente cuando la pena había sido fijada dentro de los límites impuestos previamente por el legislador, “[p]or fuera de ellos, es obvio que la prohibición constitucional de la reformatio in pejus no tiene cabida, porque ello sería tanto como legitimar el proceder ilegal del inferior.”³¹⁰

Según los Magistrados que salvaron el voto, si bien reconocen la prohibición clara del artículo 31 de la Constitución, lo que hacen es circunscribir “sus efectos al caso en el cual la sentencia del juez *a quo* ha sido proferida respetando la ley. Pues la conclusión contraria llevaría a afirmar que la persona condenada con base en el desconocimiento de la ley, estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad.”³¹¹ Como es evidente, para la época la Corte Constitucional aún no lograba posicionar su sub-regla como “doctrina constitucional”.

Posteriormente, en el año 2002³¹² la Corte Constitucional conoció en sede de tutela el proceso de una persona que había sido condenada por el delito de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público. Luego de ser confirmada en su integridad la sentencia condenatoria, el procesado promovió un recurso extraordinario de casación a partir del cual la Corte Suprema desestimó las pretensiones de la demanda pero decidió, adicional a lo solicitado, casar parcialmente la sentencia de segunda instancia para aumentar la pena de prisión de 24 a 36 meses. La Corte Suprema argumentó que en efecto el *ad quem* había violado el principio de legalidad pues había desconocido los topes mínimos establecidos por la ley.³¹³

La Corte Constitucional analizó el tema a partir del desarrollo del principio de *non reformatio in pejus* y de cómo la apelación única del condenado limitaba la competencia funcional del juez. Para la Corte “[u]n entendimiento distinto de la institución, llevaría al condenado a tener que soportar el riesgo de un posible aumento de la pena impuesta en primera instancia, desestimulando

310 Ídem

311 Ídem

312 C.Const, T-082/02, R. Escobar.

313 Ídem.

su interés por recurrir y, en consecuencia, haciendo nugatorio el ejercicio de los derechos al debido proceso y a la defensa, proyectados por el artículo 29 Superior en la posibilidad que tiene todo sindicado “a impugnar la sentencia condenatoria.”³¹⁴ Manifestó además que la garantía que establece el principio de *non reformatio in pejus* debía cobijar también al Tribunal de Casación, puesto que de otro modo la ley habría hablado de fallador de segunda instancia únicamente y no de “superior” como lo dispone el artículo 31. En efecto, la prohibición se encuentra contenida además en las normas del Código de Procedimiento Penal que hacen referencia a éste en el grado de consulta.

No obstante lo anterior la Corte analizó de manera extensa los límites que dentro de la muy debatida doctrina constitucional se habían establecido a la prohibición de *non reformatio in pejus* y de manera particular, si se configuraba alguna excepción cuando el juez de primera instancia actuaba por fuera del marco legal aplicable. La Corte reconoció la diferencia que existía entre la posición que había venido sosteniendo esa corporación y la de la Corte Suprema al hacer explícito que ésta última “en su Sala de Casación Penal, viene sosteniendo que no se trata de un principio absoluto y que el mismo encuentra límites claros en otros principios como el de la legalidad de la pena (C.P. art. 29). En este sentido, afirma ese alto tribunal que la proscripción de la reforma en perjuicio del procesado o condenado, cuando éste actúa como apelante único, no puede convertirse en un obstáculo insalvable para el superior que pretende corregir los errores en que incurrió el *a quo* al momento de imponer la pena.”³¹⁵

El criterio de la Corte Suprema, que si se observa cuidadosamente coincide en algunos aspectos con el que habían sostenido en sus salvamentos de voto algunos magistrados de la Corte Constitucional, está fundado sobre la base de que “el superior funcional simplemente procede a corregir una manifiesta ilegalidad, sin que para ese momento preciso constituya obstáculo el principio de *non reformatio in pejus*, pues éste estaría en juego después de decantado su presupuesto lógico.”³¹⁶

Para la Corte Constitucional, lo que la Corte Suprema ha venido haciendo es aplicando el principio de *non reformatio in pejus* de manera

314 Ídem.

315 Ídem.

316 Ídem.

sistemática con el principio de legalidad de acuerdo con el cual el principio de legalidad puede ser modificado aún cuando ello perjudique al condenado, cuando la pena impuesta sobrepase los límites legales y afecte el interés público. En efecto la Corte Suprema venía modificando las sentencias condenatorias en las que había existido una violación de la legalidad de la pena aún cuando el condenado hubiere sido el único apelante. Pero la posición de la Corte Suprema, tal como se verá con posterioridad en esta línea, va más allá de la descripción que hace la Corte Constitucional pues realiza un llamado específico a la no validación de algo que es ilegal y cuestiona por tanto cuál debe ser el punto de partida a partir del cual se aplica el principio de *non reformatio in pejus*.

La Corte Constitucional en este caso, luego de revisar la “doctrina constitucional” sobre el tema y establecer que la aplicación del principio de *non reformatio in pejus* no admite excepciones, concluyó que “como intérprete autorizado de la Carta Política, discrepa abiertamente de la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto considera que ni el principio de legalidad de la pena, ni ningún otro principio procesal, constituyen un límite constitucional válido a la garantía prevista por el artículo 31-2 Superior.”³¹⁷ Para la Corte Constitucional ni la defensa del interés público, ni la garantía del principio del legalidad radican en o son atribuibles al condenado. El condenado no puede ser quien deba soportar la carga que se desprende del error del juez. Adicionalmente, como ya había sido mencionado en jurisprudencia anterior, el superior adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto.

Lo que resulta más interesante es el esfuerzo de la Corte Constitucional por recalcar la importancia de sus fallos y el valor que debería tener su jurisprudencia cuando precisa que “la posición asumida por esta Corporación en relación con el alcance del artículo 31-2 Superior, se convierte en criterio obligatorio para todas las autoridades judiciales a quienes les compete interpretar y aplicar la norma. Inicialmente, por cuanto la misma constituye doctrina constitucional integradora, emanada de la aplicación directa del propio Estatuto Superior. Pero además, por cuanto tales pautas de interpretación forman parte de una línea jurisprudencial uniforme y coherente que, por provenir del órgano de cierre de la jurisdicción y hacer parte de la *ratio decidendi* de sus fallos, funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.”³¹⁸

³¹⁷ Ídem.

³¹⁸ Ídem.

La Corte Constitucional se refirió de manera puntual al papel de la Corte Suprema en sede de Casación cuando alegó que cuando hay una diferencia entre la interpretación de una norma constitucional, prevalece el juicio de esta institución sobre el del juez ordinario. Según la Corte “los jueces que integran la jurisdicción ordinaria, dentro de los cuales se cuenta a la Corte Suprema de Justicia, están en la obligación de aplicar el principio de *non reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 31 de la Carta, de la forma en que éste resulte más garantista a los intereses jurídicos del condenado, por ser él quien detenta la titularidad del derecho subjetivo previsto en la norma.”³¹⁹

Así, la Corte Constitucional concluyó que ir en contra de lo dispuesto por ella en su papel de intérprete autorizado de la Constitución Política constituía una vía de hecho que puede ser recurrida a través de la acción de tutela. Es decir, que éste es uno de los casos en los cuales procede la tutela contra sentencias. En el caso particular que estudiaba la Corte Constitucional, ésta encontró que en efecto existió una vía de hecho puesto que la Corte Suprema no tenía competencia para aumentar la pena de quien actuó como apelante único y no sólo declaró nula la sentencia de la Corte Suprema sino que adicionalmente, le ordenó a esta entidad resolver de nuevo la casación interpuesta de acuerdo con los parámetros señalados y sin agravar la pena impuesta. Pero como se verá más adelante el tema todavía no era pacífico ni con la Corte Suprema ni con la totalidad de los Magistrados de la Corte Constitucional.

En igual sentido, en el año 2003³²⁰ la Corte Constitucional analizó un caso similar de un condenado por el delito de inasistencia alimentaria, a quien en segunda instancia le incrementaron la pena cuando apeló solicitando que le fuera tenido en cuenta el posterior cumplimiento de su obligación. El juez de segunda instancia arguyó que el juez de primera instancia al momento de tasar la pena había desconocido que el delito de inasistencia es de ejecución permanente y debía aplicar la norma que se encontraba vigente para tal conducta punible.

La Corte Constitucional recalcó que el principio de *non reformatio in pejus* constituye un derecho fundamental y que en esa medida configura un límite a la competencia del juez superior que decide la apelación y del poder

³¹⁹ Ídem.

³²⁰ C.Const. T-1186/03, J. Córdoba.

punitivo del Estado. Y en la medida en que constituye un derecho fundamental, su desconocimiento configura una vía de hecho y cobra vigencia la posibilidad de un amparo constitucional. Para la Corte “los desarrollos jurisprudenciales que se han hecho en esta Corporación se han orientado a afirmar el carácter de derecho fundamental de la prohibición de la reforma en perjuicio del procesado, a propiciar su defensa por vía de la acción de tutela y a afirmar su carácter de garantía plena.”³²¹ Lo anterior aplica no sólo en los casos en los que el condenado como sujeto procesal es apelante único, sino también en aquellos en los que el condenado es el único apelante en procesos que se encuentran sometidos al grado jurisdiccional de consulta.

La Corte Constitucional concluyó en este caso que “el proceso suministraba suficientes oportunidades para permitir la adecuación de la pena al principio de legalidad y para hacerlo sin que a favor del condenado surgiera el derecho a la proscripción de la reforma en perjuicio”³²² y decidió revocar la sentencia de segunda instancia y tutelar el derecho fundamental ordenando al juez no modificar la condena.

Si bien este fallo reafirma la jurisprudencia ya mencionada, agrega que el principio de *non reformatio in pejus* constituye un derecho fundamental cuando el condenado es único apelante. Según la Corte ello explica que se convierta en un límite para la competencia del superior y para el poder punitivo del Estado pero adicionalmente, supone que su violación configure una vía de hecho y dé lugar al amparo del derecho violado por vía de tutela.

Como se observa la Corte Constitucional mantenía para entonces una línea coherente y clara según la cuál debía privilegiarse el principio de *non reformatio in pejus* cuando el condenado era último apelante. Adicionalmente, en la medida en que estableció que la conclusión contraria constituía una vía de hecho del juez, determinó que una decisión contraria a su doctrina constitucional podía ser modificada por vía de tutela, obligando así al juez ordinario a seguir su doctrina constitucional. Sin embargo las posiciones diversas sobre el tema sobrevivieron incluso a esta imposición de la Corte Constitucional y a su forzada obediencia por parte de la Corte Suprema.

321 Ídem.

322 Ídem.

3.4 Cuando la Corte Suprema de Justicia decidió obedecer la doctrina constitucional

En el 2004³²³, la Corte Suprema conoció un caso en el que una persona había sido acusada por el delito de peculado por apropiación y años después mediante la resolución calificatoria de segunda instancia la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá había adicionado la acusación por el delito de falsedad material de servidor público en documento público.

Sorpresivamente la Corte Suprema concluyó que el fiscal *ad quem* no estaba habilitado para revisar una decisión sin limitación alguna, cuando se trataba de un único apelante y que a éste aplicaban las mismas condiciones del *non reformatio in pejus*, según las cuales su competencia estaba restringida por el interés del único apelante, quien contaba con la potestad para impugnar todos aquellos aspectos que le fueran desfavorables. No obstante, en este caso la Corte Suprema encontró que la decisión no podía limitarse a excluir el delito de falsedad no contemplado en su momento por el juez de primera instancia, pues la decisión que quedaría en firme sería a todas luces irregular. En este sentido la Corte decidió casar parcialmente el fallo declarando la nulidad parcial de lo actuado y ordenando compulsar copias a la Fiscalía General para que analizara y decidiera en debida forma la eventual participación del procesado en el delito de falsedad en documento público.

Se observa entonces que la Corte Suprema llegó a la misma conclusión que la Corte Constitucional pues pese a que evidenció una ilegalidad en la calificación de la pena fue cuidadosa de no llegar a una decisión que pudiese, al menos de manera directa, producir una reforma en peor en contra del condenado. No obstante, la Corte Suprema consideró que existía una irregularidad y que le correspondía al juez de segunda instancia no dejarla pasar, sólo que para ello el mecanismo utilizado era declarar la nulidad. A esta alternativa se le ha conocido también como *reformatio in pejus* indirecta. Así las cosas, si bien la Corte Suprema tuvo en cuenta la doctrina establecida por la Corte Constitucional, llegó a una conclusión en este caso que difiere de esa doctrina y que resultaría incluso contraria.

323 CSJ, S.Penal, 25/03/04, r20398, JA. Gómez.

Posteriormente, en el 2005³²⁴ la Corte Suprema conoció un caso de un homicidio en una riña callejera que se produjo en un establecimiento de consumo de licor en el sur de Bogotá, como consecuencia del desacuerdo por el pago de una botella de aguardiente. En la medida en que existía una irregularidad en la tasación de la pena en relación con los mínimos establecidos por ley y con el fin de conjurar la violación al principio de legalidad que podría desprenderse de ello, el Ministerio Público le solicitó a la sala la casación oficiosa con el fin de restablecer la legalidad. La Corte Suprema introdujo un nuevo argumento para defender su posición a partir del cual admitir por vía de una sentencia que un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos o inferiores a los mínimos, representaría una violación a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal.

No obstante sus consideraciones, la Corte Suprema consideró que “la nueva visión del instituto por parte de la Corporación también debe aparejar la expresión de un argumento en contra de lo que se venía sosteniendo.”³²⁵ La Corte reconoció la posición de la Corte Constitucional según la cual la decisión del juez de segunda instancia que modifica por el error inicial del juez no podía convertirse en una carga asumida por el condenado y en esa medida consideró que se veía obligada a replantear su posición. Lo que llama la atención es el argumento bajo el cual justifica el cambio jurisprudencial, pues no lo hace por seguir la doctrina constitucional sobre el tema.

Para la Corte, el sistema penal acusatorio y la limitación de la casación y de la actuación de oficio del juez penal, constituyeron cambios radicales que la obligaron a modificar su jurisprudencia. Argumentó que la tendencia acusatoria otorgó un papel más imparcial e independiente al juez, lo que implicó que éste debiera desprenderse de muchas de las atribuciones que tenía entre las que se encontraban las que le correspondían en virtud del carácter inquisitivo del sistema. De ahí que correspondiera a la Fiscalía y al Ministerio Público y no al juez ejercer los medios de impugnación correspondiente cuando se viera vulnerado el régimen legal.

La Corte Suprema concluyó entonces que variaría “su tradicional y mayoritaria posición para adoptar la tesis explicada a lo largo de esta

324 CSJ, S.Penal, 18/05/05, r22323, A. Gómez.

325 Ídem.

providencia, esto es, la del respeto pleno de la prohibición a la reforma en peor cuando el condenado sea recurrente único, desde luego que conservando plena validez y aplicabilidad la amplitud que de este concepto ha adoptado la jurisprudencia, conforme se explicaba folios atrás.”³²⁶

La Corte Suprema advirtió que “la nueva legislación gradualmente vigente en el país (art. 20 L 906/04) amplía mucho más el espectro y alcance de la prohibición para recoger alrededor de sí a todos los intervinientes en la actuación cuando tengan la calidad de único recurrente vertical.”³²⁷ Según ésta, el nuevo Código de Procedimiento Penal es una regulación novedosa y mucho más generosa en su alcance protector puesto que no limita el campo de la prohibición solo a la sentencia, el condenado o la pena “sino que lo extiende a cualquier providencia susceptible del recurso vertical y además a cualquier sujeto procesal bajo la condición que ostente la calidad de apelante único.”³²⁸

Sin embargo, resulta paradójico que un cambio de este tipo se justifique únicamente en la existencia de una nueva (no tan diferente de la anterior para estos efectos) ley de procedimiento penal. La Corte Constitucional venía argumentando ya en su jurisprudencia desde el año 1995 que la suya era doctrina constitucional que obligaba al juez ordinario. Así, cabe preguntarse cómo es que la supuesta novedad que introduce la Ley 906 de 2004 tuvo más peso para la Corte Suprema que la doctrina constitucional de la Corte Constitucional.

El desacuerdo con esta decisión de la Corte Suprema no se hizo esperar y frente a esta sentencia varios Magistrados salvaron parcial o totalmente su voto. Un primer salvamento de voto³²⁹ recalcó la importancia de la legalidad y su valor dentro del orden constitucional que rige un Estado Social de Derecho en el que “constituye un imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico por todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.”³³⁰

Según ese salvamento de voto, no es aceptable en un Estado de Derecho que se cumplan decisiones que son arbitrarias o en otras palabras

326 Ídem.

327 Ídem.

328 Ídem.

329 CSJ Penal, 18/05/05, SV. S. Espinoza.

330 Ídem.

decisiones que han sido adoptadas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución. El argumento es entonces similar al que se ha visto con anterioridad en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en los salvamentos de voto de la Corte Constitucional y consiste en afirmar que “frente a una decisión que se aparta del contenido de la ley, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues la legalidad no se agota en la recordada perspectiva de la protección del procesado en un determinado caso, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley a fin de que el Estado, a través de sus operadores de justicia no pueda sustraerse de los marcos señalados por el legislador para regular las distintas situaciones jurídicas.”³³¹ Pero adicionalmente el Magistrado plantea un crítica fuerte a la jurisprudencia sobre el tema cuando afirma que “[l]a garantía que implica la prohibición de la *reformatio in pejus* no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por encima de la ley, pues si la Constitución reconoce una garantía como ésta, es porque parte de la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica.”³³²

Para el Magistrado, en circunstancias de este tipo no cabe duda que al juzgador de segunda instancia le corresponde restaurar la legalidad de la ley. Es curioso ver cómo se trata del mismo argumento relativo a la incompetencia de los jueces pero aplicado en este caso para argumentar que es precisamente la competencia de los jueces la que les permite únicamente obrar dentro del marco del derecho. Así, el Magistrado concluye afirmando que a juicio suyo “la prohibición de la *reformatio in pejus* no obliga al juez de segunda instancia cuando el inferior ha fijado la pena violando el principio de legalidad, pues una conclusión contraria llevaría a afirmar que la persona condenada con base en el desconocimiento de la ley, estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad, lo cual, como se acaba de ver contraría los fines propios de un Estado de Derecho.”³³³ Como se observa, se plantea una crítica adicional a los incentivos perversos que puede traer la concepción del *non reformatio in pejus* como un derecho absoluto para el abuso del derecho.

En igual sentido frente a esta sentencia se presentó una aclaración de voto³³⁴ afirmando que este tipo de decisiones dejaban abierto el

331 Ídem.

332 Ídem.

333 Ídem.

334 CSJ, S.Penal, 18/05/05, AV. A. Pérez.

camino para que se lleven a cabo *reformatio in pejus* indirectas, esto es a través de la declaración de nulidad. En efecto, no es claro a partir del fallo si ésta es una opción a la que no puede recurrir el juez en virtud de la alegada primacía de la prohibición de *non reformatio in pejus*. De igual modo el Magistrado consideró que no era necesario recurrir a la nueva legislación, como en efecto lo hacía la sentencia, pues la nueva no era siquiera más favorable, la prohibición de carácter abierto estaba consagrada de este modo desde la Constitución Política de 1991.

En el 2006³³⁵ la Corte Suprema profirió un fallo que vale la pena mencionar pues suscita una pregunta importante para el tema que se debate. Se trata de un condenado por el delito de inasistencia alimentaria que al recurrir como apelante único a la segunda instancia vio modificado su fallo en condiciones desfavorables, puesto que el juez consideró que se había infringido el principio de legalidad al no cumplir con los topes mínimos establecidos por el Código del Menor al momento de tasar la pena. Teniendo en cuenta que se trata de un delito de carácter permanente le serían aplicables las disposiciones vigentes del Código del Menor. No obstante, de aplicarse el principio de favorabilidad el Código Penal aparecería como más conveniente tanto así que excluiría la sanción privativa de la libertad y dejaría únicamente la pecuniaria.

El análisis de la Corte Suprema en este caso es similar a los recientes y reduce el tema a la imposibilidad de vulnerar el principio de *non reformatio in pejus*. No obstante, las circunstancias merecen una reflexión adicional si se piensa que el único derecho individual involucrado no es el del procesado, está también siempre el derecho de la víctima. En el presente caso, por tratarse de un menor de edad valdría la pena pensar si la protección constitucional especial que le da su condición no cambia en algo la protección absoluta que el *non reformatio in pejus* da al procesado. El menor de edad, además de ser un sujeto de especial protección constitucional es una víctima con derechos a la justicia, la verdad y la reparación.

En efecto, algunos de los Magistrados manifestaron su disenso con la posición mayoritaria de la Corte. En uno de los salvamentos de voto³³⁶ el Magistrado Espinoza advirtió que sin desconocer el alcance del artículo 31

335 CSJ, S.Penal,30/03/06, r22813, A. Pérez.

336 CSJ, S.Penal, 30/03/06, r22813, SV. S. Espinoza.

de la Constitución Política, ésta no podía constituir en ningún momento un pretexto que justificara la aplicación por parte de un juez de la República de una ley inexistente. Según él, “cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, o una de las prohibidas constitucionalmente, o se dejó de aplicar la legalmente prevista, o se tasó por fuera de los límites previstos en la ley, se encuentra en la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente; deber que ha de cumplir el juez de segunda instancia y con mayor celo el de casación, por cuanto una de sus finalidades fundamentales es garantizar la legalidad del proceso.”³³⁷

Un segundo salvamento de voto³³⁸ presenta argumentos adicionales para alegar que el principio de legalidad debe prevalecer sobre el de *non reformatio in pejus*. Y el tercer salvamento de voto³³⁹ de este caso alega que el principio constitucional de la *non reformatio in pejus* no puede convertirse en una excusa o justificante para generar una excepción al principio de legalidad que en tanto regla general es inamovible. Según este último, los casos en los que se produce una violación de la ley penal no pueden ser ignorados por el juez de segunda instancia. La preeminencia del *non reformatio in pejus* implica reducir el principio de legalidad hasta un punto a partir del cual se tolere la imposición de una sanción que desconoce la legalidad y por lo mismo, la aceptación de una decisión que por su ausencia de legalidad resulta injusta.

En un caso similar en 2008³⁴⁰ la Corte Suprema siguió la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional revocando la pena adicional establecida por el juez de segunda instancia en un caso de dos miembros de la Fuerza Pública a quienes no les fue incluida dentro de la pena impuesta por falsedad ideológica en ejercicio de funciones en concurso homogéneo y sucesivo, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas. No obstante los salvamentos de voto presentados frente a esta decisión indican que la posición disidente para entonces seguía firme.

Un primer salvamento de voto³⁴¹ estableció que los principios constitucionales no tienen carácter absoluto. Según el Magistrado Ramírez al

337 Ídem

338 CSJ, S.Penal, 30/03/06, r22813, SV. Y. Ramírez.

339 CSJ, S.Penal, 30/03/06, r22813, SV. JL. Quintero.

340 CSJ, S.Penal 08/04/08, r28277, A. Ibáñez.

341 CSJ, S.Penal 08/04/08, r28277, SV.Y. Ramírez.

principio de *non reformatio in pejus* se le ha dado un alcance equivocado que lleva a que en algunos casos se lleve a proteger un derecho que en la medida en que está fundamentado en una actuación ilegal de un juez, es inexistente. Pero adicionalmente puede generar el incentivo perverso de llevar a otros a reclamar un trato igual por parte del juez.

De otra parte y aún cuando llama la atención que este tema se traiga tan tarde a la discusión, este Magistrado advirtió que no tiene razón de ser pensar que el principio de *non reformatio in pejus* prevalece aún por encima de los derechos de las víctimas. Así, el Magistrado recalcó que “[l]a intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica –como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial– a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso expedito a la justicia, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”³⁴² A juicio de este Magistrado los principios de legalidad e igualdad y los derechos de las víctimas son superiores y se deben aplicar de manera prevalente sobre el de *non reformatio in pejus*. Privilegiar los derechos de las víctimas por encima del *non reformatio in pejus* sería justificable bajo un test de ponderación, pues en ocasiones podrá resultar adecuado, necesario y proporcional.

Mediante otro salvamento de voto ³⁴³ uno de los magistrados de la Sala advirtió nuevamente que la prohibición de no reforma en peor no puede de ningún modo regir frente a una sentencia que ha fijado la pena violando el principio de legalidad puesto que el condenado “estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad, lo cual, como se acaba de ver contraría los fines propios de un Estado de Derecho.”³⁴⁴ Un tercer Magistrado salvó parcialmente su voto³⁴⁵ en rechazo a la decisión de casar el fallo y privilegiar el principio de *non reformatio in pejus*.

342 Ídem.

343 Ídem.

344 Ídem.

345 CSJ Penal, 13/05/09, r31148, M. Lemus y A. Ibáñez.

Finalmente, y solo con el fin de ilustrar que el debate jurisprudencial frente al tema sigue vigente hoy, vale la pena hacer referencia a un fallo de 2009³⁴⁶ mediante el cual la Corte Suprema decidió un caso similar privilegiando el principio de *non reformatio in pejus*. Si bien el fallo no tiene mayores aspectos para destacar, vale la pena observar cómo 8 magistrados presentaron un salvamento parcial de voto manifestando su desacuerdo con que el principio de *non reformatio in pejus* prevalezca sobre el de legalidad.⁸

346 CSJ Penal, 13/05/09, S.V, JL. Bustos et.al.

4. CONCLUSIONES

Cualquier conclusión a la cual se pueda llegar por medio de esta línea jurisprudencial debe tener como punto de partida dos premisas claras: i) que no existe una visión unificada entre el juez constitucional y el juez penal, y ni siquiera al interior de cada una de las altas Cortes; y ii) que si bien lo ha logrado en la forma, en lo sustancial, la Corte Constitucional no ha conseguido hasta el momento convencer con su doctrina constitucional sobre el tema.

Los argumentos de cada lado son fuertes y utilizan los mismos fundamentos. El Estado de Derecho, la Constitución Política, los derechos fundamentales y la vía de hecho son al mismo tiempo argumentos para justificar que el principio de legalidad se aplique por encima del de *non reformatio in pejus* y viceversa. El juez penal se aferra fuertemente al argumento de legalidad mientras que el constitucional defiende con las uñas lo que considera son los derechos del procesado, bajo el manto del debido proceso y los derechos fundamentales.

No obstante, algunos de los argumentos llaman la atención porque han estado casi ausentes del debate: i) el papel de la víctima y sus derechos, también fundamentales, también relacionados con la justicia dentro del proceso penal; ii) el derecho a la igualdad, que se menciona apenas en algunos salvamentos pero que puede cambiar totalmente la visión del problema; y iii) la opción de decretar la nulidad o la *reformatio in pejus* indirecta.

Por momentos parece que la Corte Constitucional concentra todos sus esfuerzos en lograr la obligatoriedad de su doctrina constitucional, mientras que los Magistrados de la Corte Suprema se dedican a repetir fallo tras fallo su desacuerdo y su posición sobre el tema. El debate, no obstante, parece haberse estancado.

Así, si la Corte Constitucional quiere defender su posición debe responder primero en qué lugar de toda la discusión están los derechos de las víctimas y por qué no se vulneran cuando se deja vigente un fallo en el que se condena al perpetrador por un tiempo inferior al mínimo legal. Y si es que sí se vulneran, por qué los derechos del procesado tienen más peso. Pero además

debe la Corte responder cómo es que se justifica, bajo el derecho a la igualdad, que unas personas sean condenadas a penas inferiores al mínimo legal y otras dentro de lo establecido para las mismas circunstancias, y en igual sentido, qué ocurre si un ciudadano se acerca a reclamar para él lo que el ordenamiento jurídico le asignó a otro como si hubiere sido legal. Finalmente, debe la Corte Constitucional pronunciarse sobre la posibilidad de hacer una reforma en peor indirecta a través de la declaratoria de nulidad. Y si ello no es viable, y si ello viola también el principio de *non reformatio in pejus*, le corresponde a la Corte Constitucional, en calidad de intérprete y garante de la Constitución Política, argumentar por qué un juez no puede/debe declarar nula una sentencia que no se ajusta a los presupuestos legales.

Y es la Corte Constitucional la que debe pronunciarse porque los Magistrados de la Corte Suprema con sus innumerables salvamentos de voto, inquietudes y aclaraciones no han logrado cambiar los fallos obedientes de la Corte Suprema que se limitan ahora a seguir la doctrina constitucional de la Corte Constitucional, aún cuando en algunos casos el cuerpo de la sentencia pareciera llevar a otro resultado.

Finalmente, hay un aspecto que se menciona tímidamente en algunos de los salvamentos pero que requiere más atención. ¿Qué incentivos genera la aplicación absoluta del *non reformatio in pejus*? ¿En qué medida lo que hace es blindar al procesado y cómo puede ello derivar en abuso del derecho? Es determinante que la Corte Constitucional incorpore el análisis de estos temas en su jurisprudencia si pretende lograr que la jurisdicción ordinaria siga obedeciendo la doctrina constitucional al respecto.

