

Proceso No 19094

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado acta # 34

Bogotá D.C., mayo cuatro (4) de dos mil cinco (2005).

VISTOS:

Resuelve la Sala la solicitud de revocatoria de la detención preventiva presentada por el defensor del procesado LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA.

ANTECEDENTES:

1. El Fiscal General de la Nación, mediante providencia del 29 de noviembre de 2001 y en relación con hechos sucedidos entre diciembre de 1998 y enero de 1999, acusó al mencionado, ex-Gobernador del Departamento del Chocó, por varias conductas punibles de prevaricato por acción. Adicionalmente decretó en su contra la detención preventiva debido a que por ese delito procedía esa medida en concordancia con el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal de 2000, no le concedió libertad provisional y ordenó su captura¹.
2. Ejecutoriado ese pronunciamiento la actuación fue remitida a la Corte y en la actualidad está pendiente la celebración de la audiencia pública.

LA SOLICITUD:

Se encuentra apoyada en las siguientes razones:

1. El artículo 357 del Código de Procedimiento Penal de 2000 relaciona el prevaricato por acción como uno de los delitos en los que es procedente la detención preventiva.
2. La ley 906 de 2004 estableció en el artículo 313 la viabilidad de esa medida de aseguramiento frente a los delitos de competencia de los Juzgados Especializados, los descritos en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal y aquellos investigables de oficio cuya pena sea o exceda de 4 años.
3. El prevaricato por acción imputado al procesado tiene prevista como pena 3 a 8 años de prisión y, en consecuencia, no es susceptible de detención preventiva de acuerdo con la nueva ley procesal, que en el punto que interesa es de contenido sustancial y resulta aplicable en virtud del principio de favorabilidad.
4. En un escrito complementario el abogado insiste en su petición de revocatoria de la detención preventiva, ésta vez apoyado en la idea de que se debe aplicar a la actuación el artículo 313 de la ley 906 de 2004 en razón del valor constitucional de la igualdad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. No está en discusión que el procedimiento por el cual se debe seguir y finalizar la presente actuación es el previsto en la ley 600 de 2000, simplemente porque el regulado en la ley 906 de 2004 sólo es aplicable a delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales donde empezó a regir el sistema acusatorio, esto es, en Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, según se definió en los artículos 5º transitorio

del Acto Legislativo 3 de 2002 y 530 de la ley 906 de 2004.

2. El numeral 2º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal de 2000 dispone la procedencia de la detención preventiva para el delito de prevaricato por acción, medida con la que la Fiscalía General de la Nación afectó al procesado sobre la base de haber encontrado reunidos los requisitos probatorios para hacerlo.

Y la conducta punible de prevaricato por acción, según los artículos 149 del Código Penal de 1980 (modificado por el 28 de la ley 190 de 1995) y el 413 del Código Penal de 2000, tiene sanción de prisión de 3 a 8 años.

3. El artículo 313 de la ley 906 de 2004 estipula que procede la detención preventiva, siempre y cuando se cumpla alguno de los tres requisitos relacionados en el artículo 308 ibídem, en los siguientes eventos:

“1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

“2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

“3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal² cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

4. La pena del delito de prevaricato por acción, incrementada en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, conforme lo ordenó el legislador en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, reformativa del Código Penal, quedó fijada entre 4 y 12 años de prisión, lo cual traduce que en el nuevo sistema penal acusatorio, el citado delito es susceptible de detención preventiva, como igual sucede –y quedó atrás dicho— frente al régimen de ley 600 de 2000, articulada con la 599 de ese año.

Así las cosas, pese a que la nueva ley no eliminó la detención preventiva para el delito por el cual se dictó esa medida de aseguramiento al procesado, es procedente la aplicación de los requisitos en ella consagrados para dictarla, a casos que se tramitan por la ley 600 de 2000, en virtud del derecho constitucional de favorabilidad invocado por el defensor, que se reconocerá en el presente caso luego de los planteamientos que enseguida se expresan:

5. Es propio de una sociedad en cambio característica de regímenes democráticos, la existencia de ordenamientos jurídicos de carácter dinámico que implican evolución materializada en sucesión de leyes, las que tienen existencia y aplicación durante el período de su vigencia que abarca desde la promulgación hasta la derogación, y en donde el principio de irretroactividad es manifestación del de legalidad penal, máxima expresión de la seguridad jurídica, sólo a ceder por la aplicación retroactiva o ultraactiva de norma de similar estirpe más favorable.

6. Dígase también que en el propósito de esclarecer el sentido de una norma, es indispensable la hermenéutica de su exégesis pero, además, su interpretación finalista y sistemática en la que resulta importante el espíritu del constituyente y del legislador, la fuerza de la razón y, en el campo ya de la praxis judicial, los moduladores de su actividad (art. 27 cpp-2004), especialmente el de la ponderación³ “para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

7. Colombia quiso adoptar un sistema de gestión de procesos penales de corte acusatorio a nivel de Constitución Política fijándole marcos precisos en tiempo (a partir del 1º de enero de 2005) y espacios (en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira), traducidos a lenguaje de gradualidad en su vigencia dando lugar a un trato diferente pero no discriminante (mucho menos discriminante peyorativo) y

conocido por todos los residentes en el país⁴, y que el Tribunal Constitucional declaró exequible con la modulación de su aplicación irretroactiva⁵ entendida en lo atinente a lo vertebral de la nueva sistemática que, además, por su rango resulta invulnerable a cualquier pretensión legal de decaimiento.

8. El principio general señala que el mandato constitucional debe ser desarrollado por la preceptiva legal correspondiente⁶ y por eso la articulación dinámica de ese sistema dice que lo integran las normas del Acto Legislativo 03 de 2002 y las leyes dictadas para su funcionamiento, además de la infraestructura necesaria para su implementación, conforme lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-873 de 2003. Y el método de su implantación o dinámica del proceso mediante el cual se deberá dar eficacia jurídica y social a la reforma constitucional, fue el de la gradualidad (art. 5º transitorio del Acto Legislativo), medida de política criminal –como la calificó el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento atrás citado— que lleva a tres etapas distintas:

“(i) Entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1º de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1º de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en ‘plena vigencia’ el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país”⁷.

Así, pues, la Enmienda Constitucional existe y cobró vigencia –rige— a partir de su aprobación en diciembre de 2002, aunque su eficacia jurídica⁸ o aplicación la moduló el Constituyente en el sentido de que si bien comenzaría a surtir efectos jurídicos inmediatos en relación con la conformación de una comisión encargada de preparar los proyectos de ley necesarios para desarrollarla y el establecimiento de las fechas de inicio y culminación de su implementación, otros efectos fueron diferidos

en el tiempo, como la desaparición del anterior sistema procesal, o excluidos, como es el caso de la prohibición expresa de aplicar el nuevo sistema a hechos anteriores al 1º de enero de 2005.

Es claro, entonces, que el Acto Legislativo 03 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal de 2004 sólo son aplicables en los Distritos Judiciales donde se introdujo el sistema acusatorio el 1º de enero de 2005 y respecto de delitos cometidos a partir de esa fecha, mientras que en los demás, rigen la ley 600 de 2000 y el Código Penal del mismo año.

9. La anterior conclusión no significa descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la ley 906 de 2004, y en particular las que versan sobre el derecho a la libertad (v. gr.: medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados), sean aplicadas en razón del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la ley 600 de 2000, en virtud de la resolución judicial de la antinomia de los principios constitucionales de la gradualidad, tan en la base de la eficacia del nuevo sistema, y de la favorabilidad, a través del núcleo esencial más fuerte⁹ del último.

Al revisar las Actas de la Comisión Constitucional Redactora¹⁰ y el debate que tuvo lugar en el Senado de la República el 26 de mayo de 2004 sobre el artículo 6º de la nueva ley procesal (“legalidad”) y más puntualmente sobre su inciso 311, las intervenciones del Fiscal General de la Nación evidencian que la idea de su proposición estuvo orientada a evitar la “combinación” de los sistemas procesales y más exactamente la posibilidad de aplicar normas del nuevo de efectos sustanciales —en ningún caso el sistema propiamente dicho— a procesos gobernados por la ley anterior, y las de varios legisladores su convicción sobre la circunstancia de que pese a una disposición como esa, no podría evitarse la aplicación del principio constitucional de favorabilidad.

El Senador Rodrigo Rivera Salazar, por ejemplo, señaló:

“Yo había planteado ayer una inquietud que no fue respondida en relación con el inciso final del artículo sexto donde dice: las disposiciones de éste Código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y juzgamiento de los delitos ocurridos con posterioridad a su vigencia.

“Ese inciso entiendo que tiene la sana intención de evitar el principio de favorabilidad en relación con los institutos de esta legislación que puedan resultar más favorables que los actualmente vigentes, en algunos casos específicos, por eso le pedimos ayer a la Fiscalía que si tenía alguna especie de inventario, de paralelo que nos permitiera comparar instituciones actualmente vigentes con las del nuevo Código para ver respecto de cuáles podría predicarse un criterio de favorabilidad, para estar bien advertidos de dónde abogados nos van a plantear esa clase de peticiones.

“En la opinión que quiero también que la responda la Fiscalía, en la opinión de que este inciso final no alcanza por ser de raigambre legal, a desvirtuar el principio de legalidad que está contenido en la Constitución y que es de raigambre constitucional y que se predica no solamente frente a normas sustanciales, sino incluso frente a normas procedimentales que tienen efectos sustanciales.

“Entonces repito, creo que hay buena intención en el inciso, pero me parece que es una norma inocua y si es inocua, quiero que lo digamos claramente, porque pues sobraría esa redacción y si es inocua y tengo razón es esta aseveración, creo que es responsable y prudente que desde ya seamos previsivos en torno a cuáles van a ser las instituciones frente a las cuales nos van a presentar memoriales para aplicar el principio de favorabilidad constitucional”¹².

Si bien en una prédica posterior el Senador Héctor Helí Rojas, también partidario de eliminar el inciso aunque por otra razón, descartó la favorabilidad como escenario

posible debido a que en ningún momento habría sucesión y coexistencia de leyes pues cada Código regiría casos diferentes, lo cierto es que tenían razón quienes advirtieron sobre la aplicación inevitable del principio constitucional de favorabilidad de normas sustanciales o procesales de efectos sustanciales de la nueva ley de procedimiento penal a casos en los que no es aplicable el nuevo modelo procesal, siempre y cuando no formen parte de instituciones características del sistema acusatorio como pasa con el principio de oportunidad.

9.1. Según el artículo 29 de la [Constitución Política](#)

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Tradicionalmente se ha entendido que la aplicación de la favorabilidad penal en su especie clásica, supone sucesión de leyes, que es como en condiciones normales éstas son reemplazadas por otras que las derogan, adicionan o modifican.

Pero la puesta en marcha del sistema acusatorio se decidió hacerla paulatinamente, en concordancia con el programa de implantación previsto en el artículo 530 de la ley 906 de 2004. Y eso condujo a una situación muy particular, exótica si se quiere, en la cual coexisten dos procedimientos distintos y excluyentes que se aplican en el país según la fecha y el lugar de comisión del delito: el anterior, a casos por conductas realizadas antes del 1º de enero de 2005 o a partir de esta fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio; y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales semillas seleccionados para que funcione ese sistema.

Frente a los primeros rige la ley 600 de 2000, sin que pueda desconocerse por ese hecho la existencia de una ley procesal posterior que no se aplica debido a la novedosa fórmula que se adoptó para introducir el sistema acusatorio, pero que podría

contener normas sustanciales o procesales de efectos sustanciales favorables al procesado de obligatorio reconocimiento según el artículo 29 Superior que autoriza en materia penal la aplicación de normas que benefician la situación del procesado aunque no hubiesen regido en el trámite del proceso.

9.2. Esa interpretación es la que permite comprender la aplicación del principio de favorabilidad por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, facultad consagrada en el artículo 79-7 del Código de Procedimiento Penal de 2000 y en el 38-7 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en los siguientes términos:

“Conocen de la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la acción penal”.

Esa competencia, frente al problema que se estudia, no la podrían ejercer dichos funcionarios si la solución se plantea desde un instituto distinto a la favorabilidad, y convierte la posibilidad de aplicar en virtud de ese principio normas de la ley 906 de 2004 a actuaciones que se rijan por la ley 600 de 2000, en la única que permitiría la labor del Juez de Penas frente a eventuales hipótesis de favorabilidad sustancial que quepan en cualquiera de las posibilidades a que se refiere la norma atrás transcrita.

10. En conclusión: las normas que se dictaron para la dinámica del sistema acusatorio colombiano, 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 de que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos.

No se puede eludir la aplicación del principio, por ejemplo, a situaciones en las cuales la

ley 906 de 2004 no contempla privación de la libertad en cierto caso mientras que la ley 600 sí, o en eventualidades en las que la primera consagra bajo determinadas condiciones la libertad provisional y en presencia de las mismas la segunda la niega.

11. En el caso que resuelve la Corte, al establecerse que la conducta punible de prevaricato por acción imputada tiene prevista pena de prisión de 3 a 8 años y que el artículo 313-2 de la ley 906 de 2004 fijó como requisito de procedencia de la detención preventiva en los delitos investigables de oficio que el mínimo de la pena prevista en la respectiva disposición sea o exceda de 4 años, es claro que ésta norma resulta aplicable al caso examinado en virtud del principio de favorabilidad penal y que, por lo tanto, debe accederse a la petición inicial de la defensa.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

REVOCAR la detención preventiva dictada al procesado LUIS GILBERTO MURILLO URRUTIA y, como consecuencia, disponer la cancelación de las órdenes de captura expedidas en su contra en el presente proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Aclaración de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
TRUJILLO

ÉDGAR LOMBANA

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
PORTILLA

MAURO SOLARTE

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, me permito expresar las razones que me llevaron a aclarar el voto en el proceso de la referencia.

Tal y como lo puse de presente en el curso del debate, comparto la decisión mayoritaria de abrirle la compuerta a la favorabilidad para la aplicación de normas sustanciales benignas del nuevo sistema procesal (Ley 906 de 2004) a casos no cobijados por su vigencia, y aunque coincido en términos generales con el criterio de interpretación adoptado en la decisión mayoritaria, considero necesario aclarar mi voto para exponer una visión omnicomprensiva del fenómeno desde una perspectiva constitucional.

1. Cuestiones preliminares:

1.1. Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho.

La auto-organización, como fuente de legitimidad del poder y del derecho, se visualiza de manera nítida en el acto constituyente. En este acto, el pueblo de manera soberana decide organizarse jurídica y políticamente, estableciendo el modelo de Estado

que mejor condiga con las aspiraciones comunes de sus miembros; decisión que se plasma en una norma que tiene el carácter de fundacional y fundamental a la vez, por conciliar en ella todo el plan de vida que el grupo social acordó realizar.

Bajo este entendimiento, el constituyente, en la reforma a la Carta de 1991, optó por la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, como modelo de Estado. Por su relevancia práctica, conviene precisar que la expresión “Estado de Derecho” puede ser conceptualizada desde una doble perspectiva, con resultados diametralmente opuestos o al menos inconciliables. Así, desde una primera postura, es aquel modelo de Estado en el que impera la ley, o en el que rige formalmente el principio de legalidad o que funciona a través de los cauces establecidos por la legislación vigente. De tal forma, todo Estado sería de Derecho por el sólo hecho de que la actividad estatal se desarrolle bajo cánones legales. Esta noción reduciría el concepto Estado de Derecho a un simple sistema normativo, sin ninguna vinculación a principios y valores fundamentales.

Desde una segunda perspectiva, el Estado de Derecho no sólo se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al ordenamiento jurídico vigente, sino por su vinculación a un ordenamiento superior en que se consagran y garantizan unos valores (derechos y libertades públicas) que se consideran básicos para la convivencia humana y la consecución de la paz social.

Esta noción de Estado de Derecho, responde a una determinada concepción filosófica del hombre y de la comunidad política -el Estado como ente racional al servicio del individuo- que se constituye en un sistema de vida en libertad, que se configura bajo la idea de: i) separación de los poderes estatales; ii) sometimiento de todos los poderes al orden constitucional y a las leyes; iii) sujeción de la administración a la ley y control judicial; iv) reconocimiento jurídico de una serie de derechos, libertades y garantías fundamentales.

Esta segunda noción es la que guarda compatibilidad con el modelo diseñado por la reforma de nuestra Constitución, pues el punto básico del Estado “Social” de Derecho estriba en la protección real de los derechos constitucionales; lo que significa que el legislador a tiempo de crear normas legales, debe precautelar que éstas no menoscaben los derechos y garantías fundamentales, aspecto fundamental cuando se legisla en materia penal.

Por lo tanto, el cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (artículo 2º de la Carta), presupuso la renuncia a teorías absolutistas sobre la autonomía legislativa en materia de política criminal.

“La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”¹³.

1.2. El principio de favorabilidad y sus alcances constitucionales.

La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo que aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional como parte esencial del debido proceso, en los siguientes términos:

“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”.

Corresponde por tanto, por su pertinencia, establecer cuáles son los alcances que la Constitución le asigna al mismo.

Pero antes, es necesario aclarar que aunque el concepto “derecho penal”, en sentido amplio, es comprensivo del sistema penal y, por tanto, abarca al derecho penal sustantivo o material, al derecho penal procesal y al derecho penal de ejecución, sin embargo, de ello no puede seguirse que el legislador constituyente hubiera querido cobijar bajo el alcance del principio de favorabilidad a todas las normas del sistema penal; empero, tampoco de ello puede concluirse en el sentido de que el principio sólo alcanzaría a los preceptos contenidos en el derecho penal material (Código Penal y leyes penales especiales), por lo que conviene precisar lo siguiente:

* El principio nace de la idea de que ley penal expresa la política de defensa social que adopta el Estado en un determinado momento histórico, en su lucha contra la delincuencia.

* Que toda modificación de las normas penales expresa un cambio en la valoración ético-social de la conducta delictiva, en el cómo y en la forma en que ha de ejecutarse la acción represora del Estado frente a la realización del hecho delictivo y en las reglas de ejecución de la consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción penal.

* Consiguientemente, como lo ha admitido pacíficamente doctrina y jurisprudencia

nacional, la aplicación del principio de favorabilidad no puede estar limitado sólo a supuestos en los que la nueva norma penal descriminaliza la conducta típica o disminuye el quantum de su pena, sino también, cuando la nueva ley (ley penal material, procesal o de ejecución) beneficie al procesado, en el ámbito de su esfera de libertad; siendo comprensiva de tal ámbito, entre otras, las medidas cautelares personales y los parámetros de prescripción de la acción penal.

Por lo tanto, el baremo o medida de valoración para la determinación de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable no está en que el precepto invocado forme parte del derecho penal material, sino en que el mismo afecte esferas de libertad del individuo, por lo que es frecuente encontrar en los códigos de procedimiento penal normas de indiscutible naturaleza sustantiva.

Del análisis que precede se extraen las siguientes conclusiones:

* La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se extiende a las normas de contenido sustantivo que se encuentren en leyes tanto materiales como procesales y de ejecución.

* Una norma tendrá carácter sustantivo, cuando afecte las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aquí aludida, como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo.

Ahora bien, los principios de favorabilidad y retroactividad benigna de las normas penales y en particular de las penas, han sido positivizados como expresión de la tutela de los

derechos básicos y fundamentales de las personas en los Estados que se reclaman democráticos de derecho, por lo que además hallan sustento en algunos tratados internacionales de protección a los derechos humanos, así:

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.1 en su parte final indica que si la ley posterior dispone una pena mas leve, el penado será beneficiado con los alcances de dicha norma.

B. El Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º en su última parte expresamente declara que debe aplicarse la pena más leve si la nueva ley así lo dispone.

Y siendo que de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, prevalecen en el orden interno, es decir, que se encuentran incorporados a nuestra legislación a través de la teoría francesa del “bloque de constitucionalidad”, es claro que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, imponen como obligación el respeto del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal.

Por lo mismo, la favorabilidad como parte integrante del debido proceso -derecho fundamental-, no puede tener restricción frente a los medios que la dinamizan como son la ultraactividad y la retroactividad.

Si se retoma este análisis es porque nos permite concluir que, 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, porque la definición fundamental de la garantía, a saber “la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, no restringe su eficacia a los casos en que se dé una determinada sucesión de leyes.

Véase cómo la definición de que “la ley permisiva o favorable (...) se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, no descarta la posibilidad de que ante la coexistencia paralela de sistemas procesales, eventuales normas sustanciales favorables de un régimen puedan ser invocadas por quien está bajo el influjo del otro, siempre que persista ese paralelismo normativo que conlleve la vigencia simultánea de preceptos que regulan de manera distinta un mismo instituto que limite las garantías fundamentales, así, por ejemplo, el régimen de las medidas de aseguramiento.

1.3. Materialización del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal favorable.

La igualdad se halla instalada en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato

que no es disponible para los poderes constituidos, y que por tanto conforma una directriz fuerte en la aplicación de la Ley a un caso concreto.

El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser mirado como igual y con el de igual tratamiento. En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos.

Por lo tanto, la igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.

En el campo específico del derecho procesal, la jurisprudencia constitucional tiene establecido que “El someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento”.¹⁵

Pero el texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su

sentido constitucional más completo.

A este respecto, la Corte Constitucional ha resaltado, que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario. Dijo:

“El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”¹⁶.

Finalmente, no puede desconocerse que la aplicación de la ley penal favorable materializa el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en la medida en que es posible que a situaciones fácticas similares se les de tratamientos normativos diferentes en el transcurso del tiempo por fuerza de la cambiante política criminal del Estado, los cuales pueden resultar más o menos gravosos para sus destinatarios, quienes estarían en ciernes de invocar a su favor aquellos preceptos creados en otros contextos para regular de manera benévola situaciones semejantes, a fin de ser receptores de igual merced. Véase cómo en tales eventos el trato favorable realiza el concepto de igualdad en los términos aquí analizados.

2. La reforma al sistema penal frente a los principios de favorabilidad e igualdad.

Como se reconoce en la decisión cuyo voto estoy aclarando, a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, el Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente, introdujo un nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal, disponiendo que su aplicación e implementación se lleven a cabo de manera gradual y sucesiva en los distintos distritos judiciales del país, según lo establezca la ley, y de conformidad con la disponibilidad de recursos indispensables para ello, en los términos señalados en el artículo 5º del Acto Legislativo en cuestión, del siguiente tenor:

“Artículo 5. Vigencia. El presente acto legislativo 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. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

“Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velará por su cumplimiento”.

En desarrollo de esa disposición constitucional, la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se adopta el Código de Procedimiento Penal acorde con la nueva sistemática, acogiendo los criterios relacionados en el Acto legislativo, dispuso en su artículo 529 que el nuevo sistema se aplicaría así:

* A partir del 1º de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira.

* A partir del 1º de enero de 2006 en los Distritos Judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

* Desde el 1º de enero de 2007 en Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

* Y, por último, desde el 1º de enero de 2008 en los Distritos Judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Valledupar y en los demás que llegaren a crearse.

Por lo tanto, resulta claro que de acuerdo con el Acto Legislativo y la voluntad del legislador ordinario, el nuevo sistema sólo podrá aplicarse durante el 2005 a los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero en los primeros cuatro distritos determinados por la normatividad procesal, pues además de la gradualidad, el Acto Legislativo se ocupó de restringir su aplicación “únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella (la ley) se establezca”.

No puede negarse que la implementación gradual del nuevo régimen procesal, tiene un claro trasfondo garantizador de la seguridad jurídica de las personas, que es la condición esencial para la vida y desenvolvimiento de una nación en Estado de Derecho, a fin de evitar el caos procesal que habría significado la aplicación del nuevo procedimiento penal a causas iniciadas con un régimen procesal y una lógica de funcionamiento diametralmente opuesta, permitiendo de esa manera, una etapa de transición necesaria que reconozca la coexistencia de los dos sistemas.

Pero la seguridad jurídica supone una estrecha relación con la justicia porque la ley como “sistema” conforma un campo de garantías tanto en su aplicación como en su misma interpretación, sometida a determinados cánones que impiden la arbitrariedad de los operadores del mismo, entre ellos, la observancia estricta de los principios de favorabilidad e igualdad, que irradian todo el sistema.

Ahora bien, la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de Estado al que pertenecen. El artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria”.

Esta forma de organización supone, entre otras cosas, la uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional, antes que una pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo Estado, característica que es propia del federalismo. El propósito de mantener la unidad nacional fue también consagrado en el Preámbulo de la Carta, como el primero de los fines en él señalados al promulgar la Constitución: “.... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación”. Esta unidad, se repite, encuentra su expresión política más acabada a través de la unidad legislativa.

Ese modelo de Estado sólo puede ser cambiado o modificado por el constituyente primario, más no así por el constituyente derivado.

Se sigue de allí que aunque el Acto Legislativo 03 de 2002 estableció la gradualidad en su aplicación, debe recalcarse que esa restricción no implica que los principios y valores en que se funda la organización estatal queden suspendidos mientras se alcanza la implementación plena del sistema adoptado por tal enmienda.

Así, habida cuenta que el constituyente de 1991 adoptó la forma de República unitaria para el Estado colombiano, la gradualidad establecida en el Acto Legislativo 03 de 2002 debe entenderse limitada a aquellos aspectos propios de la progresiva implementación del sistema, pero no puede desconocer la vigencia en todo el país de las normas expedidas por el legislador ordinario con base en dicho acto reformativo de la Carta, que por interesar el núcleo esencial del ámbito de libertad de las personas, resulten con aptitud de ser aplicadas por favorabilidad y/o igualdad en ámbitos territoriales distintos a aquellos en los que empezó a tener efecto la gradualidad, así como para los hechos no sucedidos bajo su vigencia.

De aceptar un pensamiento contrario se crearía una antinomia entre dos reglas constitucionales. De un lado está la contenida en el citado artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002, en cuanto dispone la aplicación gradual de las normas del sistema acusatorio únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que se establezca en la ley, a saber el 1º de enero de 2005. Frente a esta regla está la contenida en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta, según el cual, “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

La contradicción entre las antedichas reglas se evidencia con un ejemplo hipotético:

El 2 de febrero de 2005 en la ciudad de Cali se realiza una estafa en cuantía superior a 50

salarios mínimos mensuales, pero inferior a 100. Los implicados son capturados en flagrancia y asegurados con detención preventiva por virtud de la aplicación de los artículos 351, 356 y 357-2 de la Ley 600 de 2000 que rige el caso por que en esa entidad territorial no ha entrado a operar el sistema de la Ley 906 de 2004.

En la misma fecha, pero en la ciudad de Bogotá ocurre otra estafa en circunstancias de tiempo, modo y cuantía similares. Los implicados son igualmente capturados y conducidos ante el Juez de Garantías, quien dispone su libertad inmediata por cuanto se trata de un delito que aunque perseguible de oficio se encuentra sancionado con una pena mínima de 32 meses de prisión en virtud de lo señalado en los artículos 246, inciso 1º, de la Ley 599 de 2000 en concordancia con el 14 de la Ley 890 de 2004, que aumentó en una tercera parte el monto mínimo de la pena.

Si aplicamos literalmente la regla del artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002 a la hipótesis planteada, los procesados que delinquieron en la ciudad de Cali resultarán afectados en su libertad, mientras que los que lo hicieron

bajo las mismas circunstancias en la ciudad de Bogotá, no tendrán restricción alguna de tan preciado derecho.

En tal situación es evidente que aunque formalmente la medida de aseguramiento impuesta a los de Cali se ajusta al precepto legal que rige el caso, desde el prisma material deviene desfavorable y por ende desigual. Esta afirmación se sostiene porque el régimen de medidas de aseguramiento sobre las personas no es consustancial a uno u otro sistema de enjuiciamiento, sino que su configuración normativa está afecta a una particular política criminal que en un momento determinado creyó el legislador conveniente adoptar.

Ese trato desfavorable no se justifica con las razones que llevaron al constituyente a precaver la vigencia gradual y sucesiva del sistema acusatorio, pues aunque poderosas, no

están por encima de los principios y valores insertos en el orden constitucional propio de un Estado Social de Derecho en el marco conceptual aquí desarrollado.

La insuficiencia de recursos e infraestructura, la necesidad de capacitación de funcionarios y empleados, la implementación de un sistema fuerte de defensoría pública y la seguridad jurídica, entre otros factores identificables, no pueden hacer nugatoria la efectividad de principios y garantías fundamentales debidos a todas las personas implicadas en un proceso penal, con el simple argumento de que su caso corresponde a otro ámbito territorial o a otro momento de ejecución.

Al mirar lo que se viene de ver con lo que ya se dijo en relación con la organización del Estado como República unitaria, resultaría un contrasentido pensar que la política criminal del mismo Estado está parcelada, al estilo de uno federado, porque, en primer lugar, en nuestro modelo de organización política el Congreso de la República promulga leyes que rigen para todo el territorio nacional (principio de unidad legislativa), y, en segundo lugar, porque los derechos y garantías fundamentales irradian todo el sistema y por ende toda la jurisdicción.

Por lo analizado, no cabe otra deducción racional distinta a la de aceptar que las normas de la Ley 906 de 2004 que regulan de una manera benigna la restricción a la libertad de las personas, pueden ser aplicadas frente a casos que en principio no se amoldarían al esquema del novedoso sistema procesal penal.

De lo anterior se concluye que una aplicación literal del artículo 5º transitorio del Acto Legislativo, colisionaría de manera inadmisiblemente con las garantías constitucionales de favorabilidad e igualdad, consagradas en los artículos 29 y 13 de la Carta, razón por la cual la aparente antinomia entre la gradualidad del sistema y el respeto por tales garantías que proclama la Constitución, deberá ser afrontada con especial mesura por parte de los jueces y fiscales, evitando toda fisura con el catálogo de valores consagrados

en la Ley Fundamental del país, a los que -como quedó expresado- están vinculados por mandato constitucional.

Ahora bien, siendo una realidad inconcusa que a partir del 1º de enero de 2005 el país cuenta con tres regímenes de procesamiento criminal distintos, a saber:

- * El denominado mixto con tendencia acusatoria, regulado en la Ley 600 de 2000, que rige para los hechos sucedidos con anterioridad al 1º de enero de 2005 y aquellos acaecidos en territorios no cobijados por la vigencia inmediata de la Ley 906 de 2004.

- * El llamado acusatorio, regulado en la Ley 906 de 2004 para los eventos ocurridos a partir del 1º de enero de 2005 en los territorios señalados en su artículo 530.

- * El conocido como inquisitivo con las reglas pertinentes de la Ley 600 de 2004, que rige para los casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución, es decir, la investigación y juzgamiento a cargo de esta Corporación respecto de los miembros del Congreso.

Ello lleva a reflexionar sobre dos aspectos esenciales. El primero, que la vigencia plena y total en todo el territorio nacional de la Ley 906 de 2004 cuando se llegue al 31 de diciembre de 2008 (Artículo 5º del Acto Legislativo 03 de 2002), no conlleva la insubsistencia plena y total de la Ley 600 de 2000, porque ésta continuará proyectando sus efectos a todos aquellos casos ocurridos antes y durante la etapa de transición al nuevo sistema. Igualmente porque sus normas seguirán regulando los casos de fuero constitucional propio de los congresistas.

Expresado de otra manera, la Ley 600 pervivirá en aquellos eventos distintos a los aforados constitucionales, hasta la culminación del último proceso susceptible de

iniciarse por hechos ocurridos durante el lapso arriba determinado. Durante tal interregno y en armonía con la tesis que aquí se viene sosteniendo, los procesados podrán reclamar la aplicación a su favor de normas de la Ley 906 que por regular de manera benigna la limitación de garantías fundamentales, les pueden ser reconocidas, y viceversa, es decir los procesados bajo el régimen del sistema acusatorio podrán invocar aquellos preceptos de contenido sustancial de la Ley 600 de 2000 que de igual manera les favorezcan.

Claro que podría pensarse que los procesados por el sistema de la Ley 906 de 2004 no pueden invocar la aplicación de normas contenidas en la Ley 600 de 2000 bajo el prurito de una eventual favorabilidad, porque para ellos esta normativa quedó tácitamente derogada al tenor de la regla contenida en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, del siguiente tener literal:

“Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

A esa conclusión se llega si la Corte se limita a una interpretación literal de la norma, habida consideración de que la Ley 906 de 2004 entró a regular íntegramente, aunque de manera gradual y sucesiva, la investigación y el juzgamiento de los hechos que revisten las características de un delito, por lo que podría pensarse, se insiste, que de la misma manera gradual y sucesiva la nueva Ley deroga tácitamente y en su totalidad el Código Procesal Penal de 2000.

Sin embargo, la derogatoria de la ley opera de manera general, pero nunca para un caso particular, pues es obvio que el fenómeno tiene un efecto normativo preciso, que es restar vigencia a la norma derogada, modificando materialmente el ordenamiento jurídico.

Esto significa que el efecto de la derogatoria es negar el deber ser de la

norma, esto es, expulsarla del ordenamiento, lo cual no se realiza en el caso sui generis al que nos encontramos hoy enfrentados, pues a pesar de que los preceptos del nuevo sistema procesal entraron a regular de manera gradual y sucesiva en su integridad la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos en las circunstancias de tiempo y espacio especificados en la Constitución y la ley, esa gradualidad hace que persista la vigencia de la Ley 600 de 2000, que por tanto no puede ser arrojada del sistema y por consiguiente, como atrás se sostuvo, quienes se hallen cobijados por el régimen de la Ley 906 de 2004, podrán invocar aquellos institutos favorables contenidos en la Ley 600 de 2000, en los términos aquí esbozados.

Pero el concepto amplio que aquí se maneja frente a la aplicación favorable de la ley y la materialización de la igualdad a través de su observancia, no conlleva a que, bajo su pretexto, se pueda invocar la aplicación íntegra de un sistema a un caso no cobijado por su vigencia, pues de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento en tanto discurren coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.

Dejó así sentadas las razones de mi aclaración, que si bien pueden antojarse novedosas, no buscan cometido diferente al de abrir la discusión a tópicos que trascienden lo meramente formal, para que se asuma de una vez la influencia insoslayable de las garantías fundamentales, con todas sus consecuencias, frente a la política criminal del Estado materializada en las leyes que implementan cambios al sistema de juzgamiento de los delitos.

Fecha ut supra,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

(Única Instancia No. 19.094).

La decisión de la Corte Suprema de Justicia.

El asunto se contrae a la posible comisión de un concurso de delitos de prevaricato por acción perpetrados por un ex gobernador antes del 1º de enero del 2005, en el Departamento del Chocó.

Hallándose el asunto en la Corte para efectos de la audiencia pública, se solicita la revocación de la medida detentiva impuesta con fundamento en el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Ley 906 del 2004.

La Corte Suprema de Justicia revocó la detención y dispuso la anulación de las órdenes de captura emitidas en contra del ex funcionario del ejecutivo. Sus razones esenciales fueron:

- i) No se discute que la normatividad aplicable en este supuesto es la correspondiente a la ley 600 del 2000, por cuanto la nueva legislación solo es referible a delitos cometidos a partir del 1º de enero del 2005.
- ii) No obstante, es viable acudir al principio de favorabilidad, por aplicación retroactiva de la nueva regulación procesal que, en el caso concreto, es permisible al procesado.

La disidencia.

En las varias Salas correspondientes, expuse mi opinión sobre el tema pero no obtuve eco.

Frente al pronunciamiento de la Corte, mi postura es otra.

De una parte, las reformas constitucional y legal no violan la igualdad. Por tanto, por ahora, la nueva legislación (Ley 906 del 2004) se aplica exclusivamente respecto de hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero del 2005, en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira.

De la otra, sí es posible aplicar retroactivamente por favorabilidad la última legislación a hechos cometidos antes de después del 1º de enero del 2005, siempre que se trate de infracciones realizadas en los cuatro Distritos mencionados. Esto, sin embargo, sería supremamente excepcional porque, nótese, se trata de un cambio de “sistema”, obviamente con una filosofía diversa a la que acompañaba a la legislación anterior. Bastante difícil será, entonces, afirmar que una u otra perspectiva es más benigna que la otra.

Las razones de mi salvamento de voto son las siguientes:

A. Los antecedentes y los fundamentos de las reformas constitucional y legal.

En Colombia se ha estimado que la justicia penal no funciona desde hace tiempos. Tras numerosas reformas, en los últimos tiempos, a instancias de la Fiscalía General de la Nación, se optó por emprender otra, orientada a imponer el denominado “sistema acusatorio” en materia procesal penal. Se hizo, entre muchas finalidades, para buscar que la justicia realmente opere, no se sigan violando derechos fundamentales, evitar la impunidad, obtener credibilidad en la administración de justicia, lograr rapidez en los procesos, hacer imperar la eficacia, y para evitar procesos indebidamente dilatados. Se creyó que con el cambio de sistema esto se podía alcanzar.

Un rastreo del pasado reciente de la reforma central, es decir, de la Constitución, permite hallar los siguientes argumentos relacionados con una de las razones -tal vez la más importante- por las cuales era menester cambiar el sistema procesal, vale decir, la demora y la congestión judicial. Y expresamente se dice que ese mal ha sido detectado tanto en la instrucción como en el juicio. He aquí algunas de las frases que confirman lo anterior, de cuyo contenido resaltaremos lo más preciso para efectos de este escrito:

- i) Es necesario modelar el juicio de tal manera que sea efectivamente oral, público y contradictorio (Acta No. 1 de la Comisión Preparatoria del Sistema Acusatorio).
- ii) Uno de los temas centrales de estudio, el primero, debe ser el relacionado con la congestión, la impunidad y los tiempos promedio de duración de los procesos penales (Acta No. 4).
- iii) Hay que dotar al juez de los instrumentos necesarios para evitar la dilación del proceso (Id).
- iv) La reforma planteada apunta tanto a la fiscalía como a la judicatura (Acta No. 5).
- v) Se busca fortalecer el sistema judicial, que ya hizo crisis (Acta No. 9).
- vi) La iniciativa de reforma constitucional tiene por misión modificar la estructura del esquema de procesamiento, para adoptar una de clara tendencia acusatoria, “en donde el eje del proceso sea el juicio oral, y por esta vía se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento” (Gaceta del Congreso No. 134 de 2002, presentación del proyecto de acto legislativo y exposición de motivos).
- vii) “El gobierno nacional está convencido de la necesidad de asumir el reto de

reformular la justicia penal, pues cada día es más dramática la situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del sistema hace que, aún a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones son demoradas, es decir, la justicia es ineficaz” (Id).

viii) Por las deficiencias que genera el sistema actual –inquisitivo, mixto- es imprescindible incorporar uno acusatorio. Mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado (Id).

ix) Mediante el fortalecimiento del juicio público, “eje central en todo sistema acusatorio”, se podrán subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual (Id).

x) Uno de los temas fundamentales del proyecto de reforma constitucional es “el fortalecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado” (Id).

xi) El gran número de procesos en los despachos, “que generan altos niveles de congestión en el aparato judicial, tiene como consecuencia el atraso en las decisiones judiciales que deben ponerle fin a los procesos penales” (Id).

xii) Una investigación ha demostrado que la parte procesal donde se presenta la mayor demora “es durante la etapa del juicio” (Id).

xiii) El derecho del procesado a un juicio sin dilaciones injustificadas es una garantía (Id).

xiv) El gran número de procesos en los juzgados genera altos niveles de congestión en el aparato judicial, “lo cual posterga casi indefinidamente la elaboración de sentencias que pongan fin a los procesos penales” (Gaceta del Congreso No. 148 de 2002, ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes).

xv) Es necesario modificar el sistema de procesamiento “debido a las deficiencias que genera el sistema actual” (Id).

xvi) El proyecto propone el ajuste del juzgamiento penal a los cánones internacionales de derechos humanos (ponencia para primer debate en segunda vuelta, Cámara de Representantes).

En los antecedentes inmediatos del Código de Procedimiento Penal se siguió la misma línea. Por ejemplo, se dijo que el colapso de la justicia era grande, pues la demora para tomar una decisión en los procesos podía ser de 5 y 6 años (Gaceta del Congreso No. 44 del 2004, acta No. 20); que era necesario descongestionar la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (G. C. No. 46 del 2004, acta No. 27); y que el Gobierno reconocía que la depuración de procesos era importante para que el nuevo sistema fuera operante (G. C. No. 400. Objeciones del gobierno al proyecto de Código, relacionadas con el artículo 531).

Como se detecta con facilidad, en el querer del reformador de la Constitución y del creador del nuevo Código de Procedimiento Penal existía una idea clara: era necesario crear un nuevo sistema, porque el actual no funciona, ni en la etapa de la investigación, ni en la etapa del juicio; porque ha hecho crisis; porque el sistema ha colapsado; porque la situación es dramática; porque son violados los derechos; porque la duración de los procesos es muy prolongada; porque genera impunidad, etc.

Coinciden en su finalidad, pues, legislador constituyente y legislador común.

Si se parte de los estudios, análisis e investigaciones realizados por los proponentes de las reformas, el propósito del cambio, así, es noble; la justificación es atendible; la modificación formulada es objetivamente aceptable.

B. Las reformas constitucional y legal.

Se hizo entonces lo deseado.

El Acto Legislativo Número 03, del 19 de diciembre del 2002, publicado en el Diario Oficial No. 45.040, del 20 de diciembre del mismo año, reformó la Constitución Nacional para, fundamentalmente, crear el denominado “sistema acusatorio” en material procesal penal.

En lo pertinente, dispuso lo siguiente:

Artículo 4º. Transitorio. Confórmase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los

servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Artículo 5º. Vigencia. El presente Acto Legislativo 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. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

Parágrafo Transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4º transitorio, velará por su cumplimiento.

Para cumplir el mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 906 del 2004, conocida como Nuevo Código de Procedimiento Penal. Su libro VII, denominado “Régimen de implementación”, dispone:

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 528. Proceso de implementación. El Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación ordenarán los estudios necesarios y tomarán las decisiones correspondientes para la implantación gradual y sucesiva del sistema contemplado en este

código.

En desarrollo de los artículos 4º y 5º del Acto legislativo 03 de 2002, la Comisión allí creada adelantará el seguimiento de la implementación gradual.

Artículo 529. Criterios para la implementación. Se tendrán en cuenta los siguientes factores para el cumplimiento de sus funciones:

1. Número de despachos y procesos en la Fiscalía y en los juzgados penales.
2. Registro de servidores capacitados en oralidad y previsión de demanda de capacitación.
3. Proyección sobre el número de salas de audiencia requeridas.
4. Demanda en justicia penal y requerimiento de defensoría pública.
5. Nivel de congestión.
6. Las reglas de la gradualidad fijadas por esta ley.

Artículo 530. Selección de distritos judiciales. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja.

En enero 1º de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona,

Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.

Capítulo II

Régimen de transición

Artículo 531. Proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos. Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley. En ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a tres (3) años.

En las investigaciones previas a cargo de la Fiscalía y en las cuales hayan transcurrido cuatro (4) años desde la comisión de la conducta, salvo las exceptuadas en el siguiente inciso por su naturaleza, se aplicará la prescripción.

Estarán por fuera del proceso de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados y, además, los delitos de falsedad en documentos que afecten directa o indirectamente los intereses patrimoniales del Estado; peculado por apropiación; peculado culposo en cuantía que sea o exceda de cien (100) salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; enriquecimiento ilícito de servidor público; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; interés indebido en la celebración de contratos; violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación; prevaricato; fraude procesal; hurto y estafa en cuantía que sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos, mensuales, legales y vigentes cuando se afecte el patrimonio económico del Estado; homicidio agravado y delitos conexos con todos los anteriores. También se exceptúan todos aquellos delitos sexuales en los que el sujeto pasivo sea menor de edad y las actuaciones en las

que se haya emitido resolución de cierre de investigación.

Los fiscales y jueces, en los casos previstos en el inciso anterior, procederán de inmediato a su revisión para tomar las determinaciones. En una sola decisión se podrán agrupar todos los casos susceptibles de este efecto.

Los términos contemplados en el presente artículo se aplicarán en todos los distritos judiciales a partir de la promulgación del código.

Artículo 532. Ajustes en plantas de personal en Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Defensoría del Pueblo y entidades que cumplen funciones de Policía Judicial. Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002, se garantiza la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema, en particular el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos que cumplen funciones de policía judicial.

Al efecto, el Consejo Superior de la Judicatura podrá, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal, transformar juzgados penales municipales y promiscuos municipales en juzgados penales de circuito y juzgados y tribunales especializados.

El término para la reubicación de los servidores cuyos cargos se supriman, será de dos (2) años contados a partir de la supresión. Los nombramientos en estos cargos se harán con servidores de carrera judicial, o que estén en provisionalidad, que se encuentren en registro de elegibles, o por concurso abierto.

Capítulo III

Disposiciones finales

Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la [Constitución Política](#) continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación.

C. La reforma de la Carta Política y la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre algunas de las modificaciones constitucionales.

El artículo 5º del Acto Legislativo 3 del 2002, entre otros, fue demandado porque vulneraba el artículo 375 constitucional, “toda vez que contiene vicios de procedimiento en su formación, pues durante el trámite legislativo no se surtieron los debates que exige el citado artículo”.

Mediante sentencia C-1092 del 2003, la Corte definió y lo declaró exequible, con fundamento en el artículo 241.1 de la Carta, que la faculta para que decida sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. En las motivaciones de su fallo dejó claro que:

- i) Durante el trámite de la reforma se hizo expreso el principio de irretroactividad al afirmar que el nuevo sistema se aplicaría “únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia” que en la propia ley se establezca .
- ii) En desarrollo de los debates pertinentes fueron examinados temas presupuestales, logísticos, legales y procesales, entre otros, para efectos de

la gradualidad.

iii) El añadido finalmente hecho en la reforma constitucional, de acuerdo con el cual se aplicaría “únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca”, es una precisión inherente al asunto del vigor de la reforma, nada extraño a todo lo que se venía planteando a la largo de los estudios en el Congreso, lo mismo que el plazo establecido para que la reforma entre a operar.

Anteriormente, a propósito de una demanda contra unas disposiciones del Decreto 261 del 2000 y otras del Código de Procedimiento Penal creado por la Ley 600 del mismo año, la Corte se había ocupado del Acto legislativo 3 del 2002. De su sentencia C-873 del 2003, se extractan estas afirmaciones:

i) Por medio de ese Acto Legislativo, se introdujeron importantes modificaciones al diseño constitucional de la fiscalía y al sistema de procedimiento penal como un todo.

ii) Su artículo 5º transitorio revela que fue voluntad del Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente, instaurar un nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal, cuya aplicación e implementación se han de llevar a cabo de manera gradual y sucesiva en los distintos distritos judiciales del país, según lo establezca la ley, y de conformidad con la disponibilidad de recursos indispensable para ello.

iii) Al determinar la forma en que el Acto Legislativo habría de entrar en vigor, el Congreso de la República, en ejercicio de su función constituyente, utilizó una serie de categorías jurídicas a manera de herramientas para lograr su propósito legítimo de instaurar gradualmente el nuevo sistema de investigación y juzgamiento en materia penal. Tales categorías, según se perciben en el artículo 5º del Acto Legislativo, son:

(a) “Vigencia”, utilizada en (i) el título del artículo, (ii) la frase “a los delitos

cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca”, y (iii) la frase “el nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008”;

(b) “Aplicación”, utilizada en (i) la frase “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”, (ii) la frase “la aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1º de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva”, y (iii) la expresión del párrafo transitorio: “Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial...”; y

(c) “Implementación”, utilizada en la primera frase del párrafo transitorio: “Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública”.

“El significado de estas categorías se entrecruza con el de algunas nociones jurídicas básicas, tales como “existencia”, “validez” y “eficacia”; de hecho, el lenguaje utilizado por el constituyente en las disposiciones de este mismo artículo del Acto Legislativo presupone la utilización de estos tres últimos conceptos en tanto herramientas normativas para materializar en forma gradual y sucesiva los cambios introducidos al sistema penal, ya que, por ejemplo, al establecer en la primera frase que “el presente acto legislativo rige a partir de su aprobación”, el constituyente implícitamente presume que el acto legislativo ya existe, y que al haber sido aprobado, “rige” -esto es, está vigente y puede empezar a surtir efectos, según se explicará más adelante- a partir del momento en que sea aprobado; y al determinar que el Acto Legislativo 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”, el constituyente reguló en términos generales aspectos de la eficacia jurídica que habrían de tener las

normas constitutivas del nuevo sistema penal, defiriendo al legislador la determinación específica del momento y el modo en que los efectos jurídicos de dichas disposiciones habrán de generarse”.

iv) Tras el estudio detallado y exhaustivo de los fenómenos anteriores, concluyó:

Uno. El Acto Legislativo mencionado existe, en la medida en que fue aprobado por el Congreso de la República en ejercicio de su función constituyente, por medio de los ocho debates prescritos por la Carta Política”.

Dos. El Acto Legislativo está vigente, puesto que así lo dispone su artículo 5º Transitorio al establecer que “rige desde su aprobación”. Pero su eficacia jurídica ha sido modulada por el constituyente derivado, en el sentido de que si bien comenzará a surtir ciertos efectos jurídicos a partir de su aprobación -tales como, por ejemplo, la conformación de una Comisión encargada de preparar los proyectos de ley necesarios para desarrollarlo, o el establecimiento de las fechas de inicio y culminación del proceso de implementación gradual del nuevo sistema en la práctica-, otros efectos han sido diferidos en el tiempo -tal como sucede con la desaparición del sistema establecido en 1991 y la correlativa instauración del nuevo sistema de corte acusatorio- o excluidos -como ocurre con la aplicación del nuevo sistema a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, la cual ha sido prohibida expresamente por el Acto Legislativo-.

Tres. Con base en su criterio, el Congreso de la República eligió, en tanto medida de política criminal instrumentalizada en una norma constitucional, dar aplicación e implementación graduales y sucesivas a las normas constitutivas del nuevo sistema, en los términos de los artículos 4º y 5º transitorios del Acto Legislativo.

V) “La Corte considera necesario efectuar un análisis breve pero cuidadoso sobre el alcance y las implicaciones del cambio introducido por el constituyente en el sistema de

investigación y juzgamiento en materia penal, con miras a aclarar las razones por las cuales se escogió darle aplicación e implementación en forma gradual y sucesiva. Es sólo con base en una comprensión clara de la forma como se introdujo un nuevo sistema de procedimiento penal por el constituyente derivado, que se podrá determinar el verdadero sentido de su decisión de diferir su materialización en el tiempo, y por ende, se logrará un entendimiento adecuado de los términos utilizados en el artículo 5º Transitorio del Acto Legislativo en mención.

...

Como ya se indicó, el Acto Legislativo No. 3 de 2002 no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía introducida en la Constitución de 1991; la voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue la de instituir un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, como lo dicen expresamente los artículos 4º transitorio y 5.

Ello se deduce no sólo de una lectura de las modificaciones introducidas a los artículos 116, 250 y 251 de la Carta, sino de la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto inicial de Acto Legislativo, en la cual se expresó lo siguiente:

“...la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación... se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa,

sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función. Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria” (énfasis de la Corte).

La reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución pretende, así, instaurar un “nuevo sistema”, que abandone la tendencia mixta diseñada por el Constituyente de 1991, y adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro. El alcance de esta reforma y sus implicaciones serán desarrollados por el legislador y precisados por la jurisprudencia. No obstante, su magnitud se puede visualizar, en primer término, por medio de una comparación simple del texto de los artículos aludidos, antes y después de la aprobación del Acto Legislativo. De esta comparación se aprecia que se creó un sistema sustancialmente diferente al anterior”.

vi) La reforma introducida mediante el Acto Legislativo fue de amplio espectro, hasta el punto de que en él se expresa objetivamente la voluntad constituyente de adoptar un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, al tenor de los artículos 4 transitorio y 5 de dicho Acto.

vii) Una visión panorámica del Acto Legislativo 3 del 2002 y de su contenido permite concluir que fue voluntad del constituyente derivado introducir un nuevo sistema penal en nuestro país, entendiendo por sistema no un simple agregado desordenado de elementos sino una totalidad caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes y una cierta relación con su entorno.

Por lo mismo, si bien las normas jurídicas que constan en el Acto Legislativo No. 3 del 2002 son parte integrante de dicho sistema, éste también incluye tanto (i) las leyes que lo

habrán de desarrollar, como (ii) la infraestructura necesaria para su implementación, según dispone el artículo 4º transitorio de dicho Acto Legislativo, los cuales constituyen parte integrante del nuevo esquema diseñado por el constituyente derivado.

viii) “Por virtud del mecanismo gradual y sucesivo de implementación establecido en el artículo 5º del Acto Legislativo, se presentarán tres (3) etapas distintas en el proceso de materialización del nuevo sistema acusatorio: (i) entre el momento de la aprobación del Acto Legislativo y el 1º de enero de 2005, regirá el sistema preexistente; (ii) entre el 1º de abril de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, se presentará una etapa de transición durante la cual coexistirán los dos sistemas en distintas regiones del territorio nacional; y (iii) a partir del 31 de diciembre de 2008, deberá estar en “plena vigencia” el nuevo modelo acusatorio de procedimiento penal en todo el país”.

Hasta aquí:

De los antecedentes de la reforma; del mandato constitucional, es decir con base en el Acto Legislativo 3 del 2002; de la orden legal, o sea con fundamento en el Código de Procedimiento Penal del 2004; y de la directriz doctrinal, vale decir, con sujeción al pensamiento de la Corte Constitucional, que nada objeta a la reforma constitucional y, al contrario, la respalda en sede de constitucionalidad y, por lo tanto, obliga a todos, por sus efectos erga omnes, resultan las siguientes conclusiones:

i) La reforma constitucional y legal comporta un nuevo sistema, aun admitiendo que no se trata de un “sistema acusatorio puro”.

ii) Esa reforma es necesaria pues pretende el mejoramiento de la justicia penal.

iii) La reforma se aplica exclusivamente en relación con los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del 2005.

iv) Respecto de los delitos perpetrados con anterioridad a la fecha mencionada, se aplica el régimen procesal previsto en la ley 600 del 2000.

v) A partir del 1º de enero del 2005, el nuevo sistema se aplica solamente en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Desde el 1º de enero del 2006, también en los de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. A partir del 1º del 2007, serán incluidos los de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los restantes, así como los que eventualmente sean creados, ingresarán al sistema desde el 1º de enero del 2008.

D. La igualdad.

Igualdad significa que por el mismo respecto, todas las personas deben ser tratadas de la misma manera. Quiere decir, de otra forma, que todos los seres humanos, en relación con la misma cosa, deben ser mirados imparcialmente, sin discriminación odiosa, arbitraria o inmotivada.

Dentro del tema importa tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) Cuando se habla de igualdad, se incorpora tácitamente la desigualdad como referente, pero se prohíbe la distinción injusta que se hace con base en prejuicios por razones de sexo, nacionalidad, religión, color, extracción social, situación socio-económica, edad, discapacidad, etc.

A ello alude el artículo 13 de la Constitución Política cuando dice que todas las personas nacen libres e iguales, y que no pueden ser discriminadas por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Y a lo mismo apuntan los artículos 5º del Código de Procedimiento Penal del 2000 y 4º del Estatuto del 2004.

A esas razones que generalmente son utilizadas como ejemplos, se suelen agregar, con la pretensión de exhaustividad, los temas conocidos como xenofobia, homofobia, discapacidad o enfermedad, género, ideología y credo.

ii) La igualdad es afectada o desconocida cuando se trata como inferior a una persona o grupo por motivos preestablecidos.

iii) La igualdad es aparente, o la discriminación es indirecta, cuando una ley, un reglamento, un decreto, una política o una práctica que es presentada como neutral, produce un impacto desproporcionadamente adverso sobre una o varias personas, salvo si la diferencia se puede justificar por razones objetivas.

iv) La igualdad decae cuando deliberadamente se privilegia, o se da trato preferente, a una persona o grupo, y con ello se perjudica o se reducen los beneficios, derechos y oportunidades de otra u otras.

v) El trato diferencial de una persona o grupo, respecto de otra persona o grupo, lesiona la igualdad cuando no existen pautas objetivas que lo justifiquen, o, con otro giro, cuando no hay razones suficientes para ello.

vi) Si los criterios para establecer diferenciación de trato son razonables, objetivos, y corresponden a un propósito legítimo, tal discriminación no es arbitraria, causante de daño ni, por tanto, reprochable.

vii) No hay discriminación reprobable si la diferenciación en el trato se encuentra legítimamente orientada, es decir, si no conduce a la injusticia, a lo irrazonable y si no contraría la naturaleza de las cosas.

viii) No hay diferenciación ni discriminación, si una desigualdad es utilizada como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa.

ix) No hay discriminación cuando determinadas políticas que aparentemente generan desigualdad, se dirigen a restaurar o a recuperar los efectos de desigualdades anteriores o, como se dice, cuando se acude a las políticas de diferenciación en búsqueda de igualdad. Por ello es lícito tratar desigualmente cuando se quiere realizar o conseguir una situación de mayor igualdad.

x) Si bien en un Estado Social y Democrático de Derecho lo primero es el individuo, no se puede dejar de lado que, en veces, precisamente pensando en un mejor futuro de ese hombre, es menester tener en cuenta la prevalencia del interés general, como lo dice la [Constitución Política](#) en su artículo 1º, a título de principio fundante de ese Estado, y el bien colectivo, como desde hace muchos años lo afirma el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789, cuando afirma que los hombres son libres e iguales sin más distinciones que las fundadas en la utilidad común.

xi) Los poderes ejecutivo y judicial están obligados a tener en cuenta únicamente las diferencias contenidas en la ley.

xii) Para establecer políticas de igualdad es necesario disponer de información sobre varios aspectos, entre ellos los méritos, las preferencias, los intereses, las necesidades, los recursos y rentas.

xiii) Las políticas de igualdad demandan algún conocimiento de la realidad individual y social.

Si se comparan los anteriores fenómenos inherentes a la igualdad con la razón de ser de las reformas, con las reformas en sí, y con sus propósitos, se arriba a estas conclusiones:

i) Para proponer las modificaciones constitucionales y legales, los formulantes de las mismas tuvieron en cuenta la realidad judicial del país, analizaron estadísticas, oyeron

a muchas personas, se apoyaron en investigaciones de campo, acudieron al derecho comparado y pensaron que una buena medida de política criminal era el cambio de “sistema procesal”. Lo mismo hicieron los integrantes del Congreso de la República cuando afrontaron la variación legislativa, tanto en lo constitucional como en lo legal. Expresado con otras palabras, no fueron arbitrarios; al contrario, se sustentaron en el diario discurrir y concluyeron en la necesidad de la variación legal-procesal, para superar el caos, la crisis, la violación de derechos fundamentales, la impunidad, la presencia de procesos indebidamente dilatados, la mora judicial, en pocas frases, el drama de la justicia colombiana en materia penal. Es decir, justificaron aquello que habrían de hacer.

ii) Tras muchos debates tanto en la preparación de los proyectos iniciales como en el seno del Congreso de la República, los creadores de las reformas acudieron a varias fórmulas, pensando en la mejor para que, dentro de un lapso prudente, la justicia fuera más ágil, más eficaz, más protectora de derechos y menos pasible de impunidad. Por ello optaron por aplicar la nueva normatividad de forma mesurada, paulatina, inicialmente en los Distritos con mayores posibilidades de actuación en cuanto a la implementación del sistema y luego, poco a poco, mientras se va implementando lo necesario para cumplir mejor la función, en el resto del país.

E hicieron algo aun de mayor trascendencia: circunscribieron la utilización del nuevo sistema exclusivamente a los delitos cometidos con posterioridad a después del 1º de enero del 2005, con el afán de evitar –como claramente se desprende de los debates en el Congreso- que se presentaran problemas de desigualdad y de inaplicabilidad del principio de favorabilidad.

iii) Y tuvieron en cuenta otro aspecto capital: desde el año 2002, cuando finalmente fue aprobada e insertada en el Diario Oficial la reforma constitucional, informaron a los destinatarios de la ley penal la situación especial: el nuevo sistema se

aplicaría respecto de los delitos perpetrados después del 1º de enero del 2005, y teniendo en cuenta la gradualidad por Distritos y por tiempo. Es decir, aparte de comunicar públicamente, se dirigieron a la importancia de la *vacatio legis*, precisamente con el propósito de que la ciudadanía supiera, con más que suficiente antelación, qué habría de suceder en el porvenir en materia procesal penal.

Y el nuevo Código de Procedimiento Penal hizo lo mismo, insistiendo en la comunicación ciudadana: desde el 1º de septiembre del 2004, valiéndose del Diario Oficial No. 45.658, dijo a la sociedad colombiana que el nuevo estatuto se aplicaría por etapas temporales y territoriales, comenzando después del 1º de enero del 2005.

La conclusión es, entonces, nítida: sin arbitrariedades, sin caprichos, sin distinciones odiosas, sin menospreciar a nadie, sin causar daño o perjuicio a persona alguna, sin despreciar ni privilegiar a alguien, el poder ha hecho una reforma sin que haya sorprendido, asaltado, maltratado, ni violado derechos de nadie. Con su actuación, ni el poder legislativo, ni el poder ejecutivo, ni el poder judicial, han cambiado el sistema procesal para, deliberadamente, con malévola predisposición, causar mal a persona o grupo alguno.

Todo lo contrario. Ni siquiera tuvo en cuenta a las personas que ya hubieran delinquido. Por eso fijó un punto de partida: se acoge la reforma, para quienes delincan en el futuro, después del 1º de enero del 2005. No se ve, así, cuál es el punto de comparación para afirmar que la novedosa ley procesal sea injustamente desigual.

iv) Tampoco hay desigualdad porque por ahora se aplique el nuevo estatuto en cuatro Distritos y no en todos. Se afirma que no existe razón para que se dejen por fuera los restantes, de donde se deriva desigualdad afectante de derechos por cuanto la “situación fáctica” es la misma”. No es cierto, porque:

Uno. Como se dijo atrás, por mandato constitucional, legal y doctrinal, se estableció y se

reafirmó la denominada gradualidad. De manera que si un juez –como el Tribunal en este caso-, respecto de un delito realizado en un Distrito diferente de los cuatro iniciales, se abstiene de aplicar la reforma, simplemente hace lo que tiene que hacer: cumplir la Constitución, la ley y la doctrina de la Corte Constitucional; si un juez –como la Corte en este caso- hace lo contrario, simplemente se aleja de las órdenes constitucional, legal y doctrinal. Es, sencillamente, el reconocimiento o el desconocimiento del amplio principio de legalidad.

Dos. El conocimiento de la ley se presume, como emana del Código Penal, del Código de Régimen Político y Municipal y del principio tácito de conocimiento de la ley, en materia penal. Se parte, entonces, de que quienes deciden delinquir en uno de esos cuatro Distritos después de la fecha tantas veces mencionada, saben que se les aplica la nueva normatividad; y de que quienes habían delinquido antes de esa data o después de la misma, en otro Distrito, saben que se les aplica la ley procesal anterior, es decir, la ley 600 del 2000. Entonces, quienes se desvían, no son víctimas de sorpresas, de equívocos, de ambigüedades, de ilegalidades, o de injusticias, por parte del Estado.

Tres. Si hoy una persona comete una infracción en uno de esos cuatro Distritos y otra en otro Distrito, la situación fáctica no es la misma, porque dentro de esa situación fáctica se incorporan las circunstancias de tiempo, modo, lugar y, eventualmente, de cantidad. Si no coinciden una o varias de ellas, el “fáctum” es diverso. El lugar, por lo menos, diferencia los dos hechos. Lo que de allí surja legalmente, entonces, no viola el principio de igualdad.

E. Igualdad, República Unitaria y Justicia.

Los denominados principios de igualdad, de unidad territorial y de justicia son valores supremos o, si se prefiere, principios superiores. Se hallan, entonces, en

paridad de condiciones, o sea, ninguno de ellos es jerárquicamente más importante que los otros.

La reforma apunta a la elevación máxima de uno de ellos, el valor justicia, desde luego, sin herir los otros dos. Y no lo hace, porque:

Uno. No vulnera el valor igualdad, como ya fue visto.

Dos. No burla la República Unitaria porque no descompone, desmembra o desnaturaliza el carácter integral de Colombia, al punto de hacerla federal. Nótese cómo la reforma escalona, organiza escaños para aplicar la nueva normatividad escaño por escaño, grada por grada, hasta abarcar, en el año 2008, en forma continua, sucesiva, sin solución de continuidad, la totalidad del elemento material-territorial del país. Visto de otra manera, como debe ser, hace lo opuesto a lo que algunos dicen: garantiza su alcance totalizador. Si hubiera afirmado que se utilizaría solamente y definitivamente en cuatro Distritos, hasta sería discutible el punto. Pero eso no lo hizo.

Y lo hizo así, no por federalizar el país, sino para hacer una mejor justicia, con otras palabras, para garantizar la sustancialización de un valor, que si bien puede ser igual al valor unidad republicana, en estos momentos requiere de mayores fortalezas que este, es decir, el valor unidad no desaparece porque el valor justicia quiera progresar, con detrimento del valor República unitaria. Colombia no se descompone ni se fragmenta porque la justicia en adelante pero limitadamente en el tiempo, se aplique en forma gradual.

Con la reforma, el Estado quiere procurar otra justicia, es decir, quiere que esa máxima virtud social, la justicia, en el porvenir realmente pueda –con palabras de Paul Ricoeur- “zanjar una cuestión con miras a poner término a la incertidumbre”, aportar con juicio a la “paz pública” [“Lo justo”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, T: Carlos Gardini, página 183]. Y para ello, además, se auxilia de la propia

Constitución, que compele a las autoridades a realizar la dignidad humana y a dar prevalencia al interés general (artículo 1); a asegurar la convivencia pacífica y a dar vigencia a un orden justo (artículo 2.1); a tratar de proteger verdaderamente a las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y a asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2.2); y a recordar que la administración de justicia es una función pública (artículo 228), es decir, un servicio público inherente a la finalidad social del Estado, y que, como tal, éste debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes (artículo 365).

En últimas, la reforma anhela que realmente se encuentre justicia, con cualquiera de los alcances que le otorgan los estudiosos del tema: virtud para dar a cada quien aquello que le corresponde; igualdad; retribución; impartir según las necesidades; otorgar de acuerdo con los méritos; aliviar el sufrimiento; reconocer derechos; reconocer los derechos humanos y los derechos fundamentales; equidad; eficiencia económica; empoderamiento o aprehensión del poder; democracia, etc.

Y, quede claro, el legislador no da preferencia a simples razones administrativas por sobre el valor igualdad. En el supuesto de que en verdad se hubiera generado desigualdad injusta, es decir, sin justificación suficiente, bastaría decir que su finalidad no fue la de crear más funcionarios, construir salas de audiencia, cambiar fiscales por magistrados, intensificar la cantidad de integrantes de policía judicial, y cosas semejantes, sino la de re-crear el valor justicia. El parangón, entonces, no se debe hacer entre número de despachos, presupuestos, número de defensores públicos y reglas de gradualidad, de un lado, y reglas legales, del otro, sino entre reforma constitucional y legal, de una parte, y búsqueda de mayor materialización del valor justicia, de la otra.

Los criterios de implementación, así, no son el propósito del legislador; ellos son

solamente unos medios para lograr el objetivo: el valor justicia.

F. El principio de favorabilidad.

En este tema es imprescindible precisar:

i) Las reformas constitucional y legal no se ocuparon del tema, ni tácita ni expresamente. Por lo tanto, el principio mantiene su incolumidad y alcance, fundamentalmente con base en el artículo 29 de la Constitución Política. La nueva normatividad, entonces, no excluye en manera alguna la aplicación del principio de permisibilidad.

ii) Ciertamente, la Corte Constitucional en la primera decisión que traíamos a colación da albergue sin cuestión al principio de irretroactividad. Pero no repele la favorabilidad, sencillamente porque la reforma constitucional que analizaba no hacía alusión a ella.

iii) El principio de favorabilidad se sustenta en muchas razones (humanidad, justicia, política, etc.) pero en esencia se apoya en la política criminal que en un momento determinado adopta el legislador, especialmente en lo tocante con la necesidad o no de criminalización, penalización, prisionización, o de mayor o menor criminalización, penalización y prisionización. Por ello el procesado o condenado no es responsable, pues la política criminal del momento no tiene nada qué ver con él.

iv) El principio de favorabilidad, en buena medida, corresponde a una ficción: si de retroactividad se trata, finge que el hecho se ha cometido en vigencia de la ley nueva, que supone reinante para la época de comisión del hecho y por ello la retrotrae, es decir, hace de cuenta que esa ley regía desde tiempo atrás, para que regule la situación del procesado; si de ultractividad se trata, finge que la ley desaparecida por derogación, subrogación, abrogación o declaración de inexequibilidad, aún conserva su vida y la hace producir efectos hacia delante, hacia el futuro. Por ello para hablar de

benignidad es menester siempre tener en cuenta una sucesión o tránsito de leyes en el tiempo, en el entendido que una ley nueva modifica la regulación de una institución, y que esa variación beneficia al procesado o condenado.

v) La favorabilidad se sustenta, además, en los cambios sociales, políticos, económicos, culturales, religiosos, etc., es decir, tiene que ver con las mutaciones de las pautas sociales. Una situación de estas hoy puede estar regulada legalmente de una manera, y mañana de otra. La favorabilidad implica, entonces, que una ley modifique la regulación legal que antes existía respecto de determinado fenómeno. Dicho con otras palabras, a la permisibilidad le es inherente el decurso de normas, o sea, la secuencia de ellas, la continuidad, la presencia de una detrás de otra u otras, con la obvia derogación, subrogación, abrogación, y temas similares, de una o unas por la otra u otras.

Trasladado lo anterior al tema que ocupa la atención de la Sala, se concluye:

i) Si la reforma sentó como puntos de partida, en primer lugar, los delitos cometidos después del 1º de enero del 2005; y, en segundo lugar, su aplicación, por ahora, solamente en cuatro Distritos, no es posible, hasta aquí, hablar de favorabilidad, pues no existe sucesión de leyes en el tiempo toda vez que la reforma no deroga en parte alguna las normas procesales anteriores. Nótese que por ello, a pesar de su título, el artículo 533 del nuevo Código de Procedimiento Penal no abroga expresamente ninguna disposición.

ii) Como ampliamente hablando, la favorabilidad, por sucesión de leyes, implica derogación de normas, y la reforma nació antes de que se cometieran los delitos a los que apunta, es decir, antes de después del 1º de enero del 2005, al paso que creó un “nuevo sistema de investigación y juzgamiento”, es obvio que no sea posible pensar en el principio de permisibilidad, porque no existe un referente que haya desaparecido por acción de la última reforma.

iii) Pero hay una hipótesis que sí cumple los presupuestos del principio analizado: la aplicación retroactiva del nuevo Código de Procedimiento Penal, respecto de delitos cometidos antes de después del 1º de enero del 2005, es decir, por ejemplo, en vigencia de la ley procesal 600 del año 2000, siempre que, es elemental, se pueda entender que el fenómeno o la institución regulada por ésta haya sido tácitamente derogada por aquel.

iv) La anterior hipótesis, como es obvio, obediente al sistema y a la filosofía del sistema, funciona exclusivamente en relación con delitos cometidos en el pasado en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, pues no se podría retrotraer la ley 906 del 2004, creada para que en la actualidad opere en estos Distritos, para aplicarla por hechos perpetrados en cualquier otra parte del territorio nacional. Es lo que mandan la lógica, la coherencia, la racionalidad y la razonabilidad. No tendría sentido ni contenido afirmar que hoy se aplica el nuevo estatuto de manera restringida territorialmente pero que puede ser trasladado hacia atrás sin limitación territorial alguna.

G. Síntesis.

Como el hecho presuntamente delictivo conocido por la Sala aconteció antes de después del 1º de enero del 2005, en el Distrito Judicial de Quibdó, no era posible ni la igualdad ni la favorabilidad.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

15 de mayo del 2005.

2 . Delitos contra los derechos de autor.

3 Ponderación no es simplemente el acto de ponderar sino que demanda del funcionario judicial una hermenéutica que comprenda el tipo de Estado y todo el capital axiológico de la Constitución Política incluido el bloque de constitucionalidad, como también la parte dogmática del estatuto procesal.

4 “Compartimos con el Gobierno el plazo prudencial de cuatro años a partir de la promulgación del Proyecto de Acto Legislativo..., para permitir el proceso de transición hacia la implementación de un sistema de corte acusatorio... En este término se deberán llevar a cabo foros gubernamentales, discusiones académicas y publicidad a través de los medios, para enterar a los funcionarios del aparato judicial y a la ciudadanía sobre la reforma...”. CÁMARA DE REPRESENTANTES, Ponencia para primer debate, Comisión Primera Constitucional, Gaceta del Congreso #148 del 7 de mayo de 2002.

5 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C- 873 de 2003, M. P., Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. “Según se advierte del análisis sobre el trámite de la reforma, con las expresiones sobre las cuales el demandante puntualiza los cargos contra este artículo (5º transitorio del A.L. 3/2002), se hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal al consignar que el nuevo sistema se aplicaría únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en la propia ley establezca y se amplió en un año el plazo para que entrara en plena vigencia el nuevo sistema”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C - 1092 de 2003, M.P., Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

6 NORBERTO BOBBIO, Teoría general del derecho, Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 188. Y, HUMBERTO SIERRA PORTO, Valor normativo de la Constitución, Bogotá, Uniext, págs. 27ss.

7 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-873 de 2003, M.P., Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA

ESPINOSA.

8 La existencia de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico una vez se han cumplido los requisitos constitucionales respectivos para su adopción; la eficacia jurídica hace relación a la producción de efectos de la norma en cuanto a su aceptación; y la vigencia al tiempo en el que genera efectos jurídicos obligatorios, a su entrada en vigor.

9 GUSTAVO ZAGREBELSKY, El derecho dúctil (Cap. 6, El derecho por principios), Madrid. Edit. Trotta, 1995, págs. 109ss.

10 “Nuevamente se recuerda por parte de la Presidencia, el mandato del artículo 5 del acto legislativo en cuanto a la aplicación del nuevo sistema, para lo cual se dio lectura al citado artículo. En efecto, el doctor Osorio advierte que el mandato constitucional de este artículo es dominante sobre la regla de favorabilidad y debe entenderse bajo la lectura pura y simple, según la cual solo será aplicable la normatividad del nuevo sistema para aquellas conductas que tengan lugar inmediatamente después de la entrada en vigencia de la nueva legislación. Explicó que la idea es empezar la aplicación de las normas de procedimiento para las causas ocurridas a partir de la entrada en vigencia del código y las anteriores a ese momento continuarían tramitándose bajo la legislación anterior con servidores “de descongestión” y evitando un solo trasteo de expedientes”. Acta No. 04 del 7 de febrero de 2003, Comisión Constitucional Redactora.

11 El siguiente es el texto de la disposición proyectada y aprobada: “Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia”.

12. El Senador CARLOS GAVIRIA DÍAZ continuó: “¿Entonces una persona que haya cometido un delito con anterioridad a la vigencia de este Código, no sería acreedora al beneficio de retroactividad de las normas procesales con efecto sustancial?”.

13 Sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 1996.

14 Incorporados a nuestra legislación interna, por virtud de la Ley 16 de 1972 y de la Ley 74 de 1968, respectivamente,

15 Sentencias de la Corte Constitucional C-409 de 1999 y C-040 de 2002.

16 Sentencia C-104/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero