

Proceso No 23047

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 051

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil cinco (2.005).

VISTOS

Decide la Sala sobre la solicitud de revocatoria de la detención preventiva sustituida por domiciliaria, elevada en su favor por el condenado WILLIAM OSPINA CELIS, en aplicación del artículo 313 de la ley 906 de 2.004.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia del 4 de agosto de 2.004, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Val.), condenó a WILLIAM OSPINA CELIS, a las penas principales de cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa de cincuenta y cinco (55) salarios mínimos legales mensuales, como autor responsable del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del decreto 100 de 1.980, modificado por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la principal; le negó la condena de ejecución condicional, y la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria.

2. En providencia del 27 de septiembre de 2.004, la misma Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, se abstuvo de decretar la nulidad de la notificación de la sentencia condenatoria pedida por la defensora del condenado. Decisión contra la cual interpuso el recurso de apelación.

3. Con auto del 26 de octubre del mismo año, el Magistrado Ponente concedió en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por el condenado y su defensora contra la sentencia condenatoria y la providencia que negó decretar la nulidad.

4. El procesado, OSPINA CELIS, fue dejado a disposición de la Sala Penal del Tribunal de Buga por razón de este proceso, el 8 de noviembre de 2.004, una vez esta Corporación le concedió la libertad provisional en el proceso de segunda instancia No. 22.185.

5. El primero de diciembre de 2.004, la Corte revocó la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de recluir al condenado en un centro carcelario, ordenando hacerlo en su domicilio cumpliendo la medida de aseguramiento dictada en su contra, por no estar en firme la sentencia condenatoria.

6. Pendiente la actuación de la resolución de las impugnaciones, el condenado OSPINA CELIS solicita sea revocada la medida de aseguramiento, fundado en la aplicación favorable del artículo 313 de la ley 906 de 2.004, en armonía con los artículos 29 de la Carta Política y 6º tanto de la ley 600 de 2.000 como del nuevo Código Procesal Penal.

Y, en el criterio expuesto por esta Sala en la providencia del 4 de mayo de 2.005, dictada en el radicado No. 19094, con ponencia del H. Mg. Dr. YESID RAMIREZ BASTIDAS, relativo a que procede la aplicación retroactiva de la ley 906 de 2.005 a situaciones cobijadas por la ley 600 de 2.000, siempre que no desvertebre el sistema acusatorio, es decir, aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizaría tanto sus postulados y finalidades como su sistemática.

Situación que considera presente en este caso debido a que los hechos génesis del proceso sucedieron el 4 de febrero de 2.000, originando su trámite por los causes de la ley 600 de 2.000, y la aplicación retroactiva del nuevo Código Procesal Penal en lo que tiene que ver con la detención preventiva, en virtud a que su artículo 313 prevé esa medida de aseguramiento para los autores de delitos sancionados con prisión igual o mayor a 4 años de prisión, y el prevaricato por acción está reprimido con prisión de 3 a 8 años tanto en el artículo 149 del decreto 100 de 1.980 como en el 413 de la ley 599 de 2.000.

Con base en lo anterior, reitera, se revoque la medida de aseguramiento y en consecuencia se oficie al Director de la Penitenciaría Nacional de Villa de las Palmas, Palmira, para que suspenda las visitas domiciliarias que a diario llevan a cabo en su residencia.

Argumenta, finalmente, que de decidir la Sala los recursos y confirmar las decisiones controvertidas, ruega le reconozca la prisión domiciliaria por estimar que los presupuestos del artículo 38 de la ley 599 de 2.000 se reúnen en su favor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Compete a la Corte resolver la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que afecta la libertad de WILLIAM OSPINA CELIS, en atención a que el proceso está pendiente de resolver los recursos de apelación interpuestos por el procesado y su defensora en contra de la sentencia condenatoria y el auto que negó la nulidad de su notificación, proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en primera instancia, en orden a lo reglado por el artículo 75-3 del Código de Procedimiento Penal.

2. Ante todo, deja la Sala en claro que de conformidad con lo preceptuado por los artículos 5º del Acto Legislativo 03 de 2.000 y 533 de la ley 906 de 2.004, el trámite de

este asunto se regirá por lo dispuesto en la ley 600 de 2.000, en virtud a que el delito investigado y juzgado tuvo su ejecución previo al 1º de enero de 2.005.

Pues bien, como quiera que la solicitud de revocatoria de la detención domiciliaria se hace bajo la égida de la aplicación retroactiva del artículo 313 de la ley 906 de 2.004, interesa evocar que la Sala recientemente definió el punto inclinándose por la aplicación del nuevo Código Procesal Penal a actuaciones regidas por la ley 600 de 2.000, siempre y cuando el instituto invocado no desnaturalice el sistema acusatorio y las normas comparadas contengan esencialmente el mismo supuesto de hecho.

Interpretación afincada en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, adoptado por nuestra Carta Política que tiene como centro la dignidad del ser humano, uno de cuyos fines es justamente el de garantizar la efectividad de los principios y derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso y el principio de favorabilidad como uno de sus componentes, consistente en que en material penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable - artículo 29 -; el cual es elevado a norma rectora en los artículos 6º de las leyes 600 de 2.000 y 906 de 2.004, añadiendo que la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

En efecto, en decisión del 4 de mayo de 2.005, dentro del radicado No. 23567, con ponencia de la H. Magistrada, Dr. MARINA PULIDO DE BARON, en ese sentido expuso:

“Si bien por regla general la ley penal rige para las conductas cometidas durante su vigencia, en virtud del principio de favorabilidad es posible excepcionar tal postulado mediante su aplicación retroactiva o ultraactiva. En el primer caso, la ley es aplicable a hechos ocurridos antes de que entrara a regir, mientras que en el segundo, su aplicación va más allá de su vigencia en el tiempo y, por regla general, se ocupa de

sucesos acaecidos cuando aún regía, siempre que ello reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

“La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, pero también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

Según el inciso 2º del artículo 6º tanto de la ley 600 de 2.000 como de la Ley 906 de 2.004 “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, normas que ostentan la condición de rectoras y que por tal razón prevalecen “sobre cualquier otra disposición” de los mencionados estatutos, a la vez que prestan utilidad como “fundamento de interpretación”, de conformidad con lo establecido en los artículos 24 de la ley 600 de 2.000 y 26 de la ley 906 de 2.004.

“De acuerdo con la preceptiva del artículo 40 de la Ley 153 de 1.887, las leyes de carácter procesal tienen vigencia inmediata y rigen hacia el futuro; no obstante, cuando de ellas se derivan “efectos sustanciales” para el inculcado, opera también el principio de favorabilidad, como clara y expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 6º de los mencionados estatutos procesales penales vigentes, según atrás se dilucidó, todo lo cual obliga al funcionario judicial a efectuar la correspondiente ponderación de los preceptos sucesivos o coexistentes, con el propósito de seleccionar el más favorable al inculcado.

“Una ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el principio pro homine, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero y torna efectiva la concepción antropológica de la Carta Política, también llamada dogmática ius

humanista, que igualmente se materializa frente a otros fenómenos jurídicos, tales como: limitar lo menos posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (principio favor libertatis), presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (principio de presunción de inocencia), no agrave la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (principio non reformatio in pejus), aplicar la analogía solo cuando sea beneficiosa al inculcado (analogía in bonam partem) y preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales las que resulten menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos), entre otros.....”

“....advierte la Sala que en punto del principio de favorabilidad la ley 906 de 2.004 podría ser aplicada con efectos retroactivos respecto de situaciones anteriores a su vigencia cobijadas por una legislación que aún se encuentra en vigor (Ley 600 de 2.000), siempre que ello no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizaría tanto sus postulados y finalidades como su sistemática:”

Y, en decisión de la misma fecha, en el radicado No. 119.094, con ponencia del H. Mg. Dr. YESID RAMIREZ BASTIDAS, desde la misma perspectiva agregó:

“.....Es claro, entonces que el Acto Legislativo 03 de 2.002 y el Código de Procedimiento Penal de 2.004 sólo son aplicables en los Distritos Judiciales donde se introdujo el sistema acusatorio el 1º de enero de 2.005 y respecto de delitos cometidos a partir de esa fecha, mientras que en los demás, rigen la ley 600 de 2.000 y el Código Penal del mismo año.

“La anterior conclusión no significa descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la ley 906 de 2.004, 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 2.000, 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 fuerte del último.

“Al revisar las Actas de la Comisión Constitucional Redactora y el debate que tuvo lugar en el Senado de la República el 26 de mayo de 2.004 sobre el artículo 6º de la nueva ley procesal (legalidad) y más puntualmente sobre su inciso 3º, 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.....

“....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.

“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 2.004. 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 2.005 o a partir de esa fecha en Distritos Judiciales donde no opere el sistema acusatorio; y, el nuevo, para delitos cometidos a partir del 1º de enero de 2.005 en los Distritos Judiciales semillas seleccionados para que funcione ese sistema.

“Frente a los primeros rige la ley 600 de 2.000, 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.

“Esa interpretación es la que permite comprender la aplicación del principio de favorabilidad por parte de los Jueces de Ejecución de Penal y Medidas de Seguridad, facultad consagrada en el artículo 79-7 del Código de Procedimiento Penal de 2.000 y en el 38-7 del Código de Procedimiento Penal de 2.004, 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 2.004 a actuaciones que se rijan por la ley 600 de 2.000, 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.

“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 2.000, 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 puede eludirse la aplicación del principio, por ejemplo, a situaciones en las cuales la ley 906 de 2.004 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.

Pues bien, la Fiscalía General de la Nación impuso al procesado medida de aseguramiento de detención preventiva la cual sustituyó por la domiciliaria, el 16 de abril de 2.002, como posible autor responsable del delito de prevaricato por acción, tipo penal previsto en el artículo 149 del decreto 100 de 1.980, modificado por el artículo 25 de la ley 190 de 1.995, que prevé como sanción prisión de 3 a 8 años; en atención a que está incluido en la lista del numeral 2º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal.

Medida de aseguramiento vigente ya que la sentencia condenatoria pese a que no reconoció el subrogado de la condena de ejecución condicional y la sustitución de la prisión por domiciliaria, no puede ejecutarse por no estar en firme.

Al tenor del artículo 357 de la ley 600 de 2.000, la detención preventiva procede cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años; por los punibles que sin cumplir con el mínimo punitivo anterior están relacionados en la lista

contenida en su numeral 2º, y cuando contra el sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión, siempre que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad.

Ahora, el canon 313 de la ley 906 de 2.004, prescribe que la detención preventiva procede siempre y cuando estén satisfechos los requisitos del artículo 308 ibídem en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados; en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista en la ley sea o exceda de cuatro (4) años; y en los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Del cotejo de estos preceptos deriva que el motivo legal que fundamenta la medida de aseguramiento impuesta al procesado desapareció, ya que la lista de conductas punibles previstas en el numeral 2º del artículo 357 de la ley 600 de 2.000 no fue reproducida en el nuevo ordenamiento procesal penal, y tanto el artículo 149 del Decreto 100 de 1.980, modificado por la ley 190 de 1.995, aplicado en el curso del proceso por favorecer al condenado, como el artículo 413 de la ley 599 de 2.000, que describen el prevaricato por acción, contemplan una pena de prisión mínima de 3 años, lapso inferior al de 4 años de prisión exigido para hacer viable la detención preventiva.

En fin, la Sala revocará la detención preventiva, sustituida por la detención domiciliaria, que pesa contra el procesado WILLIM OSPINA CELIS y, por lo tanto, dispondrá su libertad inmediata, para lo cual comisionará al Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira Valle, localidad en donde el procesado cumple la detención domiciliaria, quien enviará las comunicaciones respectivas a las autoridades penitenciarias que vienen controlando el cumplimiento de dicha medida.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE

REVOCAR la detención preventiva sustituida por domiciliaria que pesa contra WILLIAM OSPINA CELIS; en consecuencia, dispone su liberación inmediata, para el efecto comisiona al Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira Valle, lugar en donde viene cumpliendo la detención domiciliaria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARON

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ HERMAN GALAN CASTELLANOS

ALFREDO GOMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PEREZ PINZON JORGE L. QUINTERO MILANES

Salvamento de voto

YESID RAMIREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Segunda instancia No. 23.047)

La Corte ha revocado la medida detentiva que pesaba sobre el doctor Ospina Celis con fundamento en la nueva legislación procesal penal. Tuvo en cuenta, así, los principios de igualdad y de favorabilidad. Sobre el tema, el suscrito piensa de otra manera, con

fundamento en la cual se aparta de la providencia dictada y considera que no procedía la decisión tomada.

De una parte, las reformas constitucional y legal no violan la igualdad. Por ende, 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.

He aquí las motivaciones de las afirmaciones anteriores:

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 reformar 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.

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

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

25. 7. 2005.