

Proceso No 26602

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta No. 303.

Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de dos mil nueve (2009).

VISTOS

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de casación presentada por la defensora de HAROLD YEISON CHAMBO HERNÁNDEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 17 de agosto de 2006, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad el 19 de diciembre de 2005, por cuyo medio condenó al mencionado ciudadano como autor penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

HECHOS

En las horas de la tarde del 22 de agosto de 2005, cuando el menor MMM1 de 11 años de edad arribó a una tienda ubicada en la calle 34 No. 11 H - 20, Barrio Atanasio Girardot de Cali, fue abordado por HAROLD YEISON CHAMBO

HERNÁNDEZ quien lo ingresó a su residencia en el mismo lugar y procedió a accederlo carnalmente.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia presentada por un tío de la víctima, la Fiscalía Seccional de Cali dispuso la correspondiente indagación preliminar para luego de practicar algunas pruebas declarar abierta la instrucción, en cuyo desenvolvimiento vinculó mediante indagatoria a HAROLD YEISON CHAMBO HERNÁNDEZ, resolviéndole su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional, como posible autor del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Como en el curso de la actuación el procesado expresó su interés en acogerse a sentencia anticipada, el 8 de noviembre de 2005 se realizó la correspondiente diligencia de formulación de cargos por el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado en razón de las causales 2ª y 4ª del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, cuya responsabilidad aceptó el acusado en presencia de su defensora.

Remitida la actuación a los Jueces Penales del Circuito de Cali, correspondió al sexto de dicha especialidad, despacho que profirió fallo el 19 de diciembre de 2005, a través del cual condenó a CHAMBO HERNÁNDEZ a la pena principal de cincuenta y ocho (58) meses y veintiséis (26) días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor penalmente responsable del punible por el cual fue acusado durante la diligencia de formulación de cargos.

En la misma providencia le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural.

Impugnada la sentencia por la defensa, el Tribunal Superior de Cali la confirmó mediante fallo del 17 de agosto de 2006, contra el cual el togado interpuso recurso de casación en tiempo y allegó el respectivo libelo, el cual fue admitido mediante auto del 13 de diciembre de 2006; en este momento se ha recibido concepto del Ministerio Público sobre la demanda.

EL LIBELO CASACIONAL

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, la defensora del procesado aduce que se violó directamente la ley sustancial, toda vez que se dio aplicación al artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a un asunto que no se encontraba regido por dicha legislación.

En apoyo de su aserto cita jurisprudencia de esta Sala, así como de la Corte Constitucional, en la cual se plantea que el referido incremento punitivo es aplicable para los asuntos gobernados por el sistema penal acusatorio, circunstancia que no se presenta en este caso, pues la ley procesal que rigió el rito fue la Ley 600 de 2000.

De lo expuesto concluye la recurrente que en virtud del principio de legalidad se impone restablecer el agravio ocasionado a su asistido, en cuanto se refiere a casar parcialmente el fallo atacado, procediendo a marginar de la dosificación de la pena el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de advertir algunos yerros técnicos en la presentación del reproche, aduce el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal que se trata de la aplicación indebida del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, toda vez que si bien el delito se cometió en vigencia de dicha legislación, lo cierto es que como ha tenido oportunidad de dilucidarlo esta Sala en sentencia del 23 de enero de 2008, dentro del radicado 28871, la teleología

del incremento establecido en el referido precepto está ligado a la adopción de rebajas de la pena, como resultado de mecanismos de colaboración con la justicia, propios del sistema acusatorio implementado con la Ley 906 de 2004, más específicamente, en cuanto hace relación a los allanamientos y preacuerdos.

Adicionalmente señala que si el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se encontraba ligado a la implementación progresiva del sistema acusatorio en las diferentes regiones definidas por el legislador para ello, es claro que si el delito se cometió el 22 de agosto de 2005 en la ciudad de Cali, no es aplicable tal norma a este caso, pues para tal fecha aún no había entrado a regir en esa ciudad el sistema penal acusatorio, caso similar al resuelto por esta Colegiatura mediante sentencia del 6 de septiembre de 2007, en el radicado 27549.

A partir de lo anterior considera el Procurador Delegado que al descontar de la pena impuesta el incremento establecido en la Ley 890 de 2004, el primer cuarto en el cual se ubicaron los falladores estaría entre sesenta y cuatro (64) y ochenta y cuatro (84) meses de prisión, de modo que sí se impone el límite máximo como ocurrió en el fallo, al descontar la mitad en aplicación favorable del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, la sanción es de cuarenta y dos (42) meses de prisión, sin que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Precisa que si bien en la actualidad no se discute la aplicación favorable del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a hechos gobernados por la Ley 600 de 2000, lo cierto es que debería ponderarse el momento en el cual el procesado se acogió a sentencia anticipada, toda vez que resulta diferente si lo hace en la indagatoria o, como ocurrió en este asunto, cuando ya se había cerrado la investigación; esa circunstancia permite observar que los sentenciadores fueron muy generosos sobre el particular al rebajar la sanción en la mitad, situación ahora inmodificable en virtud del principio de la non reformatio in pejus.

Con fundamento en lo expuesto, el Delegado solicita a la Sala casar parcialmente el fallo, en el sentido de redosificar la pena impuesta al acusado CHAMBO HERNÁNDEZ.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Según la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”; disposición que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual desde la época de la Revolución Francesa protege la libertad individual frente a la arbitrariedad de los funcionarios judiciales y garantiza a la postre tanto el principio de igualdad de las personas ante la ley, como el de seguridad jurídica.

Es por tal razón que se afirma de manera pacífica que una de las características esenciales de un Estado de derecho está constituida por la reglamentación exhaustiva de las facultades de sus servidores públicos, como se deriva del artículo 121 de la Carta Política, en cuyo texto se expresa que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. A su vez, el artículo 122 de la misma Normativa Superior dispone que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.

En cuanto se refiere a los funcionarios que administran justicia, además de las anteriores normas, sus facultades se rigen por lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, precepto que establece el principio de imperio de la ley en las decisiones judiciales.

Ahora bien, el principio de legalidad desde el punto de vista de la pena constituye una garantía para el procesado y para la comunidad, pues los ciudadanos tienen la certeza que en ejercicio del ius puniendi, el Estado sólo podrá sancionar en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en

la ley, sin que éstos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales, pues un tal proceder comportaría no sólo violación del referido principio, sino también de los de igualdad de las personas ante la ley y seguridad jurídica, según atrás se indicó.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, observa la Sala que en el fallo de primer grado se dosificó la pena en los siguientes términos:

“El acceso carnal abusivo con menor de catorce años positivamente consagrado en el artículo 208 del C. Penal, contempla un mínimo de cuatro (4) y un máximo de ocho (8) años de prisión; sin embargo y como quiera que aquí se imputó las circunstancias de agravación punitiva contenidas en los numerales 2º y 4º del artículo 211 ibídem (...) de conformidad al artículo 60.1 del mismo compendio, tal mínimo debe aumentarse en una tercera parte, mientras el máximo en la mitad, lo que quiere decir que dicho mínimo queda en 64 y el máximo en 144 meses; pero como igualmente el comportamiento operó en plena vigencia de la Ley 890 de 2004 que modificó y adicionó el Código Penal, de conformidad a su artículo 14 los anteriores guarismos se aumentarán en una tercera parte a la mitad, respectivamente, lo cual traduce entonces que en definitiva tal mínimo queda en 85, mientras el máximo en 216 meses (...) nos ofrece un primer cuarto que va de 85 a 117 m, 22d” (subrayas fuera de texto).

Al tasar la sanción privativa de la libertad a HAROLD YEISON CHAMBO, el a quo la ubicó en el extremo máximo del primer cuarto de movilidad punitiva, el cual rebajó en la mitad dando aplicación favorable al artículo 351 de la Ley 906 de 2004, quedando entonces, en cincuenta y ocho (58) meses y veintiséis (26) días de prisión, tiempo en el cual también dosificó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, dado que la temática en discusión se circunscribe a la aplicación de la

Ley 890 de 2004 en un distrito judicial en el cual, para cuando se cometió el delito investigado (22 de agosto de 2005) aún no se había implementado el sistema acusatorio, oportuno resulta verificar que en el trámite previó a la aprobación y sanción de la referida ley se dijo:

i) “Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modifican las penas...”² (subrayas fuera de texto).

ii) “La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley 599 de 2000, se aclara) está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”³ (subrayas fuera de texto).

iii) “El primer grupo de normas (aquellas relativas a la dosificación de la pena, se aclara), está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004, se precisa) de rebaja de penas y colaboración con la justicia, que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos, y a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del proceso penal”⁴ (subrayas fuera de texto).

iv) “Teniendo en cuenta que se hace necesario ajustar las disposiciones del Código Penal a los requerimientos que implica la adopción y puesta en marcha del sistema acusatorio, solicitamos a la Plenaria de la Cámara de Representantes dar segundo debate al proyecto de ley número 251 de 2004 Cámara, 01 de 2003

Senado”⁵ (subrayas fuera de texto).

v) “El actual proyecto de ley, insisto hasta la saciedad, únicamente tiene una justificación y una explicación: permitir poner en funcionamiento el Código de Procedimiento Penal, que se convertirá en ley de la república y que fue expedido por esta Corporación”⁶ (subrayas fuera de texto).

vi) “Lo que hay que modificar son algunos artículos del Código, en razón a que como entra a operar el sistema acusatorio será necesario aumentar algunas penas para que haya margen de negociación, porque de lo contrario la sociedad se vería burlada con base en las rebajas que pueda hacer el fiscal”⁷.

Como viene de verse, es evidente que por voluntad del legislador, el incremento general de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se encuentra atado exclusivamente a la implementación del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), de donde puede concluirse que para los delitos cometidos en aquellos distritos judiciales en los cuales aún no había entrado a regir el referido sistema procesal, no tiene aplicación el aumento de penas y por tanto, permanecen incólumes los extremos punitivos establecidos en la Ley 599 de 2000.

La Corporación ha puntualizado sobre el particular:

“La jurisprudencia mayoritaria de esta Sala ha señalado, en punto de la aplicación de las restantes disposiciones de la normativa mencionada (Ley 890 de 2004, se aclara), entre ellas el artículo 14 donde se prevé el aumento general de penas, que está supeditada a la gradualidad fijada para la Ley 906 de 2004, con la cual guarda estrecha relación, atendidos sus precedentes legislativos. En este sentido sostuvo:

“Si eso es así, y se revela que lo fue cuando se repasan todos los antecedentes vinculados a la ley y a los cuales se ha hecho referencia en detalle, resulta imperativo asegurar que

al igual que el acto legislativo 03 de 2002 y que el Código de Procedimiento Penal de 2004, la norma de aumento de penas, vigente desde el 1º de enero de 2005, se aplica gradualmente en los Distritos Judiciales donde se vaya implantando el sistema acusatorio' 8 (negrilla propia del texto).

Ha de concluirse, entonces, que los incrementos punitivos impuestos por la Ley 890 de 2004 empezaron a regir en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira desde el 1º de enero de 2005, únicamente en relación con hechos acontecidos a partir de tal fecha y, se efectuaron luego, de manera progresiva, en los restantes distritos del territorio nacional, hasta alcanzar su implementación total, el 1º de enero del año en curso"9 (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, considera la Sala que en el caso objeto de estudio los falladores incurrieron en una incorrección trascendente en punto del quebranto del principio de legalidad, al tener en cuenta para dosificar la pena impuesta al acusado el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sin que en la ciudad de Cali donde tuvo lugar el delito se hubiera implementado aún para la fecha de su comisión el sistema penal acusatorio.

La circunstancia expuesta impone a la Sala, como lo deprecia la demandante y lo sugiere el Procurador Delegado, casar parcialmente el fallo objeto de impugnación extraordinaria, en el sentido de tasar nuevamente la sanción impuesta a HAROLD YEISON CHAMBO, marginando en tal labor el referido incremento de la pena dispuesto en la Ley 890 de 2004, a lo cual se procede de inmediato.

Al respecto se tiene que si de conformidad con el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años tiene asignada una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, la cual debe incrementarse por la concurrencia de las causales de agravación punitiva contenidas en los numerales 2º y

4º del artículo 211 del mismo ordenamiento, el mínimo debe aumentarse en una tercera parte y el máximo en la mitad, de suerte que los extremos se establecen entre sesenta y cuatro (64) y ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, quedando el primer cuarto de movilidad entre sesenta y cuatro (64) y ochenta y cuatro (84) meses de pena privativa de la libertad.

Ahora, como el a quo, en decisión confirmada por el Tribunal, dosificó la sanción en el extremo máximo del cuarto inicial de movilidad, la sanción sería de ochenta y cuatro (84) meses, a la cual, según se procedió en el fallo objeto del recurso, se aplicó retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad la rebaja máxima de la mitad establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual la pena queda tasada en cuarenta y dos (42) meses de prisión, tiempo en el cual también se dosifica la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Es oportuno señalar que la modificación en la pena privativa de la libertad no tiene la virtud de modificar en este asunto lo resuelto en las instancias sobre la negación de la condena de ejecución condicional, toda vez que la sanción es superior a tres (3) años de prisión, lapso exigido por el legislador en el numeral 1º del artículo 63 de la Ley 599 de 2000 para acceder a dicho beneficio.

Por similares razones tampoco es procedente modificar la decisión de los falladores de negar la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, pues la sanción mínima para el delito por el cual se procede es de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, quantum que excede el tiempo máximo de cinco (5) años de prisión establecido en el numeral 1º del estatuto penal del 2000 para conseguir dicha sustitución punitiva.

Cuestión final

Dentro de su función propedéutica la Sala debe llamar la atención en cuanto se refiere a que si bien en este asunto el a quo al dosificar la pena otorgó al procesado

una rebaja del cincuenta por ciento (50%) por acogerse a sentencia anticipada en aplicación favorable del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe recordarse que según el claro texto de dicho precepto, dicha culminación antelada “comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible” (subrayas fuera de texto), de modo que como ya ha sido precisado por la jurisprudencia de esta Colegiatura, no se trata de una disminución fija, sino ponderada y gradual.

Sobre dicha temática ha señalado la Corporación que compete al fallador:

“tener en cuenta las circunstancias posdelictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, tales como: la significativa economía en la actividad estatal orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, la importancia de la ayuda en punto de la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos”¹⁰ (subrayas fuera de texto).

En consecuencia, tal como lo señala el Ministerio Público, es claro que si en este asunto el procesado expresó por escrito su interés en acogerse a sentencia anticipada luego de clausurarse la investigación, no se haría acreedor al máximo descuento de pena establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, circunstancia que precisaba de un concienzudo análisis por parte del a quo al respecto, amén de que conforme a la prevalencia del derecho a la non reformatio in pejus sobre el principio de legalidad reconocida por la Sala mayoritaria, no hay lugar en esta sede a modificación alguna.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, para reducir a cuarenta y dos (42) meses la pena principal de prisión, así como la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado HAROLD YEISON CHAMBO HERNÁNDEZ, de conformidad con la argumentación precedente.

2. PRECISAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de

voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Salvamento parcial

de voto

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

Salvamento parcial de

voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Salvamento parcial de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Respetuosamente manifiesto el motivo el motivo de mi disenso frente a la determinación de la Sala.

Considero que resultaba improcedente haber aplicado en este asunto la figura consagrada en el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, es decir, que se hubiese concedido la rebaja de pena allí contemplada, cuando es evidente que dicha normatividad resultaba inaplicable en la medida en que la antigua sentencia anticipada contemplada en la Ley 600 de 2000 no encuentra igualdad en el nuevo juicio oral que, sin duda alguna, varió radicalmente el sistema procesal penal colombiano.

Surge evidente que la comparación institucional de las dos figuras, es decir, la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos actualmente reglada en la citada Ley 906 de 2004 no son iguales, toda vez que pertenecen a sistemas procesales de enjuiciamiento contrapuestos, conclusión lógica y jurídica que necesariamente conlleva a excluir la aplicación del principio de favorabilidad, pues si bien es cierto que la jurisprudencia de Sala ha admitido la operancia de la favorabilidad frente a la “coexistencia” de legislaciones, también lo es que ella se verifica siempre y cuando los institutos partan de los mismos supuestos jurídicos de hecho, evento que en este caso no ocurre.

Es verdad que en la legislación anterior (Ley 600 de 2000) y en la actual (Ley 906 de 2004) se contempló la terminación anticipada del proceso. No obstante, estos institutos

no coinciden en sus estructuras, pues si bien ambos finalizan la actuación de manera “anormal” o “abreviada”, también hay reconocer que tal como fueron concebidos obedecen a una mecánica jurídica distinta, pues contemplan desarrollos y alternativas procesales disímiles. Y si bien es cierto que la sentencia anticipada y la aceptación de cargos tienen génesis en el derecho penal premial, también lo es que cada una guarda características propias que adheridas a un sistema determinado las hacen diferentes.

Recuérdese que en el Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993, y de acuerdo con el sistema mixto que operaba para ese entonces, se incorporaron los institutos de sentencia anticipada y de audiencia especial, según los artículos 37 y 37A, respectivamente.

En el primero, el procesado podía manifestar la aceptación de cargos tanto en la etapa de instrucción como en la del juicio, posición que le hacía acreedor a una determinada rebaja de pena; mientras que en el segundo, el fiscal y el sindicado, luego de haberse resuelto la situación jurídica de éste y antes del cierre de la etapa de la instrucción, llegaban a un acuerdo en torno a “la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, la circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia”, acuerdo de voluntades que debía ser aprobado por el juez de conocimiento, llegando incluso su competencia a formular observaciones acerca de la legalidad del mismo o dictar el correspondiente fallo de mérito, dentro del cual determinaba el quantum punitivo.

Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, en su artículo 40 se consagró la sentencia anticipada, excluyéndose la llamada audiencia especial, instituto aquél que mantuvo la estructura inicialmente prevista por el legislador, toda vez que la iniciativa siguió siendo un acto unilateral y voluntario del procesado y la consecuencia penológica

debidamente delimitada, según la etapa procesal en que se presentara la solicitud, es decir, una tercera parte en la investigación y una octava en la causa.

Posteriormente, expedida la Ley 906 de 2004, normatividad que no sólo comportó la simple promulgación de un nuevo Código de Procedimiento Penal, sino un cambio estructural del modelo de procesamiento en materia penal, según la reforma constitucional que al respecto se llevó a cabo a través del Acto Legislativo 03 de 2002, conllevando la inclusión de trascendentales principios e institutos para su cabal funcionamiento que, sin duda, difieren notoriamente del anterior sistema, contempló las modalidades de la aceptación de cargos y los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el Título II, capítulo Único, artículos 348 a 354).

De igual modo, consecuente con la filosofía de la nueva legislación penal, debe precisarse que el actual sistema se encuentra edificado sobre varios principios fundamentales, dentro de los cuales se halla el de celeridad y eficacia de la administración de justicia, postulados que necesariamente llevan a la búsqueda de una actuación que implique el menor desgaste de la justicia sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material y que, al mismo tiempo, se constituya en un instrumento que prevenga y combata de manera eficaz la criminalidad en todos sus órdenes.

Siendo ello así, el sistema está diseñado para que el derecho penal premial sea, en gran medida, parte estructural de la solución de los conflictos que conoce el derecho penal. Por ello es que el legislador previó en este nuevo modelo de proceso penal el Título de “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”, institutos jurídicos de los cuales tanto la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, podrán utilizar como una manera de terminar de manera “abreviada” el proceso.

En otros términos, el novedoso sistema está diseñado para que a través de las modalidades del allanamiento o aceptación de cargos y las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, previendo que estas alternativas sean las que en mayor porcentaje resuelvan los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.

Teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera “anormal”, es decir, a través de la “terminación abreviada”, procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, insisto, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones.

Y no hay duda que el allanamiento o aceptación de cargos se puede presentar en varias ocasiones procesales, identificables y precisas en su invocación, dentro de las cuales el legislador de manera expresa regula la intervención tanto del fiscal como del juez, al punto que, según su regulación en cada momento procesal, necesariamente se impone entender que las consecuencias jurídicas de éste difieren notoriamente de la sentencia anticipada contemplada en la Ley 600 de 2000, premisa que me permite concluir que la Sala no debió dar aplicación en este caso del mencionado artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

En los anteriores términos dejo plasmados los argumentos que me llevaron a disentir de la mayoría de la Sala.

Cordialmente,

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Magistrado

Fecha, ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar parcialmente mi voto respecto de lo decidido en el presente asunto, comoquiera que sigo convencido, como se analizó en muchas decisiones anteriores en las cuales la tesis primó, que no es posible aplicar por favorabilidad el porcentaje de atemperación punitiva que para el allanamiento a cargos consagra el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, a hechos tramitados dentro de los presupuestos procesales de la Ley 600 de 2000.

Para mejor comprensión de las razones que facultan persistir en los motivos que de antaño justificaron decidir de manera contraria a como se hace hoy, estimo necesario abordar en esta aclaración tres puntos concretos:

1. Naturaleza y efectos de los principios de favorabilidad e igualdad.
2. Disimilitud entre los institutos de la sentencia anticipada (artículo 40 de la Ley 600 de 2000) y los acuerdos y preacuerdos que contempla el Capítulo único del Título II de la Ley 906 de 2004.
3. Vulneración del principio de igualdad a través de la aplicación, por favorabilidad, del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

1. Ya en aclaración de voto anterior, cuando apenas se comenzaba a discernir sobre la aplicación de la nueva sistemática acusatoria, estimé pertinente glosar la afirmación de la Sala mayoritaria referida a la posibilidad de aplicar algunas normas de la Ley 906 de

2004 a asuntos tramitados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de favorabilidad, de la siguiente manera¹¹:

“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 Políticos¹², imponen como obligación el respeto del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal.

(....)

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”.¹³

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”¹⁴.

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.”

1. No se discute ya, y en el proyecto aprobado por la mayoría se detalla suficientemente el tópico, que precisamente en seguimiento de las pautas atrás trazadas, es posible aplicar por favorabilidad algunas normas de la Ley 906 de 2004, a procesos adelantados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000.

No es ello algo que hoy pueda ser objeto de discusión. Sin embargo, así lo acepta también la decisión de la cual ahora discrepo, en tratándose de dos sistemáticas completamente diferentes, como quiera que la Ley 906 de 2004 busca implementar en el país el modelo acusatorio, en contraposición a los dispositivos anteriores, de corte inquisitivo o mixto, esa aplicación favorable sólo opera respecto de institutos similares, de manera que aquellos propios del tipo de procedimiento novedoso, resultan de imposible entronización en el régimen anterior.

Y ello es lo que sucede con esa forma de terminación anticipada que con el rótulo de allanamiento a cargos regula la Ley 906 de 2004, pues, como se había sostenido invariablemente por la Sala mayoritaria hasta ahora, sin que existan nuevos desarrollos legislativos o argumentos distintos a los que para esa época soportaban la posición disidente, que obliguen cambiar lo dicho, no se trata de un mecanismo independiente que por sí mismo se entienda compartir las aristas básicas o presupuestos fundamentales de la sentencia anticipada regulada en la Ley 600 de 2000, a la manera de entender ambas figuras hermanadas en su naturaleza y efectos.

Se dijo antes, y ahora debo reiterarlo, que el allanamiento a cargos no opera en calidad de figura aislada o refractaria a las características específicas del sistema acusatorio, sino como instituto connatural al mismo y, en especial, a esa forma de justicia consensuada o premial que se busca hacer valer, en el entendido, desde luego eficientista, de que por

su naturaleza resulta imposible tabular a través del juicio oral un porcentaje muy alto de procesos.

Por ello precisamente la Ley 906 de 2004 consagra institutos claramente dirigidos a buscar esa terminación anticipada o extraordinaria de las investigaciones penales, dentro de los cuales destacan el principio de oportunidad y lo que en el Título II se reseña bajo el epígrafe de “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”.

Bajo ese rótulo genérico del Título segundo en cita, cabe relevar, se insertan tanto las negociaciones propiamente dichas, como el allanamiento a cargos, no sólo porque la simple revisión exegética de la normatividad así lo informa, sino en atención a que no se entienden ambas como figuras disonantes o siquiera alternativas, sino propias de esa teleología premial arriba destacada.

No en vano, el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, expresamente se refiere al allanamiento a cargos operado en la audiencia de formulación de imputación, para significar que en ese momento procesal puede aspirar la persona a una rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”, para, a renglón seguido, determinar como el consecuente escrito de acusación que por congruencia servirá de base a la necesaria sentencia de condena, ha de consignar el acuerdo, no otro distinto, debe señalarse, a aquel en el cual se definió entre las partes –fiscalía y defensa-, cual, dentro del ámbito de atemperación regulado por la norma, será el porcentaje concreto a aplicar a favor del procesado.

Ahora bien, en el auto del cual discrepo se pretende controvertir el argumento exegético, significándose que el allanamiento a cargos se encuentra regulado, dentro de la Ley 906 de 2004, en capítulo distinto o independiente al único del Título II, en el cual se detalla lo concerniente al campo de preacuerdos y negociaciones, agregándose que lo

contemplado en el inciso primero del artículo 351 se establece apenas para “trazar” los efectos de ese allanamiento.

No parece que sea así, pues, en primer lugar, si el tema apenas remitiese a un aspecto instrumental, nada obsta para que allí mismo, cuando se regula la audiencia de formulación de imputación y su trámite, se dejara sentado ese porcentaje de reducción, en lugar de deferirlo a un Título y Capítulo que contempla un aspecto eminentemente sustancial, propio, como se viene anotando, de la teleología consignada en la Ley 906 de 2004.

La evaluación, entonces, es la contraria, si se trata de respetar los valores y diferencias entre lo sustancial y lo simplemente procedimental consagrado por la nueva normatividad.

Vale decir, si el allanamiento a cargos se relacionó expresamente en el Título referido al instituto de los preacuerdos y negociaciones, no apenas para “trazar” el porcentaje de reducción de pena, sino entendiéndolo mecanismo propio de la justicia premial y consensuada desarrollada en su único capítulo, lo lógico es comprender que la reiteración accesoria instituida en otros capítulos, busca apenas establecer procedimentalmente la forma (momento y modalidad) como ese mecanismo se hace efectivo en el estado procesal en el cual se hace la manifestación de voluntad del procesado.

Es que, se olvida en la providencia aprobada, que ese allanamiento a cargos no tiene apenas un momento procesal de materialización: la audiencia de formulación de imputación -quizás porque se tuvo en mente la aplicación por favorabilidad del máximo del 50% permitido para esta forma extraordinaria de terminación del proceso-, obrando también posible que ello suceda en la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5°), permitiendo la reducción de pena de “hasta en la tercera parte”, y al comienzo de la audiencia de juicio oral (artículo 367), aquí con una sola opción de atemperación punitiva de una sexta parte.

Esa auscultación normativa permite apreciar que no se trata de que el legislador buscara ubicar el allanamiento a cargos en un apartado diferente del Título destinado a los preacuerdos y negociaciones, sino apenas de establecer cómo opera procesalmente la figura dentro de los tres estadios o momentos que la permiten.

No es posible, tampoco, examinar aislada y descontextualizadamente el allanamiento a cargos, como si se tratase apenas de una reiteración de lo que bajo la denominación de sentencia anticipada consagraba el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, dado que además de hacer parte de esa teleología propia del sistema acusatorio, encaminada a facultar soluciones anticipadas del conflicto, irradia los motivos que impelieron la expedición de la Ley 890 de 2004, en el entendido que las generosas rebajas establecidas en la novísima sistemática, obligaban, para hacer valer los principios de legalidad de la pena y retribución justa inserta en la misma, incrementar los montos sancionatorios definidos para la generalidad de los delitos en el Código Penal vigente, Ley 599 de 2000.

Entonces, para equilibrar los conceptos en pugna, como fiel de la balanza, a la par con el alto porcentaje de reducción producto de los acuerdos, sea por la vía de la negociación o de la aceptación de cargos, se estableció el incremento generalizado de penas, en una proporción de la tercera parte para su mínimo y la mitad del máximo (artículo 14 Ley 890 de 2004).

Por manera que, inescindiblemente, cuando se trata de aplicar la atemperación punitiva posibilitada de entregar por ocasión del allanamiento a cargos ocurrido en la audiencia de formulación de imputación, para hacerlo valer en la tramitación seguida dentro de los derroteros de la Ley 600 de 2000, ello se encuentra atado a la pena legal establecida respecto del delito, que no es otra diferente a la consignada en el Código Penal, incluido el incremento ordenado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, pues, solo así se respeta la filosofía del mecanismo, junto con los principios de legalidad de la pena, retribución justa e igualdad, aunque este último aspecto lo abordaremos en líneas posteriores, de manera

más detenida.

Desde otra perspectiva argumental, aunque parezca simplemente instrumental, no puede soslayarse cómo respecto de las figuras en contrastación, sentencia anticipada y allanamiento a cargos, existe una postulación diferente en la forma de aplicar la reducción punitiva, pues, mientras en el primer caso esa atemperación opera automática, con un porcentaje fijo de la tercera parte, el segundo establece una progresión (que ya la Corte significó comienza en una tercera parte y un día, y culmina en el cincuenta por ciento).

De ello se sigue que no necesariamente la proporción a reducir es la máxima establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, corriendo de cargo del funcionario judicial –o de las partes a través del acuerdo que regula el artículo en cita- señalar cuál en concreto será esa atemperación.

Ello no ocurre con la sentencia anticipada que estatuye el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en la cual ningún arbitrio del funcionario judicial o negociación entre las partes faculta hacer reducción diferente a la única que permite la ley.

De allí que ninguna similitud consustancial pueda pregonarse de institutos disímiles en su naturaleza, objeto y consecuencias y forma de aplicarlas.

Porque, si se trata de que, en seguimiento del principio de favorabilidad, se aplique a casos rituados por la Ley 600 de 2000, la forma de atenuación punitiva establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, ya de entrada se está exigiendo del funcionario judicial un arbitrio o injerencia que de ninguna manera permite la primera de las normatividades citadas y que, además, implica hacer apreciaciones, ora objetivas, ya subjetivas, que por ninguna parte consagra esa tramitación penal.

Y, basta apreciar la forma en que la Corte Constitucional trata de solucionar el problema, ofreciendo al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad,

alternativas que le permitan determinar el porcentaje a reducir en el caso concreto, para advertir cómo el asunto comporta bastantes dificultades¹⁵, que radican, debe repetirse, en la diversa naturaleza y efectos de las figuras que pretenden homogeneizarse.

Ahora, han tratado la que hasta hace poco era posición minoritaria de la Sala de significar similar la figura de la sentencia anticipada, con el mecanismo de allanamiento a cargos, a partir de la elaboración más o menos detallada de un listado de factores comunes a ambos institutos.

Empero, pienso que no es esa una adecuada forma de abordar el punto, simplemente porque siempre habrá posibilidad, no importa cuán disímiles sean las figuras en confrontación, de hallar muchos factores comunes, sin que ello, desde luego, signifique igualación o similitud.

Lo importante no es, al respecto, cuántas circunstancias afines se hallen, sino definir en concreto una naturaleza y efectos que por su trascendencia delimiten equiparables los institutos.

Asunto que, estimamos, dista mucho de ocurrir en lo que respecta al parangón intentado realizar entre la figura consagrada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y el mecanismo establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, dado que, si bien comportan muchas o pocas características comunes, es lo cierto que ellas son insuficientes para desvirtuar un hecho cierto, referido a que se insertan dentro de sistemáticas diferentes, verifican una teleología también distinta y producen efectos prácticos incompatibles.

Al efecto, apenas para referir a título de ejemplo cómo asoman deleznable algunos de los factores comunes destacados para concluir en la simbiosis supuestamente existente entre la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, resulta cuando menos

controversial sostener que ambos institutos se hermanan porque en la sentencia anticipada antes de aceptarse esa postulación del procesado, éste ya ha tenido la oportunidad de haber sido oído dentro del proceso, en diligencia de indagatoria, y de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, algo que supuestamente también ocurre con el allanamiento a cargos, dado que ya existe formulación de imputación.

Una tal afirmación olvida que en su naturaleza ese acto de formulación de imputación es de comunicación por parte de la fiscalía, pero, en estricto sentido, no implica que el imputado haya sido oído (por la razón obvia de que no existe indagatoria), ni que se ejerza amplia y materialmente el derecho de contradicción, entre otras cosas, porque allí, como lo han sostenido de consuno la Corte constitucional y ésta Corporación, no existe obligación para la fiscalía de que haga algún tipo de descubrimiento probatorio.

Así, no puede ser lo mismo, por mucho que se pretenda ejercitar la dialéctica, que el procesado, en la sistemática de la ley 600 de 2000, pueda conocer todas las pruebas (plenamente vigente el principio de permanencia de las mismas) y además exponga su particular visión de lo ocurrido, remitida a contradecir esas pruebas, a que, cual ocurre en la sistemática de la Ley 906 de 2004, se le cite a una audiencia en la que, en términos estrictos, el fiscal simplemente le comunica cuáles son los hechos por los que se le investiga, y su significación jurídica, sin posibilidad de pronunciarse respecto de ellos en aras de pregonar inocencia o ausencia de participación (para ejercer la inexistente defensa que pregonan la sentencia de tutela), ni mucho menos ejercer el derecho de contradicción respecto de unos elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que no conoce o puede exigir conocer.

Algo similar ocurre con la manifestación efectuada en la sentencia de revisión de tutela, atinente a que la sentencia anticipada comporta la confesión simple del procesado, y otro tanto debe entenderse ocurre con el allanamiento a cargos.

Para quienes conocen la naturaleza del sistema acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, no puede significar más que un despropósito la afirmación de que el allanamiento a cargos traduce la confesión simple del procesado, por la potísima razón que esta normatividad no consagra como prueba, o siquiera evidencia, esa manifestación unilateral de responsabilidad penal.

Se busca, sí, superar esa evidente dificultad, señalándose que “se trata de una idea de confesión en sentido natural”.

¿Qué es una confesión, si nos hallamos dentro de un procedimiento penal, en “sentido natural”?, vaya uno a saber, pero asoma claro que si esa confesión no tiene efectos jurídicos o procesales, pues, sencillamente, de nada sirve para fundamentar la posición encaminada a definir equiparables los institutos de la sentencia anticipada y allanamiento a cargos, bajo el argumento de que ambos comportan una confesión, que finalmente asoma completamente disímil en su naturaleza y efectos.

Por último, en lo que a la crítica del método de equiparación compete, no puede ser argumento válido para parangonar como similares ambos institutos de terminación anticipada del proceso, acudir a los principios que informan el proceso penal en general (lealtad, publicidad, eficiencia, presunción de inocencia), como quiera que ellos, por su naturaleza general permean todas cuantas instituciones consagran ambos sistemas (dado que son soporte de los dos) y, en consecuencia, una inferencia lógica obtenible a partir de allí, perfectamente llevaría a conclusiones tales como que el principio de oportunidad es similar a la sentencia anticipada, y todas las demás que quieran hacerse.

En suma, no se ha ofrecido un argumento contundente que signifique efectivamente similares o asimilables los institutos de la sentencia anticipada, disciplinado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y el allanamiento a cargos que consagra la Ley 906 de 2004. Y, en contrario, sigue siendo válido sostener que el segundo de los mecanismos opera

consustancial a la teleología propia de la sistemática acusatoria pretendida implementar en el país, con una naturaleza, efectos y aplicación material que en mucho se apartan de la sentencia anticipada.

3. Se anotó en el primero de los puntos tratados, que el principio de favorabilidad constituye desarrollo, o mejor, efectivización del principio de igualdad, dado que, finalmente, lo que se busca con la aplicación ultractiva o retroactiva de la norma no vigente para el momento de los hechos, es equiparar la condición del procesado a la de aquellos otros a quienes se aplica esta en toda su extensión.

En este sentido, a lo largo de la providencia se sostiene que la decisión de aplicar a favor del procesado, para el caso concreto, el porcentaje de atemperación punitiva dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, no obstante ocurrir los hechos y verificarse su tramitación en vigencia de la Ley 600 de 2000, obedece a la necesidad de dar aplicación a ese principio de igualdad.

Supone el argumento, para trasladarlo al campo práctico, que se advierte en las personas sometidas al procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, quienes, acogándose al instituto de la sentencia anticipada durante el período de la instrucción, solo recibieron un descuento punitivo de la tercera parte, una especie de trato desfavorable o desigual frente a lo que sucede con aquellos que al día de hoy se allanan a cargos en sede de lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, razón que amerita la intervención de la judicatura, en seguimiento del principio de favorabilidad, para otorgarles un trato que equipare esas dos condiciones disímiles.

Sucede, sin embargo, como paradoja fundamental que la decisión de aplicar el principio de favorabilidad lejos de respetar o hacer material el principio de igualdad, instituye una desigualdad odiosa que termina por deslegitimar el argumento de fondo en el cual se soporta lo consignado en la providencia.

Es que, cuando menos contradictorio debe asumirse que para favorecer a la persona juzgada bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, se termine inclinando tanto el fiel de la balanza, que en lugar de igualar su condición a la de los imputados sometidos al imperio de la nueva sistemática acusatoria, termina ella obteniendo beneficios mayores a los que se otorgan a quienes se allanan a cargos en curso de la audiencia de formulación de imputación regulada por la Ley 906 de 2004.

En efecto, para objetivarlo con un ejemplo elemental, si para el delito por el cual se juzga a la persona, se establece en el Código Penal una pena mínima de 2 años, y esa persona se acoge al mecanismo de la sentencia anticipada establecido en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, durante la fase de investigación, el porcentaje de rebaja de pena (suponiendo que se parta del mínimo de la sanción) de la tercera parte, implicará que la sanción derive en 16 meses de prisión.

Pero, si se le aplica por favorabilidad lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en su mayor cantidad de reducción, esa pena se ve disminuida a 12 meses de prisión.

Cosa distinta ocurre con la persona juzgada bajo la férula de la Ley 906 de 2004, pues, en el mismo ejemplo, el delito debe incrementarse en una tercera parte por ocasión de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, hasta delimitar su mínimo en 32 meses, los cuales, disminuidos en el mayor porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, descienden a 16 meses.

Evidente surge, entonces, que la aplicación retroactiva del principio de favorabilidad, no iguala a las personas, sino que establece una ventaja caprichosa e incluso ilegal (en términos de la pena y su función retributiva).

Nótese que, en el ejemplo propuesto, la pena a la cual accede el procesado que se acoge a sentencia anticipada en la sistemática derogada (16 meses), resulta igual a los 16

meses que debe purgar el imputado que recibe el máximo beneficio por allanarse a cargos, por manera que, huelga anotar, ningún provecho, en términos reales, puede aspirar a recibir el primero de los mencionados, simplemente porque, examinada en todo su contexto la figura, no resulta más conveniente para él acceder a lo establecido en la novísima normatividad.

Es que, precisamente, la imposibilidad ostensible de igualar las condiciones de los procesados en ambos sistemas, obedece a que necesariamente debe examinarse el tópico de la favorabilidad desde una óptica contextualizada que tome en consideración no solo la teleología del instituto de allanamiento a cargos establecido en la Ley 906 de 2004, sino su inescapable vinculación con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004.

En estas condiciones, si de verdad se tratase de hacer valer el principio de favorabilidad desde una postura que en lugar de sacrificar el principio de igualdad que es su norte y finalidad, lo haga válido y operativo, indispensablemente habría que incrementar la pena de la forma prevista por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para luego hacer la reducción permitida por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en los casos en los cuales la persona cuyo proceso se tramitó por lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, aspire a que se aplique en su beneficio el principio en cuestión.

Pero ello, como se habrá advertido, no representa en la práctica ninguna diferencia (en ambos casos, dentro del ejemplo ideal propuesto, la pena será de 16 meses), sencillamente porque no es necesario igualar, a través del fenómeno de la favorabilidad, lo que el legislador ya ha igualado. Mucho menos, si bajo ese prurito se termina discriminando de manera odiosa a quienes vienen siendo juzgados dentro de la órbita del sistema acusatorio.

De los señores Magistrados,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con respeto por los planteamientos de la Sala mayoritaria plasmados en el fallo por cuyo medio decidió CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, para reducir a cuarenta y dos (42) meses la pena principal de prisión, así como la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado HAROLD YEISON CHAMBO HERNÁNDEZ, procedo a exponer las razones por las cuales salvé parcialmente el voto.

1. Para comenzar debo decir, que desde cuando entró en vigencia la Ley 906 de 2004 he considerado que no es procedente aplicar retroactivamente en desarrollo del principio de favorabilidad el artículo 351, respecto de hechos acaecidos bajo la égida de la Ley 600 de 2000, por las siguientes razones:

En virtud del artículo 29 de la Carta Política, el cual se ocupa de reconocer el derecho fundamental al debido proceso, “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Si bien por regla general la ley rige para las conductas realizadas durante su vigencia, en virtud del principio de favorabilidad es posible excepcionar tal postulado mediante su retroactividad o ultraactividad. En el primer caso, la norma es aplicada a hechos acaecidos antes entrar a regir, mientras que en el segundo, su aplicación tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, sólo cuando un tal proceder reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la

acción penal.

Norma constitucional desarrollada en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 600 de 2000 y en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, es decir, en ambos códigos de procedimiento penal se establece expresamente el principio de favorabilidad como derivación concreta y efectiva del texto fundamental.

La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone sucesión de leyes en el tiempo, esto es, que una disposición sea sustituida por otra, o bien, que coexistan preceptos de diferentes ordenamientos, siempre que, destaco, exista identidad en el objeto de regulación.

Las citadas vicisitudes no se presentan en el caso bajo examen, pues la Ley 906 de 2004 no representa frente a la Ley 600 de 2000, en el punto discutido, sucesión de leyes o tránsito legislativo ni coexistencia de normas regulando idéntico aspecto, dado que el nuevo procedimiento no derogó el anterior ni tampoco creó una institución dirigida a gobernar o a ocuparse de la misma situación fáctica procesal.

Con la implementación del sistema acusatorio para los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia de la citada normatividad adjetiva, según lo dispone el artículo 5º del acto legislativo 03 de 2002, se dio lugar a la existencia sincrónica de dos sistemas procesales diversos, ellos son, el nuevo procedimiento acusatorio reglado en la Ley 906 de 2004 y el mixto anterior regulado en la Ley 600 de 2004 que en punto de la temática analizada, contienen normas diferentes para ocuparse de supuestos fácticos disímiles.

Adicionalmente, en cuanto se refiere a la denominada aceptación de cargos o de imputación establecida en la Ley 906 de 2004, es claro que en su rito procesal y dinamismo no puede asemejarse a la figura de la sentencia anticipada dispuesta en la Ley 600 de 2000, circunstancia que imposibilita la aplicación de aquella normativa a

conductas gobernadas por ésta última legislación.

En efecto, en la Ley 600 de 2000 el allanamiento que da lugar a la sentencia anticipada se produce sobre lapsos procesales: (i) A partir de la diligencia indagatoria y hasta antes de cobrar ejecutoria la resolución de cierre de investigación y (ii) Proferida la resolución de acusación y hasta antes de encontrarse en firme la providencia que fija fecha para la realización de la audiencia pública.

A su vez, en la Ley 906 de 2004 las rebajas procesales derivadas de los allanamientos están relacionadas no con lapsos sino con momentos procesales específicos y puntuales v.gr. (i) En la audiencia de formulación de imputación (art. 351); (ii) En la audiencia preparatoria (art. 356.5); y (iii) Una vez instalado el juicio oral (art. 367).

Ahora, si bien podría argumentarse que en la normativa procesal de 2004 también existe la modalidad referida a lapsos procesales en lo que respecta a los preacuerdos: (i) Desde que se formula la imputación y hasta antes de que el fiscal presente escrito de acusación (art. 350 y 351); y (ii) Luego de presentada la acusación y hasta antes de que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral (art. 353), lo cierto es que en la Ley 906 de 2004 existe bilateralidad pues hay presencia de “negociación” o acuerdo de voluntades, mientras que en la Ley 600 de 2000 frente al instituto comentado se presenta unilateralidad, propia de una justicia criminal estructuralmente inducida o de negociación implícita con el Estado, en cuanto se supone que la ley sanciona más severamente a quienes insisten en ir a juicio o porque se sabe que los jueces imponen penas benévolas a quienes aceptan su responsabilidad y renuncian al derecho a la fase de juzgamiento¹⁶.

Así pues, la aceptación de cargos en la Ley 906 de 2004 comporta por regla general un acuerdo bilateral entre fiscal e imputado, pues entre ambos pueden definir el quantum de rebaja de pena, correspondiendo al fallador sujetarse a dicha voluntad concertada,

salvo cuando advierta la trasgresión de garantías fundamentales, mientras que en la sentencia anticipada propia de la Ley 600 de 2000 rige una sistemática unilateral, en cuanto excluye acuerdo alguno entre fiscal e inculpatado y debe el juez tasar la sanción según el acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.

De lo expuesto concluyo que la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos o de imputación actualmente reglada en la Ley 906 de 2004 no son iguales, en cuanto pertenecen a sistemas procesales de enjuiciamiento contrapuestos, todo lo cual conlleva a excluir la aplicación del principio de favorabilidad, contrario a lo resuelto por la Sala mayoritaria.

Por tanto, si la estructura de las instituciones cotejadas es sustancialmente diversa, no resulta procedente aplicar el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a disímiles situaciones posdelictuales regidas por la Ley 600 de 2000¹⁷.

Considero importante invitar a la reflexión sobre el devenir práctico de la aplicación retroactiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a circunstancias posteriores al delito regidas por la Ley 600 de 2000, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 las penas por los delitos cometidos en vigencia del sistema acusatorio se incrementan “en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”, en atención a que, según lo ha expuesto la Sala “de acuerdo con los antecedentes históricos de la aludida ley, su propósito no fue otro que permitir la puesta en marcha de un sistema procesal basado en una significativa negociación de penas, que exigía por tanto el aumento general de las mismas para mantener una proporcionalidad sancionatoria razonable que respondiese a las múltiples formas de negociación y rebajas previstas”¹⁸.

La tesis mayoritaria prohienda por la Sala y con la cual disiento, no responde a la política criminal del Estado, pues si una persona cometió un delito regido por la Ley 600

de 2000, además de no serle aplicable el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004, se la beneficia con la rebaja punitiva establecida en el artículo 351 de la Ley 906

de 2004, como ha ocurrido en este asunto respecto de HAROLD YEISON CHAMBO HERNÁNDEZ, circunstancia que comporta un distanciamiento del querer del legislador y no se compadece con la teleología de dicha disposición, pues confirió un ámbito de maniobra a la Fiscalía General de la Nación con el propósito de eludir los juicios, razón adicional para concluir que no era viable la aplicación retroactiva del citado precepto propio del sistema acusatorio.

Finalmente, observo que al llevar a la práctica la posición de la mayoría se contradice el principio de igualdad de las personas ante la ley, pues quien se someta a la aplicación del artículo 351 en razón de hechos regidos por la Ley 906 de 2004 tendrá que asumir el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890, en tanto que si alguien delinquirió bajo la égida de la Ley 600 de 2000 – como ocurre en este asunto – la aplicación retroactiva de artículo 351 de aquella legislación comportaría una evidente desigualdad de trato frente a la comisión de delitos similares, pues como ya precisé, la disminución de pena se establecería a partir de la sanción señalada en el estatuto punitivo, sin tener en cuenta el incremento derivado de la citada Ley 890 de 2004.

Así las cosas, considero que la decisión de la Sala debió ser la de redosificar la pena marginando el aumento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pero no proceder a disminuir tal quantum de pena en aplicación retroactiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

2. Como advierto que la postura precedente puede ser criticada por quienes son partidarios de dar primacía al principio de la non reformatio in pejus sobre el de legalidad,

debo exponer que sobre el particular he tenido una posición diversa a la mayoritaria, pues soy del criterio que se debe dar aplicación prevalente al principio de legalidad sobre el principio de la non reformatio in pejus.

En efecto, que si el principio de legalidad corresponde a uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, no es posible sin su concurso asegurar la realización de sus fines esenciales, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2º de la Constitución Política. Es decir, el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado democráticamente organizado, sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos tener confianza en que los funcionarios actuarán siempre con sujeción a la ley.

El respeto a la ley por parte de todas las autoridades públicas, está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121 y 123 de la Constitución Política. Preceptos sobre los cuales ha dicho la Corte Constitucional:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1º constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

“En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6º de la [Constitución Política](#) que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de

sus funciones». Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

“Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que «ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley», y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior”¹⁹.

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra perentoriamente:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Para la trascendente función de administrar justicia el constituyente quiso reiterar en la norma citada el sometimiento de los jueces, en el ejercicio de sus funciones, a la ley, impidiendo de esa forma el capricho y la arbitrariedad.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política. Conforme a esa disposición, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere de la definición previa

de la conducta como delito y, de la misma manera, que sólo pueda imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a Cesare Beccaria, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el apotegma «nullum crimen, nulla poena sine lege», cuyo fin estaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente moral que los gobernantes asignaban ex novo a comportamientos de esa naturaleza²⁰.

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas²¹ y que se aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido²².

El pensamiento de Beccaria se inspiró en el contractualismo de Hobbes y Rousseau, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, “sino la porción necesaria para «mantener el buen orden»”²³. De ahí que “con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana”²⁴.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la Revolución Francesa de 1789,

movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyos artículos 5º y 6º quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

“Artículo 5: La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”.

“Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos”.

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7º y 8º de la Declaración, cuyos textos son del siguiente tenor:

“Artículo 7: Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley”.

“Artículo 8: La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo del Estado de Derecho, en el

cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamento del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de Derecho, en la medida en que es rector del ejercicio del poder y límite del derecho sancionador²⁵.

Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aún en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica²⁶, que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

“Suspensión de garantías.

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

“2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6

(Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (subraya fuera de texto).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir el dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la reformatio in pejus consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto²⁷, de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario apreciarlos para determinar cuál de los dos tiene prevalencia.

Entonces, soy del criterio que se impone ponderar en caso de tensión entre el principio de legalidad y el de la no reformatio in pejus, sin que la aplicación de este último implique desconocer el primero, de manera que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad, es deber del superior restablecer el ordenamiento jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la Constitución Política. Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente intolerable, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, debe entenderse que, la Constitución Política presupone, para la aplicación del principio de la no reformatio in pejus, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

De conformidad con lo anterior, advierto que en este caso se quebrantó el principio de legalidad y se imponía su corrección por parte de la Sala, pues además de que en los fallos de instancia se dio aplicación retroactiva indebida a una norma propia del sistema acusatorio, no se corrigió el yerro de los sentenciadores al descontar en razón de la sentencia anticipada la mitad de la sanción imponible, cuando lo cierto es que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 dispone que la rebaja será de “hasta la mitad”, para lo cual debe tenerse en cuenta la oportunidad, momento procesal y colaboración del inculcado para con la administración de justicia, análisis que los jueces de primero y segundo grado no abordaron y por el contrario, sin más, otorgaron el máximo del descuento punitivo.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento parcial de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref.: Casación 26602

MP Dra. María del Rosario González de Lemus

Procesado: Harold Yeison Chambo Hernández

A pesar de que en la decisión no se anotó mi intención de salva voto, sin embargo como ha sido mi postura en relación con la ley 890, me permito presentar mi salvamento al respecto:

El motivo de mi respetuoso disenso en torno a la decisión mayoritaria descansa en el hecho de haber considerado y decidido en la respectiva providencia que la Ley 890/04 y específicamente el artículo 14 -en cuanto incrementa los límites punitivos para todos los delitos- no es aplicable en todo el territorio nacional sino progresivamente en aquellos distritos judiciales en los cuales se va implementando gradualmente el nuevo modelo de enjuiciamiento criminal adoptado por el AI 03/02 y la Ley 906/04. En síntesis, que la vigencia y aplicación de la 890 va de la mano con el nuevo sistema.

Los razonamientos de mi disentimiento, que ya han sido consignados en casos similares se pueden condensar así:

Para el suscrito la Ley 890 rige en todo el territorio colombiano, no empece reconocer explícitamente que los debates en el Congreso hacia un norte determinado apuntaron, aunque al final una fuera la concepción y otra el fruto materializado en la ley.

No obstante que la cuestionada ley “por la cual se modifica y adiciona el Código Penal” fue expedida por el Congreso de la República dentro de los plazos previstos por

el Acto Legislativo y que en los debates que antecedieron a su aprobación se afirmó que “la modificación y adición de los cuerpos normativos correspondientes, incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de hábeas corpus, los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto orgánico de la Fiscalía, tienen el propósito exclusivo de adoptar el remozado sistema de procedimiento penal y, por tanto, las disposiciones que pueden ser objeto de valoración en esta oportunidad deben guardar relación directa con aquellos asuntos que en el Código Penal aluden a aspectos que permiten el cabal desarrollo del sistema acusatorio, (optándose por ello excluir algunas disposiciones del proyecto original).

Y siendo cierto, igualmente, que en relación con el tema del aumento punitivo se haya dicho que “la razón que sustenta tales incrementos está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas (materia regulada en el Código de Procedimiento Penal) que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”, no lo es menos que examinadas otras circunstancias -que van más allá del simple criterio histórico que permite desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley- y que analizados los principios superiores fundantes del vigente Estado social de derecho, tal Ley debe entenderse de aplicación general en el territorio patrio.

En primer lugar el artículo 15 de ella al hablar sobre su vigencia dispuso que “la presente ley rige a partir del 1º de enero de 2005, con excepción de los artículos 7º a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata”, significando con eso -a diferencia de lo expresamente señalado en el Acto Legislativo 03 de 2.002 y en la Ley 906 de 2.004- que no fue establecida limitación espacial alguna y que por ende (como es lo general en toda ley de la República) su aplicación lo era para toda la Nación, con independencia de que en uno u otro distrito entrare o no a regir el sistema acusatorio,

por manera que si el querer del legislador hubiera sido ciertamente el de limitarla espacialmente y condicionarla a la gradualidad, de esa forma lo habría expresado, tal como lo hizo en los dos citados preceptos normativos, esto es, habría hecho que la ley se condicionara a sí misma o que su aplicación quedara sometida a la implementación gradual del nuevo sistema. Y para ello bastaba que en un renglón así lo hubiera señalado.

De otra parte, dado el contenido de la Ley 890, es evidente que su nacimiento al campo jurídico no es fruto indisoluble e inescindible de lo dispuesto por el Acto Legislativo, ni depende de él para su aplicación (sin que con esto se quiera desconocer lo que en los debates del Congreso se dijo al respecto) pues -como ha de recordarse- en la mencionada reforma a la Carta al crearse la Comisión a ella se le encargó -entre otras cosas- presentar dentro de un perentorio plazo “los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema”, los que de no ser convertidos en ley por el legislador dentro del término señalado abrirían paso a que mediante facultades extraordinarias el gobierno prohiriera “las normas legales necesarias al nuevo sistema”, pudiendo expedir o modificar cuerpos normativos, entre ellos el código penal (cfr Art. 4° trans.).

Lo vinculante con el nuevo sistema, o lo condicionado a él, conforme al acto legislativo, son y serán aquellas disposiciones ‘pertinentes’ y ‘necesarias’ para adoptarlo, para ponerlo en funcionamiento, como inexorablemente sucede con el código de procedimiento penal, pues sin su oportuna expedición el novedoso sistema no podía tener desarrollo y aplicación; cosa distinta a lo que se predica del contenido de la Ley 890, como que con o sin su expedición el sistema podía ser aplicado sin tropiezo alguno a partir del 1° de enero de 2005. Dicho en términos sencillos: si lo que hoy es ley 890 se hubiera expedido -a guisa de ejemplo- en el mes de junio de 2005, ninguna duda abriga el que los fiscales y jueces de los distritos judiciales pioneros habrían comenzado sus funciones normalmente el primer día de aquel año con la aplicación de la Ley 906.

Por eso, para el suscrito no se advierte cuál es su relación inescindible con la implementación o desarrollo del sistema pues se trata de una modificación y adición a un Código Penal que es de aplicación nacional y que en la práctica no ha demostrado tal conexidad, como que aún sin la Ley 890 -se insiste- el nuevo ordenamiento habría comenzado a funcionar en los distritos en que ello ha sucedido. Así, en qué se vería afectado el desarrollo o implementación del sistema mismo de no aplicarse sus preceptos? es innegable que los delitos nuevos que en ella se tipificaron (arts. 7 y 13 de la ley) lo fueron para todo el territorio nacional, pues absurdo sería afirmar que unas conductas son constitutivas de delito en cierta parte del país y en otras no, siendo incuestionable -además- que los delitos a los que se aumentaron penas de modo específico en la Ley (arts. 8 a 11) son tales en toda la Nación y ellos afectan por igual a la administración de justicia trátese o no de sistema acusatorio.

Asimismo -y para apuntalar el que la Ley 890 no era indispensable al nuevo sistema- qué tiene que ver con su iniciación o adopción, a términos del A L 03/02, la consagración en el artículo 7 del delito de “ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad”? Ningún vínculo con aquél asoma razonablemente, como que ni el argumento de descongestión tiene cabida pues sin duda las Unidades de Fiscalía dedicadas a la investigación de ese comportamiento (que al parecer recoge una de las modalidades del secuestro simple) tendrán que seguir realizando igual labor, con el mismo número de expedientes, sólo que ahora bajo una denominación jurídica distinta y con un tratamiento punitivo menos severo. De aparejar una consecuencia como la anotada, los mismos argumentos podrían predicarse de muchas otras delincuencias que mantienen por igual de congestionadas a las diversas unidades de fiscalía.

Bajo esta teleología debe resaltarse igualmente que de estar atada la Ley 890 a la aplicación del nuevo sistema no podía dársele aplicación previa a una parte del articulado de aquélla antes del 1° de enero de 2005; pero en contra de todo argumento así sucedió

y hasta ahora no conoce el suscrito que algún juez o tribunal del país la haya inaplicado.

Los artículos 7 a 13 comenzaron su vida jurídica a partir del 7 de julio, tal como con claridad lo señala el 15 de la mencionada legislación. Mírese cómo el falso testimonio, el soborno, el fraude procesal, etc. son conductas típicas inmemoriales y su incremento de pena no tiene por qué vincularse con un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que comenzaría 5 meses después, y que -eventualmente- habría podido no entrar a operar a partir de enero si la Corte Constitucional hubiera declarado inexecutable el código de procedimiento, conforme lo pedían plurales demandas de inconstitucionalidad.

Ahora, una inquietud que no encuentra respuesta satisfactoria en los defensores de la tesis contraria apunta a lo siguiente: si alguien cometió un falso testimonio en el mes de agosto de 2004 (prisión -ya incrementada- de 6 a 12 años) hubiera podido alegar que no se le tuviera en cuenta esa pena si el código de procedimiento hubiera sido declarado inexecutable y se tuviera que haber tramitado otro en el congreso?. La respuesta parece indiscutible: una petición así carecería de prosperidad, pues la aplicación de la Ley 890 operaba sin sujeción a la aplicación del nuevo sistema. Desde el 7 de julio la Ley 890 (Arts. 7 a 13) no abrigaba dudas respecto de su aplicación inmediata, per se, autónoma, como si las generaba la aplicación misma de la Ley 906 mientras estaba pendiente el fallo de constitucionalidad.

Un último argumento que se puede ofrecer en aras de reafirmar la conclusión que se ha adelantado apunta a precisar que si bien es cierto que los aumentos de penas encuentran en buena parte su razón de ser en mostrar correspondencia con los más altos descuentos por terminación abreviada del proceso reglados por la Ley 906, también lo es que la desigualdad que en principio pareciera derivarse de la aplicación de un incremento de pena con la rebaja de solo una tercera parte por sentencia anticipada no es más que aparente, en la medida en que si una persona acepta los cargos por vía del artículo 40 de la Ley 600/00 respecto de un delito cometido en 2005 en un distrito judicial distinto a los cuatro pioneros del sistema, el incremento de la sanción previsto

en la Ley 890 encuentra su correspondiente y equivalente paliativo (y en igualdad de condiciones aritméticas) con la rebaja de hasta la mitad de la pena frente al allanamiento a los cargos, previsto en la 906, tal como se verá folios más adelante, con lo cual ningún rezago de impunidad quedaría pues la sanción a imponer para una sentencia anticipada con el incremento de la Ley 890 con rebaja de hasta la mitad de la pena de la 906 es matemáticamente igual a lo estipulado para los casos cometidos en alguno de los cuatro referidos distritos con aumento de pena, respecto de los cuales se conjugan el incremento y la mayor reducción.

De otro lado, ya en pretérita oportunidad la Sala Penal había advertido de alguna manera el anterior aserto al afirmar -respecto al aumento de penas dispuesto en la ley 890 dentro de un proceso por hechos sucedidos en Riohacha antes del 1º de enero de 2.005- que “a partir de esa fecha el delito de prevaricato se sanciona con prisión de 4 a 12 años, razón por la cual los ilícitos de esta especie, en todo caso y con cualquier sistema que les sea aplicable, están sujetos a medida de aseguramiento de detención preventiva” (segunda instancia No. 23465 de agosto 3 de 2.005 MP Dr Edgar Lombana T.), es decir que el aumento punitivo no se condicionaba a un sistema específico, pues sin importar éste la pena era la prevista en la norma respectiva del Código Penal, aumentada en las proporciones indicadas por la Ley 890 de 2.004.

Lo que se quiere relevar por tanto es que no es cierto que la Ley 890 se halle condicionada espacialmente a la medida en que entre a operar el sistema acusatorio en Colombia según los términos del Acto Legislativo y de la Ley 906.

Pero -además- también lo dijo la Sala en un asunto en el que no se cuestionó la aplicación general de la Ley 890 toda vez que se trataba de proceso que versaba sobre hechos ocurridos en marzo de 1.998 en el distrito de Cartagena: “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, mas 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.

.....

“Al ilar 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 término, porque los derechos y garantías fundamentales irradian todo el sistema y por ende toda la jurisdicción.

“Como quiera que la Ley 890 de 2004 incrementó de modo general las penas consagradas en la Parte Especial del Código Penal, en un tercio en sus mínimos y en la mitad en sus máximos, conforme aparece en el artículo 14, el cual adquirió vigencia a partir del 1º de enero de 2005 (artículo 15 ídem), el delito de prevaricato por acción quedó con una pena de prisión de 4 a 12 años. Esto significa que para las delincuencias de esta especie cometidas a partir de tal fecha, también es procedente la detención preventiva”. (segunda instancia No. 23910. 19-07-05 MP Dr Sigifredo Espinosa P.)

Finalmente, quiero consignar en un ejemplo -de alguna forma debatido en Sala- y a título de simple inquietud jurídica, cómo la no aplicación del aumento de la pena por virtud de la ley en comento apareja un tratamiento desigual respecto de situaciones fácticas y jurídicas similares: piénsese en dos delitos de homicidio simple cometidos en 2005, uno en Ibagué (donde no opera el nuevo sistema) y otro en Bogotá (donde sí). Si se condiciona la aplicación del incremento de pena a la vigencia del sistema, el cometido en el Tolima se sancionaría con prisión de 13 a 25 años, al paso que el ejecutado en la capital se penaría con sanción de 17 años 4 meses a 37 años 6 meses. De tramitarse y finalizarse las respectivas actuaciones por las vías ordinarias (para no entremezclar el argumento de la favorabilidad con mayor o menor rebaja de pena por aceptación de cargos) e impuesta la pena mínima en los dos casos, no hay duda acerca del tratamiento punitivo desigual respecto de una conducta igualmente tipificada en ambas zonas del país, sin circunstancias que modifiquen el grado de responsabilidad, así como tampoco los límites

punitivos, etc.

Y si se quiere una variante en el ejemplo, piénsese en la misma persona que cometió en Cali dos homicidios: uno a las once de la noche del 31 de diciembre de 2005 y el otro en la madrugada del 1° de enero de 2006, cuando ya el nuevo sistema se aplicaba en esa ciudad. Con la tesis de mayoría, si bien es cierto -y en ello no hay duda- que debían adelantarse actuaciones por distintos procedimientos, también lo es que la penas a imponer diferirían en sus mínimos en 4 años y 4 meses, cuando por virtud del tipo de Estado en que está organizado Colombia ello no podría ocurrir.

Por tales razones, porque la Ley 890 no se condiciona espacialmente a sí misma como sí lo hizo la Ley 906, porque su contenido no evidencia conexidad alguna con la implementación y desarrollo del sistema acusatorio y por el contrario él expresa la modificación y adición de un ordenamiento de aplicación nacional sin sujeción a que el sistema acusatorio entre o no a operar en la forma gradual dispuesta por la Ley 906 y porque finalmente aquella es ni más ni menos que expresión de la forma de República Unitaria como Colombia se halla organizada, debe concluirse que su aplicación lo es para todo el territorio nacional por hechos cometidos a partir del 1º de enero de 2.005 y no solamente para los distritos judiciales donde ha entrado a funcionar el sistema acusatorio.

Por lo mismo, como en esas condiciones resulta patente que su aplicación así generalizada no vulnera en modo alguno la Carta Política, imposible se hace la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad en relación con aquellos distritos donde no se ha implementado el nuevo sistema, máxime cuando aquella exige como supuesto básico la vulneración manifiesta del orden superior.

Por ende tampoco por esta vía puede aceptarse el planteamiento del actor relativo a que no se le aplique la Ley 890, por lo que igual la tutela por ese respecto se hacía improcedente en la medida en que las autoridades demandadas no incurrieron en vía

de hecho alguna, motivo por el cual -a mi juicio- debió negarse el amparo.

Respetuosamente,

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Bogotá, septiembre de 2009

1 No se registra el nombre del niño en aplicación del numeral 8º del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Exposición de motivos del Proyecto de ley por el cual se modifica la Ley 599 de 2000.

3 Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Senado.

4 Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

5 Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

6 Intervención del Vicefiscal General de la Nación en el segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

7 Discusión en segundo debate del Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

8 Cfr. Auto del 7 de abril de 2005. Rad. 23312, fallo de tutela del 7 de febrero de 2006. Rad. 24021 y sentencia del 21 de marzo de 2007. Rad. 26065, entre otros.

9 Auto del 17 de septiembre de 2008. Rad. 27339.

10 Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. 25726, entre otras.

11 Sentencia de segunda instancia, radicado 23567.

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

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

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

15 Sentencia T-098 de 1996, páginas 27 y 28.

16 Cfr. BASTIDAS RAMÍREZ Yesid. Sistema acusatorio colombiano.

17 En este sentido providencias de 14 de diciembre de 2005. Rad. 21347 y del 7 de febrero de 2006. Rad. 24.020, entre otras

18 Auto del 16 de marzo de 2006. Rad.25133, entre otros.

19 Sentencia C-028 de 2006.

20 BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Universidad Externado de Colombia, pág. XVII y 18. Beccaria rechazó firmemente la idea de la pena con fines expiatorios.

21 Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así mismo con la pena de muerte como sanción generalizada.

22 Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: “Si se

destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja” (pág. 20 ob. cit.).

23 VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

24 BECCARIA, Cesare. Op. cit. Pág. XVII.

25 Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003.

26 Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

27 En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos.