

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-181 DEL 13 DE ABRIL DE 2016

BERNATE OCHOA, Francisco¹

Recibido: 07 de junio de 2017
Aceptado para publicación: 17 de septiembre de 2017
Tipo: Artículo de Revisión

RESUMEN

La Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-181 de 2016 sobre el fenómeno de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, a propósito del análisis de la exequibilidad de una disposición contenida en la Ley 1453 de 2011 –Ley de seguridad ciudadana– que dispone el incremento –en el doble– de la pena de multa en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez años anteriores. La discusión que aborda la sentencia es si esta disposición resulta contraria a nuestra Constitución, por desconocer el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Esta controversia, sobre la cual existe ya abundante jurisprudencia en nuestro medio, es abordada por el Tribunal Constitucional mediante una extensa argumentación, que la lleva a trasegar –innecesariamente– sobre prácticamente todos los aspectos de la teoría del delito. De manera que, se considera que este fallo cuenta con deficiencias en la forma y en el fondo. Por ello, el propósito del presente escrito es el de analizar la sentencia, presentando observaciones sobre la misma, relacionados con los desaciertos que ciertamente contiene este fallo, y la forma en que se considera debe tratarse la reincidencia en el Derecho Penal Colombiano.

Palabras clave: pena, delito doloso y preterintencional, libertad, agravación de la pena.

¹ Profesor Titular y Director del Grupo de Investigación en Derecho Penal “Carlos Lozano y Lozano” de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

JURISPRUDENTIAL ANALYSIS COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT. SENTENCE C-181 13/04/2016

ABSTRACT

The colombian constitutional court ruled in the sentence C-181 of 2016 on the phenomenon of reoccurrence as an aggravating circumstance of the sentence, with regard to the analysis of the enforceability of an article contained in Law 1453 of 2011 -Law of citizen security- that is decreed for the increase -in double- of the fine penalty in those cases in which the person has been convicted of a willful or pre-intentional crime within the previous ten years. The discussion that addresses the sentence is whether this article is contrary to our constitution, for ignoring the right not to be tried twice for the same act. This controversy, which there is already abundant jurisprudence on it, is approached by the constitutional court through an extensive argument, which leads it to rack-unnecessarily-on virtually all aspects of the theory of crime. So, it is considered that this ruling has deficiencies in form and substance. Therefore, the purpose of this paper is to analyze the sentence, presenting observations on it, related to the errors that this ruling certainly contains, and the way in which it is considered should be treated as a reoccurrence in colombian criminal law.

Keywords: penalty, willful and pre-intentional crime, freedom, aggravation of sentence.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENÇA C-181 DE 13 DE ABRIL DE 2016

RESUMO

O Tribunal Constitucional decidiu na Sentença C-181 de 2016 sobre o fenômeno da reincidência como uma circunstância agravante da pena, no que diz respeito à análise da exequibilidade de uma disposição contida na Lei 1453 de 2011 - Lei de segurança cidadã - que prevê o aumento - em dobro - da pena de multa nos casos em que a pessoa tenha sido condenada por um crime intencional ou pré-intencional nos dez anos anteriores. A discussão que aborda a sentença é se esta disposição é contrária à nossa Constituição, por ignorar o direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo ato. Essa controvérsia, sobre a qual já existe jurisprudência abundante em nosso meio, é abordada pelo Tribunal Constitucional por meio de um amplo argumento, que o leva a passar desnecessariamente - em praticamente todos os aspectos da teoria do crime. Assim, considera-se que esta falha tem deficiências em forma e substância. Portanto, o objetivo deste trabalho é analisar a sentença, apresentando observações sobre ela, relacionadas aos erros que essa decisão certamente contém, e a maneira como ela é considerada deve ser tratada como uma reincidência no Direito Penal colombiano.

Palavras-chave: pena, crime intencional e pré-termo, liberdade, agravamento da sentença.

ANALYSE JURISPRUDENTIELLE COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE. SENTENCE C-181 DU 13 AVRIL 2016

RÉSUMÉ

La cour constitutionnelle colombienne a statué dans la sentence C-181 de 2016 sur le phénomène de la récurrence comme une circonstance aggravante de la peine, en ce qui concerne l'analyse de l'applicabilité d'un article contenu dans la loi 1453 de 2011 est décrété pour l'augmentation - en double - de l'amende dans les cas où la personne a été reconnue coupable d'un crime intentionnel ou pré-intentionnel au cours des dix années précédentes. La discussion qui porte sur la sentence est de savoir si cet article est contraire à notre constitution, pour avoir ignoré le droit de ne pas être jugé deux fois pour le même acte. Cette controverse, dont la jurisprudence est déjà abondante, est abordée par la cour constitutionnelle à travers un vaste argument, ce qui l'amène à tirer inutilement du rideau sur pratiquement tous les aspects de la théorie du crime. Donc, on considère que cette décision a des défauts de forme et de fond. Par conséquent, le but de cet article est d'analyser la sentence, en présentant des observations à son sujet, en rapport avec les erreurs que cette décision contient certainement, et la façon dont elle est considérée devrait être traitée comme une récurrence en droit pénal colombien.

Mots-cles : pénalité, crime intentionnel et pré-intentionnel, liberté, aggravation de la peine.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional, al inicio de su argumentación, refiere que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

Determinar si ¿al establecer la duplicación de la unidad de multa (agravante) por reincidencia en delitos dolosos y preterintencionales condenados dentro de los 10 años anteriores a la comisión del nuevo delito, el Legislador vulneró el principio constitucional del non bis in ídem, al presuntamente establecer la posibilidad de una

doble sanción penal a una persona por una conducta punible juzgada y sancionada previamente? (Magistrado ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-181 de 2016).

De manera que, la discusión que se había planteado a lo largo de la demanda y las intervenciones dentro del proceso de revisión de constitucionalidad de la norma impugnada, se relacionaba con analizar si el establecimiento de la reincidencia como causal de agravación de la pena de multa representa o no un doble juicio respecto de unos mismos hechos y una misma persona, y, por ende, sería contraria a la Constitución Nacional que erige el *non bis in ídem* como derecho fundamental².

Si esta era la discusión, encontramos que resultaba innecesario realizar todo un abordaje respecto de la teoría del delito, siendo suficiente para arribar a la conclusión que finalmente se llegó (la exequibilidad de la norma), afirmar que esta disposición no abre la puerta para un nuevo juicio de valor respecto de un hecho por el que la persona ya fue condenada, en tanto que, se trata de unos nuevos hechos, y una nueva causa, siendo si, la misma persona, pero por una situación de hecho diferente a aquella que originó la primera condena. En este sentido, es claro que la disposición que establece un incremento de la pena por la reincidencia del sujeto no desconoce el principio del *non bis in ídem*, por no ser ni los mismos hechos, ni la misma causa.

En efecto, nótese cómo la disposición establece un aumento de la sanción penal –en este caso, la multa– cuando la persona que se va a condenar por un delito ya ha sido condenado, por otros hechos, y en otra causa, de manera que el ciudadano no resulta juzgado dos veces por unos mismos hechos.

Sin embargo, el análisis de toda la estructura teórica (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena) del delito que se justifica por cuanto de la misma –se indica– depende la solución del problema de la reincidencia como causal de agravación en un nuevo delito³, es asunto que –desde la forma– no encuentra lugar en el fallo materia de análisis, dado que desde el inicio se justifica toda esta argumentación para, a su vez, de

2 Dispone el artículo 29.3 de la Constitución Nacional: “Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

3 Indica la Corte Constitucional: “...el análisis de constitucionalidad está condicionado al lugar de ubicación de la reincidencia en cualquiera de los elementos de la dogmática penal...”

ella depender la solución al problema jurídico, y, al final del proveído, este problema se resuelve por una vía argumentativa diferente a aquella por la que transcurre el fallo, esto es, estableciendo si hay una infracción al *non bis in ídem* o no.

En el fallo, a pesar de que se realiza todo un extenso análisis sobre las categorías del reato, no encontramos una argumentación respecto de la postura de la Corte Constitucional en punto de la ubicación de la reincidencia dentro de la estructura del delito y cómo ello afecta o no la constitucionalidad del precepto, asunto con el que se justifica toda esta extensa argumentación, despachando la problemática –conclusión esta sin mayor argumentación– afirmando que es algo que se debate en sede de punibilidad, sin encontrar un sustento para encontrar esta afirmación como correcta, o para desechar las demás alternativas, esto es, si la reincidencia es asunto de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad⁴.

Así, desde el punto de vista formal, encontramos que el debate planteado, esto es, si la reincidencia como criterio de agravación de la sanción vulnera o no el principio del *non bis in ídem*, permitía llegar a la misma solución a la que se llegó, teóricamente correcta en punto de esta exclusiva discusión, pero el análisis que se planteó al inicio del fallo, respecto de todos los elementos dogmáticos del delito, no tuvo incidencia alguna en la conclusión, lo que, o representa un defecto argumentativo, o demuestra que era un aspecto innecesario.

Sin perjuicio de que esto representa de suyo un defecto argumentativo, la realidad es que al interior de la fundamentación que realiza la Corte Constitucional, encontramos graves defectos teóricos, mismos que, por la falencia que ya se ha hecho evidente, afortunadamente no tuvieron incidencia en la conclusión, pero que no por ello deben pasar inadvertidos y que se concretan, cuando menos, en los siguientes yerros. Agudelo (2004) afirma que:

El señalar que la tipicidad se agota principalmente en elementos objetivos, cuando es evidente que en la legislación penal colombiana encontramos un tipo complejo,

4 Afirma la Corte Constitucional, sin argumentación alguna que “...encuentra este Tribunal que se justifica válidamente que la figura de la reincidencia penal que en esta oportunidad estudia la Corte, sea una circunstancia de agravación de la pena de multa, es decir se ubique en el elemento dogmático de la punibilidad, puesto que así lo dispuso el Legislador...”.

conformado por aspectos objetivos, que son los que se indican en el fallo, y aspectos subjetivos como lo son el dolo, la culpa y preterintención⁵. En el fallo, de manera errónea no solo se establece un tipo prevalentemente objetivo, permitiendo la concurrencia de ingredientes subjetivos⁶.

El incluir la imputación subjetiva dentro de la antijuridicidad por la vía del desvalor de acción⁷, y de la culpabilidad por la vía de señalar que el dolo, la culpa o la preterintención; forman parte de esta categoría dogmática⁸. Está visto que en el Código Penal Colombiano, el injusto penal (que la Corte Constitucional confunde con la antijuridicidad, que es apenas uno de los componentes del injusto) está conformado por el desvalor de resultado, elemento fundante de la antijuridicidad material, y por el desvalor de acto como elemento acompañante, cuya ubicación dogmática está a nivel del tipo penal.⁹

La reincidencia como causal de agravación frente al principio del acto

Definida y caracterizada la reincidencia como lo realiza la Corte Constitucional¹⁰, lo pertinente es determinar si la misma es admisible en el derecho penal colombiano. En

5 Agudelo, N. (2004). La defensa putativa en el nuevo Código Penal. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

6 Señala la C. Const. en la sentencia materia de análisis: “tipo penal, conformado por elementos que definen la tipicidad de una conducta punible, los cuales son: los sujetos (activo y pasivo), el objeto, la conducta en si misma y los ingredientes normativos y subjetivos, así como la consagración de la pena...”

7 Señala la C. Const. en la sentencia materia de análisis: “el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el “injusto típico”.

8 Señala la C. Const. en la sentencia materia de análisis: “...la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto...”

9 Gómez Pavajeau, C. A. Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Pp. 73 y ss.

10 La Corte en la sentencia 181 de 2016 define la reincidencia como: “... una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito...”

el fallo materia de análisis, ello se responde de manera afirmativa, indicando que no desconoce el principio constitucional del *non bis in idem*.¹¹

Como acertadamente lo resuelve la Corte Constitucional, el establecer una agravante por cuenta de una condena previa por otro delito, no desconoce la garantía fundamental a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, dado que, el principio del *non bis in idem* impide el que una persona sea juzgada dos veces por un mismo hecho, siendo sus elementos la identidad de sujeto (el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de índole penal), identidad de objeto (correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza) e identidad de causa (el motivo de inicio del proceso penal debe ser el mismo en ambos casos)¹². Como puede observarse, dentro de la problemática que aborda el proveído materia de estudio, el establecer una agravante punitiva por una condena previa en otro proceso, por otros hechos, no permite afirmar la identidad fáctica, elemento que conforma el principio del *non bis in idem*, razón por la cual la solución que da la Corte Constitucional es acertada en punto de esta controversia.

Sin embargo, el Derecho Penal Colombiano a partir de la reforma de 1.980 da un viraje radical, en tanto que se asume desde entonces, entre nosotros, el principio del acto –denominado por Ferrajoli (2001) de exterioridad de la acción–¹³, superando el positivismo que inspiraba el ordenamiento penal del año 1936 (Ruiz, 1980)¹⁴. En virtud de este postulado filosófico que inspira nuestra legislación penal, la persona solamente será responsable por sus actos, y siendo los actos humanos los únicos que pueden ser

11 “La norma demandada no prevé un doble juzgamiento de los mismos hechos, ni la promoción de la investigación penal a partir de los motivos idénticos. El supuesto de aplicación de la disposición normativa es la comisión de un hecho nuevo distinto a los que ya fueron objeto de sanción penal. De hecho, la aplicación del agravante punitivo se hace a un nuevo delito que es actual y diferente, por lo que no existe identidad en el objeto ni en la causa en los dos juzgamientos.”

12 C. Const. Sent. C-365 de 2012. C-244 de 1996, T-537 de 2002. CSJ, Cas. Penal. Sent del 26 de Marzo de 2007 Rad. 25.629.

13 Ferrajoli, L. (2001). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta. p. 481.

14 “No se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino exclusivamente en cuanto es culpable...en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser...”. Ruiz, S. (1980). Teoría del hecho punible. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. p. 50.

juzgados a la luz de la legislación penal¹⁵. En otras palabras, se responde por lo que se hace, no por lo que se es¹⁶.

De manera que, lo que se juzga no es una forma de ser, ni de pensar, sino la realización externa de actos¹⁷, son estos actos los que serán materia de juzgamiento, y, eventualmente, de condena¹⁸. La Ley Penal, entonces, de conformidad con el principio del acto, no juzga personas, sino actos¹⁹. El erigir el Derecho Penal como de acto, significa que *“el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción”*²⁰.

Este postulado ha sido abordado por la Jurisprudencia Constitucional, indicando que *“el legislador penal sólo puede sancionar conductas humanas exteriorizadas y no sentimientos, actitudes internas o, incluso, modos de vida”*²¹. Igualmente, la literatura nacional se ha ocupado del mismo, indicando que solamente se puede castigar al ciudadano *“solo por lo efectivamente realizado y no por lo pensado”*²².

15 C. Const. Sent. C-387 de 2014. “El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimiento...”. Igual en las Sentencias C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012.

16 Velásquez, F. (2009). Derecho Penal. Parte General. (4ª Ed.). Bogotá: Ed. Librería Jurídica COMLIBROS. p. 102.

17 “El comportamiento que le importa al derecho penal es el que trasciende a la sociedad con efectos dañinos para los bienes jurídicos...”. Salazar Marín, M. (2016). Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela dialéctica del derecho penal. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. p. 99.

18 Ferrajoli, L. Ob. Cit. p. 484.

19 Bernal, G. (2002). Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano. Colección estudios breves. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. p. 81.

20 C. Const. Sent. C-365 de 2012.

21 C. Const. Sent. C-636 de 2009.

22 Velásquez, F. (2009). Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Bogotá: Ed. Librería Jurídica COMLIBROS. p. 102.

De conformidad con este postulado, solo puede imponerse una pena a quien ha cometido un injusto con culpabilidad²³, elementos que determinan la modalidad y cantidad de la sanción a aplicar²⁴ (arts. 7º y 61.3 CP), y, en tanto que se juzga un hecho y no una persona, no se permite el incremento de la pena por la reincidencia²⁵.

Este principio se encuentra contenido en el artículo 29 de nuestra Constitución y es reiterado en nuestro Código Penal, en varias disposiciones, como lo son, el artículo 6º “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...*”, el artículo 9º que afirma que el delito es una “*conducta típica...*”, el artículo 12, que indica que “*sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad*”, el artículo 15 que preceptúa que “*la ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible...*”, los artículos referidos a la imputación subjetiva que señalan que “*La conducta es dolosa, culposa o preterintencional...*” (Art. 21), “*La conducta es dolosa cuando el agente....*” (art. 22), “*La conducta es culposa cuando....*” (Art. 23) y “*La conducta es preterintencional cuando...*” (Art. 24), el artículo 25 que señala que “*La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión...*”, el artículo 26 que refiere que “*La conducta punible se considera....*”, y el artículo 31 que dispone que “*El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja...*”, entre otras.

Iguamente, aparece este principio en la normativa procesal penal vigente (L. 906 de 2004), que establece (Art. 6º) que “*nadie podrá ser investigado ni juzgado sino*

23 Bernal, G. (2002). Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano. Colección estudios breves. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. p. 81.

24 Señala la Corte Constitucional que un derecho penal de acto “supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. Sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado. El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto. Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.”. Sentencias C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012.

25 Velásquez, F. (2009). Derecho Penal. Parte General (4ª Ed.). Bogotá: Ed. Librería Jurídica COMLIBROS. p. 104.

conforme a la ley procesal vigente al momento de los hecho...”, (art. 66) que “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...”, (art. 200) “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito...”, y, (art. 288) “Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente... Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes...”.

De manera que, la legislación nacional es cultora del principio del acto, y nuestro Derecho Penal se establece como un derecho penal de acto, en contraposición al derecho penal de autor que en algún momento rigió entre nosotros. Se reitera que, en virtud de ello, se juzgan actos externos, y no personas ni actitudes ni pensamientos, razón, siendo el injusto y la culpabilidad los elementos determinantes a la hora de imponer una sanción²⁶.

Dentro del enfoque del derecho penal de acto, es claro que la reincidencia, en tanto que no guarda relación con el hecho cometido que es el que justifica y determina el monto la sanción a imponer, no puede ser tenida en cuenta como causal de agravación de la pena, por lo que, en nuestro criterio, esta norma resulta contraria a uno de los principios fundamentales del derecho penal nacional, y tenía que ser declarada inexecutable.

El principio del acto como límite a la libertad de configuración con la que cuenta el legislador en materia penal

Es cierto que, entre nosotros, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, asunto que ha sido reiteradamente afirmado por la Corte Constitucional²⁷, corporación que ha señalado que este margen de configuración no es absoluto²⁸, estando limitado por la Constitución Política y los Tratados Internacionales

26 C. Const. Sentencias C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012.

27 C. Const. Sentencias C-646 de 2001, C-226 de 2002, C-1080 de 2002, C-853 de 2009 C-334 de 2013, C-013 de 1997 y C-540 de 2012.

28 C. Const. Sentencias C-420 de 2002, C-148 de 2005, C-475 de 2005, C-1033 de 2006, C-365 de 2012 y C-334 de 2013.

sobre Derechos Humanos, indicando²⁹ que son criterios específicos que deben observarse al momento de elaborar normas de contenido penal (i) el principio de necesidad, (ii) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, (iii) el deber de observar la estricta legalidad, (iv) el principio de culpabilidad³⁰, (v) el deber de garantizar los derechos constitucionales y la aplicación de los convenios internacionales de derechos humanos, y (vi) el deber de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad³¹.

De manera que, los principios constitucionales de culpabilidad y del acto, representan límites a esa libertad de configuración con la que cuenta el legislador en materia penal, y, en virtud de ello, los antecedentes criminales del infractor –ni su modo de vida, o forma de pensar– no deben ser tenidos en cuenta ni para imponer ni para agravar una pena en el momento en que se cometa un nuevo delito, asuntos que deben establecerse atendiendo, de manera exclusiva, el hecho cometido.

El principio del acto como limitante a la libertad de configuración de la legislación penal, no solamente ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional, sino que es reiterado dentro del fallo materia del presente análisis, a pesar de lo cual, se toma una decisión que lo contraría abiertamente, como lo es el permitir que asuntos no relacionados con el hecho cometido sean tenidos en cuenta para agravar la sanción penal.

Este aval del Tribunal Constitucional a este tipo de prácticas por parte del legislativo, desconociendo el carácter liberal de nuestro sistema penal, ha permitido que el considerar los antecedentes penales del infractor a fin de incrementar la sanción a imponer, o de negar la procedencia de cualquier beneficio, se convierta en una práctica común en el sistema penal colombiano, como procedemos a revisar a continuación.

29 C. Const. Sentencias C-420 de 2002, C-936 de 2010, C-241 de 2012, C-365 de 2012, C-742 de 2012 y C-334 de 2013.

30 En virtud de este principio, “El Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos” C. Const. Sentencias. C-239 de 1997, C-179 de 2007 y C-365 de 2012.

31 C. Const. Sent. C-387 de 2014.

En cuanto a la reincidencia como causal para agravar la sanción aplicable al caso concreto, encontramos que desde el diseño original del CP, el contar con antecedentes penales es una causal genérica para imponer una pena superior a la que correspondería a quien carece de ellos, como lo establecen los artículos 55 y 58 de esta normatividad. La procedencia de la reparación como circunstancia de atenuación de la pena en los delitos contra el patrimonio económico, se niega cuando el agente tuviere antecedentes penales (art. 268 CP), y la pena para el delito de contrabando (art. 319.3) se aumenta cuando el agente fuere reincidente.

En cuanto a la reincidencia como criterio para determinar la procedencia de beneficios o subrogados penales, encontramos que el CP establece que no procede de la suspensión condicional de la pena cuando el agente cuente con antecedentes penales (art. 63.2 y 63.3), asunto que fue encontrado acorde a nuestra Carta Política por la Corte Constitucional³². Igualmente, el artículo 68A establece que *“no se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores”*.

En materia procesal, la existencia de antecedentes penales es uno de los argumentos para inferir que el imputado representa un peligro para la comunidad (Art. 310.4 CPP), por lo que resulta procedente la detención preventiva, y es uno de los argumentos que el Juez debe tener en cuenta a la hora de determinar la sanción aplicable al caso concreto (art. 447 CPP).

De manera que, si bien nuestra Constitución Nacional y la interpretación que de la misma ha dado la Corte Constitucional acogen el principio del acto, la realidad es que el mismo se desconoce de manera reiterada en normas que contemplan la reincidencia como causal de agravación de la pena, o para la improcedencia de beneficios penales, sin que ello haya sido materia de rechazo por el Tribunal Constitucional.

32 C. Const. Sent. C-194 de 2005.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, diremos que, primero, este extenso pronunciamiento cuenta con deficiencias de forma, dado que la Corte Constitucional señala que para resolver el problema jurídico es necesario determinar el concepto, las funciones y clases de reincidencia, para posteriormente analizar su ubicación dentro de las categorías del delito y determinar así la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Ello, da pie a una extensa argumentación que en nada se relaciona con el debate planteado, mismo que la Corte Constitucional resuelve sin tener en cuenta estas cuestiones, para señalar que esta norma no es contraria al principio del *non bis in idem*.

En segundo lugar, el fallo es –en nuestro sentir– errado también en el fondo, pues si bien se reconoce que uno de los límites a la potestad congugurativa de la que goza el legislador en materia penal es el principio del acto, encuentra ajustada a la carta la norma demandada que abiertamente lo desconoce al establecer un incremento de la pena de multa cuando la persona sea reincidente. Creemos, que si bien es cierto, esta disposición no contraría el principio constitucional del *non bis in idem*, si lo hace cuando desconoce el principio del acto, por lo que esta norma es contraria a la Constitución, y debió ser declarada inexecutable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Literatura

- Agudelo, N. (2004). *La defensa putativa en el nuevo Código Penal*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, G. (2002). *Las normas rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2000). *Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ruiz, S. (1980). *Teoría del hecho punible*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Salazar, M. (2016). *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela dialéctica del derecho penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. (4ª Ed.). Bogotá: Ed. Librería Jurídica COMLIBROS.

Jurisprudencia

Sentencias de la Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-244 de 1996.[Mp. Gaviria Carlos]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-13 de 1997.[Mp. Hernández José]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de 1997.[Mp. Gaviria Carlos]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-646 de 2001.[Mp. Cepeda Manuel]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-537 de 1996.[Mp. Córdoba Jaime]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-226 de 2002.[Mp. Gómez Carlos]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-420 de 2002.[Mp. Córdoba Jaime]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1080 de 2002.[Mp. Tafur Álvaro]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148 de 2005.[Mp. Tafur Álvaro]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-194 de 2005.[Mp. Monroy Marco]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-475 de 2005.[Mp. Tafur Álvaro]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1033 de 2006.[Mp.Sierra Humberto]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-179 de 2007.[Mp. Vargas Clara]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-853 de 2009 .[Mp. Palacio Jorge]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-936 de 2010.[Mp. Vargas Luis]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-241 de 2012.[Mp. Vargas Luis]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365 de 2012.[Mp. Pretelt Jorge]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-540 de 2012.[Mp. Palacio Jorge]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-742 de 2012.[Mp. Calle María]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2013.[Mp. Pretelt Jorge]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-387 de 2014.[Mp. Palacio Jorge]

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- C-181 de 2016.[Mp. Ortiz Gloria]

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de Marzo de 2007) Recurso de casación Rad. 25.629. [MP. Pérez Alvaro]

Normatividad

Congreso de Colombia. (24 de junio de 2011). [Ley 1453 de 1194].

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal Colombiano [Ley 599 de 2000].

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis