

EL FENÓMENO DE LA LEX TERTIA
Problemas de aplicación en el ordenamiento constitucional colombiano

YULI NATHALY OLAYA GÓMEZ

Monografía de grado para optar al título de ABOGADA.

José Gerardo Candamil pinzón
Docente área derecho penal.

Fundación Universitaria Los Libertadores
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales
Bogotá D.C
2016

...Tan pronto el pariente de Offa entendió
que no toleraría el Eorl timoratos,
soltó de su mano a su muy amado halcón
que al bosque volara, y corrió hacia el combate...

Poema Batalla de Maldon (Anónimo)

“Si abrimos las historias, veremos que las leyes, que son, o que deberían ser,
pactos entre hombres libres, por lo general no han sido más que un instrumento
de las pasiones de unos pocos, cuando no han nacido de una necesidad fortuita y
pasajera.”

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C 28 de Febrero de 2016

AGRADECIMIENTOS

Cuando niños no somos conscientes del entorno que nos fue entregado, vivimos sin prisa, sin afán, entregados a esa extensión de útero que nos da la comodidad de un hogar resguardado por nuestros seres queridos, intocables...., A medida que vamos creciendo y nuestras necesidades cambian conforme nos involucramos más en este mundo y como reflejo de aquella primera etapa, nos damos cuenta de que no bastamos por si solos y entendemos como Newton que: "Toda acción genera una reacción", la acción de las personas para las que somos importantes que nos ha forjado un camino de alguna manera comfortable, sin el influjo de ellos no seríamos lo que hoy en día somos.

A mis padres que me dieron el mejor ejemplo, en medio de la sabia inexperiencia que siempre nos va a acompañar cuando somos nuevos en algo (puesto que ser el primer hijo nunca ha de ser sencillo), forjaron en mi una moral rígida y fuertes convicciones; a mis abuelos que con su inmensa consideración y sin saber a nombre propio lo que significa el recibir un diploma académico me impulsaron para lograrlo como si fuera un triunfo propio; a mis tíos que complacientes estuvieron al tanto del desarrollo de la misma; y a aquellas personas con las que conformo una familia conexas, a ella que como madre de familia ha sabido transmitirme el ejemplo de perseverancia, constancia y disciplina y su apoyo fue crucial en mi vida académica.

A mis docentes a quienes admiro por su inteligencia y su devoción a la academia, quienes día a día cumplen su labor tratando de crear los mejores estudiantes, no como abogados, sino como persona, como complemento de una integralidad ética del ser; y a mi tutor de tesis quien me guió de la mejor manera posible y me apoyo desde el primer momento con su estricto rigor observativo

A mis amigos, esa pequeña familia a la que uno le da vida selectivamente, a todas y cada una de ellas y de ellos que no por soberbia no los mencionó aquí si no porque corro peligro de que alguno olvide, su acompañamiento a lo largo de mi desarrollo personal ha sido fundamental para valorar la lealtad y considerarme afortunada por contar con ellos, sus triunfos también son mis triunfos.

A todos infinitas gracias doy, puesto que sus acciones en mi vida han detonado la reacción que hoy en día ven y me han llenado de muchas alegrías y gozos en momentos difíciles, son mi mayor dicha y me enseñaron que no solo somos sujetos de derecho sino sujetos afortunados.

CONTENIDO

	pág.
RESUMEN.....	10
INTRODUCCIÓN.....	12
1. ASPECTOS GENERALES.....	14
1.1 LÍMITES TEMPORALES Y SUCESIÓN DE LEYES	14
1.2 DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	16
1.3 DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD	19
1.4 FAVORABILIDAD FRENTE A NORMAS PROCESALES PENALES	30
1.5 FRENTE AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.....	31
1.6 DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O RAZONABILIDAD	34
1.7 DIFERENCIACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS.....	35
1.8 RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE.....	37
2. DE LA LEX TERTIA.....	38
2.1 DEFINICIÓN DE <i>LEX TERTIA</i>	38
2.2 DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA	41
2.3 DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEY.....	46

2.4 IMPLICACIONES DE CORTE CONSTITUCIONAL.....	49
2.5 EFECTOS DE LA TEORIA DE LA ACCIÓN DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO	54
3. DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA	59
3.1 LA DOCTRINA.....	59
3.2 LA JURISPRUDENCIA.....	61
3.3 ANTINOMIA JURISPRUDENCIAL	64
4. DE LA APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	69
4.1 AFECTACIÓN AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL.....	69
4.2 DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL HACIENDO USO DE LA <i>LEX TERTIA</i>	71
4.3 DEL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR FRENTE AL DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS RELACIONADOS CON ACTIVIDADES TERRORISTAS Y SU DIFERENCIACIÓN DOGMÁTICA	78
4.4 DE LA LEX TERTIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	90
4.5 DE LA DOBLE INSTANCIA: LOS TRIBUNALES	92
5. PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	98
5.1 DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO PENAL.....	98
5.2 DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL	103
5.3 DE LA APELACIÓN	104

5.4 DEL FACTOR FUENTES DEL DERECHO.....	108
5.5 MODULACIÓN DE LOS FALLOS CORTE CONSTITUCIONAL	110
5.6 DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	116
5.7 DEL PAPEL CREADOR DEL JUEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO...	118
CONCLUSIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	128

LISTA DE TABLAS

Pág.

EFFECTOS DE LA FAVORABILIDAD EN EL TRÁNSITO DE LEYES PENALES.....	58
--	----

RESUMEN

La aplicación del fenómeno de la *lex tertia* supone una serie de interrogantes y nuevas posturas dentro de la producción del derecho y el estudio de este, es un llamado a adoptar nuevas regulaciones ya que deja en evidencia el activismo judicial que es inevitable y que por lo tanto debe ser circunscrito de forma concisa. En Colombia las diferentes posturas jurisprudenciales no permiten una abstracción sencilla de tal circunstancia de invasión legislativa por parte del juez, sin embargo la ley es clara al respecto y el principio de legalidad y favorabilidad son axiomas de donde debe partir la configuración y puesta en marcha de todo el ordenamiento jurídico, no puede desfigurarse la ley para facilitar posturas activistas ya que ello lleva implícito problemas de aplicación en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Palabras clave: tercera ley, activismo judicial, principio de legalidad, principio de favorabilidad, ordenamiento jurídico colombiano.

ABSTRACT

The creation of a third law for a judge it supposed issues and new postures inside the production and the study of law. It is a call to adopted new regulations as it leaves in evidence the judicial activism and that is inevitable therefor must be circumscribed concisely. In Colombia the different jurisprudential postures don't allow a simple abstraction of this circumstance of legislative invasion for part of the judge, however the law is clear to respect, and the legality and favorability principles are axioms of where must be start the configuration and start up of all legal system, cannot disfigure the law to facilitate activist postures as this inside implicit troubles of application in the colombian legal system

Keywords: third law, judicial activism, legality principle, favorability principle, Colombian legal system.

INTRODUCCIÓN

Es importante el estudio de los nuevos cambios que se presentan a manera de problemas jurídicos para ir desentrañando los advenimientos sociales, en este caso la *lex tertia* de no ser tratada a tiempo podría desencadenar un cambio en la costumbre judicial, por ello es menester profundizar en el tema partiendo de los principios que abarca Colombia como un Estado social de derecho, respetuosa de los postulados constitucionales e internacionales, que ha dotado a sus sistemas jurídicos de una serie de principios que señalan el camino a seguir para el correcto desarrollo del poder punitivo y estatal confiriéndole a las autoridades una serie de herramientas sobre las cuales desarrollar su labor de aplicar el derecho.

La postura que se ha adoptado se refiere al uso legislativo dentro de las providencias o jurisprudencia por parte del juez para crear tal combinación de leyes, es luego invadir una órbita que no le fue conferida constitucionalmente ya que la tridivisión de poderes tiene una función equilibradora de los poderes del Estado y no puede conferírsele a quien hace parte del aparato judicial poderes legislativos ya que se iría en contravía de dicho equilibrio; sin embargo constitucionalmente el tema ha tomado una visión distinta y la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución ha dejado clara cuál es la postura a adoptarse y la regulación frente al tema.

El problema radica en ¿Cuál es el efecto en el ordenamiento jurídico colombiano de la creación de una tercera ley por parte del juez cuando este tema no tiene una regulación clara al respecto?

La *lex tertia* si no es objeto de regulación puede usarse desde el punto de vista de la favorabilidad, pero también usarse en detrimento de garantías procesales en los fallos de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, fallos que carecen de todos los requerimientos técnicos y jurídicos que supone un proceso penal enmarcado dentro del principio *pro homine*.

La finalidad de esta investigación es la demostración de un punto que deslegitima el derecho penal de cara no solo a un problema de interpretación de la ley sino de aplicación del derecho, demostrando también como el inevitable desarrollo social obliga a cambiar los paradigmas y a evolucionar en conceptos que antes parecían ser sólidos como la figura del juez como aplicador de derecho y operador jurídico, demostrar además como la falta de regulación frente a un tema puede ser usado para favorecer o en detrimento de quien está siendo procesado.

En el presente trabajo de investigación se usará el método analítico ya que para lograr entender y plantear una posible solución al problema que se presenta, se deberá hacer una descomposición de todas sus partes, partiendo de los principios integradores y los demás elementos que intervienen para dar claridad al tema de estudio planteado, todo esto basado en técnicas documentales como material bibliográfico, y jurisprudencia, haciendo análisis de situaciones que han surgido en la práctica y que evidencian el problema jurídico como los procesos en única instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Se debe partir del estudio del derecho penal y sus problemas de aplicación en el ordenamiento jurídico para ayudar a contener la fuerza punitiva del Estado que puede desencadenar en grandes violaciones sistemáticas a garantías constitucionales y derechos humanos.

1. ASPECTOS GENERALES

- 1.1 Límites temporales y sucesión de leyes
- 1.2 Del principio de legalidad
- 1.3 Del Principio de favorabilidad
- 1.4 Conflictos entre el principio de favorabilidad y otros principios
- 1.5 Frente al sistema penal acusatorio
- 1.6 Del Principio de proporcionalidad o razonabilidad
- 1.7 Diferenciación entre normas y principios
- 1.8 Retroactividad e irretroactividad de la ley penal

1.1 LÍMITES TEMPORALES Y SUCESIÓN DE LEYES

Todas las leyes como si fuesen un ser, ontológicamente hablando, nacen y mueren ya que corresponden en su momento a una necesidad social, es decir, son organismos que van de la mano con el desarrollo de la sociedad que a su vez evoluciona, por lo que la ley en algún momento dado pasa a ser insuficiente y ortodoxa y debe ser cambiada por otra que responda a las nuevas necesidades; su ciclo vital inicia desde la promulgación y termina exclusivamente cuando una nueva ley las deroga expresa o tácitamente, pero entre la promulgación y la derogación dicha norma tiene fuerza vinculante y es de obligatorio cumplimiento.

Así mismo, Cuando las necesidades sociales cambian, el derecho como ente regulador debe ajustarse por lo que debe crear y derogar leyes, pero puede suceder que la nueva disposición no deroga la ley anterior si no que la reemplaza por otra mejor que se adecue a la nueva situación (tránsito legislativo).

La creación de una nueva norma legal da por entendido que estaregirá hacia el futuro (irretroactividad), principio consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 28, por lo tanto si la norma se deroga no puede aplicarse a hechos ocurridos posterior a su extinción; además socialmente tiene una especie de fuerza vinculante por lo que si los ciudadanos incurren en alguna conducta indebida, está por más decir que deben conocerla ley bajo la que se les está juzgando en el momento de la comisión del hecho.

Por lo tanto la eficacia de la ley se predica durante la vigencia de la misma, y estano es absoluta tiene limitaciones de carácter general por el tiempo, aunque también, por el espacio y de carácter personal es decir a los destinatarios.

Este tema de la sucesión de las leyes en el tiempo constituye una problemática doctrinal muy amplia respecto de la irretroactividad y el principio de legalidad que no concierne ser tratado en esta oportunidad; sin embargo, a efectos de comprensión es necesario dilucidar el latente *principio de la legalidad*.

1.2 DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio trajo consigo profundos cambios en el sistema y en el pensamiento jurídico, se produjo después del movimiento Europeo de la ilustración, atendiendo al imperativo categórico y representado con la formulación latina de FEUERBACH *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*(*), se establece que no basta con que la existencia del delito dependa de una disposición legal que exista previamente y que lo considere como tal (delito), sino que es necesario que la legislación vigente al momento de la comisión del delito establezca la pena para dicha conducta como sanción. En Colombia, constitucionalmente este principio se encuentra regulado dentro del marco del artículo 29 “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...”, es decir está prohibida la ley *ex post facto*(**) , tal pretensión de taxatividad fue fundada en el principio de *jus puniendi* cuyo titular sería el Estado, creando así una garantía que impide que alguien pueda ser penado por una ley que no existía al momento de la comisión de la conducta.

El célebre autor ROXIN establece en su libro *Derecho Penal parte general* que:

el principio “no hay delito sin ley” se completa con la formula “no hay pena sin ley” (nulla poena sine lege). Ello quiere decir que no solo la circunstancia de una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar netamente fijadas antes del hecho.

(*) Aunque fue desarrollado por el excelso autor Paula Johann Anselm Von Feuerbach para el desarrollo del código de Baviera (1813) el principio originario del que deriva proviene de Cesare Beccaría

(**) Expresión latina que significa “ley posterior al hecho”, refiriéndose a una ley que retroactivamente cambia el estatus legal de ciertas circunstancias fácticas que surgieron con anterioridad a la ley.

Así p.ej., por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas; pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio “no hay delito sin ley”, pues ya había un delito (“crimen”) en el momento de comisión del hecho; es solo el principio “no hay pena sin ley” el que da seguridad al autor también en este punto¹.

El principio de legalidad es una característica clara de un Estado Social de Derecho que garantiza que este mediante sus autoridades, no podrá actuar si no conforme a un precepto legal, es decir que taxativamente se encuentre en la ley. Al respecto. HANS KELSEN se refiere: *“Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autorice a realizar”².*

De lo anterior, se podría deducir que en su aspecto meramente formal el principio de legalidad se reduce a un evento eminentemente ético, es decir, algo que debería ser la norma pero que no es, entonces para que el principio no se quede en elucubraciones debe dársele una fuerza vinculante p.ej cumpliendo con los requisitos legales básicos para la expedición de la norma como es que la emita un organismo competente, que su cuerpo normativo tenga un contenido claro, preciso, que no dé lugar a equivocaciones o falsas interpretaciones complicando su aplicación, que sea debidamente publicada en el diario oficial etc...

¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general tomo I, segunda edición, Madrid, España, 1997, pgs. 138-139.

² KELSEN, Hans, teoría General del Derecho y del Estado, séptima edición, México, 1995, p. 153

Partiendo de esto podemos determinar aunque sea una aseveración trivial que el derecho aplica en sus disposiciones que el Estado no solo debe castigar a quien lesione los bienes jurídicos tutelados en la ley 599 de 2000 (código penal), sino que por sobre todo debe respetar lo dispuesto en la Constitución Política Nacional y en los tratados internacionales, así como a los demás sujetos procesales que se vean implicados en el proceso.

El artículo 6° de la ley 599 de 2000 establece: “nadie podrá ser juzgado sino bajo las normas preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o el tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio...” nada diferente a lo que establece la Carta Política colombiana.

Por ello es que es importante una definición transparente de los actos que son objeto de pena y su respectivo castigo en la ley etc..., si se dejasen vacíos en la norma, se estaría dejando al arbitrio de quien la aplique que disponga de ella como mejor le parezca lo que es un claro atentado a los derechos y garantías constitucionales, por ello la norma no puede ser incierta, ambigua, o equívoca, de ser así no puede tomarse como válida, a menos claro que esta última característica se use para favorecer al sindicado, respondiendo al imperativo jurídico de la humanización del proceso y del castigo con vistas de favorabilidad.

1.3 DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En materia jurídica la favorabilidad rompe, es una excepción al supuesto de que las normas rigen a partir de su promulgación hacia el futuro (irretroactividad), en ella se encuentran contenidas unas máximas latinas como lo son:

- 1 *Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*: Las cosas favorables se deben ampliar, las odiosas restringir.
- 2 *Favores ampliando, odia restringenda*: Deben ampliarse los favores, restringirse los odios, lo favorable debe ser ampliado, lo perjudicial restringido.
- 3 *Leges legibus concordare promptum est*: procede concordar unas leyes con otras.
- 4 *Vere dice potest, magistratum esse legem loquentem; lege autem mutum magistratum*: Puede decirse en verdad que el magistrado es la ley parlante, la ley, en cambio, el magistrado silencioso.
- 5 *Benignius lege sine interpretanda est, quo voluntas sua conservetur*: Las leyes se han de interpretar en el sentido más benigno, donde se conserve su disposición³.

La dogmática jurídica como instrumento social de derecho es consciente de la importancia de humanizar el proceso partiendo del trato digno a las partes dentro del mismo, posicionándolos como sujeto de derechos, sometidos a penas justas y verdaderamente necesarias.

³ Disponible en internet
http://www.academia.edu/529343/Diccionario_de_lat%C3%ADn_jur%C3%ADdico

Una tal ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el principio pro homine, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero y torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada ius humanista, que igualmente se materializa frente a otros fenómenos jurídicos, tales como: limitar lo menos posible y solo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (principio favor libertatis), resolver la duda a favor del sindicado (principio in dubio pro reo) presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad, (principio de presunción de inocencia), aplicar la analogía solo cuando sea beneficiosa al inculpatado (analogía in bonam partem) y preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos), entre otros⁴.

Este principio (*pro homine*) al igual que el de *legalidad* es un faro que ilumina el debido proceso para su correcta implementación ayudando a cumplir los fines de un Estado social de Derecho como el nuestro. A grandes rasgos este principio se encamina a la protección del sujeto que está siendo objeto de la acción penal (*pro reo*) y que necesita un respaldo jurídico que filtre toda la fuerza abrazadora del Estado, de lo contrario habría vulneración de garantías y derechos; en los casos de un tránsito legislativo lo que se busca es aplicar la norma menos gravosa para el procesado.

⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrada Ponente: María Pulido de Barón. Bogotá Mayo 4 de 2005 (recurso de apelación). Rad 21348

Dejando de lado la criminalización lo que se busca es dar un trato más humano dentro del proceso con independencia de quien se investigue resulte ser culpable o inocente, es una herramienta que dignifica al acusado y controla la fuerza de la acción penal (una especie de muro de contención) que termina siendo monopolizadora y ha sido a lo largo de la historia la mayor fuente de violación de derechos fundamentales. Pero ello no es un postulado caprichoso ni novedoso sin ningún sustento, a lo largo de los miles de años que preceden el desarrollo social se ha demostrado que el poder punitivo en cabeza del Estado ha sido la mayor causa de muertes y vulneración de derechos humanos en el mundo, por ello y después de las guerras mundiales que son un claro ejemplo de ello, empezaron a surgir postulados de derecho internacional que regularon el asunto, evidenciando una tendencia que pretende restringir o cuanto menos reglar dicho poder punitivo.

Por ello y además de la pretensión de proteger a la víctima, también se pretende proteger a quien es objeto de juzgamiento y cambiar la noción de la pena, por ejemplo ya no pretende considerarse estacomo un castigo y un ejemplo para quienes pretendan actuar equívocamente saliéndose de las convenciones sociales, sino que pretende dársele un carácter simbólico y re socializador aunque es un tema que genera muchas discrepancias doctrinales para quienes consideran el derecho penal como el mayor mal de la sociedad.

Cuando el constituyente intervino en la creación de la carta estableciendo el debido proceso, pretendió la materialización de una serie de principios que además de iluminar el proceso como un faro a un buque le daría forma, una forma más humana, obviando la alusión de que el Estado no puede hacer lo que desee con sus ciudadanos y su fuerza punitiva. Los fundamentos del *principio de favorabilidad* contenidos dentro del *debido proceso*, se desprenden así mismo del *principio de legalidad*, y evidencian la imposibilidad del actuar arbitrario del Estado sobre sus ciudadanos.

A lo que se refiere claramente la favorabilidad en términos generales, es a la posibilidad de retrotraer en el tiempo la ley penal más favorable o permisiva, y la no retroactividad de lo desfavorable al sindicado, es un principio supralegal⁵, cuando estos dos fenómenos convergen entre sí por la coexistencia de legislaciones durante un tránsito, adquieren relevancia pudiendo por ejemplo en merito de la favorabilidad, otorgarle un carácter ultractivo a ciertas disposiciones que han sido derogadas o declaradas inconstitucionales.

A efectos académicos mostraremos la evolución legislativa de este principio:

- **Constitución política de 1886, artículo 26:** “En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Siendo redactado casi de manera idéntica en nuestra constitución actual, la Corte Suprema de Justicia, empezó a establecer por vez primera que no existe diferenciación alguna entre las leyes sustantivas ni procesales, ambas gozan del beneficio de la favorabilidad a la hora de ser aplicadas según sea el caso.

- **La ley 153 de 1887: Artículo 40:** “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

⁵Artículo 29, Constitución Política de Colombia, 1991

- **Artículo 43:** “La ley preexistente prefiere a la *ex post facto* en materia penal. Nadie puede ser juzgado o penado sino por la ley que ha sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquéllas que establecen los tribunales y determinan los procedimientos, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”.
- **Artículo 44:** “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito”.

Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena.

- **Código Penal de 1936 (Ley 95 Decr. 2300, art. 3º).** “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
- **Código Procesal de 1938 (Ley 94, art. 5º).** “En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al acto que se impute, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.
- **Código Procesal de 1971 (Decr. 409 art. 6º).** “En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fija la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir”.

- **Decreto 100 de 1980 (Código Penal, art. 6º).** Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.
- **Código Procesal de 1987 (Decr. 050, art. 5º).** “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir”.
- **Constitución Política de 1991 artículo 29** “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Conforme a lo anterior y si bien es cierto, el principio *de favorabilidad* solo es de aplicación para las normas sustanciales, conforme a la sentencia C-922 de 2001 la Corte Constitucional estableció que también se puede aplicar dicho principio en materia procedimental cuando las normas tienen relevancia para aplicar una sanción menos desfavorable.

- **Decreto 2700 de 1991, artículo 10.** “Favorabilidad. En materia penal y procesal penal de efectos sustanciales, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

- **Ley 190 de 1995, artículo 81.** “Garantías procesales. La presente ley, o cualquiera otra de carácter penal sustantivo o procesal de efectos sustanciales, no podrán aplicarse con retroactividad. Igualmente, las mismas normas no se aplicarán una vez producidos todos sus efectos. Se exceptúan de estas prescripciones las normas creadoras de situaciones de favorabilidad para el sindicado o procesado”.
- **Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal, art. 6°).** “Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”.

De las anteriores disposiciones se desprende que al incluir el *principio de legalidad* y el de *favorabilidad* se entiende que se realiza con un carácter excluyente el primero del segundo, porque por el principio de legalidad la norma rige hacia el futuro desde su promulgación y toda conducta solo puede juzgarse acorde a las leyes preexistentes al acto que se imputa, con la favorabilidad se permite que si existe una norma que haga menos gravosa la situación del imputado estapueda aplicarse de manera retroactiva.

- **La Ley 600 de 2000, artículo 6°. Determina. Legalidad.** “Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio.

Entonces, la favorabilidad se hizo extensiva a todos los condenados y procesados por mandato expreso de la norma, sin embargo dicha permisividad supone una sucesión de leyes en el tiempo que se hace efectiva de dos maneras:

1. Frente a los procesos que aún se encuentren en trámite
2. En relación con las personas ya condenadas, aquí es necesario que la situación se encuentre consolidada con el tiempo, es decir, que la situación jurídica continúe produciendo efectos al momento de la entrada en vigencia de una nueva regulación que pueda considerarse beneficiosa

La H. Corte Constitucional sobre estas normas se pronunció mediante demanda de revisión de inconstitucionalidad en sentencia C-200 de 2002, refiriéndose al asunto de las leyes preexistentes en materia de procedimiento, jurisdicción y competencia, hace una aclaración estableciendo que la tradición jurídica nacional ha llegado a la conclusión de que leyes preexistentes son aquellas que definen los delitos y las penas, es decir, aquellas de carácter sustancial, incorporándose así el mencionado *principio de legalidad*; pero las normas de carácter procesal y de jurisdicción y competencia, son de efecto inmediato, de allí la importancia del artículo 43 de la ley en mención (ley 153 de 1887), la ley preexistente.

Se refiere entonces que la regulación de las materias relacionadas con las características del proceso corresponde al legislador, el cual tiene amplia potestad bajo el entendido de que debe respetar obviamente los preceptos constitucionales.

Ahora, en materia internacional, se dice que integran el bloque de constitucionalidad:

1. El preámbulo
2. El articulado constitucional

3. Algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos
4. Ley orgánica, sentencias C-600 de 1995 C-287 de 1997, C-337 de 1993 entre otras
5. Ley estatutaria, sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995

Entonces se entiende que hay una serie de tratados que aunque no hacen parte de la Constitución, son parte de un parámetro de control constitucional, refiriéndose al asunto objeto de estudio (el de favorabilidad) se encuentran los siguientes:

- **El Pacto de Derechos Humanos, aprobado por la Ley 74 de 1968,**
“Artículo 15°-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

- **La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972,**
“Artículo 9°. Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

- **Ley Estatutaria 137 de 1994**,

“Artículo 40° Derechos Intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; **el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal,** (Negrilla fuera del original) el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados”.

A pesar de que el constituyente ha hecho un esfuerzo notorio por consolidar la figura de la favorabilidad sin excepciones, por sentencia SP10545-2015/45194 de la Corte Suprema de Justicia de 11 de Agosto de 2015, se estableció una excepción o más bien podría llamarse una aclaración a la aplicación del principio de la favorabilidad de la ley, en dicha sentencia se recordó que no es posible alegar tal figura en relación con la jurisprudencia, ya que según el artículo 29 de la constitución solo opera respecto de normas en el tiempo que regulan un mismo hecho y no ante diversas posiciones jurisprudenciales.

1.4 FAVORABILIDAD FRENTE A NORMAS PROCESALES PENALES

Como ya se ha mencionado en este estudio, hay quienes consideran que dicho principio solo es aplicable respecto de normas sustanciales pero que no opera frente a las procesales ni tampoco frente a la jurisprudencia bajo el argumento de que las normas procesales solo se limitan a establecer unos pasos, es decir, hay un carácter “ritualístico” neutro por lo que no reflejarían desfavorabilidad alguna al ser eminentemente una generalidad del proceso.

Sin embargo, el artículo 29 constitucional es claro al manifestar sin restricción alguna que debe aplicarse lo favorable frente a lo desfavorable, es decir, la propia Carta Política no hace distinción alguna entre lo sustantivo y lo procesal como pretenden hacerlo algunos intérpretes, citando una frase muy famosa de Ernest Von Beling: “*El derecho penal por sí solo no toca al delincuente un solo pelo*”⁶.

Entonces en materia procesal por tradición jurídica se ha diseñado una norma que ayuda con esta problemática por vía del principio de favorabilidad, diciendo que “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable” ley 906 de 2004(*), independientemente del carácter procedimental de unas frente a otras, las dos pueden limitar derechos fundamentales, por lo que tiene efectos sustanciales, razón clara y suficiente para que se le aplique la retroactividad de la ley más favorable sin excepción alguna.

⁶VON BELING, Ernest, Derecho Procesal Penal, Madrid, 1941, citado por ZAFFARONI Raúl Eugenio, El enemigo en el derecho penal, Buenos Aires, Ediar, 2009 p, 107.

(*) Se entiende por norma procesal de efectos sustanciales aquella que otorga derechos sustanciales para alguna parte dentro del proceso.

1.5 FRENTE AL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Dentro de la expedición del nuevo Código Penal acusatorio, se concedió todo un artículo al principio de favorabilidad, sin embargo se establecieron una serie de disposiciones que pueden considerarse que lo exceptúan, así en el artículo 6 de la ley 906, inciso 3, establece que: “ las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” y así mismo el artículo 533 también de la ley 906 de 2004 señala que: “el presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de Enero del año 2005”.

La justificación del legislador en este sentido, era la de no congestionar el nuevo sistema penal acusatorio con los casos provenientes bajo el anterior sistema de corte inquisitivo (ley 600 de 2000) ponderando el principio de favorabilidad procesal frente a principios tales como la tutela judicial efectiva, la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, la celeridad del proceso, los derechos de las víctimas etc., dándole prelación a estos últimos.

Tras la puesta en marcha del nuevo sistema acusatorio acorde con lo establecido en su artículo 530 de la ley 906 de 2004: “*Selección de distritos judiciales.* Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal.

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

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008.”

Se presentó una situación particular en la que por primera vez coexistieron dos sistemas penales que se excluían entre sí según la fecha, comisión del delito y lugar de procedencia, bajo esta situación se empezó a implementar la ley 906 con efectos retroactivos, es decir, respecto de situaciones anteriores que surgieron bajo una legislación que aún se encontraba en vigor siempre y cuando no se afectaran rasgos que alteraran la naturaleza de sus postulados y finalidades, es decir, cuando se refieran a instituciones comunes en ambos sistemas procesales penales, que los hechos en los dos procedimientos sean idénticos; que se respete la naturaleza del nuevo sistema penal acusatorio etc...

Desde la perspectiva teórico-jurídica el principio de la favorabilidad otorga una visión interesante y de mayor debate, sin embargo, podremos llegar a unas conclusiones:

1. Será posible concebirlo en la medida en que apunte a brindarle una mayor protección al reo.
2. Se predica respecto de normas de rango legal formal
3. Debe aplicarse integralmente, es decir no puede tomarse parcialmente ni ponderarla con otras normas del ordenamiento jurídico-penal.

Así mismo la Corte Constitucional determinó los elementos normativos esenciales de la favorabilidad:

a. El principio de favorabilidad penal constituye un elemento fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional e implica que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

b. El principio de favorabilidad penal es una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. Lo anterior, por cuanto en situaciones de tránsito legislativo, la autoridad judicial debe evaluar los efectos de la ley en el caso y aplicar la norma que resulte más benigna aún cuando la norma sea posterior a la conducta que es objeto de juzgamiento⁷.

c. Dado que el Texto Constitucional regula toda aplicación de la normatividad penal, el principio de favorabilidad opera frente a normas procesales y de contenido sustancial⁸.

d. (...) El principio de favorabilidad es aplicable en relación con procesos concluidos y por ello, no es posible restringir la aplicación de la cláusula constitucional frente a personas que ya cuentan con sentencia condenatoria⁹.

e.- Las autoridades judiciales en su labor de interpretación deben establecer en el caso concreto cuál es la norma más favorable a los intereses del procesado o sentenciado.

f.- El principio de favorabilidad se encuentra supeditado a situaciones análogas reguladas de manera diferente en la normatividad. Por tanto, en caso de evidenciarse la existencia de una norma más favorable en el nuevo sistema relacionada con instituciones que guardan la misma identidad debe aplicarse la norma más benéfica¹⁰.

⁷Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2007 M.P: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha: 22 de Enero de 2007.

⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia, T-291 de 2006. M.P: Dr. Jaime Araújo Rentería. Fecha: 6 de Abril de 2006

⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P: Jaime Córdova Triviño. Fecha: 10 de Febrero de 2006.

¹⁰Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 2009: M.P: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

1.6 DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O RAZONABILIDAD

Al ser la Constitución norma de normas es estala que rige hacia abajo todo el ordenamiento jurídico, por lo que las normas formales deben sujetarse a ella; la validez constitucional de la norma como bien se sabe no puede sujetarse a un mero control formal, sino que se hace necesario un estudio de proporcionalidad o si se quiere de razonabilidad, por lo que dicho principio al igual que los otros representaría un límite para el legislador por la simple razón de que el derecho es una herramienta de control social en búsqueda de relaciones lo mas “justas” posibles entre los hombres, partiendo de la razón.

Entonces, la razón pasa a ser un imperativo dentro del ordenamiento jurídico por lo que la norma acorde a derecho tendrá que considerarse justa pero no en un sentido formal sino que deberá entrelazarse con los derechos y las garantías constitucionales, este ejercicio es uno de los tantos límites al poder del Estado, empero, no quiere decir que dichos limites sean absolutos, para ello surge la necesidad de encontrar técnicas que permitan descubrir una verdadera armonía de la ley con la Constitución.

La razonabilidad se entiende como principio en la medida que permite lograr una solución justa, justificando la norma en sí misma para convertirla en una finalidad social humana de corte legítimo.

1.7 DIFERENCIACIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS

Aquí es importante tener clara la diferenciación entre reglas o normas y principios, problemática que el gran jurista alemán ROBERT ALEXY en su libro *“Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”* explica que los principios delimitan a las reglas, entonces cuando coexisten dos reglas contrapuestas se excluyen entre si y debe aplicarse la resultante en toda su extensión, en cambio frente a los principios ninguno debe ser excluido, implica un grado de abstracción e indeterminación logrando por el contrario su armonización.

En este orden de ideas, siendo los jueces corolarios del poder Estatal deben procurar un análisis concienzudo de la norma estudiando sus medios y sus fines, y que la finalidad de dicha norma empatice con las finalidades constitucionales, debiendo analizar si la norma afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha dicho:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf. infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual?. Refiriéndose a la necesidad intrínseca a la hora de aplicar una norma y ajustarla a un fin social, es decir a lograr un fallo justo en derecho no significando que un trato desigual es un trato injusto en derecho siempre y cuando se demuestre que:

- 1. Tiene un fin constitucionalmente valido*
- 2. Necesario por cuanto se han estudiado otros medios pero todos son insuficientes*

3. *Proporcionado es decir que dicho trato desigual no vulnera otros derechos que tengan un mayor peso que el principio que se quiera satisfacer mediante dicho trato.*¹¹

Siendo así el *principio de proporcionalidad* hace parte de esa gran estructura de filtros entre la sanción penal y su proporción en tratándose de la privación o a alguna clase de restricción a la libertad.

La Constitución Política cuyas virtudes hacen hincapié en el principio *pro homine*, reconoce la importancia de los *principios de legalidad, favorabilidad, proporcionalidad, racionalidad* entre otros, determina que cuando se da lugar a un tránsito legislativo los jueces tienen la obligación de ponderar teniendo en cuenta los nuevos matices jurídicos benévolos de la nueva ley.

*De acuerdo con la preceptiva del artículo 40 de la ley 153 de 1887, las leyes de carácter procesal tienen vigencia inmediata y rigen hacia el futuro, no obstante, cuando de ellas se deriven efectos sustanciales para el inculcado, opera también el principio de favorabilidad, (...) todo lo cual obliga al funcionario judicial a efectuar la correspondiente ponderación de los preceptos sucesivos o coexistentes, con el propósito de seleccionar el más favorable al inculcado*¹²

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C- 022/1996, M.P: GAVIRIA, Diaz Carlos. 23 de Enero de 1996

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrada Ponente: Maria Pulido de Baron. Bogotá Mayo 4 de 2005 (recurso de apelación). Rad 21348

1.8 RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

Estas dos conjunciones delimitan la validez de la norma penal en el tiempo, sin embargo, y aunque son inversamente proporcionales las dos cumplen una función integradora, siendo así, la retroactividad aparece consignada propiamente en la Carta Política en los artículos 26 y 28, de allí se desprende la no ultractividad de la ley penal en el tiempo, en virtud de la cual una norma después de su extinción no puede aplicarse a nuevos hechos, remitiéndose así al principio supremo *tempus regim actum*, incriminando toda actividad que suceda en cierto periodo a las normas que existen en el tiempo durante el cual se incurrió en la conducta indebida, aquí tenemos entonces el *principio de legalidad*.

Pero existe una excepción obvia, si la nueva ley o la ley anterior resultasen favorables se adquiere fuerza retroactiva o ultractiva, y puede aplicársele a situaciones surgidas dentro del imperio de la ley anterior o posterior según sea el caso.

Entendiéndose así que la ley penal más favorable es aquella que hace que el hecho sea cobijado de una manera más “suave” otorgándole una sanción más benigna, ya sea disminuyendo la calidad del delito a través por ejemplo de los amplificadores del tipo al modificarlos, o creando nuevas causas de justificación o exoneración de responsabilidad etc...

2. DE LA LEX TERTIA

- 2.1 Definición de *Lex Tertia*
- 2.2 Del principio de unidad de materia
- 2.3 Definición y estructura general de la ley
- 2.4 Implicaciones de corte constitucional
- 2.5 Efectos de la teoría de la acción en la teoría del delito
- 2.6 efectos de la favorabilidad en el tránsito de leyes penales

2.1 DEFINICIÓN DE *LEX TERTIA*

La *lex tertia* es un fenómeno jurídico poco estudiado pero que se ha venido usando desde tiempo atrás, se refiere a la tercera ley que crea el juez al momento de punir cuando encuentra que ninguna norma existente en el momento abarca con exactitud la conducta objeto de estudio dentro de la etapa de juzgamiento; es controversial en la medida en la que otorga facultades legislativas a órganos que no la tienen, pero que por la necesidad imperante de otorgar una sanción, en parte también presionados por el “compromiso social” o los *medium mass*, incluso valiéndose del *principio de favorabilidad*, terminan aplicando fragmentos de normas para un caso en concreto olvidando por completo principios tales como el de *legalidad*.

La construcción de una tercera ley supone una creación de favorabilidad para la combinación de normas que depende esencialmente del criterio del juez, es decir, este quien por mandato constitucional y por la tridivisión de poderes cumple una función judicial, pasa a legislar tomando elementos de dos o más tipos penales de manera caprichosa para crear uno tercero inexistente y aplicarlo al caso concreto que en apariencia no tenía un concepto legal que existiese y pudiera ser aplicado.

En síntesis, es una creación judicial que toma disposiciones parciales o fragmentos de dos o más leyes penales, para crear una tercera que no existe en ninguna otra ley.

El *principio de favorabilidad* no invita, ni está dando el permiso para que se apliquen disposiciones o preceptos favorables de dos o más tipos penales de aquellas que coexisten y se suceden en el tiempo, por el contrario a lo que se refiere concretamente la favorabilidad es a ponderar, a colocar en una balanza toda la norma, con todas sus disposiciones para establecer en ultimas cual es la más favorable y aplicarla **INTEGRALMENTE**.

La institución jurídica de la *Lex Tertia*, también conocida como el fenómeno de conjunción, conjugación, combinación de disposiciones o tercera ley, por una parte y según jurisprudencia tiene plena cabida en nuestro ordenamiento; la H. Corte Suprema de Justicia se ha manifestado diciendo que estaes de correcta aplicación en nuestro sistema así:

Desde hace bastantes días, desde antes de la sentencia de 2ª instancia, se viene diciendo por la Corte Suprema de Justicia que el fenómeno conocido con el nombre de conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, igualmente llamado lextertia, tiene cabal cabida en nuestro medio. Por tanto, frente a la sucesión de leyes en el tiempo es perfectamente posible tomar de una norma lo favorable y desechar lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable¹³.

Se entiende que la norma es una estructura lógica conformada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, así mismo que no son inmutables ni mucho menos estáticas y que se ven sometidas a juicios de favorabilidad cuando por las

¹³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Octubre 6 de 2004, Nro19.445 M.P: PINZON Pérez, Álvaro Orlando

diferentes situaciones sociales se suceden dos normas con los mismos fines en el tiempo debiendo optarse por aquella que sea benévola considerando las leyes como un todo unitario y no fragmentos.

La posibilidad de aplicar fragmentos de dos o más tipos penales desconoce arbitrariamente el deber eminentemente judicial del juez, quien mediante el nuevo sistema acusatorio se separó de la labor legislativa e investigativa que venía ejerciendo con el anterior sistema penal de corte inquisitivo (ley 600 de 2000), en este caso, claro, si crea una tercera ley estaría legislando, función que le está vedada por la tridivisión de poderes.

Cabe aclarar que no está prohibida en Colombia la posibilidad de combinar en un fallo preceptos completos legales favorables al indiciado, pero lo que si debe hacer el juez es tomarlo integralmente.

Entonces, se llama así *Lex Tertia*, al fenómeno mediante el cual se toman de dos o más disposiciones normativas, fragmentos, mutilándolos así, originando un tercer tipo penal inexistente, ejerciendo el juez la calidad de legislador para poder hacer que la conducta encuadre típicamente, lo que violaría los principios de legalidad, favorabilidad, unidad de materia, etc...

“... la llamada Lex Tertia que en realidad es una disposición judicial no contenida en ninguna de las leyes, apoyada en disposiciones parciales o mutiladas de dos o más leyes penales...”¹⁴.

¹⁴ CARRASQUILLA, Juan Fernández, Derecho Penal fundamental, tomo I , tercera edición, Bogotá, Colombia, 2004, p. 267.

2.2 DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA

A manera general implica que el legislador al momento de formular la ley debe procurar que todas las disposiciones guarden concordancia conceptual con su núcleo temático, el cual a su vez debe concordar con el título de la misma.

En la Constitución Política encontramos este principio en el artículo 158: todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella y se complementa con el artículo 169: “el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”. La H. Corte Constitucional, ha manifestado la necesidad de que el principio de unidad de materia se traduzca en la exigencia de que en toda ley debe existir una correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo derivado así mismo de una conexión interna de todos los artículos que la conforman.

Así se le está imponiendo al congreso dos condiciones esenciales para la creación de un nuevo cuerpo de ley dentro del ejercicio de la función legislativa:

1. Debe definir con claridad y precisión dentro del mismo título del proyecto cuáles serán las materias a regular con la expedición de dicha ley
2. Y mantener una estricta relación interna desde el punto de vista sustancial entre las normas que harán parte de la ley de tal manera que se encuentre una coherencia temática y lógica con la idea general de la misma.

Así mismo en el reglamento del congreso ley 5 de 1992 en su artículo 148: cuando un proyecto de ley haya pasado el estudio de una comisión permanente, el presidente de la misma deberá rechazar las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con una misma materia.

Ergo, resulta inadmisibile que el congreso en aras de su potestad legislativa pueda posteriormente modificar las disposiciones de tal manera que no se pueda colegir una relación de conexidad sin esfuerzo. Si ello fuera así sería una clara violación por parte del congreso al principio de *unidad de materia*.

Este principio contribuye al de *seguridad jurídica* ya que garantiza la coherencia interna de las leyes mediante un ejercicio coherente y transparente de la función legislativa de manera que la ley, si bien es cierto puede tener una gran diversidad de contenidos temáticos como el Código Penal por ejemplo, deben contar con un núcleo que le dé una referencia común, facilitando una interpretación sistemática, e impidiendo que mediante la multiplicación de sus disposiciones se conduzcan a interpretaciones erróneas, regulaciones ocultas, e incertidumbre para los operadores jurídicos.

Dicho principio contribuye entonces también a la observancia interna de las normas facilitando su cumplimiento al reducir al máximo las interpretaciones confusas y difusas que en el futuro puedan surgir como consecuencia de la creación de otras disposiciones con similar trato normativo.

De lo anterior se desprenden tres propósitos fundamentales:

1. Asegurar la transparencia dentro del proceso de creación de leyes.
2. Evitar que las leyes se dispersen
3. Procurar que el proceso democrático se encuentre presente dentro de toda la formación de la ley.

... el principio de unidad de materia tiene la virtualidad de concretar el principio democrático en el proceso legislativo pues garantiza una deliberación pública y transparente sobre temas conocidos desde el mismo surgimiento de la propuesta. Permite que la iniciativa, los debates y la aprobación de las leyes se atengan a unas materias predefinidas y que en esa dirección se canalicen las discusiones y los aportes previos a la promulgación de la ley. Esa conexión unitaria entre las materias que se someten al proceso legislativo garantiza que su producto sea resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento. Con ello se evita la aprobación de normas sobre materias que no hacen parte o no se relacionan con aquellas que fueron debatidas y se impide el acceso de grupos interesados en lograr normas no visibles en el proceso legislativo. De este modo, al propiciar un ejercicio transparente de la función legislativa, el principio de unidad de materia contribuye a afianzar la legitimidad de la instancia parlamentaria¹⁵.

La manera más propicia de hacer efectivo el principio democrático, es en el conocimiento que deben tener quienes deben discutir el proyecto o la disposición a sancionar, de allí la importancia también del principio de publicidad no solo en el dar a conocer la disposición sino en la claridad que se debe manejar con el contenido de las ponencias.

¹⁵ Colombia, Corte constitucional, sentencia C 501 de 2001,. Magistrado ponente: TRIVIÑO, Córdoba, Jaime Ref D-3168

Dentro del propósito de lograr una mayor transparencia en el debate democrático en la consecución de una norma, la H. Corte Constitucional ha pretendido con la exigencia de conexidad de materia es evitar que se aprueben como parte de una ley, normas que se hayan introducido de manera sorpresiva y sobre las cuales nunca haya surgido ningún debate; puede ocurrir entonces que luego de aprobado un proyecto de ley, dentro de las modificaciones se le adicionen nuevas normas que no guarden relación alguna con el restante contenido temático pasando desapercibidas y que además sin que sobre ellas se presente discusión alguna, sin que exista consciencia sobre su posible alcance, en dado caso es evidente que no existiría un debate transparente por cuanto frente a dichas normas de apariencia sorpresiva no surgió ningún debate de discusión.

Es menester colegir que frente al objetivo de contribuir a la coherencia del debate tal tarea legislativa debe concentrarse en asuntos específicos que correspondan a un hilo conductor definido por el mismo Congreso de la República para limitar los tiempos de debate y sujetarse a un plan de trabajo, evitando que se discuta sobre materias aisladas y cuanto menos carentes de conexidad; puede darse por ejemplo que aun cuando ciertos contenidos temáticos hayan sido introducidos en debida forma en un proyecto de ley, tales contenidos pueden no resultar afines y no guardar ningún punto de conexión, en tales eventos el debate no sería coherente ya que existe una incongruencia interna producto del debate.

Es importante establecer no solo un adecuado debate que guarde relación y sea congruente con el articulado interno y una adecuada publicidad sino que todo el articulado tenga una relación de conexidad entre sí.

El *principio de unidad de materia* actúa entonces como un límite al ejercicio del poder legislativo en cuanto impone una medida de orden al Congreso Nacional como titular de la configuración normativa, y al mismo tiempo impone un parámetro de control de las leyes en el entendido que una vez surtido el proceso legislativo, las mismas pueden ser sometidas al juicio de inconstitucionalidad, ahora bien, dicho principio si bien es cierto es de estricto cumplimiento no quiere decir que su aplicación sea rígida ni mucho menos de interpretación restrictiva de manera que sobrepase su verdadera finalidad entorpeciendo el trabajo legislativo.

Entonces, dicho principio no implica que no se pueda incluir diversos contenidos temáticos en una misma ley, siempre y cuando exista alguna relación de conexidad ello es posible, no quiere decir una estricta simplicidad temática; además, la expresión y la aplicación de dicho principio debe entenderse de una manera amplia y global, donde se puedan comprender varios temas cuyo límite sea la coherencia.

2.3 DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEY

Es importante hacer claridad sobre lo que es la ley desde el punto de vista del derecho penal, entendiéndose esta como la fuente del derecho criminal y que las conductas que en ella se encuentren creadas, agravadas y su respectiva sanción son las únicas que deben castigarse; además, que éstas emanan de una autoridad reconocida como legisladora por la Constitución Nacional.

Aunque determinar con claridad qué se entiende por ley resulta ser un poco complejo, porque el ejercicio del derecho ha hecho que dicha concepción ya no sea tan clara, para efectos de entender cuando se estaría creando una tercera ley es importante hacer una pausa en este tema.

Puede que una misma ley favorezca al procesado solo para unos aspectos mientras que en otros pueda ser más bien desfavorecedora, en el caso del tránsito legislativo por ejemplo puede pasar que la nueva ley sea más benévola frente al tema de la pena principal aplicable, pero en la antigua resulte menos perjudicial el de las sanciones accesorias.

En sentido material, doctrinariamente se sostiene que ley es toda norma jurídica cuyo contenido es general y abstracto; en sentido formal, es norma únicamente la que emana de un órgano legislativo del Estado

La ley siempre será de carácter homogéneo, regulando así, un único objetivo material evitando incluir en la ley materias diferentes al objeto que regula, así mismo debe guardar un orden lógico, esto es:

1. De lo general a lo particular
2. De la sustantivo a lo procesal
3. De lo normal a lo excepcional
4. De lo abstracto a lo concreto

Debe partir de tres estructuras fundamentales, la parte explicativa en donde el legislador explica las razones jurídicas y políticas de su iniciativa; la parte sustantiva: en donde el legislador traduce la intención dispositiva en artículos; y la parte final donde el legislador prevé los mecanismos de tránsito y aplicabilidad.

Dentro de la parte sustantiva o dispositiva, encontramos un orden sistemático que se refiere a la agrupación y el agrupamiento del articulado en distintos niveles dependiendo de su complejidad ya sea solo en capítulos, títulos y capítulos, libros etc...

P. ej, el uso de libros está reservado para leyes muy extensas comúnmente denominadas códigos, entonces de allí partimos hacia abajo explicando que:

- **El Código:** es una ley que contiene todas las normas sobre una misma materia organizado de manera sistemática y este a su vez se divide en libros.
- **El libro:** se forma bajo una reunión de títulos
- **Título:** es una división intermedia entre el título y el capítulo, se usa así mismo en leyes extensas
- **Capítulo:** es una subdivisión de los títulos y en ella se desarrolla las ideas concentradas en los títulos

- **Articulado:** son segmentos en que se dividen los capítulos en donde se precisan diversas materias que integran el respectiva capítulo, constituye la parte dispositiva o normativa de la ley correspondiendo a la unidad básica de toda la ley.

Ergo, la palabra Ley, aunque es un concepto complejo no significa cuerpo legal, estatuto, o Código, lo que realmente significa es una disposición completa sobre un determinado asunto, abarca así mismo no solo un precepto sino también un conjunto unificado de normas, las cuales son ley.

Sin embargo la palabra ley no es un tópicó rígido, desde el punto de vista de la favorabilidad, tiene un contenido totalmente relativo ya que depende de las circunstancias de cada caso concreto

De igual manera debe tenerse en consideración que una cosa es la ley penal y otra la norma penal, la norma penal es una unidad de sentido que consta de un supuesto y una consecuencia determinada en términos jurídicos realizándose en forma de proposición. Por otro lado la ley penal es un cuerpo normativo en donde el legislativo realiza la función de criminalización primaria referida al tema de los delitos y de las penas.

2.4 IMPLICACIONES DE CORTE CONSTITUCIONAL

Si bien otra de las cuestiones que cabe plantearnos es: ¿Cuál es el criterio que usa la Corte Suprema de Justicia para darle vida jurídica a una forma combinada de leyes penales?, pues no es más que la de aplicar lo más favorable al reo, sin embargo el respeto a esta máxima no puede llevar a desconocer los preceptos básicos de orientación interpretativa.

Cabe aclarar que los límites de la interpretación llegan hasta donde la norma toma otra forma, es decir, suponen que no puede trastocarse ni desfigurarse en los elementos que la configuran, ni en su esencia, porque una norma solo tiene sentido si se toma en su totalidad.

Mediante la interpretación adecuada de la norma es que se garantiza la adecuada eficiencia y vigor del principio de favorabilidad que como ya se ha explicado, más que una forma de interpretación, encarna una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta una sucesión de leyes penales en el tiempo, éstas directrices, se encuentran plasmadas en la ley 153 de 1887 en el artículo 45, podríamos decir que son como “aplicaciones” para determinar cuál es la norma favorable y como se debe solucionar el conflicto. No significa esto que esos sean los únicos casos que puedan existir, porque las ricas relaciones inter-personales crean situaciones únicas e irrepetibles que deberán ser evaluados por el juez, pero en caso de que bajo el arbitrio del juez no pueda determinar con facilidad cuál de ellas es la favorable y la aplicable al caso concreto existe esta normatividad.

A manera general son:

- 1- “Cuando exista una nueva ley que expresa o tácitamente, desencrimine, indulte, proponga otras formas de rehabilitación, para tales eventos no se dará inicio a un proceso penal nuevo, si no que se terminarán extraordinariamente los ya comenzados, se extinguirán las penas pendientes de ejecución, se restablecerán todos los derechos”.

Como puede observarse este aparte, se refiere a la descriminalización que acontece cuando la nueva ley deja de prever como punible un hecho, es diferente cuando la nueva ley solo cambia el nombre al tipo o la ubicación sistemática, porque aún se está manteniendo la punición, en estos casos lo mas concerniente es verificar cuál de las penas es la menos gravosa y aplicarla al caso concreto.

- 2- “Cuando la pena es aminorada por la nueva ley otorgando así una rebaja o reducción”.

Este caso es muy particular puesto que en la norma no se encuentra estipulado de un modo preciso cuál ha de ser la pena impuesta por tal delito desde el punto de vista cuantitativo, sino que da un mínimo y un máximo por donde puede moverse el juez, pero puede referirse a que la nueva ley redujera esos mínimos y máximos en una proporción considerable como la mitad, la tercera parte, etc..o, desde lo cualitativo cuando la ley cambia una pena por otra de distinta naturaleza.ej. La prisión por multa.

- 3- “Si la nueva ley reduce el máximo y aumenta el mínimo de la pena, la aplicación deberá proceder conforme las leyes que invoque el interesado”.

Aunque el principio de favorabilidad es un precepto que debe aplicarse de oficio independientemente de si las partes lo han de solicitar o no, ello no quiere decir que no pueda escuchar y examinar con detenimiento los motivos que sean aducidos por el interesado, el juez debe estudiar todos los presupuestos del caso pues no para todos los sujetos aunque hayan incurrido en la misma conducta resulta beneficiosa la misma ley, para otros podrá ser la antigua, y para otros la nueva,

- 4- “Cuando la nueva ley disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la antigua” .

Constitucionalmente se ha entendido que el bien preciado de la libertad humana se encuentra antes de los bienes materiales, pero después del de la vida digna; el patrimonio económico jamás podrá considerarse como un valor superior al de la dignidad.

Y finalmente dentro de la mencionada ley, esta hace hincapié en los casos dudosos los cuales deberán resolverse bajo interpretación benigna, entonces cuando existe un tránsito legislativo y únicamente bajo este supuesto se permite el *in dubio mitius* como regla general de interpretación cuando el juez bajo un estudio dedicado no pueda resolver cuál sería la norma más benigna objetivamente aplicable.

Aunque dicho principio corresponde al derecho internacional, también llamado *principio de interpretación*, se ha empleado en últimas instancias dentro del derecho penal.

En estos casos el juez no se estaría guiando por la interpretación y el verdadero sentido de la norma (objetividad) con base en supuestos del fin de la norma, su tenor, el contexto, la historia etc., sino por el posible sentido favorable que estapueda tener.

El *in dubio mitius* solo ha de usarse como último recurso, porque con él no se garantizaría una adecuada interpretación de la voluntad y el objetivo de la ley, lo que hace confrontar en general varias disposiciones y aplicar la que hermenéuticamente y de manera subjetiva resultase más benigna.

Sin embargo dadas las diferentes herramientas interpretativas, es muy raro que esta situación se presente, y si se llegará a presentar y como *ultima ratio* su aplicación deberá hacerse bajo la forma de un *in dubio pro reo*, esto es bajo la forma de la favorabilidad.

No basta con determinar si dichas leyes se han sucedido en el tiempo, además hay que determinar la fecha de comisión del delito o la contravención, sobre esto la teoría y la legislación adoptan la postura de la teoría de la acción, según la cual debe entenderse realizado el hecho en el momento justo en el que la voluntad se manifiesta.

Ahora bien, si el hecho se cometió una vez comenzada la vigencia de la última ley, se aplicará entonces la ley vigente al momento del hecho como regla general, así mismo si el hecho ha sido juzgado en firme pero existe una nueva ley que altere su valoración, el problema en sí surge cuando se cometen total o parcialmente hechos bajo la vigencia de una ley, pero deben ser juzgados bajo la vigencia de una ley nueva, también las ya juzgadas cuando reviste una nueva ley que reduce o modifica la sentencia favorablemente.

Según la teoría de la acción, en este momento debió surgir la contra-motivación de la norma sobre la exteriorización de la acción producto de la voluntad del sujeto, en la legislación colombiana se entiende como el *tempus commissi delicti* acogido en el artículo 26 de la ley 599 de 2000 : “Tiempo de la conducta punible. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.” Cuando hay omisión, el delito se considera cometido en el momento en que debió realizarse la acción que se decidió omitir.

Para la teoría de la acción no importa el momento del resultado, sino el de exteriorización de la voluntad, aunque surge otro problema con el lapso que se origina entre ambos, problema que no corresponde ser tratado en esta oportunidad.

2.5 EFECTOS DE LA TEORIA DE LA ACCIÓN DENTRO DE LA TEORIA DEL DELITO

- **Antijuridicidad**: Sirve como punto de partida para la retro y la ultra actividad de la ley penal más favorable.
- **Imputabilidad**: La imputabilidad se aprecia al instante de la acción ya que el examen surge a partir del momento en el que el agente exteriorizó la conducta, aunque el estado de inimputabilidad no subsista al momento del resultado.
- **Prescripción**: Corre a partir del momento que señale el plazo más breve, es decir desde el instante de la consumación en los delitos instantáneos y desde la realización del último acto en los permanentes y tentativas o cuando fije un momento diferente ya sea anterior para su inicio o mástando para su terminación, esta surge a partir del momento de la realización del último acto, respecto del delito continuado; la ley no es clara pero se ha tomado la regla según la cual la prescripción inicia su término en cada acto de ejecución de manera independiente.
- **Delitos habituales o de múltiples actos**: Según Juan Fernandez Carrasquilla: “ *el número de actos se contará por la ley que señale un guarismo mayor. Pero si en ella fuera más gravosa la penalidad, todos los actos deben realizarse bajo su vigencia...*”¹⁶.

¹⁶ CARRASQUILLA, Juan Fernández, Derecho Penal fundamental, tomo I, Tercera edición, Bogotá, Colombia, 2004 Op.cit., pg. 134

- **Delitos permanentes y continuados:** Diferentes son las posturas doctrinarias frente a esta tema, desde hace muchísimo tiempo diferentes autores han sostenido varias visiones al respecto, unos manifiestan que debe incriminarse solamente la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley, así mismo otros autores sostienen que debe aplicarse la ley posterior aunque sea menos favorable, por que bajo su rigor se ha ejecutado una parte de la actividad, y otros autores como JIMENEZ DE ASÚA sostienen que aquí también debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad.

En este contexto es de admirar la doctrina Alemana frente a la cual no existe la menor duda de la aplicación del *favor rei* de las varias leyes vigentes entre el hecho y el juicio, pero en Colombia surge un nuevo problema en el entendido de que en los delitos permanentes y continuados la acción se realiza en diferentes momentos donde pueden presentarse diversas vigencias legales y no existe ninguna razón para ultraactivar una ley favorable mientras el agente siga con la comisión del delito bajo una nueva ley que puede ser más gravosa que no fue suficiente para hacerlo recapacitar y llevarlo a la cesación del acto delictivo, por lo que sin lugar a dudas se mantiene la ley vigente en el último acto ejecutivo, se ha mantenido entonces la tesis de que se aplica le ley vigente al momento del último acto: ya sea por que sea favorable por la retroactividad que enmarca todo el delito o desfavorable por que bajo su imperio se ejecutó el acto delictivo y el surgimiento y promulgación de la nueva ley no bastó para que se diera fin a la ejecución del delito.

- **Concurso de personas:** debe aplicársele por regla general a cada partícipe la ley que se encontraba vigente al momento de ejecutar sus actos de participación, entendiéndose esta como el momento en el que dió su aporte personal para la consumación del delito, así mismo si son varias las leyes que convergen durante la realización del delito se mantendrá la regla general contenida en el párrafo anterior, sin embargo, el tiempo de

ejecución se contará separadamente para cada cual según el momento en el que cada interviniente haya hecho su respectiva manifestación de voluntad delictiva.

- **Leyes procesales penales:** en caso de afectar las garantías y los derechos procesales debe aplicarse el principio de la favorabilidad, algo que es norma general porqué a grandes rasgos se podría determinar que no existe norma sustancial que no afecte los derechos del procesado.

Muchas situaciones pueden modificarse cuando se procede por diferentes razones a un tránsito legislativo, en el caso del anterior sistema de corte inquisitivo cuando fue cambiado por el actual sistema acusatorio se observaron las siguientes:

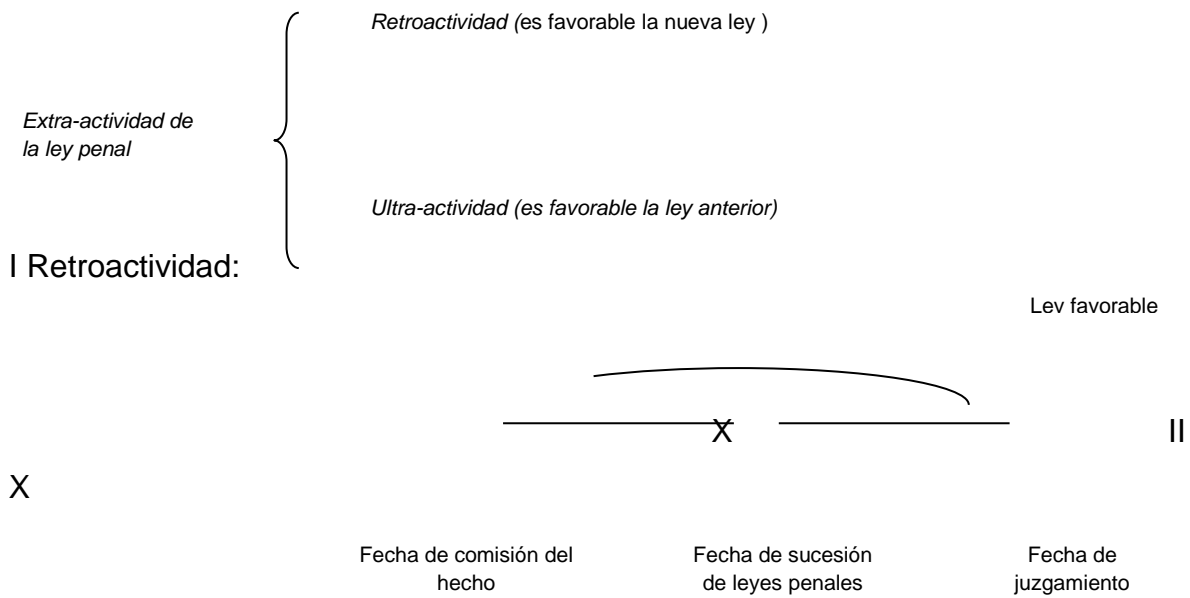
1. la ley nueva deja de concebir un hecho como punible y lo convierte en contravención.
2. La nueva ley puede aumentar las exigencias necesarias para que un hecho pueda consolidarse como delito, es decir que corresponda a su descripción con el tipo, o facilita las condiciones para que un atenuante tenga efecto o aumenta el número de los justificantes o causales de exoneración de responsabilidad etc...
3. La nueva ley puede abolir las sanciones accesorias.
4. Sobre leyes orgánicas puede presentarse una situación muy particular en tratándose por ejemplo de códigos penales, cuando en ambas leyes no exista variación alguna de los delitos o de las penas, es decir que ninguna resulta siendo más favorable que la otra.

En este último caso visto desde el punto de vista de la favorabilidad, la ley al no ser favorable no podrá concederle efectos ultraactivos, pero frente a la nueva ley tampoco podría haber retroactividad por las mismas razones, frente a esta situación rige el *tempus regim actum*, no existe la extraactividad de la ley por cuando la favorabilidad es una excepción a la regla general, en este caso no se presenta sino que se aplicaría sencillamente la regla general, se aplicará la ley vigente al momento del hecho, ya que en este caso la ley solo cambió formalmente pero materialmente sigue intacta.

Entonces, es claro que no siempre es fácil determinar cuál sería la norma mas favorable al caso, el juez deberá estudiar todas las situaciones relevantes que puedan servirle para la solución del caso concreto, aunque paradójicamente sea MEZGER quien agrega que: *“Especialmente es ley más benigna la ley no penal”*

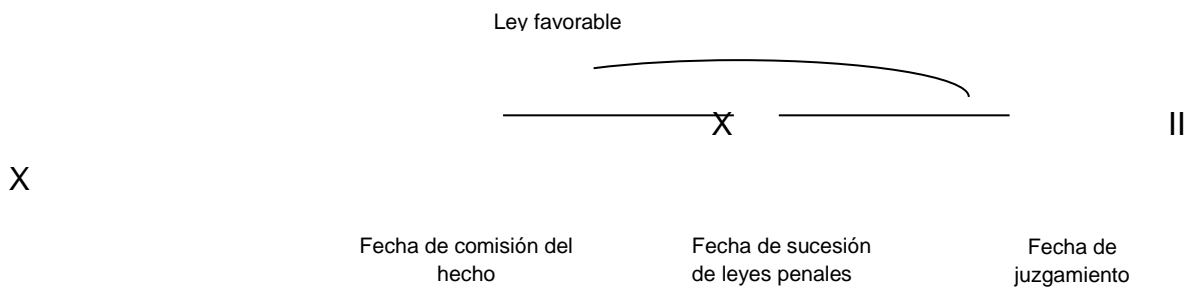
A efectos de mayor comprensión expositiva JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, gran tratadista colombiano, recreó una síntesis de cuadro para entender con mayor facilidad los efectos de la favorabilidad en el tránsito de leyes penales así:

EFFECTOS DE LA FAVORABILIDAD EN EL TRÁNSITO DE LEYES PENALES:



La nueva ley retrotrae, por su favorabilidad para el reo, sus efectos, desplazando la aplicación de la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso, y se aplica a hechos realizados antes de comenzar su vigencia.

II Ultra-actividad:



la vieja ley, por su favorabilidad, prolonga excepcionalmente sus efectos después de su derogatoria y se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia (o aun antes)

CARRASQUILLA, Juan Fernández, Derecho Penal fundamental, tomo I , tercera edición, Bogotá, Colombia, 2004, pgs. 195

3. DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

2.2 La doctrina

2.3 La jurisprudencia 2.3 Antinomia jurisprudencial

3.1 LA DOCTRINA

Doctrinariamente tanto a nivel nacional como internacional en materia penal, se ha entendido que por vía del principio de favorabilidad no se pueden aplicar a un caso concreto dos o más preceptos favorables al procesado de aquellas que se suceden en el tiempo, lo que establece es que favorablemente debe ponderarse las leyes con todo y sus disposiciones que pueden ser idóneas dentro de la aplicación jurídica del caso, y bajo las reglas de la sana interpretación y la crítica determinar cuál resulta más favorable y aplicarla en su integridad.

Entonces, la idea de mezclar disposiciones esta desechada abiertamente por la doctrina dado que consideran que el juez se estaría convirtiendo en legislador ya que estaría creando una “tercera ley” que no había sido creada por el legislativo.

Está claro que bajo la tridivisión de poderes y por sobre todo con la expedición y puesta en marcha del actual sistema procesal penal de corte acusatorio, que la función natural es eminentemente juzgadora, no es legislar, estale está vedada constitucionalmente.

A diferencia de otros países que si bien tienen claro cómo se maneja el asunto o lo tienen totalmente prohibido, en Colombia no existe ley alguna que prohíba o indique la posibilidad de combinar preceptos completos en los fallos de varias

leyes en un escenario de tránsito legislativo, solo por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se reguló por primera vez el tema frente a lo cual me referiré más adelante, por lo demás solo se habla del principio de legalidad, y se entendería entonces que el juez no estaría mezclando equívocamente las leyes ni acudiendo al fenómeno de la *Lex Tertia*, sino por el contrario reduciendo cada precepto al ámbito que le corresponde, quitándole rigidez interpretativa a la norma pero sin salirse del estándar; este caso se agrava en los eventos de leyes complejas o pluritemáticas.

De lo anterior se entiende que tanto la Constitución y la ley permite que el juez aplique las varias disposiciones de una ley pero debe hacerlas en su totalidad, no fragmentándolas así sea con un uso favorable o para lograr que la conducta encuadre típicamente; la llamada *Lex tertia* que es una disposición judicial no contenida en ninguna ley por principio no estaría permitida.

Al respecto ROXIN se refiere: *“hay que aplicar la ley más benigna en el caso concreto como un todo, es decir, incluyendo sus componentes más duros”*¹⁷.

GUNTER JACKOBS sostiene sobre este particular que: *“...solo puede ser más favorable la ley antigua o la ley modificada, pero no la antigua en relación con una consecuencia, y en relación con otra la modificada” por lo que en tal caso se debe llevar a cabo la determinación individual*¹⁸.

¹⁷ROXIN, Claus. Derecho penal, Parte General, 2 da Edición, Marcial pons Ed ., Madrid 1997, Op.cit.; p 125

¹⁸JAKOBS, Gunther. Derecho penal, Parte General: fundamentos Teoría de la Imputación, 2 da Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 235

3.2 LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia penal nacional en un lineamiento mayoritario, rechazó totalmente la posibilidad de combinar los preceptos más favorables al procesado de diversas leyes que se encuentren en tránsito legislativo.

En Colombia existen variadas posturas jurisprudenciales las cuales bajo el epígrafe de **“LA PROCEDENCIA DE LA CREACIÓN DE LA LEX TERTIA DE CONFORMIDAD CON EL PRECEDENTE JUDICIAL DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”** se trazó una evolución frente al tema rechazando inicialmente la posibilidad de construir por parte del juez visto como un intérprete y aplicador de derecho una especie de tercera ley por vía de favorabilidad.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia apuntó en sentencia 35 de 24 de abril de 1981 de M.P DR Darío Velásquez Gaviria:

“La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). A contrario sensu, si la más favorable es la anterior es ella la que rige el caso (ultraactividad). Artículo 26 de la constitución nacional y 6 del código penal.

c) esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso...”.

Así mismo, en sentencia de sala de casación penal del 10 de diciembre de 1981 y auto del 1 de abril de 1982 M.P Alfonso Reyes Echandía en otra oportunidad reiteró:

Es obvio que la favorabilidad ha de predicarse de una ley respecto de otra; pero, ¿qué ha de entenderse por ley para tales efectos? He aquí un problema interesante y delicado. Para llegar a solución correcta parece conveniente distinguir entre las varias leyes en conflicto según que consten de un solo artículo o de una pluralidad de ellos; en el primer caso bastaría cotejar las dos o tres normas enfrentadas para determinar cuál de ellas es más favorable; en el segundo evento, sería necesario distinguir su contenido y clasificarlas en monotemáticas

o simples y pluritemáticas o complejas, según que se ocupen de una misma materia jurídica o de una variedad de ellas; entonces se examinará en conjunto la regulación legal de tal materia, entendida como concreta institución jurídica (tentativa, coparticipación, concurso, prescripción), o como tipo penal genérico (homicidio, peculado, secuestro).

Si se trata de leyes monotemáticas, el cotejo es bien simple porque basta estudiar el tratamiento que dan al fenómeno de que se ocupan y decidir cuál de ellas ofrece la respuesta más favorable; cuando, en cambio, las leyes son pluritemáticas —ejemplo clásico de ellas son, precisamente, los códigos penales— debe examinarse la materia jurídica referida al hecho cuya solución se busca, en las diversas normas que a ellas se refieren. Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las se confrontan, regulen normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto.

Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma corporación lo ha manifestado (ver casación de julio 11/52 y auto de mayo 21 de 1981) es tomar de la primera ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo

beneficie igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquellas, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador.

Veintinueve años después y ya bajo La constitución de 1991 en sentencia de 7 de abril del año 2010, radicado 33655, la Corte Suprema de Justicia negó totalmente esta conjunción de normas referente al tema de la aplicación del mínimo punitivo consagrado en el tipo penal derogado y el máximo que prevé la norma vigente:

*...ahora bien, el demandante en el intento de buscar unos límites punitivos que le permitan reducir la sanción corporal o bien fijar un término prescriptivo inferior al real propone una exótica e improcedente combinación de leyes; así, pretende que el juzgador ha debido tomar el límite punitivo inferior previsto para el delito de estafa en el código penal de 1980, y el límite máximo según lo que señala el estatuto sustantivo del 2000. Semejante formula es inconcebible, pues corresponde a una modalidad de configuración de *lex tertia* inadmisibles, pues ante la concurrencia de estatutos punitivos, el legislador debe escoger aquel que regule cada especie de pena, según criterios de favorabilidad y aplicarlo integralmente.*

El desarrollo jurisprudencial respecto de este fenómeno concluyó en una negativa en el entendido de que la función del juez es eminentemente juzgadora y jamás legislativa, y porque ante la concurrencia de leyes debe elegirse por vía de favorabilidad la que más se encuadre al caso concreto por constitución así dicho, por lo que era más sano aplicar tajantemente la ley más apropiada resultante de un cotejo bien estudiado de los diferentes normas en conflicto y aplicar indudablemente aquella que se ajustara al principio de la favorabilidad, sin embargo la jurisprudencia ha sido cambiante y aun no existe una postura que determine con exactitud si se permite o no que el juez cree una tercera.

3.3 ANTINOMIA JURISPRUDENCIAL

Han sido diferentes las posturas tomadas dentro de la jurisprudencia referente a este tema en donde por una parte, se niega la posibilidad de crear una *lex tertia*, mientras que en otras, como veremos a continuación, analizan de una manera casi filosófica la importancia del juez en la evolución del derecho por lo que se empezó a concebir simultáneamente la posibilidad de permitir que este sea creador de leyes.

Desde hace poco tiempo se ha venido cambiando la concepción de que el juez solo se encontraba limitado a su poder jurisdiccional, prohibiéndosele así la creación de una *lex tertia*, sin embargo bajo el constitucionalismo moderno se ha entendido que el juez ostenta un papel muy importante en la creación del derecho sobre pasando un poco el límite clásico que lo aseguraba dentro de las facultades de la administración de justicia.

Entonces tras la adopción del código penal del 2000, se empezó a redefinir el concepto de *Lex tertia* y su creación, se partió del análisis de las facultades jurisdiccionales, empezaron a entender como el juez podría tener la posibilidad de combinar, bajo la favorabilidad, disposiciones o preceptos en las leyes que se suceden en el tiempo.

La H Corte suprema de Justicia hacía alusión a que cuando se identificaba el precepto aplicable al caso, independientemente de la conexión que pueda tener con otras normas debía aplicarse en su integridad evitando crear preceptos nuevos que no se encontraran contenidos en ninguno de los dos códigos que se suceden, sin embargo por favorabilidad podrían darse algunos casos cuya aplicación se empezó a reglar a partir del 2001.

Si bien es cierto se admite bajo el principio de favorabilidad toda interpretación y aplicación benigna de la norma este supuesto debe respetar aunque sea una excepción, los límites de la legalidad.

Este mecanismo de combinación de leyes en la forma última en que se ha venido tomando supone una libre estructuración de la ley por parte del juez, por ello debe abrigar una serie de limitantes para que no invada completamente las demás esferas del poder público ampliando así el espectro del principio de favorabilidad, la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de Septiembre del 2001 radicado 16837, condicionó por primera vez su adecuación y aplicación para poder así preservar la integridad de los diferentes institutos jurídicos que la soslayan.

Así:

“A partir de los cambios normativos resaltados, será necesario reinterpretar el significado de la palabra “ley” en el artículo 6° de la Ley 599 de 2000.

En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida (“sin excepción”, dice el precepto).

En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por “ley” la norma o precepto que por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque este se encuentra supeditado a la ontología de aquellas.

Así pues, en el caso de las penas principales concurrentes, como quiera que cada una de ellas tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, en hipótesis (justificable solo para determinar la ley más favorable) **sería factible conformar una norma con cada una de ellas y el presupuesto común** [...]) (sub y negrillas por fuera del texto original)

Quienes piensan que la favorabilidad solo puede preverse en relación con el código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser estaperfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico; o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. Adicionalmente, quienes de esa manera proceden, han puesto a depender la identidad y concreción de la pena de multa (o de la accesoria, en su caso) de la sanción privativa de la libertad, y no de la realización del supuesto de hecho, como debe ser.

Lo importante es que identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador. A esta distinción de preceptos para efectos exclusivos de favorabilidad (ella supone una ficción), de modo que hipotéticamente puedan separarse en su aplicación, contribuye, verbigracia, el espíritu del artículo 63 del estatuto vigente, según el cual el juez podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad y exigir el

cumplimiento de las otras (multa e inhabilitación), sin que por ello se convierta en legislador o renegado de la respectiva disposición sustantiva que obliga la imposición de las tres penas como principales y concurrentes, pues la decisión judicial no es norma sino derecho aplicado.”

Inicia a reconocer la jurisprudencia la posibilidad de crear una tercera ley como reivindicación a plenitud del principio de favorabilidad.

Posteriormente, esta postura se ha reiterado en sentencia del 6 de Octubre de 2004 proceso núm. 19.445 M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón al afirmar que:

Desde hace bastantes días, desde antes de la sentencia de 2ª instancia, se viene diciendo por la Corte Suprema de Justicia que el fenómeno conocido con el nombre de conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, igualmente llamado lex tertia, tiene cabal cabida en nuestro medio. Por tanto, frente a la sucesión de leyes en el tiempo es perfectamente posible tomar de una norma lo favorable y desechar lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable.

El celo por la integridad del ordenamiento jurídico es la pauta que debe fijarse para salvaguardar la conjunción favorable de normas sucedidas en el tiempo, en sentencia del 3 de Mayo de 2011 proceso numero 35900 señala:

Está acompañada de la razón en tanto es cierto que se debieron imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, precisamente aquellas previstas en la ley 906 de 2004, a cuya favorabilidad se acogió la defensa al solicitar la revocatoria de la medida privativa de la libertad.

El instituto de las medidas de aseguramiento previsto en la ley 906 de 2004 al resultar más benigno a los intereses del procesado, debe ser aplicado en su integridad, esto es, si no es procedente la detención preventiva a la luz de tal normatividad, si podrían serlo algunas de las no restrictivas de este derecho

que trae en su artículo 307 numeral b, sin que se vulnere con ello el principio de favorabilidad, como lo tiene dicho esta corporación en diferentes pronunciamientos.

De no entenderse así, como lo hizo el tribunal se estaría creando una lex tertia, sui generis, dado que solo se aplicaría a la ley 906 de 2004 el artículo 313, en virtud del cual, no sería procedente afectar a GARCIA MONTES con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin tener en consideración la integridad del instituto en la citada normatividad.

Se cambió la óptica de acción de la tercera ley pues la Corte Suprema de Justicia asumió un importante avance dado que el tema generaba confusión al no existir un pronunciamiento, antes debía entenderse como una unidad de instituciones pero a partir de aquí se admitió que es posible para efectos de establecer la norma más favorable la conjugación de normas sustantivas y procesales, pero siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos así se entienda que existe una relación implícita con otras normas.

Sin embargo, deja de ser claro cuál es la postura aplicable al caso ya que en primera instancia se sostiene que dicha conjugación de leyes es inadmisibles cuando se pretende mezclar por ejemplo de la ley antigua la calidad de una pena y de la nueva su cantidad; sin embargo podrían haber múltiples combinaciones de leyes que no fueron estudiadas y que dan lugar a equívocos, que pueden por el contrario generar un aumento de tipo penales exponencialmente, además sí determinar el concepto de ley es difícil, esclarecer cuál es la esencia para no alterarla es mucho más complejo, no basta con un condicionamiento sencillo dentro de una sentencia para dar claridad frente a un tema tan complejo.

4. DE LA APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

4.1 Afectación al ordenamiento constitucional. 4.2 De la violación al principio de juez natural 4.3 Del delito de concierto para delinquir frente al de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y su diferenciación dogmática 4.4 De la *lex tertia* de la Corte Suprema de Justicia 4.5 De la doble instancia: los tribunales.

4.1 AFECTACIÓN AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Como ya hemos visto, el fenómeno de la *lex tertia* que poco ha sido tratado a nivel doctrinal es un esfuerzo hermenéutico inaceptable en un Estado Social de Derecho, no solo por las razones dadas en los capítulos anteriores, razones tomadas de ejemplos en los que el juez tiene la buena intención de darle un amplio espectro al principio de favorabilidad, todo en pro del reo, y que aun así a pesar de la buena intención, al faltar al principio de legalidad (entre otros) ha sido vedado; sin embargo también puede usarse con fines benévolos afectando y desconociendo la favorabilidad, agravando la situación jurídica del procesado valiéndose de maniobras hermenéuticas que permiten que se usen fragmentos de dos tipos penales para lograr que una conducta sea punible en un tipo inexistente.

Si usar la *lex tertia* para favorecer al sindicado era visto como una conducta judicial reprochable, usarla para crear tipos penales novedosos y así poder condenar ciertas conductas es totalmente inconstitucional, porque además del *principio de favorabilidad, legalidad, etc...* se estaría violando el *principio de in dubio pro reo*, principio que ha servido de base en la construcción de los Estados respetuosos de las garantías humanas, donde la persona como ser es un fin en sí

misma, principio de construcción constitucional que ha permitido darle un trato más humano y más justo al mismo sistema penal, por lo que representaría un retroceso significativo a lo que pretendió el legislador con la puesta en marcha del actual sistema acusatorio y por sobre todo la propia Constitución Nacional de 1991.

La Corte Suprema de Justicia, máximo órgano e instancia judicial de la jurisdicción ordinaria ha transgredido varios principios combinando varios tipos penales jurisprudencialmente, en una especie de casería hermenéutica que pretendía condenar a varios.

4.2 DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL HACIENDO USO DE LA *LEX TERTIA*

Dentro de los procesos adelantados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de los congresistas que en razón a su fuero deben ser investigados por tal corporación, se observa una clara violación a los principios constitucionales desde la fijación de la competencia.

El párrafo del artículo 235 superior sostiene: “Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

De un arduo esfuerzo hermenéutico y bajo criterios de autoridad la Corte Suprema de Justicia determinó que el fuero que ostentan los congresistas en razón a su función no es propia de la calidad de la persona si no de la corporación, esto es del congreso como tal, siendo entonces la calidad del funcionario la que faculta a la Corte para la apertura de investigación y juzgamiento, lo cual es cierto, de allí sostienen que estatuye la facultad de conocimiento de los procesos penales en única instancia contra estos aforados, inclusive en aquellos casos que no tienen relación directa con la función de congresista y aunque ya no sean miembros de la rama legislativa,

Así mismo la C. S .J sostiene que la Constitución es clara, si tales procesos se adelantan en la Sala Penal la Corte Suprema de Justicia es porque el artículo constitucional 235 establece que tales conductas punibles que deben ser objeto de conocimiento de dicha corporación tienen relación con las funciones desempeñadas, alguna clase de relación, por lo tanto resulta posible establecer que tal comportamiento pueda iniciarse antes de acceder a la curul pero

consumarse con posterioridad a la renuncia del cargo, sin que por ello se pierda la condición de aforado para efectos penales.

Entonces en el caso de que los congresistas renuncien a la calidad que les otorga tal condición en el ejercicio de sus cargos, bajo tal formulación seguiría con competencia para la investigación y juzgamiento la propia Corte Suprema de Justicia, lo cual constituye una violación *al debido proceso, al juez natural, legalidad* etc... al extender así la competencia para arrogarse el conocimiento de un asunto que escapa de lo previsto en el artículo 235 que como se mencionó con anterioridad le resta competencia a la Corte para aquellos casos en los que el funcionario renuncie a su fuero.

Para justificar dentro de un marco legal tal comportamiento la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cita el artículo 40 de la ley 153 de 1887 que dice:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”

Se utiliza una norma de vieja data para descontextualizar completamente los parámetros fijados por la Constitución Nacional sobre la competencia, lo que afecta la *seguridad jurídica*; además la analogía cuando se hace en *malam partem* no está permitida dentro del ordenamiento jurídico puesto que menoscaba las garantías sometidas a un proceso penal, se está sometiendo un proceso al conocimiento de un juez que no es competente con ayuda de una asimilación entre la ley y la jurisprudencia, al respecto la Corte Suprema de Justicia examina:

Se advierte que si bien es cierto no se hace referencia en este particular caso a la aplicación de una ley que señala ritualidades, porque aquélla (la que fija la competencia y por ende el rito procedimental) está reglada en la Carta (art. 235-3), sí se alude a la jurisprudencia, que para este evento comporta la aplicación de una ley, derivada de la interpretación que con autoridad hace la Sala y que proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación.

es bien sabido que existe una prohibición expresa respecto de la analogía ya que al momento de interpretar la ley el juzgador debe vincularse estrechamente a la ley interpretándola en sentido estricto, y si en *ultima ratio* debe usarse analogía solo es *permitida in bonam partem* partiendo de una favorabilidad al reo y es la única que ocasionalmente se permite.

No puede toda la jurisprudencia convertirse en fuente de derecho cuando existe una legislación clara y expresa al respecto, la competencia encuentra su fuente de interpretación en el artículo 230 constitucional y la Corte Suprema de Justicia lo sabe, por ello pretendía jurisprudencialmente rescatar procesos en su competencia para tener la oportunidad de juzgar aforados, lo que imposibilitaría a los congresistas a ir en búsqueda de otros caminos mucho más garantistas dentro de la justicia ordinaria.

Si un congresista en ejercicio de su cargo decide abandonar tal condición ya no podría interferir de ninguna manera con la actividad del congreso puesto que ya no se hace parte de dicha corporación, al dejar de ser congresista que además está en todo su derecho de renunciar a serlo, pasa a ser un ciudadano del común y son a las leyes de la justicia ordinaria las que ahora lo competen, y por ende las normas relativas a la competencia.

Además se necesita demostrar que tales delitos se encuentran conectados y se ocasionaron en relación con la función desempeñada lo que da lugar a la competencia extraordinaria de la Corte y de lo cual se hablara más adelante.

Es inaceptable que una alta corporación como lo es la sala penal de la Corte Suprema de justicia en aras de proteger el ordenamiento jurídico, busque y haga interpretaciones pretorianas de leyes modificando el tenor y alcance de una norma constitucional vulnerando así varios principios de raigambre superior que lo que buscan es garantizar un proceso más justo y humano, menos inquisitivo.

Lo que pretendió la H. Corte Suprema de Justicia fue crear una *lex tertia* a partir de una interpretación distinta del alcance del ordenamiento jurídico con un análisis judicial que viola el principio de legalidad, para asumir in *malam partem* que la jurisdicción ordinaria no está en la capacidad de sancionar las conductas punibles y que solo la Corte puede hacerlo omitiendo la excepción contenida en el artículo 235 constitucional.

Respecto de la importancia del juez natural la doctrina ha dicho:

“... es de tal alcance el apotegma examinado, que un ordenamiento procesal respetuoso de él no puede crear jueces ex post facto o con posterioridad al hecho; ni mucho menos, establecer dispensadores de justicia especiales para un determinado caso, o atribuir competencias a órganos extraños a los jueces naturales, así se trate de circunstancias excepcionales o de anormalidad”¹⁹. (Negrillas fuera del texto).

¹⁹ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, Editorial Temis, Bogotá 2002, página 71

No se puede hacer un esfuerzo hermenéutico para desmejorar las condiciones a conveniencia desconociendo los mandatos ya existentes en la leyes que al ser constitucionales se convierten en norma de normas, para ello el código civil contiene una fórmula:

“Artículo 27: Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu...”

Esto ya lo sabía la Corte Suprema de Justicia y respecto de este punto de la competencia se contradice ya que en sentencias como la del 17 de Abril de 1995 radicado 8954 de la Sala Penal se estableció:

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediamente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el de juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia solo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Con imposición de la interpretación de la competencia en la jurisprudencia reciente además de los principios que se vulneran de los que ya nos referimos, se estaría desconociendo abiertamente el precedente jurisprudencial tan importante para la construcción de un aparato judicial seguro de sus propias decisiones; la H Corte Constitucional ha estudiado el tema de la antinomia constitucional y estableció que en estos casos donde no se puedan armonizar criterios debe dársele prelación al debido proceso ya que de ello se deviene la eficacia del sistema penal de la administración de justicia, solo el respeto a las máximas de la seguridad jurídica puede garantizar fallos más justos y acorde a derecho.

“Es entonces el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego el criterio a partir del cual se deben establecer los límites de lo que le es dable al juez ponderar. En efecto, tales derechos son el fundamento del sistema constitucional en su conjunto e integran, en su forma objetiva, el concepto de interés general que se pretende servir mediante la prestación de un adecuado servicio de administración de justicia”²⁰.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-784 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Entonces en razón a un fuero es cierto que todas las denuncias que tengan o no relación con la función de congresista competen ser investigadas y juzgadas a la Corte Suprema de Justicia, pero cuando tal fuero termina cesa también en lo personal para mantenerse en lo funcional, si aun así la Corte se atribuye la competencia de investigar se produce una afectación al debido proceso toda vez que por el solo hecho de procesar personas que pertenecieron al Congreso de la República se omitiría el principio del juez natural, por cuanto al dejar de ser congresista sus derechos y deberes corresponden a los del ciudadano del común, es decir, parte de la justicia ordinaria, evento que no solo puede afectar a los ex congresistas sino a los demás funcionarios aforados a los que se refiere el artículo 235 constitucional.

4.3 DEL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR FRENTE AL DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS RELACIONADOS CON ACTIVIDADES TERRORISTAS Y SU DIFERENCIACIÓN DOGMÁTICA

Del concierto para delinquir:

Tras el estudio de la competencia que la propia Corte Suprema de Justicia tras un esfuerzo hermenéutico se atribuyó como propia, se observó que en ella hay una flagrante violación al *debido proceso* usando la llamada *lex tertia*; pero ya dentro del ejercicio de tal competencia y sus funciones de investigación y juzgamiento el detrimento jurídico es aún más mezquino, la mayoría de investigaciones adelantadas contra congresistas se hicieron con relación al delito de la “parapolítica” por lo que el juzgamiento e investigación se llevó a cabo por el delito del concierto para delinquir.

En estos eventos y como se verá a continuación se siguió con el uso y el abuso de la función judicial acudiendo a una *lex tertia* en detrimento del investigado.

Por definición de la H. Corte constitucional el concierto para delinquir se entiende de la siguiente manera:

*...el concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir²¹.*

Y la doctrina lo define como:

La organización no es fruto de reglamentos ni de reparto disciplinario de actividades. Lo que reclama el tipo de concierto es por lo menos un rudimento de organización, sin el cual no se distinguen los objetivos propuestos. El propósito de concertarse, esto es, de ponerse de acuerdo para recorrer por ejemplo, determinado territorio, haciendo éstas o aquellas fechorías en el transcurso de una jornada, o en varias, es ya un despliegue punible. El fin aceptado previamente de quebrantar aquellos derechos o intereses jurídicos, separada o unificadamente, traduce la voluntad colectiva, realiza el concierto. Y esa voluntad colectiva, de dos o más personas, requiere ciertas formas especiales para manifestarse. Formas que representan alguna organización²².

²¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-241. Mayo 20 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz

²² PÉREZ, Luis Carlos Derecho Penal T. III, Editorial Temis, Bogotá, 1984 pág 471

Por bien jurídico se entiende una especie de relación de disponibilidad que tiene el individuo con todos sus derechos de hacer con todos y cada uno de ellos lo que autónomamente considere prudente, finalmente son inherentes a su ser y lo definen como persona; pero entonces los bienes jurídicos son una forma de materializar el *principio de lesividad*, propio también de un Estado Social de Derecho, es un principio que delimita la acción punitiva del Estado; con este se entiende que no puede ser castigada ninguna acción que no afecte ningún bien jurídico, que todo delito tenga consecuencias relevantes que se proyecten en la sociedad.

En este orden de ideas el bien jurídico que se afecta con este delito es uno creado artificialmente ya que al ser un delito de peligro concreto o abstracto, requiere de un tratamiento especial, por ello se creó el bien jurídico del bien común, la seguridad pública, el orden público, la tranquilidad pública etc.... tales valores jurídicos garantizan un orden social justo donde exista tranquilidad social y busca proteger la convivencia social eliminando cualquier factor que pueda ejercer una fuerza extraña sobre ella y altere su comportamiento normal.

Concretamente el bien jurídico tutelado con el delito del concierto para delinquir es el de seguridad pública, y así lo manifiesta el título XII del libro segundo del Código Penal “Delitos contra la seguridad pública”, el cual tiene una estructura lógico-formal; en la primera parte agrupa los delitos “del concierto, el terrorismo, las amenazas y la instigación”; y una segunda parte dedicada a “los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones”.

Tal delito ha tenido un estudio particular dentro de la esfera internacional por que se empezó a reconocer la trascendencia del crimen organizado, por ende ha sido adecuado varias veces a efectos de responder a la nueva necesidad social de *“promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente este tipo de delincuencia”*²³.

Antes del tránsito legislativo que originó la promulgación de la ley 1121 de 2006 que modificó el artículo 340 de la ley 599 de 2000 el concierto para delinquir se establecía como:

“Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años **(hoy cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses)**.

INC 2° cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas toxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de novena y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentara en la mitad para quienes organicen, fomenten promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el terrorismo para delinquir.

²³ Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Este tipo corresponde a un delito de peligro abstracto, es decir “son delitos de peligro abstracto aquellos en los cuales el legislador presume de derecho que cuando se realiza la conducta descrita en el tipo, el bien jurídico ha sido puesto en peligro.(...). Al ser delitos de peligro, no es necesaria la verificación del daño causado en el caso concreto, sino que el mismo se presume”²⁴.

Bajo este supuesto podría entenderse que se estaría partiendo de una concepción peligrosista que daría lugar a una dudosa procedencia de este delito por demás poco constitucional; de esta figura existen muchos detractores que consideran que en este punto no habría *principio de lesividad*, tal debate no es objeto de este estudio, pero en el entendido que es un delito de peligro abstracto para que este no quebrante principios constitucionales, es menester que tal conducta catalogada como prohibida vulnere tras un peligro mediato el bien jurídico tutelado

El cambio normativo originado con la ley 1121 de 2006 modificó el segundo inciso del artículo 340 de la ley 599 del 2000 que contenía el agravante, así:

“ INC 2° cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas toxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁴ BERNATE Ochoa, Francisco. Estudios de derecho penal económico. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez 2006

La pena privativa de la libertad se aumentara en la mitad para quienes organicen, fomenten promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el terrorismo para delinquir. “

- **Sujeto activo y elemento subjetivo del tipo penal de concierto para delinquir:**

Es un tipo penal plurisubjetivo (“cuando varias personas se concierten...”), por lo tanto exige que para que se pueda concertar debe existir la participación de por lo menos dos o más personas que hayan superado la fase ideatoria del iter criminis por cuanto es un delito de mera conducta.

- **La conducta:**

La conducta hace referencia a la fase de exteriorización de la voluntad objetiva, el verbo rector en este tipo penal es concertarse (“se concierten con el fin de...”); donde dos o varias personas decidan autónomamente concertarse, llegar a acuerdos para la comisión de X número de delitos, la Real Academia de la Lengua Española lo define:

“Concertar.

Del lat. Concertare

Conjug actual c. acertar.

1. Tr. Componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas.
2. Acordar el precio de algo.
3. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio. U.t.cprnl.
4. Traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes. U.t.cprnl.
5. Acordar entre sí voces o instrumentos musicales.

6. Cotejar o concordar una cosa con otra”²⁵.

El tipo penal del concierto para delinquir necesita también para configurarse que dicha concertación tenga el carácter de permanente, es decir, que dicho acuerdo de voluntades tenga una finalidad delictiva en el tiempo, que permanezcan y se mantengan como una sociedad de crimen, no solo para un fin específico.

La estructura de este delito no contiene un lapso de duración específico, sino la intención en el tiempo para lograr el propósito que se persigue.

*Así, se puede concluir que el concierto para delinquir exige entonces tres elementos constitutivos esenciales: el primero **la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados**; el segundo **que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo**; y el tercero **que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública**.*

Se trata pues de un delito que se consuma con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, en el cual sus partícipes son castigados "por el solo hecho de participar en la asociación"; de un delito autónomo que como tal no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva, desde el momento en que hay concierto entre sus miembros para transgredir su ordenamiento, luego su represión por parte del

²⁵ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA En línea (<http://dle.rae.es/=A7p8kdC>)

Estado deberá, en lo posible, anticiparse a la comisión de otros delitos.”
(Negrillas fuera del texto)²⁶.

Basta con el solo acuerdo de voluntades, quienes hayan prestado su voluntad de permanencia a una organización son conocedores de las consecuencias favorables o desfavorables de sus actos que le significa el pertenecer a dicha empresa criminal.

- **continuidad:**

Su existencia corresponde a un dinamismo, para que se configure tiene que desarrollar una serie continua de actividades.

- **autonomía:**

El tipo contiene todas las disposiciones lingüísticas en sí mismo por lo que no está llamando a acudir a algún otro tipo penal para completarse, dentro de su misma descripción contiene todos los elementos que configuran la conducta del concierto para delinquir y sus agravantes.

Tras aludir a la descripción típica del concierto para delinquir se concluye:

1. Es un delito plurisubjetivo, es decir que necesita del flujo de conductas de dos o más personas
2. Se consuma únicamente con el acuerdo de voluntades cuya finalidad es delictiva

²⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 23 de septiembre de 2.003. Radicado 17083. M.P. Jaime Tamayo Lombana

3. Como el fin del acuerdo es cometer un número indeterminado de delitos de allí se desprende su naturaleza de indeterminado.

Además el concierto para delinquir agravado no tiene ninguna relación con el desempeño de la función como congresista ya que en la descripción típica se desprende un carácter de delito común, el sujeto activo es indeterminado, no tiene calificación alguna que especifique que deba ser miembro del congreso u otro aforado, en su descripción típica contempla que basta con la sola asociación para cometer delitos indeterminados para configurarse, asociación que independientemente que se despliegue en el Congreso de la República, no constituye el desarrollo de una conducta vinculada con la función de congresista, ni con la naturaleza especial de su fuero; es un delito común que no contiene un sujeto activo calificado o que se derive de un abuso de poder funcional ni siquiera contenido dentro del agravante.

De la financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada:

Artículo 345, ley 599 de 2000 modificada también por la 1121 de 2006:

El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie, o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas, incurrirá en prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1.300) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- **Sujeto activo y elemento subjetivo:**

El sujeto activo es indeterminado y se refiere a una sola persona (“ el que “), un solo individuo puede incurrir en este delito, cualquiera puede serlo solo basta con que caiga en alguna de estas conductas para que cumpla el tipo y viole la norma, obviamente atendiendo a los requisitos formales de la imputabilidad y la antijuridicidad; el elemento subjetivo es la intención de promoción o apoyo (“...cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga financie o sostenga económicamente ...”), se entiende que lo que se busca es impulsar el desarrollo del terrorismo.

“Promover.

Del lat. Promovere

Conjug. C mover.

1. Tr. impulsar el desarrollo o la realización de algo”²⁷.

- **conducta**

Es un tipo penal que contiene múltiples verbos rectores para cometerlo y solo basta con la comisión de uno solo para caer en la conducta típica, es un delito simple e instantáneo que se perfecciona en un solo momento, exige dolo directo ya que se entiende que el financiamiento económico se da con la finalidad de cometer algún acto descrito en los verbos rectores contenidos en el tipo, es el conocer y el querer que tal aporte económico que se entrega a tales grupos tenga una finalidad terrorista.

²⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. En línea (<http://dle.rae.es/?id=ULyG6Yb>)

- **Bien jurídico:**

El bien jurídico es el de la seguridad pública, aunque el debate doctrinal es amplio en torno a que es exactamente lo que pretendió proteger el constituyente derivado con tal delito; del estudio de los verbos rectores se desprende a conclusión que tal financiación debe ser de carácter **ECONÓMICO** y con miras a un fin **TERRORISTA**, en este delito lo que se busca es proteger con antelación de cualquier situación que desencadene en la vulneración de bienes jurídicos que puedan ser afectados por algún delito terrorista, es decir parte de una idea de un posible delito y una intención en concreto.

Por lo tanto si las conductas de promover, organizar, apoyar, mantener, financiar no se hacen con un carácter económico son naturalmente atípicas, además es un delito autónomo, por lo que cualquier persona que cometa alguna y cualquiera de estas conductas deberá responder por el delito en comento, actividad que debe ser encaminada a la promoción y desarrollo de actividades terroristas.

En conclusión:

Cada delito es autónomo, contiene dentro de su descripción todos los elementos normativos necesarios, que está por más decir los diferencian el uno del otro por sus características, en el de concierto para delinquir se exige una pluralidad de sujetos, puesto que la concertación requiere de dos o más personas y la sola concertación es *per se* punible; mientras que en el delito de financiación de terrorismo basta con la voluntad de una sola persona; además tal voluntad debe ser la de financiar **ECONOMICAMENTE** actividades terroristas.

Respecto del tránsito legislativo se observa:

Antes de la ley 1121 de 2006 el inciso segundo del artículo 340 de la ley 599 de 2000 contenía estos verbos rectores:

“...o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley...”

Tras la modificación de la ley 1121 de 2006 se excluyeron los verbos rectores de organizar, promover y armar e introdujo los de:

“...o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas...”; es decir las actividades encaminadas a la promoción pasaron a ser atípicas y solo las actividades encaminadas al financiamiento con carácter ECONOMICO pueden ser tenidas como delitos.

4.4 DE LA LEX TERTIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El delito de concierto para delinquir tras la respectiva modificación dejó de tener en cuenta la promoción (cualquiera que fuere), excluyéndola de la finalidad de la concertación contenida en el agravante; tal promoción mediante la financiación que además tiene que ser económica del terrorismo paso a tener su propio tipo penal autónomo, es decir, que nada tiene que ver con el delito de concierto para delinquir; son dos conductas diferentes, dos tipos penales independientes el uno del otro.

La Corte Suprema de Justicia considera que la conducta relacionada con el concierto para promover grupos armados al margen de la ley aún es típica, que el artículo 340 inciso 2 del código penal modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006 se refiere al concierto para financiar el terrorismo y lo referente a la administración de los recursos relacionados con actividades terroristas y que de esto el alcance del concierto para delinquir agravado se extiende a la expresión contenida en el artículo 345 del código penal “..o realice cualquier otro acto que promueva (...) económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes” y a los demás verbos rectores contenidos en este tipo penal, esta lectura conjunta de los artículos 340 y 345 del código penal es abiertamente inconstitucional, es una *lex tertia*, un delito de creación jurisprudencial.

La Corte Suprema de Justicia al respecto sostuvo en sentencia del 4 de Octubre de 2007, proceso de única instancia número 27.470:

“(...) que con la modificación introducida al inciso 2 del artículo 340 del Código Penal no suprimió el concierto para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, sino que englobó esas conductas en el nomenjuris del tipo penal que les dio autonomía, es decir, el de “financiación

del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”.

“De allí precisamente que la Corte percibiera lo obvio, en el novedoso diseño del inciso 2 del artículo 340 no fue menester, por virtud de la enmienda del artículo 345 mantener la especificación de las conductas de organizar, promover, armar o financiar grupos organizados al margen de la ley sobre las cuales puede recaer alguno de los acuerdos constitutivos de concierto para delinquir agravado (...) fue suficiente con aludir al nombre del delito que recogió aquellos comportamientos, esto es, el de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas que les dio existencia autónoma “.

Allí la corte reconoce abiertamente “la enmienda” al artículo 340 dando lugar así a una *lex tertia*, considerando la expresión “promover grupos al margen de la ley” aun dentro del concierto para delinquir agravado, lo cual atenta la tipicidad de los delitos y el bien preciado *principio de la legalidad*.

4.5 DE LA DOBLE INSTANCIA: LOS TRIBUNALES

“Los actos del juez, como toda obra humana, son susceptibles de error, bien por fallas en la aplicación de normas sustanciales o procesales, o por olvidos del funcionario”²⁸

Si esta es la concepción que se tiene dentro del derecho civil que hasta hace poco era un proceso en el que primaban las formas, no existía amplia comunicación entre las partes, era eminentemente escrito por lo que el juez podía tomarse todo el tiempo necesario para consultar doctrina, jurisprudencia o hasta para debatir el caso con otros colegas, porqué no tenerlo en cuenta también para un sistema penal en donde se debe decidir dentro de la misma audiencia todas las peticiones, con el material que se haya llevado a la audiencia y el conocimiento adquirido con los años, etc....

Esto es claro y menos grave si se tiene en cuenta que dentro de los procesos penales frente a jueces ordinarios, existen diferentes mecanismos diseñados para otorgar un preciso juicio justo en caso de que en primera instancia el juez otorgue decisiones contrarias a derecho, mecanismos que hacen parte primordial dentro del proceso ya que son un medio de impugnación mediante el cual se busca que el tribunal superior revise mediante una petición elevada el fallo y lo enmiende o confirme conforme a derecho.

Es de especial importancia puesto que se considera que deviene del derecho a una tutela judicial efectiva, a tal punto que se considera que se vulnera este derecho si en un juicio penal un acusado no tiene derecho a acudir a este mecanismo y así alegar la decisión que en primera instancia lo aquejó, en punto

²⁸LOPEZ, B. Hernán Fabio, Derecho procesal civil colombiano, Tomo I, p. 363

de claridad, gozan de dicho recurso de apelación todos y cada uno de los procesos que se adelanten en primera instancia no en única instancia.

En apelación de sentencia condenatoria radicado núm. 050016000206201320235 de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, en este caso en primera instancia la sentencia fue condenatoria por allanamientos a los cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la pena fue de prisión y multa con las accesorias de rigor y se negó el subrogado penal, el defensor de público interpone el recurso de apelación por medio del cual impetra el subrogado penal del artículo 63 del C.P.

Ley 599 del 2000 artículo 63:

“suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primer, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible”.

La ley 1709 de 2014 consagra un régimen más favorable en tema de libertad condicional que la anterior normativa (artículo 63 ley 599 de 2000):

“Ley 1709 de 20 de enero de 2014. Artículo 29. Modificase el artículo 63 de lo Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) o cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
- 2.- Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
- 3.- Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.”

En el caso en mención no se le concedió el subrogado penal por cuanto la nueva modificación trajo una prohibición respecto de los delitos relacionados con el porte de estupefacientes, sin embargo antes de dicha modificación, el inciso 2° del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 1142 de 2007, Art. 32, modificado por la Ley 1453 de 2011, Art. 28, y modificado por la Ley 1474 de 2011, Art. 13, y que por supuesto que repitan en la nueva norma, no contenía tal prohibición:

“Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. (...).”

Dicha norma fue modificada posteriormente por la ley 1709 de 2014 y el mencionado inciso 2° del artículo 68-A de la ley 599 de 2000 incorporo la negativa de conceder el subrogado penal para conductas relacionadas con el porte ilegal de estupefacientes:

“Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes** y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado;

contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal”.

El Tribunal Superior de Medellín determinó que en este caso la filiada bajo la normativa anterior tiene derecho al subrogado penal ya que cumplía con todos los requisitos y en su momento el delito por el que fue condenada no hacía parte de los muchos otros frente a los cuales hay exclusión de beneficios y subrogados penales, así lo expresó:

Se puede considerar, en caso de antecedente penal, que se debe acudir a la norma original que estaba vigente para el momento de los hechos y no a la nueva normativa que es más restrictiva y desfavorable al implicado, con lo cual la Sala aplica la denominada lex tertia, en cuyo caso tendrá derecho al subrogado penal en forma simplemente objetiva.

De todas maneras y considerando el antecedente penal, en caso de existir, y que no se le aplique la prohibición de la nueva Ley 1709 de 2014, con respecto al numeral tercero entonces se tiene el antecedente penal, razón por la cual, en principio, podría considerarse cometido dentro de los cinco (5) años anteriores.

Pero, la nueva ley 1709 de 2014 rige a partir de su promulgación, esto es, desde 20 enero de 2014, de tal forma que el antecedente penal debe ser posterior a esta fecha: 20 enero de 2014, y obviamente que en el sub examine no lo es.

Sobre el tema de los antecedentes penales dentro de los cinco (5) años anteriores, se pueden consultar las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 31.568 de 28-10-08 y Rad. 31.985 de 01-06-11, precisamente a raíz del Art. 68-A del C.P., adicionado por Art. 32 Ley 1142 de 28-06-07, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-425 de 2008, reformado por Art. 28 Ley 1453 de 24 junio de 2011 y luego por el Art. 13 de Ley 1474 de 12 julio de 2011, donde se explicó que los antecedentes del delito doloso cometido en los cinco (5)

años anteriores deben ser posteriores a 28 junio de 2007 fecha de vigencia de la Ley 1142 de 2007”.

La importancia de la apelación radica en la protección de los derechos y garantías del procesado, en el caso sub *examine*, sin este recurso el juez de primera instancia hubiera tenido la última palabra y no se hubiese concedido tal subrogado penal que por favorabilidad debió concedérsele, todo dentro del marco de un debido proceso penal.

5. PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

5.1 Del derecho al debido proceso penal **5.2** Derecho a un juez imparcial **5.3** De la apelación **5.4** del factor fuentes del derecho **5.5** Modulación de los fallos Corte Constitucional **5.6** De la función constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **5.7** Del papel creador del juez en un Estado Social de Derecho.

5.1 DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO PENAL

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”(…) ²⁹

Todos los Estados Sociales y Democráticos de Derecho contienen dentro de sus postulados una visión humanista partiendo del trato y el respeto digno a la figura humana, en el caso que nos atañe, el derecho al debido proceso se creó para establecer una serie de formas plasmadas mediante un conjunto de etapas formales que resguarden al ciudadano otorgándole una pauta restrictiva a la función del Estado, constitucionalmente este derecho fue plasmado en el artículo 29 de la Carta Política:

²⁹ DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, preámbulo.

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La política criminal adyacente es reactiva conforme los anteriores postulados y por sobre todo teniendo en cuenta que antes del año 2006 el proceso penal en Colombia era de corte inquisitivo, no armonizaba con la constitución política por cuanto su funcionamiento implicaba toda una violación a varias garantías procesales y por supuesto al derecho al *debido proceso*; por eso tras la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal decidió instaurarse tal figura de una manera más operativa, con una pretensión sistemática, mediante la construcción de una norma que creara una fuerza que contuviera la acción del Estado,

mediante pautas procesales, sustanciales, orientadas de manera coherente a cumplir los fines constitucionales.

Los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad referente al tema del debido proceso (enfocándolo a la matriz de la doble instancia) son varios y han ayudado a rellenar algunos vacíos que puedan presentarse a la hora de interpretar el artículo 29 constitucional:

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos:**

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal³⁰.

- **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:**

Capítulo primero. Derechos
Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona
Derecho a proceso regular
Artículo XXVI: Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas³¹.

³⁰Declaración Universal de los derechos humanos 1948

³¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.1994

- **El Pacto de San José de Costa Rica:**

Capitulo II- Derechos Civiles y Políticos (...) Artículo 8. Garantías Judiciales

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior³².

- **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:**

Artículo 14 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. **Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial,** establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de la partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. (Resaltos fuera del texto).

Artículo 5 .Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

A raíz de una lectura sencilla de los apartes citados anteriormente es claro que se consagra el bien común de un debido proceso que procure la existencia de unas

³² Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. San José, 1969.

garantías adecuadas penales, no solo formalmente sino justo en la medida que permita una adecuada oportunidad de defensa, desconocer esto sería arrojar a la basura toda una evolución histórico-jurídica encaminada a la protección del ciudadano.

La verdad y el impartir justicia no se pueden lograr de cualquier manera, es importante el respeto a unos postulados mínimos con el objetivo de que todas las partes intervinientes dentro del proceso y sus derechos no sean desconocidos obteniendo así un proceso justo y transparente.

El debido proceso abarca varios derechos y garantías, como lo es el derecho a un juez natural, a ser oído en audiencia pública, el derecho a controvertir pruebas etc...; pero en el caso que nos ocupa hablaremos del derecho a un juez imparcial, y la importancia de la apelación.

5.2 DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho al juez natural en el art. 10 cuando señala: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia **por un tribunal independiente e imparcial**, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier actuación contra ella en materia penal. *(Negrillas no pertenecen al original).*

En él se constituye la premisa básica del debido proceso y es su elemento medular, ya que las partes no pueden ser juzgadas por quien los investiga; el juez debe ser equidistante, totalmente objetivo e imparcial, si el juez pareciese tener una posición poco objetiva existen una serie de mecanismos que garantizan tal derecho como es el de la recusación o si la decisión pareciese contraria a derecho esta la reposición y apelación.

Tal juez imparcial que además sobreviene del principio del juez natural, debe estar establecido previamente a los hechos que motivaron el juicio, es imposible crear tribunales ad hoc o tribunales de excepción ya que sería un atentado a tales garantías constitucionales; los hechos que sean objeto de juicio serán sancionados independientemente de la persona que a su cargo tenga el deber de juzgar.

Por lo tanto toda decisión que afecte derechos y garantías personales deberá provenir de un juez natural, el cual además debe ser imparcial, si en dado caso no llegara a serlo se establecen figuras para recusarlo o instancias superiores sobre la cual solicitar en derecho el estudio de la decisión del juez inferior, por ello otorga especial importancia la figura de la apelación ya que sin ella las decisiones en firme no podrían ser objeto de revisión y control.

5.3 DE LA APELACIÓN

En ella se materializa el principio de la doble instancia, en donde se permite que jueces de una instancia superior enmienden los agravios que se pudiesen haber ocasionado en los tribunales inferiores, tal función termina siendo un recurso que permite que los tribunales de primera instancia actúen con mayor cautela en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y en caso de que se efectúen irregularidades en la imposición de la sentencia o dentro de los elementos configurativos que el juez usó para la imposición de la misma pueda subsanarse a través de una segunda vista.

La posición de la H Corte Constitucional al respecto sostiene:

El recurso de apelación no constituye un proceso autónomo o un nuevo juicio en el cual deban debatirse todos los temas del mismo y como tal, requerirse la inmediación de las pruebas frente al juez de segunda instancia. Es la oportunidad en la cual el juez controla una decisión adoptada en la primera instancia, sin tener que reconstruirse íntegramente la acusación y defensa, siendo la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa...³³.

Mientras esté en trámite la apelación y solo hasta el momento en el que se dicte sentencia en segundo grado, es decir se agoten todos los recursos, puede entenderse que la sentencia no está ejecutoriada ni conforma antecedente tal y como lo establece la Carta Política en el artículo 248. “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

³³ Corte Constitucional, sentencia c 250 de 6 de Abril 2011 de M.P Mauricio González Cuervo.

Tal derecho de la doble instancia no es absoluto, tiene limitantes mencionados en la propia Constitución Nacional, respecto de los procesos ordinarios no tiene ningún problema y surte su función cual es la de revisar el fallo de primera instancia, pero en los casos de única instancia este principio que aunque constitucional no existe, ¿no consistiría ello una vulneración al derecho humano a la segunda instancia?

Entonces partiendo de la idea del juez natural la Carta política en su artículo 186 y 235 estableció:

Artículo 186. De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

Procesos que se llevan a cabo en única instancia, es decir no gozan del derecho fundamental establecido en tratados internacionales y en la Constitución misma de la doble instancia, ¿no sería entonces ello una vulneración al debido proceso solo en razón a un fuero?

La Corte Constitucional es consciente de ello y por eso emitió su concepto por vía jurisprudencial y al respecto determinó:

(...esta Corte ha de reiterar que el principio de la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (artículo 31 C.P.), a cuyo tenor "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley") (subraya la Corte).³⁴

Además las funciones de investigación y juzgamiento se encuentran en cabeza de la misma corporación; ¿sin derecho a una apelación y a una separación de funciones como podría garantizarse que los procesos adelantados por la alta corporación contra aforados fueran ajustados a derecho y respetuosos de los postulados constitucionales e internacionales?

No hay garantías, la falta de doble instancia y el aparente poder excesivo de una Corte que además de investigar, juzga, acusa y legisla, crea absoluta impunidad para este tipo de funcionarios que en razón a su función son aforados, pero sin protección alguna.

Ya la Corte Constitucional se pronunció al respecto:

... para efectos de los procesos adelantados contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la misma, el legislador adopte en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 ibídem las medidas necesarias para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C- 142 DE 1993 M.P JORGE ARANGO MEJÍA

juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento.

Así esta corporación reclama una modificación legislativa, encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo ateniende a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección, o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a este hubiere lugar³⁵.

Hasta la propia Corte Constitucional determinó que los juicios adelantados por la Corte Suprema de Justicia en única instancia lo son todo menos justos, esta corporación ha decidido darse a sí misma fuerza vinculante, pero mientras se logra legislar al respecto el tema no deja de ser polémico, sumado a que dentro de dichos fallos pueden aplicar la *lex tertia* en ejercicio de una función legislativa que no tienen, confeccionando tipos penales inexistentes para condenar aforados, un proceso penal sin las garantías mínimas no es consecuente con un Estado Social de Derecho.

³⁵ Sentencia C- 545 DE 2008 M.P : Dr. Nilson Pinilla Pinilla Fecha: 22 de Mayo de 2008.

5.4 DEL FACTOR FUENTES DEL DERECHO

Por fuente nos referimos al origen, el lugar de donde nace algo, donde yace su producción, cuando hablamos de fuentes del derecho nos referimos a los hechos pasados o actos de naturaleza humana provenientes de la voluntad de derivar, extinguir o crear normas que componen el ordenamiento normativo.

La Constitución Política al ser la norma de normas solemnemente es la fuente del derecho más importante jerárquicamente hablando ya que ella rige hacia abajo los demás postulados jurídicos que pretendan tenerse como válidos; tal supremacía constitucional se refiere a que esta es la fuente primordial del derecho, toda ley deberá respetar los postulados constitucionales.

La Constitución Nacional en su artículo 230 establece:

“los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La etimología de la palabra jurisprudencia quiere decir declarar o decir el derecho es buscar un orden justo mediante la aplicación de las fuentes formales del derecho a sus decisiones.

Tal actividad judicial y aplicación de las fuentes del derecho se materializa en la sentencia la cual proviene de una “... *actividad mental que se traduce en un silogismo, cuya premisa es la ley, la premisa menor el caso concreto que tiene que resolver, y la conclusión es la sentencia que efectúa la subsunción del caso dentro del tipo legal*”³⁶ esa en conclusión es la ardua labor legislativa, identificar la norma,

³⁶ MONROY C, Marco G, introducción al Derecho 7° ed. Editorial Temis, Bogotá 1986 pag. 239

comprendiendo el espíritu y aplicarla al caso concreto, pero en el caso de los instrumentos auxiliares de derecho la labor cambia.

Al criterio auxiliar de la actividad judicial, se le da un trato diferenciado en tanto no son fuentes de donde proviene el derecho sino nada más son pautas para la correcta aplicación del ordenamiento jurídico y además no son obligatorias, pero en el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el tema toma otra medida, por cuanto la Corte en ejercicio de su labor declara inexecutable, exequibilidades, exequibilidades condicionadas, es decir de alguna manera, crea derecho mediante lo que se conoce como la modulación de sus fallos.

5.5 MODULACIÓN DE LOS FALLOS CORTE CONSTITUCIONAL

Esta figura de la modulación de los fallos se ha venido implementando como atribución a la Corte Constitucional para que estadetermine cuál es el alcance de los derechos constitucionales y los efectos tales como: *erga omnes*, *inter partes*, *inter parte*, *inter comunis*, basado en ello se dio origen a las sentencias interpretativas.

Artículo 241 C. Pol

“A la corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...”

Tales sentencias interpretativas a la luz de la Carta Política son totalmente válidas por cuanto es la Corte la encargada de todo lo referente al tema de la Constitución Política, en tales sentencias se revisa la la exequibilidad de un enunciado acusado, circunscribiendo el alcance normativo del mismo.

Tales modulaciones no son nuevas, desde el año de 1912 se ha venido manejando esta figura en Colombia mediante la Corte Suprema de Justicia a quien antes de la Carta Política de 1991 se le atribuían funciones constitucionales; el primer referente que se tiene al respecto es del 2 de Agosto de 1912 donde la H. Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable condicionada, desde allí hasta tiempos más recientes siguen existiendo modulaciones en los fallos ya ahora en cabeza de la Corte Constitucional por mandato del constituyente de 1991, por lo que la Corte Suprema de Justicia quedó vedada de tales funciones constitucionales.

Para entonces no solo la Corte Suprema de Justicia tenía tales labores constitucionales, el Consejo de Estado también tiene antecedentes de fallos modulativos pero desarrollados de una manera un poco más prudente.

Entonces, ni la Corte Suprema de Justicia ni el Consejo de Estado se les estaba permitido realizar interpretaciones amplias sobre la Constitución Política, y ellos así lo reconocían en su jurisprudencia, dicha interpretación con fuerza *erga omnes* en aquel entonces estaba únicamente en cabeza del legislador, que por ley era el único quien podía interpretar de manera general y vinculante.

Sin embargo ha sido la Corte Constitucional que en tan solo 24 años ha logrado establecer mayores técnicas de modulación en el país, competencia que está dada por el artículo 241 de la Constitución Política:

“(...)una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional, razón por la cual la mayoría de los tribunales constitucionales han desarrollado diversos tipos de fallos con el fin de cumplir, en forma razonable, su función de control constitucional”³⁷.

Tales técnicas de modulación se usan dentro del desarrollo de las sentencias interpretativas y son el efecto de estas, en el sentido de que cuando se revisa la exequibilidad de una norma la Corte Constitucional delimita el alcance jurídico de la misma, podríamos decir que legisla jurisprudencialmente, afectando su aplicación o limitando sus consecuencias.

³⁷ Sentencia c- 109 de 1995 M.P: Alejandro Martínez Caballero. Fecha: 15 de Marzo de 1995

Ahora bien, tal exequibilidad no es caprichosa debe corresponder a los enunciados constitucionales, puede pasar que dentro de la interpretación del alcance de una norma surjan varias interpretaciones posibles, la H Corte Constitucional elige la que más se encuentre en armonía con la Carta Política, así que le da el estatus jurídico adecuado a dicha interpretación erradicando las interpretaciones contrarias.

Aparentemente la interpretación que hace la Corte Constitucional no afecta el cuerpo normativo como tal, solo se hace una aclaración respecto de su alcance orientando un poco la labor de los operadores jurídicos en caso de que encuentren inconvenientes a la hora de aplicar la norma en cuestión o que estano se armonice con la Constitución evento en el cual procede a declararla inconstitucional y debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Sin embargo y por más que la Corte Constitucional precise de que solo en virtud del principio hermenéutico de *conservación de derecho* y el de la *interpretación de la ley conforme a la Constitución* es que hace pronunciamientos aclarativos, es menester resaltar que tales pronunciamientos alteran la norma de alguna manera, ya que antes de la aclaración constitucional los operadores jurídicos bajo el imperio de la ley la aplicaban de alguna forma, después del pronunciamiento que aunque es aclarativo se ven obligados a acomodarla o a dejarla de tener en cuenta, o por el contrario aplicarla conforme a los nuevos lineamientos, esto a todas luces es una alteración sistemática de los preceptos legales

Un ejemplo sencillo sobre las llamadas sentencias interpretativas lo encontramos en la sentencia C-301 de 2012 en donde se demanda la inconstitucionalidad parcial del artículo 43 literal f de la ley 1123 de 2007 (código disciplinario del abogado) que reza:

“Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aún en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”.

Tal aparte fue demandado en razón a que la expresión “o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” atentaba contra el secreto profesional, al derecho a la intimidad, a la defensa; sin embargo bajo la lupa de la Corte se declaró la exequibilidad condicionada en el entendido de que ello es permitido conforme se haga bajo la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 de la ley 1123 de 2007, es decir ello es permitido (o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito) siempre y cuando “se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”, de esta forma y mediante la fijación de un enunciado normativo la corte reguló tal norma, así que es evidente el papel legislativo que esta tiene dentro de sus pronunciamientos jurisprudenciales de declaratoria de exequibilidad.

Sin embargo cuando el tema es de inexecutableidad la modulación es mucho más evidente, ya que se trata de eliminar del ordenamiento jurídico ya sea expresiones o articulados completos luego, claro está, de revisar su constitucionalidad.

Esta facultad dada por la constitución misma afecta gravemente la esfera del legislador, casi que lo sustituye porque la función dada por la propia Carta Política se encuentra separada por una línea muy estrecha de la función jurisdiccional, y aun así es evidente que la Corte Constitucional técnicamente legisla; si declara la inexecutableidad de un artículo este debe desaparecer del ordenamiento jurídico dejando un vacío producto de un ejercicio modulativo complejo.

En sentencia C-325 de 2009 la Corte Constitucional se pronunció al respecto y aclaró que en tales eventos éstas sentencias son integradoras de tipo sustitutivo ya que el fin de éstas es que al eliminar un precepto que resultase inconstitucional se integre y armonice el ordenamiento jurídico.

Aunque el tema es polémico por cuanto no se respeta en algún sentido la tridivisión de poderes no es algo preocupante en la medida en la que es una manera de conservar un equilibrio y no solo Estados como el nuestro lo usan, Estados como el Estadounidense también manejan el tema en igual forma.

Es un buen recurso interpretativo que se deriva de la función de proteger y salvaguardar la Constitución, implica el reconocimiento de diversas situaciones que puedan alterar el orden político constitucional, pero necesita de la guarda de un organismo encaminado a su protección para que pueda prosperar sin detrimento de las demás funciones y áreas como la legislativa.

Al ser un mandato constitucional y al ser la Constitución norma de normas, la Corte Constitucional mediante los fallos de modulación en sentido abstracto crea derecho, es decir, la jurisprudencia constitucional es fuente de derecho, y en ella se crea el llamado precedente jurisprudencial ya que sus pronunciamientos tienen efectos *erga omnes* por ejemplo en los casos de declaratorias de inexecuibilidad, además que la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada por lo que obliga a futuro.

los precedentes cumplen funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta corte lo ha señalado, todo tribunal y en especial el juez constitucional, debe ser consistente en sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del

sistema jurídico, pues tales normas si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a resolver el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando a las normas de la misma manera, por lo cual resulta valido exigirle un respeto por sus decisiones previas³⁸.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL SU047 de 1999 MP. Gaviria Diaz carlos y Alejandro Martínez Caballero

5.6 DE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La H. Corte Suprema de Justicia es una institución que ha prevalecido incluso antes de la Constitución de 1991 por lo que antes efectuaba labores constitucionales como las que tiene hoy la Corte Constitucional, al delegarse éstas funciones la Corte Suprema de Justicia pasó a ser el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, labor nada menos importante. (Artículo 234 Constitución Nacional), y las funciones que hoy en día desempeña están consignadas en el artículo 235:

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Juzgar al presidente de la república o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme el artículo 175 numerales 2 y 3.
3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso Nacional.
4. Juzgar, previa acusación del fiscal general de la nación, a los ministros del despacho, al procurador general, al defensor del pueblo, a los agentes del ministerio publico ante la corte, ante el Consejo de Estado, y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al contralor general de la república, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por les hechos punibles que se les imputen.
5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional.

6. Darse su propio reglamento.
7. Las demás atribuciones que señale la ley.

Por cuanto es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria es esencialmente un tribunal de casación y además sus decisiones en única instancia no pueden ser impugnadas lo cual detona otro problema jurídico, esta considera que gracias a sus decisiones puede unificar jurisprudencia, constituir precedente y determinar de forma definitiva todos los litigios que lleguen a sus estrados.

De este activismo judicial detona en algunas ocasiones flagrantes violaciones a garantías constitucionales omitiendo la idea de que todos los procesos judiciales deben tomar como base la Constitución, por lo tanto a nadie se le puede privar del debido proceso, lo que supone entablar un proceso donde el juez sea equidistante e independiente, donde haya separación de funciones de investigación y juzgamiento y por ende el adecuado ejercicio al derecho de contradicción.

Tal activismo judicial no son solo rasgos tomados parcialmente de algunas decisiones contenidas jurisprudencialmente, es todo un programa político asumido propiamente, sin embargo el rol que debe tener la Corte Suprema de Justicia no es otro que el de mantener los grandes principios sustantivos, su función debe ser la más previsible al tener a su cargo toda una jurisdicción ordinaria, ser una instancia de síntesis en donde su gran función sea la de mantener las reglas básicas del funcionamiento social armonizadas con la Constitución, no es buen juez aquel que quiere imponer sus convicciones.

5.7 DEL PAPEL CREADOR DEL JUEZ EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La doctrina ha entendido que el derecho no es rígido, que al provenir de relaciones sociales y regularlas dentro del marco de un orden de interacción humano el cual es cambiante por diferentes factores hasta de orden climático, debe adaptarse a los advenimientos que se dan de las múltiples relaciones intersubjetivas para así responder a las necesidades sociales al menos en una gran medida.

El activismo doctrinal empezó a entender cuál es entonces el papel del juez dentro de los Estados Sociales de Derecho como Colombia, entendiéndose dentro del marco del respeto a los derechos humanos, más que entender, se cayó en la cuenta de que el juez no solo es un artífice aplicador de derecho, sino que dentro de su formulación de aplicación siempre va implícito un factor subjetivo creador, cuando crea jurisprudencia.

En Colombia se le da un especial valor jurídico a la jurisprudencia, valor que ha sido otorgado por una ley antiquísima que ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional (C-083/95 fecha 1 de Marzo de 1995), el artículo 8 de la ley 153 de 1887 le otorga a esta un rol importante en la creación de derecho al colocarlo dentro de las fuentes formales:

“Cuando no haya ley exacta aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”³⁹.

³⁹ Ley 153 de 1887 art 8

Tenemos a la ley como primera fuente seguida de la analogía y en tercer lugar la jurisprudencia, entonces por ley se colocó la jurisprudencia como una fuente formal de derecho, y desde allí se entendió el papel creador del juez a partir de la interpretación.

Constitucionalmente se ratificó dicha postura al determinar en el artículo 230 de la Carta Política:

“los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Entonces aquí surge un interrogante, ¿cuál es la diferencia conceptual entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional?

Este interrogante fue resuelto en sentencia C- 104 de 11 de Marzo de 1993 por la H. Corte Constitucional así:

*“las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y los tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción de acto suspendido), tales providencias solo tienen un carácter de criterio auxiliar-artículo 230 C.P-para los futuros casos similares, **la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional-artículo 243 C.P- de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior**”.* (Negrillas fuera del texto).

Ergo, si se considera como imperativo la fuente constitucional , entonces el único juez avalado para hacerlo sería el juez constitucional, eso sí, en sentido moderado dentro de su jurisprudencia, y aun así, la norma sostiene que es un mero criterio auxiliar no obligatorio, en este orden de ideas cualquier otro juez que no sea el constitucional no tiene fuerza creadora dentro de sus pronunciamientos los cuales carecen de validez jurídica para ser tomados como fuente, ya que sus decisiones no constituyen una fuente formal, obligatoria, principal ni subsidiaria.

Entonces queda así limitada la labor del juez ordinario a una mera labor lógica-jurídica a la hora de emitir algún pronunciamiento, en la que la premisa mayor tiene su origen en el legislador quien hace la criminalización primaria.

La primera fuente imperativa para el juez es la ley, los métodos de interpretación solo son instrumentos que facilitan su aplicación y que también corresponden a una serie de reglas, sin embargo si se quisiera dar un rol distinto a los pronunciamientos que hacen los jueces ordinarios, será el constituyente quien intervenga para que así sea permitiendo que se entrelace con las demás fuentes de derecho así sea de manera residual.

En Colombia esto se entiende, se sabe a todas luces que el juez ordinario o cualquier otro que no sea constitucional, no cuenta con esta función, solo es un aplicador de la ley gracias a la ley, la clave del derecho radica en el proceso de formación de la misma en donde se trata de buscar un orden justo a través de la justicia jurídica, y esta aproximación a la justicia se logra cuando en el proceso de formación intervengan los intereses civiles y se tengan en cuenta los intereses sociales.

En conclusión, al ser la jurisprudencia constitucional la única fuente de derecho, aunque sea en un tercer rango, se entiende que el único juez que puede crear derecho, eso sí, con sus respectivas limitantes, teniendo en cuenta la guarda de la Constitución y la interpretación de la misma, es el juez constitucional, los demás solo son operadores jurídicos que al aplicar una ley no obstante los esfuerzos que haga no podrán extraer una justicia que estano tenga, pero el problema persiste con las sentencias emitidas por la H.Corte Suprema de Justicia, ¿pueden ellos como jueces de una alta corte crear derecho?

CONCLUSIONES

Es dable afirmar que la figura del juez creador de derecho se traduce en un activismo judicial que ha quedado en evidencia, se sabe que los jueces en sus fallos al aplicar el derecho como operadores jurídicos toman subjetivamente la norma y dentro de sus providencias aplican y crean en alguna medida derecho; la ley en sí misma es demasiado estricta y una lectura literal de la norma va en contravención a los postulados constitucionales de Derechos Humanos, por ello es necesario que el juez extraiga de ella el sentido de justicia más favorable que considere prudente eso sí sin desfigurarla.

El factor de las fuentes de derecho esta reglado por ley 153 de 1887 declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-284 de 2015 y por el artículo 230 de la Constitución Nacional, en el se establece que la jurisprudencia servirá para ilustrar la Constitución, pero que la doctrina constitucional es a su vez una norma para interpretar las leyes.

Entonces es claro, los jueces ordinarios en sus providencias aplican derecho que solo tiene un efecto *interpartes*, no puede crear derecho aunque haga aclaraciones en aras de crear y justificar la *ratio decidendi* de sus providencias, no tienen fuerza vinculante aunque por el derecho a la igualdad deberá fallar en casos similares bajo el mismo derecho; los jueces de las altas corporaciones esto es Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia tampoco tienen una función creadora, sus fallos son eminentemente interpretativos y sirven para ilustrar, es decir, ofrecer una serie de ideas y conceptos para facilitar la comprensión de la Carta Política.

En este orden de ideas y siguiendo los postulados normativos que regulan la materia de las fuentes de derecho quienes podrían crear derecho eso sí, con sus respectivas limitantes es la H. Corte Constitucional.

Ley 153 de 1887. Artículo 4. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes.

Artículo 8: cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

La doctrina constitucional es la que crea el intérprete supremo de la Constitución es decir la H. Corte Constitucional labor que se deslinda al ser la guarda de la Carta política:

Constitución Política de Colombia. Artículo 241: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución...

Entonces es claro, un Estado Social de Derecho respeta los principios constitucionales como el de *legalidad*, al cual se somete todo ejercicio del poder público, ateniéndose a ese principio todas las actuaciones y disposiciones deben sujetarse a la Constitución.

Así las cosas, sólo los jueces constitucionales pueden crear derecho en Colombia por mandato constitucional y legal, tanto así que se considera que los jueces que se aparten de la doctrina constitucional no solo violan el precedente jurisprudencial sino que atentan contra la Carta Política.

Ni la H. Corte Suprema de Justicia ni el H Consejo de Estado crean derecho, solo tienen una función interpretativa respecto de la Carta Política, sus pronunciamientos deben ajustarse a la constitución y no ajustar la constitución a sus pronunciamientos.

Respecto al tema de la *lex tertia* se ha considerado que puede aplicarse siempre y cuando no se mutilen los preceptos legales, P. ej. no puede tomarse de una ley la calidad y de la otra la cantidad de la pena para crear una tercera ley, esto sería desconocer la favorabilidad en ejercicio de la favorabilidad; deben tomarse los preceptos completos y de manera íntegra y aplicarlos a cabalidad; el juez en su labor deberá sopesar ambas leyes que se sucedan en el tiempo y aplicar la que considere resulte más favorable al reo sin invadir la esfera legislativa; si bien es cierto el activismo judicial está llevando a reconocer el papel creador de derecho del juez, ello no es del todo cierto siempre y cuando no exista material que legisle al respecto; las leyes referentes contienen en si principios que garantizan el adecuado uso del sistema procesal penal como lo es el de *legalidad* y el de *favorabilidad*, y a ellos deberán ajustarse las decisiones judiciales.

Si la creación de una *lex tertia* con vistas de favorabilidad no es totalmente permitida ni debe admitirse por que se estaría ignorando el principio de legalidad, cuando se pretende usar en detrimento del investigado es totalmente inaceptable e inconstitucional y aunado en el hecho de que dicha creación pretoriana de leyes inexistentes proviene de un órgano al cual no se le ha facultado para crear derecho; la Corte Suprema de Justicia no puede “enmendar” artículos para poder otorgarse competencias como en los casos que se examinaron con anterioridad, ni mucho crear tipos penales que logren encuadrar conductas típicas que dejaron de serlo y así poder condenar aforados, cuyo agravante además es que los procesos que se adelantan por dicha corporación contra aforados son de única instancia por lo que en caso de decisiones contrarias a derechos no existen mecanismos que garanticen una apelación justa de la decisión anterior; además el ejercicio de investigación y juzgamiento está a cargo de la misma Corte Suprema de Justicia, por lo que así las cosas, si no existe ni doble instancia y sumado a ello no existe una separación de funciones de investigación y juzgamiento como lo solicita la propia Carta Política y los Tratados Internacionales por demás ratificados en Colombia, sí se permite que dicha corporación cree derecho mediante la aceptación de la *lex tertia*, se estaría decantando por un Estado poco Social y Democrático de Derecho con un sistema procesal penal inquisitivo y desconociendo la propia Carta Política.

Es claro y la ley así lo determina, no puede la H. Corte Suprema de justicia en ejercicio de su función como órgano de casación abusar de su poder interpretativo respecto de la Carta política y crear derecho, esta función no le es propia, sería una omisión por parte del Estado en el reconocimiento efectivo de múltiples garantías procesales, como la *favorabilidad* la *legalidad* etc...

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA

TÍTULO 1

De los principios fundamentales.

Art 1. Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La propia constitución política coloca a la persona humana como valor supremo dentro del ordenamiento jurídico y la construcción política, tiene una visión antropocéntrica y *ius humanista* fundada en el principio *pro homine*, por lo tanto debe haber un respeto tanto en lo procesal como en lo sustancial de las garantías de los derechos humanos lo cual se traduce en que se aplicará la norma que sea menos gravosa para el ciudadano.

Tampoco puede la Corte Suprema de Justicia desconocer ello desfigurando el alcance de las normas para ajustarse la competencia, por demás cuando tal normatividad es clara y expresa y no deja lugar a dudas respecto de la fijación de competencia ni crear *lex tertia* la propia Carta Política dice:

Artículo 4. La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales.

La Constitución Nacional es un imperativo legal que se considera norma de normas, ella establece cuales son las fuentes de derecho y los parámetros de interpretación constitucional, entonces no puede la Corte Suprema de Justicia ni ningún otro órgano distinto a la H. Corte Constitucional, ajustar la interpretación del artículo de una ley para arrogarse competencia o cualquier otra facultad que implique la creación de una tercera ley inexistente en el ordenamiento jurídico, desconociendo la Carta política, ni crear doctrina constitucional, que es la única forma de crear derecho que se entiende en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción, Manuel Atienza e Isabel Espejo. Segunda Edición, Editorial. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas, traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, edición 1774, Madrid, Ed. D. Joachin Ibarra, impresor de cámara de S.M.

BERNATE, Ochoa Francisco. Estudios de Derecho Penal Económico. Bogotá. Editorial Ibañez. 2006.

CARRASQUILLA, Juan Fernández. Derecho Penal Fundamental I. Tercera Edición. Editorial Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

CASAS Maldonado, Marta Aurora. Temas fundamentales de derecho penal. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. 2010

CASTELLANOS, Viveros, Yesid. Derecho penal general casuístico. Bogotá: doctrina y Ley Universidad Libre. 2011

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de 1886, Agosto 5 de 1886.

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 (Noviembre 30 de 1991). Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Diario Oficial. Bogotá D.C N° 40. 190.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 100 (enero 23 de 1980). Por el cual se expide el nuevo Código penal. Diario Oficial. Bogotá. D.C N° 35.461 de 20 de febrero de 1980.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 409 (Marzo 27 de 1971). Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas. Diario oficial. Bogotá D.C. N° 33.303 del 3 de Mayo de 1971.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 50 (Enero 13 de 1987) Código de procedimiento Penal. Diario Oficial, Bogotá. D.C N° 37. 754.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 (Diciembre 29 de 2006). Por La cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación, y sanción de la financiación del terrorismo y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. Diario Oficial. N° 46407 Diciembre 30 de 2006.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 137 (Junio 2 de 1994). “Por el cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia”. Diario Oficial. Bogotá D.C N° 41.379 junio 3 de 1994.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (Agosto 15 de 1887) . Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá. D.C. N° 7151 y 7152 de agosto 28 de 1887.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 16 (Diciembre 30 de 1972). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969”. Diario Oficial. Bogotá. D.C. N° 33.780. Febrero 5 de 1973.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190 (Junio 06 de 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial. Bogotá D.C. N° 41.878.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (Julio 24 de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C N° 44.097.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 (Julio 24 de 2000). Por la cual se expide el código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C. N° 44.097.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 (Diciembre 26 de 1968). Por el cual se aprueban los “ Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de Diciembre de 1966”. Diario Oficial. Bogotá. N° 32.682.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (Agosto 31 de 2004). Por la cual se expide el Código de procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C. N° 45.658 de 1 de Septiembre de 2004

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 94 (Junio 13 de 1938). Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C. N° 23.801.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 95 (Abril 24 de 1936). Por el cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 083 (1 de Marzo de 1995)
M.P: Carlos Gaviria Diaz. Ref D- 665.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 301 (25 DE Abril de 2012) M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref: D-8702.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 501 (15 de Mayo de 2001). M.P. Dr Jaime Córdoba Triviño Ref D-3168.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 545 (28 de Mayo de 2008) M.P: Dr Nilson Pinilla Pinilla. Ref: D-6960.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 836 (9 de Agosto de 2001) M.P: Rodrigo Escobar Gil. Ref: D.3374.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C.105 de 1995 (15 de Marzo de 1995) M.P Alejandro Martinez Caballero. Ref: L.A.T.- 035.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C.142 (20 de Abril de 1993). M.P: Dr. Jorge Arango Mejía. Ref D-089.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 (23 de enero de 1996). M.P: Dr Carlos Gaviria Díaz. Ref. D-1008.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-241. Ref: D- 1497. (20 de Mayo de 1997) M.P: Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 (6 de Abril de 2011), M.P: Mauricio González Cuervo. Ref: D-8231. D-8232. D-9240 (expedientes acumulados).

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-325 (13 de Mayo de 2009). M.P: Dr Javier Eduardo Mendoza Martelo. Ref: D.7458

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU047 (29 de enero de 1999).M.P: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Ref: T-180-650.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 015 (22 de enero de 2007) M. P: Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. T- 1396384.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 784. Ref: T- 282.770. (24 de Junio de 2000) M.P: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C- 104 (11 de Marzo de 1993) M. S: Alejandro Martinez Caballero. Ref. D- 194.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 19445 (6 de octubre de 2004). M.P: Dr Álvaro Orlando Pérez.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Rad. 21348 (2 de Octubre de 2003)
M.P: Edgar Lombana Trujillo.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad:
16837 (4 de Abril de 2002) M.P: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Bogotá
Mayo 4 de 2005 (Recurso de apelación) Rad 21348.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial XXII, Sentencia de
2 de Agosto de 1912. M.P: Dr Alberto Suarez Murillo.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 35 (24 de Abril de 1981)
M.P: Dr. Darío Velásquez Gaviria.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Declaración
Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. IX Conferencia Internacional
Americana. Bogotá. 1948.

DÍAZ, Pedrozo. A. El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de
sistemas procesales problemas y propuestas El principio de favorabilidad
procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales problemas y propuestas.
Bogotá: Editorial Jurídicas Andrés Morales. 2012

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. En línea:
www.rae.es.

GÓMEZ, González A, & Suarez López. A Estudios de Derecho penal. Bogotá:
Editorial Universidad Gorge Tadeo Lozano. 2010

Informe del centro de memoria histórica. Justicia y Paz ¿Verdad Judicial o verdad
histórica? Bogotá Editorial Taurus 2012.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN
(ICONTEC). Trabajos escritos: Presentación y referencias bibliográficas. Edición
2014-2015 Sexta Actualización. NTC 1486.

JACKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General, fundamentos. Teoría de la
imputación. Segunda Edición, Marcial Pons, Madrid 1997.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Traducción Eduardo
García Máynez. México. Imprenta Universitaria. 1949
Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Bogotá, Universidad Externado de
Colombia. 2003

LOPEZ, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Decima
edición, Bogotá. Dupre editores, 2009.

MONROY, Marco G. Introducción al derecho. Séptima edición. Editorial Temis, Bogotá 1986.

NACIONES UNIDAS, JEFATURA DE ESTADO. Instrumento de ratificación de la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre del 2000. Publicado en BOE N° 233. 29 de Septiembre de 2003.

ONU, ASAMBLEA GENERAL, Declaración Universal de los Derechos Humanos, (10 de diciembre de 1948) Resolución 217 A (III)

PARRA, Pabón Pedro A. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley 2013

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal parte general y especial. Bogotá: Editorial Temis. 1986

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal. Tomo III, Editorial Temis, Bogotá 1934.

PINZON, Bernal Jesús. Delitos contra la administración Pública y Asociación para delinquir , Bogotá, Temis, 1965

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I, segunda edición. S.I Civitas Ediciones. Madrid, España. 2006.

VALENCIA M, Gorge Enrique. Derecho Penal colombiano Parte Especial: Delitos contra la salud Pública. Delitos contra la existencia y seguridad del Estado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2007

VALENCIA M, Gorge Enrique. Estudios de Derecho Penal Especial. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 1989

VELÁSQUEZ, Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis. Bogotá 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. El enemigo en el derecho penal. Segunda edición, Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez: Universidad Santo Tomás. 2006.