

Sentencia C-062/05

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL Y PENITENCIARIA-Límites de razonabilidad y proporcionalidad.

REINCIDENCIA-Consagración en el Código Nacional de Policía/REINCIDENCIA-Alcance.

REINCIDENCIA-Significado sociológico.

DERECHO PENAL-Principios que persiguen su humanización

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance

REINCIDENCIA-Omisión constitucional/REINCIDENCIA-Delito de contrabando.

AGRAVACION PUNITIVA POR REINCIDENCIA-No significa que se condene dos veces por la misma conducta.

La agravación punitiva, va ligada al fenómeno de la reincidencia como manera de prevenir a quien habiendo sido condenado por la comisión de una contravención comete otra, esto no significa que se condene dos veces por la misma conducta, ya que se trata de hechos nuevos cometidos por el mismo infractor, quien a pesar de conocer los posibles efectos de su acción, trasgrede nuevamente el ordenamiento, sin importarle la sanción.

AGRAVACION PUNITIVA POR REINCIDENCIA-Se ajusta al principio de proporcionalidad.

No puede considerarse que la norma acusada es desproporcionada, pues bien puede el legislador cuando existan circunstancias especiales señalar penas mayores, cuyo aumento se realice a partir de la pena básica y en forma razonable. Igual ocurre cuando se trata de una contravención cuya finalidad es el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica, sancionando mas drásticamente a quien insiste en afectarlos. Además, la misma disposición establece que la sanción se aumentará siempre y cuando la nueva contravención se haya cometido antes de transcurrido dos años de ejecutoriada la condena. Lo que significa, que contrario a lo afirmado por los demandantes, la medida se ajusta al principio de proporcionalidad pues hay una correlación y un equilibrio entre la nueva conducta y la sanción a imponer.

AGRAVACION PUNITIVA POR REINCIDENCIA-No desconoce el derecho a la igualdad porque los delitos y contravenciones tienen un tratamiento diverso.

Referencia: expediente D-5314

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 parcial, del Decreto ley 522 de 1971.

Demandantes: Lucy Adriana Tello Molina, Adrián Mauricio Quintana Parra y Natalia Bernal Toro.

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Lucy Adriana Tello Molina, Adrián Mauricio Quintana Parra y Natalia Bernal demandaron parcialmente el artículo 63 del Decreto- ley 522 de 1971 “por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones”.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA.

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada, tomado del Diario Oficial Nro. 33300 del veintinueve (29) de abril de 1971. Se subraya lo demandado.

“Decreto 522 de 1971

(marzo 27)

por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones.

El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1968, atendido el concepto de la Comisión Asesora que la misma establece,

DECRETA:

Capítulo Décimo.

Reincidencia.

Artículo 63. El que después de una sentencia condenatoria cometiere una nueva contravención, incurrirá en la sanción que a esta corresponde aumentada en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para los demás, siempre que la nueva contravención se haya cometido antes de transcurrido dos años de ejecutoriada la condena.

La regla anterior dejará de aplicarse cuando en disposición especial se prescriba tratamiento

diferente”.

### III. LA DEMANDA.

Los actores anuncian que el aparte demandado viola el artículo 29 de la Constitución. Explican el concepto de violación así :

La norma demandada desconoce el principio de non bis ídem, por cuanto impone el incremento punitivo por reincidencia como un agravante. Es decir, se establece una doble sanción, es como si se condenase por una conducta distinta un hecho anteriormente cometido, lo cual desconoce que se trata de dos contravenciones diferentes y que por la primera ya se ha cumplido la medida sancionatoria impuesta.

Para los demandantes, resulta desproporcionado incorporar la reincidencia como una causal de agravación de la sanción, pues debe tenerse en cuenta que las contravenciones son infracciones de menor gravedad que los delitos.

### IV. INTERVENCIONES.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma parcialmente acusada, presentaron escritos el Ministerio del Interior y de Justicia, y la Policía Nacional. Se resumen así estas intervenciones :

#### a) Intervención de la Policía Nacional.

El doctor Alfonso Quintero García, Secretario General de la Policía Nacional, intervino solicitando a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma demandada. Señaló que: “es deber del Estado, a través de sus Instituciones de todo orden, hacer uso de las herramientas jurídicas que posee, como la norma que se pretende declarar inexecutable, para brindarle y garantizarle a la sociedad la protección de sus derechos, la tranquilidad, la paz y la armonía que le han sido arrebatadas o que se vean amenazadas por los actos que atenten contra ella, para el cumplimiento y logro de los cometidos estatales y el normal desarrollo de la vida, social, económica, cultural, jurídica etc de los habitantes”.

#### b) Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El doctor Fernando Gómez Mejía, considera que debe la Corte declararse inhibida para fallar en relación con el artículo 63 del Decreto 522 de 1971, por carencia actual del objeto.

Explica que con la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, se cambió la expresión “hecho punible” por “conducta punible”, con lo que se resalta el derecho penal de acto, en lugar del derecho penal de actor. Por ello, nadie podrá ser penado por lo que es, sino por lo que ha hecho, razón por la cual las condiciones personales no pueden nunca fundamentar la pena, es decir se castiga a la persona por sus acciones y omisiones, no por lo que es.

Haciendo un análisis sistemático de toda la normatividad relacionada con las contravenciones especiales, el interviniente llega a la conclusión que la norma acusada, en razón a que estas conductas punibles fueron convertidas en delitos querellables, ha perdido su vigencia, toda vez que en virtud del principio de legalidad para la investigación y juzgamiento de aquellas, se aplican las disposiciones de los actuales Código Penal y de Procedimiento Penal, debiéndose tener en cuenta, además, que la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2004, declaró inexecutable las expresiones “con sujeción al procedimiento previsto para las contravenciones especiales en los artículos 21, inciso primero 22, 23, 24 y 26 de la Ley 228 de 1995, que para este efecto conservará su vigencia”, que hacen parte del artículo 5 de la ley 745 de 2002.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El señor Procurador General de la Nación, en concepto Nro. 3656, de fecha 13 de septiembre de 2004, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 63 del Decreto ley 522 de 1971 por los cargos analizados.

Para el señor Procurador, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la reincidencia no encuentra fundamento u oposición en el ordenamiento constitucional, por lo cual bien puede el legislador incorporarlo como un elemento objetivo valorativo para determinar la sanción, encaminado a desestimular conductas censurables y que además, puede afirmarse, se justifica desde el punto de vista de la culpabilidad en cuanto quien ha sido sancionado dentro de los dos años anteriores por otra conducta contravencional, tiene mayor conciencia de la antijuridicidad de su conducta punible y de los consecuentes efectos sancionatorios.

En materia penal, el legislador goza de un margen amplio de discrecionalidad en la adopción de una determinada política criminal a través de la configuración de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones, cuyo ejercicio está limitado por la observancia de los cánones constitucionales y las normas de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En este orden, por cuanto, ya lo advirtió la Corte en sentencia C-060 de 1994, no existe limitación constitucional a la incorporación en el ordenamiento interno de la figura de la reincidencia como causal de agravación punitiva, no hay vicio de inconstitucionalidad en su consagración dentro del régimen punitivo de las contravenciones especiales, en los términos de la norma objeto de examen.

No se trata de sancionar por segunda vez la contravención que ya ha sido expiada, sino de censurar con mayor intensidad a quien manifiesta con la reiteración de la conducta punible su apatía o desprecio por la ley; correlatividad que no rompe con la congruencia entre pena y culpabilidad.

De otro lado, el señor Procurador pone de presente que es necesario incorporar la reincidencia como causal de agravación punitiva con el fin de persuadir a quienes ya han transgredido el ordenamiento penal de no volver a hacerlo.

Así mismo, considera que es una medida idónea para la finalidad propuesta, por cuanto se refuerza la función tanto general estabilizadora o integradora como la preventiva especial o negativa de la sanción y finalmente se estima proporcionada en sentido estricto, toda vez que persigue una finalidad constitucionalmente válida como es el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica mediante el mayor reproche al contraventor que insiste en afectarlos, y la amenaza de una mayor afectación del derecho a la libertad del contraventor, se justifica precisamente por la necesidad de garantizar la seguridad y tranquilidad de la comunidad, que consensualmente demanda de medidas que la pongan a salvo de los perturbadores sociales.

Concluyó afirmando que si la censura estaba encaminada a señalar que la medida es inexecutable porque no existe una similar dentro del código penal, dos aspectos descartan radicalmente una posible inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad: de una parte, si bien delitos y contravenciones son catalogadas como conductas punibles, tienen connotaciones sociales y características diversas que justifican un tratamiento punitivo

igualmente diverso, así lo ha reconocido abundante jurisprudencia constitucional y de otra parte no debe olvidarse que la potestad legislativa es amplia cuando de fijación del quantum punitivo se trata, de modo que sólo ante una manifiesta desproporcionalidad o irrazonabilidad de las sanciones puede declararse su inexecutable, cuando sobre el asunto no existe una regulación constitucional concreta.

A ello, añade que el artículo 63 del Decreto 522 de 1971 no autoriza la imposición de sanciones por fuera de los linderos señalados por el legislador para contravenciones especiales, lo cual descarta que su aplicación lleve a un tratamiento desproporcionado frente a las consecuencias punibles de los delitos.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Primera. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de acusaciones contra una disposición contenida en un decreto con fuerza de ley.

Segunda. Lo que se debate.

Según la demanda la sanción impuesta en el artículo 63 del Decreto - ley 522 de 1971, es contraria a la Constitución por cuanto en él se determina que la pena imponible al contraventor se incrementará en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para los demás. Es decir, el legislador impone un incremento punitivo que se constituye en una segunda sanción a la primera infracción, pese a que se trata de una contravención que se considera como un delito de menor gravedad. Disposición que, a juicio de los ciudadanos demandantes viola el principio de no bis in ídem, en cuanto se sanciona dos veces por el mismo hecho.

En este sentido, corresponde a la Corte establecer si el aparte del artículo acusado es contrario o no a la Constitución

Tercera. Facultad del legislador para establecer la figura de la reincidencia como causal de agravación punitiva.

Lo primero que debe advertir esta Sala, es que la norma acusada del Decreto 522 de 1971 no ha sido derogada. En efecto, el citado decreto 522 de 1971 agregó al Libro III del Código Nacional de Policía – De Las Contravenciones Nacionales de Policía – nuevas disposiciones que conforman su Título Cuarto, de las cuales en el Capítulo X se encuentra el artículo 63, ahora demandado. Esta norma, no trata pues del procedimiento previsto para las contravenciones especiales a las que se refirió la ley 228 de 1995 sino que es una disposición aplicable a las contravenciones nacionales.

Igualmente, observa la Corte que, tal como lo afirma el Ministerio Público, a pesar de que se demanda una disposición anterior a la expedición de la Constitución de 1991, su contenido guarda coherencia con los postulados del Estado Social de Derecho, particularmente con el principio del debido proceso, en la medida en que dicha disposición establece un agravante punitivo que encuentra fundamento no en la comisión de una conducta contravencional, sino en la apatía al cumplimiento de las normas, que se revela a través de la reincidencia.

Hecha la anterior aclaración, advierte la Corte que en numerosas oportunidades, se ha afirmado que el legislador está facultado para expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal y establecer procedimientos distintos para el juzgamiento de contravenciones y de delitos.

Sobre este aspecto, en sentencia C-1404 de 2000, se dijo:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.



Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón Díaz), “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.”

Es decir, la tarea del legislador al adoptar tales procedimientos, se ve limitada a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues debe siempre respetar las garantías del debido proceso y del derecho de defensa.

Corolario de lo anterior, en uso de sus facultades el legislador consagró la figura de la reincidencia dentro del Código Nacional de Policía, como una forma de desestimular conductas socialmente reprochables, a fin de evitar que quien cometió una contravención incurra nuevamente en dicha conducta, teniendo en cuenta que la sanción para quien reitera su comportamiento punitivo, no puede ser igual que la que se impone a quien nunca ha incurrido en este tipo de comportamientos.

Para lo que interesa en este caso, debe recordarse que sobre la reincidencia, esta Corporación ha dicho que:

“ [t]al institución jurídica en materia criminal, nació en el derecho romano y su propósito era hacer más gravosa la pena de quien cometía un nuevo delito. Para Maggiore es reincidente “el que, después de haber sido condenado, comete un nuevo delito del mismo género y en tales circunstancias de hecho y especialmente de tiempo que prudentemente puede conjeturarse su pertinacia en la mala voluntad”.

Sobre la conveniencia, o no, de establecer la reincidencia en materia criminal, existen distintas tesis y es así como algunos doctrinantes opinan que no es justo hacer recaer sobre el reo un delito ya expiado, por lo que llegan a sostener que la reincidencia debe tenerse como causa de atenuación porque el reincidente obra impulsado por la costumbre y, por tanto, con menor conciencia del mal que ha hecho y con menor libertad (Carnot, Giuliano, Tissot). Otros, por el contrario, piensan que se debe dejar al juez la facultad de agravar la pena, pues no siempre la recaída en el delito es prueba de mayor perversidad y entonces debe examinarse en cada caso concreto (Carrara, Rossi) y finalmente hay quienes sostienen que la reincidencia se justifica a causa de la mayor peligrosidad del reo, hecho que se demuestra por su obstinada conducta en violar las leyes, a pesar de haber sido castigado con anterioridad (Conti, Manzini).

La teoría predominante es la que considera que la reincidencia es una causa de agravamiento de la responsabilidad y que se justifica a causa de la mayor peligrosidad del reo, demostrada en su obstinación en violar las leyes a pesar de haber intervenido la acción del poder punitivo.

Como se puede observar no se han puesto de acuerdo los doctrinantes sobre la significación de la reincidencia en materia penal; de ahí la razón para que dicho fenómeno tenga operancia en unos sistemas penales y en otros no, pues ello depende de la política criminal que cada legislación acoja.

En el caso sometido a estudio, se tiene que es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurables, cuya reiteración hace inepto, a quien en ellas incurre, para asumir la grave responsabilidad que el ejercicio de una profesión como la abogacía, implica. Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien

puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues, en esa materia, la Carta no se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal". 1

Asunto reiterado en la sentencia C-184 de 1998, en donde se afirmó que esta figura tiene un significado sociológico. "El reincidente demuestra una voluntad -que la ley no supone-, de quebrantar repetidamente la ley dejando sin efecto el mensaje o propósito persuasivo del reproche jurídico".

Dentro de este contexto, se examinará si como lo plantean los demandantes, la disposición acusada al incrementar la pena en caso de reincidencia desconoce el principio de non bis in ídem.

Cuarto. Señalamiento de la disposición constitucional infringida y el cargo de la demanda que se examina.

En el marco de un Estado constitucional y democrático, es esencial el respecto a la dignidad y a la libertad humana. Por tal razón, el Derecho Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia, los cuales son de obligatoria aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política. Por ello, no puede quedar restringido única y exclusivamente a que se entienda, se interprete y se aplique como *jus puniendi*, sino que a él se incorporan y en su hermenéutica tienen trascendencia principios que persiguen la humanización de esa importante rama del Derecho, cual sucede por ejemplo, con la presunción de inocencia, el indubio pro reo, el favor rei y la interpretación pro libertatis, lo que excluye la analogía para perjudicar o hacer más gravosa la situación del procesado, así como incluye la prohibición de la *reformatio in pejus* para el apelante único. Tales principios, desde luego, para su realización requieren el juzgamiento por el juez natural, la garantía plena del derecho de defensa y la rigurosa observancia del principio de legalidad para que no se lesione en manera alguna el derecho al debido proceso que establece el artículo 29 de la Carta Política. (v gr. Sentencia T-673 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Igualmente, el principio de non bis in ídem se halla consagrado constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política inciso cuarto, con el cual se prohíbe que se juzgue a una persona dos veces por la comisión de un mismo hecho. No obstante, dicho principio no

proscribe que una persona pueda ser objeto de condena por dos o mas conductas de naturaleza diferente.

De tal manera que, cuando el Estado somete a una persona a juzgamiento imputándole la comisión de una conducta prevista en la ley como delito o contravención<sup>2</sup> no puede entonces volverlo a juzgar.

La Constitución no tiene mandato concreto que prohíba la reincidencia, ni tampoco en sentido contrario. Por ello, el Código Penal de 1980 la suprimió, al considerar que se enmarcaba dentro del concepto peligrosista de la sanción. Sin embargo, el actual Código Penal ley 599 de 2000 artículo 39, modificado por el artículo 69 de la ley 788 de 2002 en el delito de contrabando la contempla al disponer que “Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente”.

Es claro que en la norma acusada, la sanción no se impone por la simple personalidad del agente, es decir por la posibilidad de comisión de una infracción, lo cual resultaría contrario al artículo 29 de la Carta que exige la definición previa por la ley de los hechos ilícitos por los cuales se imponga una pena y la conducta positiva en su realización. Aquí no se exige a la ley de la tipificación de las contravenciones. A nadie se autoriza sancionar sin la comisión del hecho previamente definido por la ley como contravencional. Al contrario, expresamente se exige la existencia del acto y su imputación a una persona determinada. Lo que señala la norma es que si alguien previamente sancionado por un acto contravencional incurre posteriormente en una “nueva contravención”, es decir, en un segundo acto cuya comisión ocurre antes de transcurridos dos años de ejecutoriada la condena por el primero, esa circunstancia será tomada en cuenta como agravante de la sanción para aumentarla “en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para las demás”

En el caso objeto de estudio, el legislador estableció en el Código Nacional de Policía, un incremento punitivo a quien después de haber sido condenado, cometiere una nueva contravención, situación que para los demandantes desconoce el principio de no bis in ídem.

Sin embargo, para la Corte no se vislumbra en los apartes de la norma acusada que se esté sancionando por segunda vez la contravención que ya fue sentenciada, lo que la norma

establece es una agravación punitiva para quien reitera su conducta.

Es decir, el que por una conducta contravencional haya sido objeto de juzgamiento y obtuviere una sentencia condenatoria, si reincide en dicha conducta, incurrirá en la sanción que a esta corresponde “aumentada en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para las demás”

Como se ve, en este caso, la agravación punitiva, va ligada al fenómeno de la reincidencia como manera de prevenir a quien habiendo sido condenado por la comisión de una contravención comete otra, esto no significa que se condene dos veces por la misma conducta, ya que se trata de hechos nuevos cometidos por el mismo infractor, quien a pesar de conocer los posibles efectos de su acción, trasgrede nuevamente el ordenamiento, sin importarle la sanción.

Para la Sala, no existe limitación constitucional en la incorporación o no de esta figura, pues como se explicó es facultad del legislador la adopción de estas medidas.

Tampoco puede considerarse que la norma acusada es desproporcionada, pues bien puede el legislador cuando existan circunstancias especiales señalar penas mayores, cuyo aumento se realice a partir de la pena básica y en forma razonable. Igual ocurre cuando se trata de una contravención cuya finalidad es el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica, sancionando mas drásticamente a quien insiste en afectarlos. Además, la misma disposición establece que la sanción se aumentará siempre y cuando la nueva contravención se haya cometido antes de transcurrido dos años de ejecutoriada la condena. Lo que significa, que contrario a lo afirmado por los demandantes, la medida se ajusta al principio de proporcionalidad pues hay una correlación y un equilibrio entre la nueva conducta y la sanción a imponer.

Finalmente, la Sala comparte el criterio del Ministerio Público al afirmar que la medida no desconoce el derecho a la igualdad “porque no existe una similar dentro del Código Penal”, pues si bien delitos y contravenciones están catalogados como conductas punibles, tienen un tratamiento diverso.

Por consiguiente, se declarará exequible por los cargos formulados los apartes del artículo 63 del decreto 522 de 1971.

## VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE :

Declarar exequible por los cargos analizados en la parte motiva de esta providencia, los apartes acusados del artículo 63 del Decreto 522 de 1971 “por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y derogan algunas de las disposiciones de dicho Decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 de 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO A LA SENTENCIA C-062 DE 2005

DERECHO PENAL DE AUTOR-Origen de la ley de vagos y maleantes en Europa y América Latina (Salvamento de voto)

DERECHO PENAL DE AUTOR-Modelos autoritarios de Estado/DERECHO PENAL DE AUTOR-Alcance/DERECHO PENAL DEL ACTO-Modelos liberales de Estado/DERECHO PENAL DEL ACTO-Alcance (Salvamento de voto)

A lo largo de la historia, los modelos autoritarios de Estado se han identificado siempre con un derecho penal de autor, aunque en distintas formulaciones, desde el positivismo naturalista, hasta el normativismo radical. Y ello es comprensible, pues para ellos es el hombre el que debe someterse a la realización de los fines estatales y no a la inversa. Por el contrario, los modelos liberales de Estado se han identificado con un derecho penal de acto, también en distintas formulaciones. Y esto también es comprensible ya que en esos modelos la imputación de responsabilidad penal no supone la negación de la dignidad humana.

DERECHO PENAL DEL ACTO-Dignidad humana y democracia pluralista/DERECHO PENAL DEL

ACTO-Consagración en la Constitución Colombiana/DERECHO PENAL DE AUTOR-Enfoque determinista/CLAUSULA GENERAL DE LIBERTAD (Salvamento de voto)

En muchos sistemas penales de hoy se formula un derecho penal de acto, pues éste es completamente compatible con la dignidad humana y la democracia pluralista como fundamentos del Estado constitucional de derecho. Colombia no es la excepción pues la Constitución, al disponer en el artículo 29 que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, parte de la consideración de un derecho penal en el que la persona responde por la conducta punible cometida y no por su personalidad peligrosa, ni por su pasado, ni por su conducción de vida. Y no puede ser de otra forma pues si se reconoce que la persona está amparada por una cláusula general de libertad -libre desarrollo de la personalidad-, no hay la menor posibilidad de darle un enfoque determinista a su responsabilidad penal y de ligar la pena a una anomalía ontológica en lugar de vincularla a una conducta punible particular.

Los estatutos penales modernos se mantienen, como rezago de una época filosófica y políticamente superada, algunas instituciones propias del derecho penal de autor. De este modo, aún en sistemas penales de hondo contenido liberal y democrático, aparecen instituciones autoritarias para dar cuenta de un momento histórico del derecho penal que se resiste a perder actualidad. La reincidencia es el ejemplo prototípico de esas instituciones.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y AGRAVACION PUNITIVA POR REINCIDENCIA-Razones por las cuales son incompatibles (Salvamento de voto)

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO/PRINCIPIO IN DUBIO PRO REPUBLICA (Salvamento de voto)

DERECHO COMPARADO-Ley de delincuentes habituales y peligrosos en la Alemania Nazi (Salvamento de voto)

REINCIDENCIA-Desconoce el principio de responsabilidad por el acto (Salvamento de voto)

El principio de responsabilidad por el acto proscribía que se juzgue y sancione a una persona por motivos distintos a la conducta cometida. Pero esta proscripción se desconoce en la reincidencia: Esta institución permite que se sancione no por un comportamiento específico que vulnera un bien jurídico vinculado a un derecho, sino por un estado de ánimo, por un



momento psicológico evidenciado en la inclinación a delinquir, por la infidelidad al ordenamiento; o, en fin, como lo dice la mayoría, por la apatía o desprecio por la ley.

REINCIDENCIA-Desconoce el principio non bis in idem (Salvamento de voto)

REINCIDENCIA/CULPABILIDAD-Quien concreta el juicio de reproche no es el legislador sino el juez de manera específica (Salvamento de voto)

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Norma inconstitucional no puede utilizarse para dar fe de la constitucionalidad de otra afectada por la misma deficiencia (Salvamento de voto)

PENA Y REINCIDENCIA-Fundamentos constitucionales son distintos (Salvamento de voto)

En tanto que la fundamentación constitucional de la pena -derivaba del sistema de valores, principios y derechos de la Carta; de la proscripción de ciertas penas y de los fines inherentes a ella- orienta el poder punitivo hacia la protección de bienes jurídicos y hacia la resocialización moderada del delincuente, la reincidencia no es más que el reflejo del incumplimiento de tales fines por el tratamiento penitenciario.

PENA-Finalidad de rehabilitación y resocialización/REINCIDENCIA-Evidencia el fracaso del modelo penitenciario (Salvamento de voto)

Los siguientes son los motivos por los cuales salvo mi voto a la Sentencia C-062-05, por medio de la cual se declaró exequible, parcialmente, el artículo 63 del Decreto 522 de 1971.

1. La norma legal demandada dispone lo siguiente:

El que después de una sentencia condenatoria cometiere una nueva contravención, incurrirá en la sanción que a esta corresponde aumentada en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para los demás, siempre que la nueva contravención se haya cometido antes de transcurridos dos años de ejecutoriada la condena.

La regla anterior dejará de aplicarse cuando en disposición especial se prescriba tratamiento diferente.

2. El cargo planteado contra el aparte resaltado de esta disposición tiene que ver con la vulneración de los principios de responsabilidad por el acto y non bis in ídem. De acuerdo

con los actores, la norma aludida establece una doble sanción para una conducta, una que se impone en la condena inicial proferida en razón de ella y otra que se impone luego de una segunda o tercera conducta, pero a la manera de agravante específica de las penas fijadas para éstas y a raíz de ese primer comportamiento.

3. Para la mayoría de la Corte, la norma legal demandada no viola los principios de responsabilidad por el acto y non bis in ídem porque éstos no proscriben que una persona pueda ser condenada por dos o más conductas de naturaleza diferente y porque se trata de hechos nuevos cometidos por el mismo infractor. Además, se afirma, esa disposición es consecuente con la mayor conciencia que de la antijuridicidad de la conducta tiene el reincidente y con la apatía o desprecio por la ley que refleja al volver a cometer una contravención.

Los fundamentos constitucionales de los delitos y las contravenciones, como modalidades de conductas punibles, me impiden compartir estos argumentos y, desde luego, la decisión proferida con base en ellos.

4. En el derecho penal se distingue entre derecho penal de autor y derecho penal de acto.

En el derecho penal de autor, el delincuente se somete a pena porque se asume como un ser anormal, naturalísticamente orientado a la comisión de la conducta punible, desprovisto de libre albedrío, sometido a la fatalidad de su destino y, por lo mismo, merecedor de pena, pero no tanto por la conducta cometida sino por su personalidad anormal y peligrosa, de la que aquella es sólo un reflejo. Es decir, en esta concepción “se pena la voluntad del agente, no el acto”, tal como se lo expuso en la Memoria de preparación legislativa del derecho penal nacionalsocialista presidida por el Ministro Hans Kerrl. Esta concepción propició que se considerara legítimo someter a pena al delincuente incluso antes de la comisión de la conducta punible, pues si la responsabilidad se generaba no por la específica conducta cometida sino por la personalidad anormal y peligrosa, era legítima la pena precisamente para evitar su comisión. Ese fue el origen de las leyes de vagos y maleantes y de las medidas predelictuales, difundidas primero en Europa y luego en América Latina.

5. En el derecho penal de acto, el delincuente se somete a pena no porque sea un ser anormal y peligroso por naturaleza, sino porque, independientemente de su personalidad, ha cometido una conducta que vulnera un derecho ajeno y que ha sido prevista como punible.

En este caso, la persona humana se considera un ser racional, libre y responsable y, por ello, si se llega a imponerle una pena, ella procede en razón específica de la conducta cometida y no por su personalidad peligrosa o por su estilo de vida.

En este modelo de derecho penal, no es posible que la pena se anticipe a la comisión de la conducta, ni tampoco que, con base en su desviada y peligrosa personalidad, luego se lo someta a una pena adicional a aquella ya impuesta y cumplida.

6. A lo largo de la historia, los modelos autoritarios de Estado se han identificado siempre con un derecho penal de autor, aunque en distintas formulaciones, desde el positivismo naturalista, hasta el normativismo radical. Y ello es comprensible, pues para ellos es el hombre el que debe someterse a la realización de los fines estatales y no a la inversa. Por el contrario, los modelos liberales de Estado se han identificado con un derecho penal de acto, también en distintas formulaciones. Y esto también es comprensible ya que en esos modelos la imputación de responsabilidad penal no supone la negación de la dignidad humana.

7. En muchos sistemas penales de hoy se formula un derecho penal de acto, pues éste es completamente compatible con la dignidad humana y la democracia pluralista como fundamentos del Estado constitucional de derecho. Colombia no es la excepción pues la Constitución, al disponer en el artículo 29 que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, parte de la consideración de un derecho penal en el que la persona responde por la conducta punible cometida y no por su personalidad peligrosa, ni por su pasado, ni por su conducción de vida. Y no puede ser de otra forma pues si se reconoce que la persona está amparada por una cláusula general de libertad -libre desarrollo de la personalidad-, no hay la menor posibilidad de darle un enfoque determinista a su responsabilidad penal y de ligar la pena a una anomalía ontológica en lugar de vincularla a una conducta punible particular.

8. No obstante lo expuesto, incluso en los estatutos penales modernos se mantienen, como rezago de una época filosófica y políticamente superada, algunas instituciones propias del derecho penal de autor. De este modo, aún en sistemas penales de hondo contenido liberal y democrático, aparecen instituciones autoritarias para dar cuenta de un momento histórico del derecho penal que se resiste a perder actualidad. La reincidencia es el ejemplo prototípico de esas instituciones.

Esta figura no ve en la pena la legítima restricción de un derecho en razón de una conducta cometida, sino la oportunidad para emprender un verdadero ajuste de cuentas contra el delincuente. Por ello, éste ya no responde sólo por el comportamiento desplegado, sino también por aquellos que cometió en el pasado -así ya hayan sido sancionados- e incluso por los que podría llegar a cometer en el futuro. En el fondo, de lo que se trata es de corregir la perversa y peligrosa personalidad del delincuente y para ello la conducta punible es sólo un pretexto y de allí que no importe que sea una ya juzgada, u otra diferente o incluso una por cometer en el futuro.

9. En ese marco, cualquier esfuerzo que se haga en una democracia constitucional por darle legitimidad a la reincidencia está condenado al fracaso. Por definición, son incompatibles. La primera parte de la libertad del hombre, incluido el delincuente; la segunda, en cambio, parte de un ser ligado a la fatalidad de un destinto que él no maneja. Aquella concibe la pena como una restricción legítima de derechos derivada de la comisión de una conducta punible; ésta, en cambio, es una ocasión para que el poder se ensañe contra el sujeto y para que le enrostre no sólo su falta, sino también su personalidad, su vida, su ser mismo. La democracia pluralista es una apuesta por la dignidad del hombre; la reincidencia, un instrumento para su cosificación.

10. Existen algunas sentencias en las que se intenta reconocerle legitimidad constitucional a la reincidencia penal (C-060-94 y C-184-98). Con todo, es llamativo que tales sentencias se apoyen en citas de autores que, por razones históricas, no estaban en capacidad de concebir el derecho penal desde los fundamentos suministrados por el Estado constitucional de derecho.

En este punto, no debe olvidarse que partiendo del supuesto de que al delincuente no se lo condena por el acto cometido sino por su voluntad, por su deslealtad, por su infidelidad al ordenamiento, en fin, por su pertinaz inclinación a la comisión de delitos, fue que en la Alemania nazi se profirieron leyes como las de 24 de noviembre de 1933, contra delincuentes habituales peligrosos; la de 28 de junio de 1935, mediante la cual se dispuso que si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él; la de 14 de julio de 1933, sobre prevención de descendencia heredomoborsa; la de 18 de octubre de 1935, sobre defensa de la salud hereditaria del pueblo alemán; la de 15 de septiembre de 1935, sobre defensa de la

sangre y el honor alemanes, y la de 4 de septiembre de 1941, que previó la pena de muerte para los delincuentes habituales peligrosos; es decir, reincidentes.

11. La Corte ya había dado pasos para deslegitimar la reincidencia en el derecho penal. La Sentencia C-252-03 es un claro ejemplo de ello. En ella se dijo:

El rechazo de la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva se explica en el derecho penal en razón de la mayor proximidad que tiene, como ámbito de control, con los derechos fundamentales. Tal proximidad se advierte tanto en el delito -por la relación funcional que existe entre tales derechos y el bien jurídico como concepto consustancial a la conducta punible- como en la pena -en este caso porque la sanción penal por antonomasia, la prisión, no es más que la privación de la libertad de locomoción como derecho fundamental-. Además, la ilegitimidad de la reincidencia como institución del derecho penal plantea un serio cuestionamiento al sistema penal mismo pues pone en vilo las funciones de prevención general -como protección de bienes jurídicos- y de prevención especial -como resocialización moderada- que se le atribuyen a la pena y desnuda las profundas limitaciones del tratamiento penitenciario. En tal contexto es ilegítima la desvaloración de la reincidencia en sí misma pues tal institución, en términos de sacrificio de derechos fundamentales y de racionalidad del sistema penal, resulta demasiado costosa.

12. Si la Corte, en su reciente jurisprudencia, ya había dado pasos para deslegitimar la reincidencia en derecho penal, resulta inexplicable que ahora se asuma como exequible una norma legal como la contenida en el artículo 63 del Decreto Ley 522 de 1971, que da piso a la reincidencia en el ámbito de las contravenciones especiales de policía como modalidades específicas de conductas punibles. Ninguno de los argumentos esgrimidos por la mayoría justifica esa decisión. Obsérvese:

a. El principio de responsabilidad por el acto proscribía que se juzgue y sancione a una persona por motivos distintos a la conducta cometida. Pero esta proscripción se desconoce en la reincidencia: Esta institución permite que se sancione no por un comportamiento específico que vulnera un bien jurídico vinculado a un derecho, sino por un estado de ánimo, por un momento psicológico evidenciado en la inclinación a delinquir, por la infidelidad al ordenamiento; o, en fin, como lo dice la mayoría, por la apatía o desprecio por la ley.

b. El principio *ne bis in idem* proscribía que se juzgue y sancione dos veces a una persona

por un mismo hecho. Y esto es precisamente lo que se desconoce en la reincidencia: Por una conducta cometida ayer, el procesado no sólo debe sobrellevar la pena que se le impone hoy, sino también la que se le imponga mañana pero encubriéndola bajo la forma de una agravación de la pena por una conducta posterior.

c. La mayoría se deja seducir por el argumento culpabilista: Es más culpable quien reincide en una conducta punible. Pero este argumento esconde una falacia: Quien determina el contenido de culpabilidad del comportamiento, es decir, quien concreta el juicio de reproche de que es susceptible el autor o partícipe no es el legislador, de manera genérica, sino el juez, de manera específica y sólo frente a casos concretos. Por ello es perfectamente posible que sea menor el contenido de culpabilidad de la segunda o tercera conducta cometida por un reincidente, que el primer comportamiento desplegado por otra persona: Quien por apremiantes circunstancias económicas incurre en varios delitos de hurto es menos culpable que quien, pese a su boyante situación económica, despliega una única conducta de esa índole.

d. En la sentencia se invoca, a favor de la reincidencia, el artículo 69 de la Ley 788 de 2002 que, en el caso del contrabando, permite la agravación de la pena por reincidencia. Con todo, no puedo compartir este novísimo método de interpretación constitucional, en el que, para afirmar la compatibilidad entre una norma demandada y la Carta Política, se invoca una norma legal afectada por el mismo vicio que se le enrostra a la primera. Estimo que una norma que de manera evidente contraría el principio de derecho penal de acto consagrado en la Carta, no puede utilizarse para dar fe de la constitucionalidad de otra afectada por la misma deficiencia.

e. Finalmente, la mayoría desconoce la disociación que existe entre los fundamentos constitucionales de la pena y la reincidencia. En efecto, en tanto que la fundamentación constitucional de la pena -derivaba del sistema de valores, principios y derechos de la Carta; de la proscripción de ciertas penas y de los fines inherentes a ella- orienta el poder punitivo hacia la protección de bienes jurídicos y hacia la resocialización moderada del delincuente, la reincidencia no es más que el reflejo del incumplimiento de tales fines por el tratamiento penitenciario.

Es cierto que la pena se orienta hacia la rehabilitación y resocialización. Pero lograr este

cometido no es posible pues el Estado no cuenta con la capacidad estructural para rehabilitar al delincuente y, además, el condenado, tras purgar la pena, es lanzado al mismo medio conflictivo que lo condujo al delito. Luego, la reincidencia, antes que dar cuenta de una pertinaz inclinación natural a delinquir, lo único que evidencia es el fracaso del modelo penitenciario.

13. En mi criterio, la Corte, antes que legitimar la reincidencia, debía aprovechar la oportunidad para desalojar del régimen jurídico instituciones que son contrarias a la vocación democrática y garantista que emana del Texto Superior.

Con el fallo proferido, la Corte se ha alinderado en la teoría predominante que, según la sentencia C-060-94, “es la que considera que la reincidencia es una causa de agravamiento de la responsabilidad y que se justifica a causa de la mayor peligrosidad del reo, demostrada en su obstinación en violar las leyes a pesar de haber intervenido la acción del poder punitivo”. No obstante, es claro que no existe ninguna compatibilidad entre, por una parte, los fundamentos de una democracia constitucional y de un derecho penal culpabilista y, por otra, la concepción de una responsabilidad penal basada en la peligrosidad y en la obstinación del delincuente. Antes bien, entre los fundamentos constitucionales de la imputación penal y esta última percepción existe una manifiesta contradicción. De allí la necesidad de salvar mi voto pues el efecto vinculante de esos fundamentos y el respeto que merecen imponía declarar inexecutable la norma demandada.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

1 Corte Constitucional Sentencia C-060 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Diaz.

2 Artículo 19 Ley 599 de 2000 señala que las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones.